

DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS SOBRE ESTADO,
ORDEM JURÍDICA E COMPORTAMENTO SOCIAL

Organizadores:

Tereza Rodrigues Vieira

Jônatas Luiz Moreira de Paula

Alessandro Otávio Yokohama



DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA – I
**Estudos contemporâneos sobre Estado,
ordem jurídica e comportamento social**

ORGANIZADORES:

Tereza Rodrigues Vieira
Jônatas Luiz Moreira de Paula
Alessandro Otávio Yokohama

Todos os direitos reservados
Copyright © 2020 by Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda

Prof. Dr. Emerson Antonio Maccari
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas
Prof. Dr. Fernando Galindo Ayuda
Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Conselho Regional: Prof. Dra. Maria Áurea Baroni Cecato
Prof. Dr. Martonio Mont'alverne Barreto Lima
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez
Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa
Prof. Dr. Rogério Gesta Leal

Editora Executiva: Simone Fraga

Produção Editorial: Qualis Editora

Design de Capa: Ajuste Qualis Editora

Produção Digital: Cristiane Saavedra | Saavedra Edições

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

*Texto de acordo com as normas do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa
(Decreto Legislativo nº 54, de 1995)*

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA
PUBLICAÇÃO (CIP)**

D598

Direito, Justiça e Cidadania / Jônatas Luiz Moreira de Paula,
Tereza Rodrigues Vieira, Alessandro Otavio Yokohama – [1.
ed.] – Florianópolis, SC: Qualis Editora, 2020.

Recurso digital

Formato e-Pub

Requisito do sistema: adobe digital editions

Modo de acesso: word wide web

ISBN: 978-85-7027-084-9

1. Procedimentos 2. Tribunais Cíveis 3. Direito Social I. Título.
II. Paula, Jônatas Luiz Moreira de. III. Vieira, Tereza
Rodrigues. IV. Yokohama, Alessandro Otavio.

CDU 347



Qualis Editora e Comércio de Livros Ltda
Caixa Postal 6540
Florianópolis - Santa Catarina - SC - Cep.88036-972
www.qualiseditora.com
www.facebook.com/qualiseditora

SUMÁRIO

CAPA

FOLHA DE ROSTO

CRÉDITOS

ESTADO

À GUIA DE APRESENTAÇÃO DA OBRA

SOBERANIA E JURISDIÇÃO: A COISA JULGADA MATERIAL NO NOVO CPC

Jônatas Luiz Moreira de Paula e Alessandro Otávio Yokohama

DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. CUSTEIO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. FALECIMENTO DA PARTE. OPINIÃO DOUTRINÁRIA OFERECIDA À DEFENSORIA DA UNIÃO

José Miguel Garcia Medina e Janaina de Castro Marchi Medina

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR SOBRE O TEMA

Ariana Regina Storer Brunieri

A DÍVIDA ECOLÓGICA E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS:

Patrícia Fortes Attademo Ferreira e Marília Gurgel Rocha de Paiva e Sales

O DIREITO AO REFÚGIO E A POSTURA POLITICOECONOMICA DO ESTADO BRASILEIRO EM 2018

Acácia Gardênia Santos Lelis e Jully Anny Barrozo Oliveira

O DIREITO TRANSNACIONAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Carla Piffer

ORDEM JURÍDICA

APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM CASO DE
VIOLÊNCIA CONTRA MULHER TRANSGÊNERO

Luís Irajá Nogueira de Sá Júnior

DIREITO, CIDADANIA E A MERCANTILIZAÇÃO DE ÓRGÃOS
HUMANOS

Thiago Campos Macedo

A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A ZONA FRANCA DE MANAUS E A
PRESERVAÇÃO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA

Adriano Fernandes Ferreira e Marcus Fabiano Praciano
Santiago

DA COMUNICAÇÃO DE ATOS NO PROCESSO CIVIL: DILEMA DO
ACESSO À JUSTIÇA DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Valéria Silva Galdino Cardin e Jhonatan da Silva Sousa

COMPORTAMENTO

O MENOR TRANSGÊNERO EMANCIPADO E O DIREITO À
ADEQUAÇÃO DO NOME E GÊNERO NA VIA EXTRAJUDICIAL

Sandra Maria Barcelos e Tereza Rodrigues Vieira

A PROTEÇÃO ANIMAL NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Yago José do Couto Oliveira e Camilo Henrique Silva

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHER E A POSSIBILIDADE DE
INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NO BRASIL: O IMPACTO DA LEI N.º
13.718/2018 NO PROCEDIMENTO PARA REALIZAÇÃO DO
ABORTO LEGAL

Débora Karina Gonçalves Vaserino e Patrícia Borba Marchetto

DIREITO AO ACESSO E PERMANÊNCIA DA PESSOA
TRANSGÊNERO NAS FORÇAS ARMADAS: ALGUMAS REFLEXÕES

Tereza Rodrigues Vieira

RENÚNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: EUTANÁSIA E
SUICÍDIO ASSISTIDO¹³⁷

Edilene Lobo e Suzana Oliveira Marques Brêtas

ESTADO

À GUIA DE APRESENTAÇÃO DA OBRA

A sociedade contemporânea acaba por impor uma dinâmica à ordem jurídica e por conseguinte ao Estado. Não somente as relações sociais tradicionais, fincadas no patrimonialismo, fomentam essa dinamicidade. Hoje a concepção tradicional da ordem jurídica e do próprio estado de direito é confrontado com temas não-econômicos que cercam o direito, seja por exigir um reposicionamento da autoridade estatal, seja por exigir novas concepções na distribuição e na efetivação de direitos, seja até mesmo para alcançar novos temas a serem agasalhados pela ordem jurídica.

Foi neste ambiente que se edificou a presente obra. Sem a pretensão de esgotar o tema, ela apresenta diversos textos as novas fronteiras do direito, seja quanto ao reposicionamento do estado frente a eles, seja na extensão horizontal ou vertical que esses temas estão a exigir para a devida proteção jurídica e sua efetiva.

Nessa quadra, a obra se divide em três temáticas. A primeira versando sobre o Estado, a segunda sobre a Ordem Jurídica e a terceira sobre Comportamento Social. Tais temáticas bem exprimem o objetivo da obra, sem, contudo, esgotar novos sub-temas ou inviabilizar novos estudos sobre os já existentes.

No primeiro tema, a obra se inicia com o texto que versa sobre a autoridade da coisa julgada de acordo com o Novo CPC, de autoria de Jônatas Luiz Moreira de Paula e Alessandro Otávio Yokohama; após segue o estudo de José Miguel Garcia Medina e Janaina de Castro Marchi Medina sobre direito à saúde e a polêmica questão do direito aos medicamentos não registrados na Anvisa; em seguida trata da mediação como meio de democratização do processo civil conforme estudo de Ariana Regina Storer Brunieri; após segue a tormentosa questão sobre a

responsabilidade ambiental dos estados e a dívida ecológica na ótica de Patrícia Fortes Attademo Ferreira e Marília Gurgel Rocha de Paiva e Sales; em seguida tem-se o debate sobre a atuação do estado brasileiro e os refugiados venezuelanos sob o prisma de Acácia Gardênia Santos Lelis e Jully Anny Barrozo Oliveira; e por fim, a abordagem do pluralismo jurídico que o direito transnacional gera nas ordens jurídicas internas, conforme pesquisa de Carla Piffer.

Na segunda temática, encontram-se os textos que versam sobre a aplicação da Lei da Maria da Penha aos transgêneros, na ótica de Luis Irajá Nogueira de Sá Junior; que é seguida pela polêmica questão da mercantilização de órgãos humanos de Thiago Campos Macedo; após o delicado equilíbrio que deve haver entre a proteção da Amazônia e a Zona Franca de Manaus, conforme texto de Adriano Fernandes Ferreira e Marcus Fabiano Praciano Santiago; e finaliza com a questão inédita entre as pessoas em situação de rua e acesso à justiça e comunicação dos atos processuais, como anotam Valéria Silva Galdino Cardin e Jhonatan da Silva Sousa.

Por derradeiro, a terceira temática versa sobre o comportamento como fonte de distribuição de novos direitos e nela tem-se o estudo da adequação ao nome em favor do menor transgênero, elaborado por Sandra Maria Barcelos e Tereza Rodrigues Vieira; a questão da proteção animal no município de São Paulo visto por Yago José do Couto Oliveira e Camilo Henrique Silva; e o procedimento de interrupção da gravidez decorrente de violência contra a mulher na ótica de Débora Karina Gonçalves Vaserino e Patrícia Borba Marchetto; reflexões apresentadas por Tereza Rodrigues Vieira sobre a possibilidade de permanência da pessoa transgênero nas forças armadas; e por fim, a discussão sobre a eutanásia e suicídio assistido como formas de renúncia ao direito à vida por Edilene Lobo e Suzana Oliveira Marques Brêtas.

Acredita-se que, com essa obra, estará o Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania contribuindo com a produção e

divulgação de conhecimentos jurídicos.

Sendo assim, a todos, uma boa leitura.

Umuarama, Natal de 2019.
Jônatas Luiz Moreira de Paula.

SOBERANIA E JURISDIÇÃO: A COISA JULGADA MATERIAL NO NOVO CPC

Jônatas Luiz Moreira de Paula¹
Alessandro Otávio Yokohama²

Resumo: O presente artigo analisa a correlação entre sanção jurídica, tutela jurisdicional e a autoridade da coisa julgada material, com o objetivo de verificar nesta a manifestação da soberania do estado em decorrência da atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Sanção jurídica; Tutela Jurisdicional; Coisa julgada material.

1. INTRODUÇÃO

Desde a democratização do Brasil a partir da Constituição Federal de 1988, o conteúdo axiológico das normas jurídicas e das decisões judiciais passaram a ter relevância na ciência jurídica. É o incremento do Direito a partir da efetivação dos direitos fundamentais.

Todavia a análise intra-dogmática da construção da decisão judicial, o pronunciamento da tutela jurisdicional, a imposição da sanção jurídica e a sua imutabilidade e indiscutibilidade por força da coisa julgada, permanecem os mesmos. O Novo CPC, por sua vez, adiciona a esse receituário a concepção da coisa julgada como a autoridade da decisão judicial.

Esse breve ensaio procura fazer a correlação da sanção jurídica com a tutela jurisdicional e destas com a autoridade da coisa julgada material como meio de manifestação da soberania estatal

por exercício da atividade jurisdicional dentro de um enfoque meramente técnico.

Com efeito.

2. ESTADO E DIREITO: MONISMO COM REALIDADES DISTINTAS

Muito se discute se há uma concepção dualista ou monista sobre Estado e Direito. Para os partidários da visão dual, Estado e Direito são entes distintos que se manifestam igualmente de modo distintos. As origens históricas do Estado e o Direito Natural são claras manifestações desse dualismo. Na história brasileira, poder-se-ia dizer que, com a proclamação da independência em 1822, havia o Estado mas não havia um ordenamento jurídico nacional, sendo aplicado (provisoriamente) as leis vigentes portuguesas que não atentassem contra a soberania nacional. Ou seja havia um estado nacional, com uma estrutura de poder público, mas o direito vigente era o estrangeiro enquanto não se elaborasse uma ordem jurídica interna.

Todavia a construção do Estado de Direito a partir das revoluções Americana e Francesa no quarto final do século XVIII conduzem a uma moderna concepção unitarista de Estado e Direito. Isso porque pode-se ter que os elementos do estado são *povo, território, poder e ordenamento jurídico*³. O poder decorre da soberania nacional e ele se manifesta na divisão de competências dos chamados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e nas diversas formas de atuação do poder público para a regência do Estado e do governo; e o ordenamento jurídico advém de um modo de organização da sociedade e do Estado através da multiplicidade de leis e decisões judiciais.

A concepção unitarista do Estado e Direito igualmente decorre do positivismo jurídico que emergiu no século XIX e parte do pressuposto kelsiano de que Estado e Direito são realidades distintas, embora originados da mesma fonte – a sociedade politicamente organizada.

Com efeito.

Com o positivismo jurídico houve expurgo de fatores a-racionalistas na produção do conhecimento jurídico e político. A metodologia do positivismo científico comteano encerra em uma grande moldura histórica, eis que em seu pensamento a civilização em geral atravessou três grandes fases: a *teológica*, em que a humanidade recorreu a seres transcendentais e divinos para explicar os fenômenos da experiência; a *metafísica*, segunda fase, em que se recorria a entidades racionais abstratas; e a *positiva*, terceira fase, na qual se pretende entender os fatos unicamente em sua realidade empírica e em suas relações científicas. Nesta última fase substitui-se o culto da divindade pelo culto da humanidade, porque esta seria a mais complexa e mais rica forma de realidade que a ciência positiva possa atingir; seria uma entidade superior e mais real do que os próprios indivíduos⁴. No estado positivo, onde há renúncia à necessidade de conhecimento da causa primeira dos fatos, estuda-se com método rigoroso as leis que regem esses fatos, cujo conhecimento aproveita à humanidade⁵.

Os efeitos do positivismo científico impôs a doutrina pela qual não há outro direito senão aquele estabelecido diretamente ou reconhecido pelo poder político, contemplando, assim, a máxima hobbesiana: não é a sabedoria, mas a autoridade que cria a lei, e quando se fala em autoridade se refere ao poder que dela emana⁶. Acresce Norberto Bobbio que o direito é um produto do poder, de tal sorte que o nexa entre poder político e o direito já passa ser estabelecida a partir da definição da ordem jurídica, pois a existência desta depende de um poder político, e a política é delimitada e disciplinada pelo direito, para que se possa exercer a coação⁷.

Além disso pelo positivismo jurídico pode-se averiguar se o poder é legítimo ou ilegítimo. Isto é, examinar se a aquisição e o exercício do poder estão em conformidade com a ordem jurídica. Diante deste exame, observa Bobbio a relação entre direito e política se inverte: não é mais o poder político que produz o direito, mas o direito que justifica o poder político. A legitimidade do poder decorre do exercício pelo justo título; e justo título

significa a autorização estabelecida por uma norma ou por um conjunto de normas gerais que pronuncia quem tem o direito de comandar e de ter seus comandos obedecidos⁸.

O direito que decorre do poder é um direito posto, mas o poder decorre do direito, eis que decorre do Estado de Direito. Essa dialética se mostra assim sintetizada: *autorictas facit legem* ou *lex facit regem*? Mas, na verdade, nem o poder nem o direito podem dispensar um do outro; ambos necessitam fisiologicamente um do outro.

Diante disso, Kelsen aponta o caráter normativo do Estado ao qual assinala uma autoridade superior aos indivíduos, obrigando os indivíduos, eis que, *apenas como ordem normativa o Estado pode ser uma autoridade com poder de obrigar* (leia-se submeter), *especialmente se essa autoridade for soberana, pois a soberania é concebível apenas dentro do domínio do normativo*⁹.

Hans Kelsen propaga a visão orgânica de Estado e Direito, vendo naquela uma entidade metajurídica e pressuposto necessário para a produção do Direito, ao mesmo tempo, sujeito jurídico que pressupõe o Direito porque lhe está submetido, é por ele obrigado e dele recebe direitos. É a teoria da bilateralidade e autovinculação do Estado¹⁰.

Neste aspecto, Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, vê na relação de identidade Estado-Direito, a concepção do (a) Estado como ordem jurídica; (b) do Estado como pessoa jurídica. No Estado como ordem jurídica, a visão tradicional o coloca como uma organização política, mas que para a implementação dessa organização política, se torna necessário organizar uma coação centralizada aos indivíduos ao fito de realizar os pressupostos por ela definidos¹¹. Essa concepção não se aplica ao Estado-primitivo, eis que firmado em normas consuetudinárias, e nem sob a ótica internacional, onde Estados se ligam a organismos multilaterais e a eles se submetem.

Na concepção do Estado como pessoa jurídica, o Estado é simultaneamente sujeito-agente e sujeito de deveres e direitos. Pois

na medida em que o Estado é uma comunidade constituída por uma ordem normativa interna (ordenamento jurídico nacional), seus órgãos são providos para exercerem funções imediatas e mediatas, impondo-lhes direitos e deveres¹². A crítica que se faz a essa concepção surge na perspectiva de um “poder potestativo” do Estado, eis que ele legisla pra si, regula para todos e administra conforme os limites por ele estabelecidos. É o Leviatã proclamado por Thomas Hobbes. Também não se pode olvidar que o Estado é regido por um governo que, por sua vez, é composto por indivíduos. Assim a vontade destes se faz vocalizando o Estado, a ponto de não saber distinguir a vontade do Estado com a vontade do governante. Ademais, não bastando, a vontade do governo pode ser confundida com a vontade do Estado? Essa questão ficou demasiadamente evidenciada quando das indicações de ministros para compor os tribunais, eis que eivados de elevada carga ideológica¹³ e assim condutores da produção da tomada-de-decisão.

De todo modo não há como descartar a idéia de uma relação bilateral entre Estado e Direito, eis que são realidades distintas. Essa relação é simbiótica, pois um explica o outro; embora cada um, isoladamente, não pode dispensar a existência do outro. Nas palavras de Kelsen, o Estado como ordem social é a ordem jurídica nacional; como pessoa, o Estado é a personificação da ordem¹⁴. Mas o direito oficial só é institucionalizado pelo Estado, pois a opção pelo positivismo jurídico e a objetivação do direito, somente concebeu o Estado como produtor ou reconhecedor do Direito e nenhum outra força política ou social.

Gustav Radbruch leciona que a teoria monista encontra em Kelsen uma visão bem clara. Pois:

Segundo esta teoria, não há que perguntar pela anterioridade do direito ou do Estado, visto serem idênticos. Para o jurista (*Kelsen*), o Estado apenas existe na medida e na maneira em que se exprime na lei; nem é uma força social, nem um produto histórico; é o

somatório, o complexo das suas próprias leis. A própria palavra “legislação” já significa, só por si, como todas as palavras que têm a mesma terminação, simultaneamente uma ação e um fato, um *processus* e o seu produto; alguma coisa como um *querer* e algo que foi *querido*.

Se virmos na legislação, o conteúdo dum determinado *processus* volitivo, o produto duma vontade, ela apresentar-se-nos-á sob a forma de *direito*; se nela virmos, preferencialmente, o próprio *processus* volitivo, a própria vontade em marcha, teremos o *Estado* como personificação desses *querer*. A legislação é, enquanto ordem *ordenadora*, Estado; enquanto ordem *emanada*, direito. O Estado e o direito acham-se um para com o outro na mesma relação em que se acham, por exemplo, os conceitos de organismo, e organização. O Estado é o direito como atividade normativa; o direito é o Estado como situação fixada pelas suas normas, ou *normativada*. Ambos correspondendo a aspectos distintos da mesma realidade, são inseparáveis um do outro¹⁵.

Pois aduz Kelsen que o Estado é aquela ordem da conduta humana que se chama de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, à idéia à qual os indivíduos adaptam sua conduta. Existe apenas um conceito jurídico de Estado: o Estado como ordem jurídica centralizada¹⁶.

Em suma, conceber Estado e Direito significa identificar realidades distintas originadas da mesma fonte criadora – a sociedade politicamente organizada – porque essas realidades expressam a soberania dessa organização sócio-política vocalizada pelo direito.

3. TUTELA JURISDICIONAL E IMPUTAÇÃO DA SANÇÃO JURÍDICA

3.1 Visão kelsiana do direito como ordem coercitiva.

Como conseqüência da concepção unitarista do Estado e Direito, Hans Kelsen sustenta a tese de que o direito (ordenamento jurídico) é uma ordem coercitiva. Regulações de

comportamentos sociais existem sob diversas formas e modos, como no âmbito familiar (p. ex. o horário limite para que as crianças já estejam dormindo; a ocasião para se ingerir refrigerantes etc), religioso (p. ex. o dever de prestar confissão ou de pagar dízimos etc), escolar (p. ex. o horário das aulas; o dever ou não se usar uniforme) e moral (p. ex. o dever de contribuir com entidades filantrópicas ou de auxiliar o vizinho na limpeza do terreno).

Todavia, tais regulações, em grande medida, não repercutem no âmbito do sistema jurídico, porque invariavelmente o Estado não interfere em tais situações. O exemplo clássico é o do dever de educação dos pais e do castigo moderado que são situações em que o Estado não interfere; porém, caso se verifique negligência na educação dos filhos ou excesso no castigo, o Estado pode interferir pra estabelecer limites ou até mesmo para reprimir os pais, inclusive podendo até mesmo destituí-los do poder familiar em casos extremos.

Por outro lado, nas relações interindividuais ou entre indivíduos e o poder público, onde geram de algum modo repercussões sobre o exercício da liberdade física ou política, limitações de direitos ou exonerações de obrigações, ou sobre a posse e propriedade de bens, o Estado compreendeu que deve haver a interferência sobre tais relações a fim de disciplinar e estabelecer comandos que compreende ser a expressão de valores sociais e políticos desejados. A proteção da posse e da propriedade; a recuperação de créditos; a indenização patrimonial; a tutela da liberdade física ou do trabalho, da moralidade administrativa e sobre os contratos públicos, são alguns dos milhares exemplos que podem ser citados.

A concepção do Direito como uma ordem coercitiva decorre da abordagem de que a coercitividade decorre de uma ordem *ordenadora*. Isso porque na ordenação do Estado e da sociedade, há a organização sócio-política, mas sem a possibilidade de imputação da sanção jurídica, tem-se uma mera proposição de organização,

sem que esta pudesse ser levada a cabo em vista de possíveis atos de recalcitrância.

A possibilidade de imputação de sanção jurídica surge como instrumental necessário para que deveres jurídicos possam ser cumpridos, o que, por sua vez, resultaria na eficácia de direitos.

Assim, a ordem jurídica, igualmente oriunda de uma concepção política de organização social, faz uso da sanção jurídica a fim de assegurar o cumprimento (forçado ou espontâneo) de deveres jurídicos e, conseqüentemente, a eficácia (forçada ou espontânea) de direitos.

Nota-se em Kelsen que o conceito de dever jurídico é, em sua origem, um conceito da moral, porém prescrita pela ordem jurídica¹⁷. Ou seja, nessa quadra, o dever jurídico explana a ordenação social, desta feita impondo condutas proibitivas ou condutas impositivas, que se atendidas, não incorrem em condutas definidas como ilícitas pelo ordenamento jurídico.

3.2 Direito subjetivo e direito objetivo na perspectiva do dualismo jurídico

A importância da imputação da sanção jurídica na ordenação social se revela em primazia quando se analisa a correlação entre direito subjetivo e direito objetivo na perspectiva do dualismo jurídico.

Com efeito.

Muito se debate acerca do monismo e dualismo jurídico. Afirmar a preponderância de um sobre outro é apenas uma opinião pois não há base sólida para autorizar tal superioridade. Mas opina-se pela existência de um sistema jurídico dual, seja em termos de conteúdo de norma, seja em termos de criação da norma.

Em termos de conteúdo da norma, compreende-se a existência de normas de direito material e normas de direito processual. Normas de direito material são aquelas que (ordinariamente)

contemplam e distribuem bens jurídicos de toda a sorte e seus respectivos direitos e deveres, de forma abstrata, impessoal e idealizando condutas sociais. E essa contemplação e distribuição tanto pode ocorrer em legislação constitucional como infraconstitucional. O melhor exemplo é o direito de propriedade, que tanto possui fundamento constitucional e infraconstitucional para contemplá-lo como direito subjetivo (CF, art. 5º, *caput*, XXII; e CC, arts. 1.225, I, e 1.228, *caput*) como possui fundamento constitucional e infraconstitucional para atribuir deveres subjetivos (CF, art. 5º, XXIII, XXV, 170, III e IV; e CC, arts. 1.228, §§ 2º e 3º, e 1.230, *caput*).

As normas de direito material contemplam o que se procura denominar *direito subjetivo* e *dever subjetivo*, eis que, em vista da relação de atributividade, a cada direito contemplado na ordem jurídica, surge o respectivo dever a ser cumprido. Denomina-se *subjetivo* em vista da concepção abstrata, genérica e ideal da norma, pois pessoas indeterminadas são suscetíveis de enquadramento a essas normas.

Denomina-se *direito objetivo*, por sua vez, aquele em que se imputa a sanção jurídica num caso concreto, a fim de corrigir um ato/fato envolvendo pessoas específicas (ou suscetíveis de identificação). O direito objetivo é essencialmente pronunciado pelo juiz, por ocasião de um processo. Por isso qualifica-se como *objetivo* em vista de sua concepção concreta, pessoal, real e embutido de sanção jurídica.

A correlação entre direito subjetivo e direito objetivo também pode ser projetado na perspectiva do dualismo jurídico.

Com efeito.

As normas de direito material se fundam na opção política em estabelecer comportamentos com previsibilidade de sanção jurídica. Se fundam na moral e sendo assim são elaborados no afã de gerar comportamentos que geram cumprimento dos deveres jurídicos, o que resultaria na conseqüência eficácia espontânea dos direitos subjetivos. Típico exemplo é o respeito à propriedade

alheia: enquanto houver esse comportamento espontâneo de dever jurídico, o direito subjetivo do proprietário será espontaneamente eficaz.

Já as normas de direito processual têm por finalidade instrumentalizar os bens jurídicos e os direitos e deveres estabelecidos pelo direito material em razão de um caso concreto, que a torna uma norma pessoal, concreta e real. Ou seja, o uso de normas de direito processual visam conferir eficácia às regras jurídicas materiais. Essa eficácia se faz mediante a imputação da sanção jurídica ao caso concreto, mediante pronunciamento da tutela jurisdicional – ou seja a norma material valorada ao caso concreto em conformidade com o interesse manifestado pela parte.

Assim pode-se estabelecer uma primordial diferença entre as normas de direito material e as de direito processual: a sanção jurídica. Enquanto que naquelas a sanção está revestida sob a forma de dever jurídico e assim fundada na moral ou outros fatores que inspiraram a sua formação, razão pela qual assume uma caráter ideal (conduta do *dever-ser* projetada), pelo sistema processual a sanção jurídica se formaliza jurisdicionalmente por meio da tutela jurisdicional a fim de conferir a devida eficácia que se atribui pelo reconhecimento do direito material. Logo a sanção jurídica pronunciada pelo sistema processual tem caráter corretivo, eis que incide sobre uma conduta efetivamente praticada (*ser*) e não sobre uma conduta idealmente imaginada (*dever-ser*).

O direito oriundo da atividade judicial (tutela jurisdicional) é um direito objetivo, eis que constituído essencialmente de sanção jurídica e por ele reside a capacidade do uso da violência para a sua efetivação, eis que pode decorrer de um ato de desobediência, podendo gerar uma simples penhora, busca e apreensão, suspensão de atividade nociva, ou em casos mais extremos, até mesmo a prisão por desobediência à decisão proclamada pela autoridade judiciária.

Mas é importante destacar: a possibilidade do uso da violência para efetivar a sanção somente decorre de esta ter sido

pronunciada pela autoridade judiciária. Logo isso não se vê no plano do direito material, cuja sanção é uma mera expectativa e inexistente autoridade para cominar sanção, eis que há um plano de igualdade entre as pessoas que integram essa relação; e se ainda há a possibilidade de imposição de sanção por alguém em detrimento de outra, essa questão poderá ser revista pela autoridade judiciária em processo próprio, tendo várias causas para isso, dentre elas o abuso exercido por uma das partes.

Em termos de criação, também as normas de direito material se distinguem das normas de direito processual. As normas materiais são criadas, sobretudo, pela atividade legislativa, mas existem outras fontes substanciais, como a analogia, os costumes, os princípios gerais, contratos etc. O estudo das fontes do direito brasileiro, em vista de ser um sistema semi-fechado, em termos gerais, permite tal constatação.

Já as normas de direito processual são essenciais e previamente estabelecidas por lei – o sistema processual é um sistema fechado, abrindo-se pouca oportunidade para fontes alternativas, como a própria jurisprudência. Mas, além disso, a regra jurídica criada pelo direito processual é essencialmente uma regra judicial, especialmente quando há a imputação da sanção jurídica.

E aqui reside a diferença primordial: a regra jurídica oriunda do direito processual (direito objetivo) advém de um processo, cuja identificação de direitos e deveres se dará mediante uma metódica análise de provas e fundamentos jurídicos somado ao juízo de valor realizado na decisão judicial. A regra jurídica de direito material (direito subjetivo) não advém de um processo judicial, portanto não tem como origem a reconstituição empírica dos fatos para definir a incidência ou não de suas normas. Não é uma norma criada e valorada a partir de um caso concreto, mas da constatação de casos genéricos que levam o legislador a projetar condutas igualmente genéricas.

Além disso a regra jurídica que surge do processo é a tutela jurisdicional pronunciada no caso concreto que, num primeiro momento, somente vincula as partes que participaram do

processo, salvo para beneficiar terceiros. Haverá um alcance além das partes nos casos de tutela dos direitos coletivos e difusos e nos casos de aplicação de súmula e jurisprudência vinculantes.

Assim não se concebe o ato de criação judicial do direito como a expressão do monismo jurídico, aliás, posição esta que fora corretamente censurada por Fazzalari¹⁸. Igualmente não se concebe como posição monista ou de uma norma concreta (sem que seja processual) oriunda de um contrato celebrado entre partes, pois em tal caso se trata de eficácia espontânea do direito material que poderá ser revista e corrigida, ou até invalidada, por uma decisão judicial. Portanto, ainda prevalecerá a decisão judicial como expressão da regra jurídica oriunda da norma processual.

3.3 A pretensão como expressão da imputação da sanção jurídica

O Novo CPC não implicou num revisionismo da natureza jurídica da ação. Ela continua tendo uma concepção eclética a luz da doutrina de Enrico Tullio Liebman. Ou seja a ação continua tendo um caráter dual, sendo abstrata quando vista como um direito fundamental de acessar à justiça, sendo concreta quando analisada pelo ajuizamento da ação e preenchimento das condições gerais.

Todavia a razão da existência e do exercício da ação não mais se passa na perseguição de um direito (visão tradicional), mas no atendimento de um interesse. Neste aspecto o interesse pode tanto derivar uma situação/relação expressamente prevista pela ordem jurídica ou derivar de uma situação fática apta a ganhar modelo jurisdicional protetivo. Assim o interesse se formaliza na ação através da tutela jurisdicional que se pleiteia.

O mesmo pode ser estendido ao direito de defesa, eis que se trata essencialmente de um direito subjetivo público abstrato, posto que o exercício da defesa decorre da existência de uma demanda e não se origina, a rigor, de eventual existência de direito subjetivo envolvido na lide. Igualmente o réu manifesta o seu

interesse na defesa na medida em que a sua contestação formaliza o conflito de interesses estabelecido na relação processual. Portanto a pretensão meramente defensiva do réu também pode ser vista como uma tutela jurisdicional, ainda que meramente defensiva.

A tutela jurisdicional, por sua vez, nada mais é que um comando estabelecido pelo juiz para impor um determinado comportamento à parte adversa ou ao Estado com a finalidade de produzir eficácia concreta ao interesse protegido, em virtude de um espontâneo descumprimento do dever jurídico subjetivo praticado pela parte adversa. Noutras palavras: a tutela jurisdicional é a sanção jurídica pronunciada na decisão judicial, por isso são expressões equivalentes quando de uma decisão pronunciada no processo.

A possibilidade de se impor um determinado comportamento pela tutela jurisdicional se justifica no direito material fundamentador, originado de fatos e fundamentos jurídicos expostos na ação/defesa. Portanto o papel do direito material na ação/defesa é de, essencialmente, fundamentar a pretensão (da ação ou da defesa), ou seja a tutela jurisdicional que vocaliza o exercício do interesse. Daí que se pode tomar o seguinte exemplo: todos têm interesse em ganhar dinheiro, mas somente poderá pleitear cobrança (pretensão da ação) em juízo quem for detentor de um comprovado crédito (fundamento da ação), salvo se houver quitação do crédito (fundamento da defesa), o que resultaria na improcedência da ação (pretensão da defesa).

O interesse se revela em dois momentos distintos no processo: quando é pleiteado pela parte – neste caso pode ser visto como pedido ou pretensão – e quando é efetivamente pronunciado pelo juiz em sua decisão – neste caso pode ser visto como tutela jurisdicional. Mas em ambos os casos, a sanção jurídica é o conteúdo do pedido, pretensão ou da tutela jurisdicional.

Na doutrina carneluttiana, onde se busca a inspiração para associar interesse e sanção jurídica, a expressão *preceito* é a que mais se aproxima do termo *tutela jurisdicional*. Pois preceito é a

regra de composição do conflito social. Assim associando interesse e preceito, explica Francesco Carnelutti que:

Impor um preceito quer dizer determinar uma situação que garanta a sua observância mesmo sem ou contra a vontade dos interessados, e, em particular, daquele dentre eles ao qual o preceito impõe o sacrifício em vez da prevalência do seu interesse. Por via da relação entre esta nova situação e o conflito de interesses, é garantia a composição deste último¹⁹.

A sanção (jurisdicional), portanto, é um preceito de composição de conflito social e vocaliza o comando judicial que impõe um comportamento. A sanção nada mais é que o dever jurídico subjetivo exigido judicialmente num caso concreto. Assim, por exemplo, em relação ao autor, se não houve o pagamento espontâneo da dívida, ele ocorrerá compulsoriamente numa ação de execução da dívida em vista da possibilidade de se expropriar o bem penhorado (sanção executiva); mas em relação ao réu, reconhecendo-se a quitação do crédito, o autor não mais poderá renovar o seu pleito pelo mesmo fundamento (sanção declaratória defensiva).

Com a imposição da sanção jurídica tem-se o comando judicial, ou seja, na ótica carneluttiana, tem-se o *corpus* jurídico do preceito. Pois:

Com o comando, isto é, quando o preceito se junta à sanção, começa o direito. O comando, por conseguinte, decompõe-se em preceito e sanção.

O preceito é a determinação da conduta de cada interessado no conflito. Conforme esta determinação seja rígida ou elástica, assim o preceito, e portanto o comando, se resolve numa proibição ou numa permissão: proibição de uma conduta contrária à conduta indicada; permissão de uma conduta livre dentro dos limites indicados.

A sanção é a determinação da conduta de pessoas diversas do interessado, no caso de o preceito ser desrespeitado. A sanção resolve-se, por isso, por sua vez,

num preceito dirigido a pessoas diversas dos interessados: quando a lei diz que os bens do devedor devem ser penhorados, ou que o ladrão deve ser encarcerado, não faz senão prescrever a certos funcionários que atuem pela forma que conduz à penhora ou à punição²⁰.

E acresce Carnelutti:

Assim, cada comando supõe um outro comando, o qual é a condição de transformação do preceito em comando. Por aqui se começa a ver que o direito se resolve numa cadeia sem fim de comandos. (...)

É suficiente para criar o comando a combinação do preceito com a sanção. A atuação da sanção, isto é, a coação, é um *prius* ou um *posterius* relativamente a cada comando, mas não entra neste. É um pressuposto prático da eficácia do comando, não um elemento lógico de sua existência. A ciência vislumbrou há muito tempo esta verdade, enquanto pôs e resolveu variamente a questão de saber se a coação deve ou não ser compreendida no conceito de direito. Tal questão decide-se precisamente distinguindo-se a existência e a eficácia do comando; uma espingarda é uma espingarda mesmo quando não carregada, mas neste caso não mete medo em ninguém²¹.

Diante disso, sob o ponto de vista do exercício concreto da ação, ter-se-ia apenas uma condição genérica: a possibilidade de imputação da sanção jurídica. Do ponto de vista da defesa a única condição para o seu exercício é a citação do réu, pois a partir desse ato, oportuniza-se ao demandado a possibilidade de apresentar a sua defesa na relação processual, embora (normalmente) o pleito a ser manifestado é o de improceder a ação que lhe foi proposta. O exercício da ação ou inação, o exercício da defesa ou a sua inércia, são faculdades processuais postas à disposição de quem é parte na processo para que nelas exerçam uma pretensão.

Por esse motivo o processo é o instrumento que propicia imputação à sanção jurídica no caso concreto. O conteúdo dessa sanção jurídica pode ser tanto um modelo previsto em lei como um modelo a ser criado pelo juiz por ocasião de uma decisão judicial.

Logo seria correto afirmar que a metodologia do processo não é a discussão de direitos subjetivos, mas a investigação de deveres subjetivos descumpridos e a viabilidade da imputação da sanção jurídica fundamentada pelo direito subjetivo em favor de uma das partes. E isso não remete necessariamente a uma sentença de mérito, posto que a que não examina o mérito igualmente atende de alguma forma o interesse do réu.

Para o autor essa sanção jurídica pode ser formalizada por meio de uma tutela jurisdicional declaratória, condenatória, constitutiva, desconstitutiva, mandamental, executiva *lato sensu*, executiva *estricto sensu* e cautelar. Para o réu essa sanção jurídica se formaliza por meio de uma tutela jurisdicional declaratória meramente defensiva, eis que consistente em improceder a ação que lhe foi proposta, com ou sem análise do mérito da causa.

Assim se constata que as ações e defesas são caracterizadas pelo conflito de interesses e não de direitos. É verdade que esses interesses devem possuir respaldo jurídico, sob pena de não serem acolhidos em decisões judiciais. Mas, a rigor, é o interesse o elemento motivador da ação e da defesa. Isso realça a concepção abstrata da ação e da defesa, e tem como exemplo a ação ajuizada para equiparar a relação homoafetiva com a união estável que fora julgada procedente pelo STF em maio de 2011²². Essa ação teve como fundamento para o seu pedido justamente a ausência de norma legal protetiva, eis que, mesmo em face de diversos projetos de lei existentes, o Congresso Nacional não dava trâmite a eles enquanto que as relações homoafetivas geravam efeitos concretos e necessitava de uma regulação jurídica. Noutras palavras, a causa de pedir dessa ação era justamente a ausência de direito normatizado...

Assim o processo é a arena em que se imputa a sanção jurídica ao caso concreto, pois a sanção nada mais significa que a manifestação do interesse na relação jurídica processual. Daí que expressões como *sanção*, *pretensão* ou *pedido*, em um dado momento, possuem o mesmo significado, que a aquisição de um

bem jurídico que atenda ao *interesse* vocalizado pelo autor num dado momento processual.

4. SENTENÇA

4.1 Sentença e decisões terminativas segundo o Novo CPC

Desde a promulgação do CPC em 1973 até a reforma de 2005, concebia-se um conceito normativo de sentença como o ato judicial de extinção do processo, com ou sem análise do mérito, como se via da redação do artigo 162, § 1º.

Esse conceito fundava-se metodicamente num dos efeitos da sentença – a possibilidade de extinção do processo a partir do seu proferimento caso não houvesse recurso. Entretanto criticava-se esse conceito por não se basear ontologicamente no que é sentença – ato de julgamento –, mas que efeito se produziria no processo – a sua possível extinção.

Mas a despeito dessa “falha” metodológica, não se podia negar que o conceito de sentença como ato de extinção do processo servia, e muito, para resolver outros institutos processuais, especialmente para definir a natureza do ato judicial e o respectivo recurso a ser interposto.

Com o advento da Lei nº 11.232/2005, alterou-se a redação do artigo 162, § 1º, do CPC, para definir a sentença como ato do juiz que implica alguma das situações nos artigos 267 e 269 do CPC. Esses referidos dispostos, que tiveram seus respectivos *caputs* igualmente alterados pela Lei nº 11.232/2005, e assim passaram a definir sentença como um ato de julgamento que aprecia ou não o mérito da causa.

Então a sentença passou a ser normativamente conceituada como ato de julgamento. Isso se mostra metodologicamente correto, pois define o objeto (sentença) como ele é e não pelo efeito que produz (possível extinção).

Todavia sem que se identificasse o seu efeito processual, isso causava confusão em algumas situações, especialmente para definir a espécie recursal. O típico exemplo era o da decisão que excluía litisconsorte do processo: para ele (litisconsorte) era extinção do processo, o que significava ser uma sentença, ao passo que para as demais partes era uma decisão interlocutória, pois o processo prosseguiria contra elas. Então qual o recurso cabível a ser interposto contra a decisão que excluía o litisconsorte do processo: agravo de instrumento ou apelação? A jurisprudência levou tempo para compreender que o recurso cabível era o agravo de instrumento, o que mostrava que a espécie recursal se definia pelo efeito da decisão proferida e não pelo seu conteúdo.

Ou seja, em termos técnicos e práticos, o conceito de sentença como ato de julgamento não resolveu necessariamente as dúvidas criadas pela praxe forense porque necessita também de se avaliar o efeito da decisão para averiguar a natureza do recurso a ser interposto, em vista de algumas situações excepcionais.

Assim o Novo CPC assumiu um conceito híbrido de sentença, seja como ato de julgamento que reclama alguma das hipóteses de análise ou do mérito da causa definidas em lei processual, seja também como ato de extinção do processo, para averiguar a incidência de qual espécie recursal cabível.

Por isso o Novo CPC se afastou do conceito de sentença adotado pelo CPC revogado com a reforma dada pela Lei nº 11.232/2005. Consoante se vê do artigo 203, § 1º, do Novo CPC, estipula-se que *ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.*

Ou seja, normativamente a sentença volta a ser um ato de extinção, um ato de término, um ato de encerramento, em vista de ter por conteúdo alguma das hipóteses do artigo 485 (sem análise do mérito) ou do artigo 487 (com exame do mérito), ambos do CPC.

Mas o retorno à concepção da sentença como ato de extinção não se deve apenas para definir a espécie recursal a ser utilizada, especialmente quando se refere à decisão interlocutória. Isso porque, ao contrário do regime do CPC revogado, quando o recurso de agravo de instrumento era cabível contra qualquer decisão interlocutória proferida no processo de conhecimento que reclamasse urgência na sua interposição (não havendo seria agravo retido), pelo Novo CPC o recurso de agravo de instrumento será manejado somente nas hipóteses do artigo 1.015²³, deixando fora da previsão legal diversas decisões interlocutórias. Isso porque o Novo CPC definiu decisão interlocutória como todo ato decisório que não se enquadre como sentença²⁴ e assim optou por um rol taxativo para hipóteses de agravo de instrumento e não mais contemplou o agravo retido como espécie recursal. Além disso, compreendeu genericamente que as decisões incidentais proferidas no processo de conhecimento e que não forem suscetíveis de agravo de instrumento, poderão ser argüidas em sede de apelação, como se vê do artigo 1.009²⁵.

Ou seja, o Novo CPC, ao fito de permitir maior celeridade no desenvolvimento do processo de conhecimento, procurou evitar que várias questões incidentais pudessem conspirar contra essa desejada celeridade. Mas para que não se negasse à parte a oportunidade do duplo grau de jurisdição sobre essas questões incidentais, permitiu que sobre elas não incidisse o fenômeno da preclusão sobre elas, de tal sorte que elas pudessem ser reargüidas em sede de razões ou contrarrazões no recurso de apelação.

Em vista disso, o Novo CPC contemplou espécies de decisões terminativas que normativamente não foram qualificadas como sentença.

Tem-se como exemplo a situação em que ocorre a estabilização da tutela antecipada nos termos do artigo 304 do CPC. Neste caso, diante da ausência de recurso contra a decisão concessiva da antecipação da tutela, ocorrerá a estabilização da tutela com a respectiva *extinção do processo* (§ 1º). Ocorre que, a rigor, esta extinção não advirá de uma sentença específica, mas sim ante a

ausência de interposição do recurso pelo réu contra a decisão interlocutória proferida pelo juiz. O Novo CPC não prevê o proferimento de sentença para essa extinção, até porque abriria oportunidade para novamente o réu recorrer, o que elidiria a possibilidade de estabilização da tutela antecipada. Portanto a decisão que concede a antecipação da tutela, pode ser interlocutória para fins de interposição de recurso de agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, I), mas ela pode ser terminativa do processo ante a estabilização da tutela antecipada concedida. E não será considerada como sentença, mesmo estabilizando a tutela jurisdicional pronunciada.

Outra situação de decisão terminativa ocorre em caráter excepcional quando se nega a tutela cautelar requerida em ação antecedente em decisão proferida após a contestação do réu. Apesar do efeito dessa decisão implicar no arquivamento do processo (que posteriormente poderá ser desarquivado quando de eventual ajuizamento da ação de conhecimento), a natureza dessa decisão não será considerada como sentença, posto que o recurso cabível será o de agravo de instrumento (CC, art. 1.015, I), realçando que a decisão proferida extingue a lide cautelar e não a “potencial” lide cognitiva, razão pela qual não incide o conceito normativo de sentença estabelecido no artigo 203, § 1º, do CPC.

Outro exemplo se dá pela decisão na ação de exigir contas que somente aprecia a legitimidade ativa e passiva. Neste caso, diz o § 5º do artigo 550 do CPC, que *a decisão que julgar procedente o pedido condenará o réu a prestar as contas no prazo de 15 (quinze) dias*. Trata-se de decisão terminativa que substitui a sentença prevista em situação semelhante pelo regime do CPC revogado (art. 915, § 2º).

Logo pode-se inferir que, caso seja reconhecida a ilegitimidade de alguma das partes, essa decisão será terminativa, eis que, inequivocadamente aplicará a hipótese do artigo 485, VI, do CPC. Natureza de sentença, portanto. Em sentido inverso, caso reconhecida a legitimidade ativa e passiva, essa decisão poderá ser considerada de natureza interlocutória para fins de agravo de

instrumento caso se refira ao mérito do processo (CPC, art. 1.015, II).

Essas técnicas processuais introduzidas no Novo CPC, que têm em mente a celeridade processual, obrigam a doutrina e a jurisprudência a estabelecer contornos a fim de conferir uma sistematização e eficácia de seus preceitos.

As decisões terminativas devem ser consideradas como uma categoria específica ao lado da sentença pelos efeitos que elas podem gerar. Isso porque o Novo CPC, em seu artigo 203, § 1º, define sentença como ato de extinção do procedimento cognitivo com ou sem análise do mérito da causa. Sendo assim, as decisões terminativas passam a ganhar espaço próprio na medida em que existem decisões judiciais que encerram etapas cognitivas ou até mesmo o procedimento, sem que seja normativamente conceituada como sentença e que, embora sendo interlocutórias, são decisões que podem gerar a extinção do processo em vista de algum comportamento/inatividade da parte.

4.2 Efeitos da sentença/decisão terminativa

Consideram-se efeitos da sentença/decisão terminativa as conseqüências jurídicas e fáticas por ela produzidas. A averiguação dos efeitos surge como conseqüência ao proferimento da sentença/decisão terminativa; por isso, os efeitos da sentença/decisão terminativa são inexoráveis ao próprio ato de proferir julgamento.

Por esse motivo, não se acolhe a doutrina da coisa julgada como efeito da sentença, como afirmara o artigo 467 do CPC revogado. A coisa julgada, crê-se, não surge do proferimento da sentença, mas da ausência de recurso pendente, que assim se estabiliza e se extrai a autoridade da decisão judicial que se torna imutável e a lide indiscutível (CPC, art. 502). E por ausência de recurso pendente pode-se compreender por sua não interposição, pelo seu não recebimento ou pelo esgotamento de todas as vias recursais possíveis. Ou seja, não se cria coisa julgada conseqüentemente ao

proferimento da sentença; entre esta e aquela deve haver uma situação processual onde se constata a ausência de recurso pendente.

Os efeitos da sentença/decisão terminativa podem ser imediatos e mediatos; naqueles, os efeitos confinam-se às conseqüências jurídicas produzidas no processo, eis que decorre de um ato de soberania do estado; já os efeitos mediatos extrapolam ao processo, a fim de alcançar a vida real dos litigantes e, eventualmente, de terceiros, porque surgem em razão da tutela jurisdicional pronunciado na sentença.

São efeitos imediatos aqueles que surgem em razão do ato de sentenciar; como a sentença/decisão terminativa é proferida em razão de um processo, por isso são efeitos imediatos, isto é, surgem em razão do processo e se confinam aos limites do processo.

Esses efeitos independem do fato de a sentença ter apreciado ou não o mérito da causa, isso porque, repete-se, são efeitos do ato de proferir a sentença e não do conteúdo de seu julgado.

Os efeitos imediatos da sentença/decisão terminativa se dividem em:

a) pronunciamento da tutela jurisdicional: em virtude dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça, a propositura da ação significará, obrigatoriamente, num pronunciamento da jurisdição acerca da lide nela contida (condições da ação, pressupostos processuais e a tutela jurisdicional pleiteada). Esse pronunciamento será ampliado se houver no processo as chamadas ações incidentais, como a reconvenção, a questão prejudicial de mérito e a denunciação à lide.

O pronunciamento da tutela jurisdicional é etapa obrigatória da sentença/decisão terminativa e deve incidir sobre toda a demanda. Isso porque, na ausência de pronunciamento total ou parcial sobre a demanda, estar-se-á diante do fenômeno da sentença *infra petita*, ou seja, da negligência do Estado-juiz em examinar a totalidade da lide posta em juízo.

b) esgotamento do ofício jurisdicional: proferida a sentença o juiz encerra seu dever de prestar a tutela jurisdicional, independentemente da

solução dada à lide. Isso porque, proferida a sentença, cria-se contra o juiz a preclusão *pro judicato*, ou seja, cria-se obstáculos jurídicos contra o juiz a fim de que ele reveja a própria decisão e profira outro julgamento no processo. Reafirma este efeito a regra contida no artigo 494 do CPC, pela qual a possibilidade de alterar a sentença somente é excepcional e restritamente cabível para fins de correção de inexatidões materiais ou erros de cálculos, ou em virtude de embargos declaratórios.

Esse efeito pode também ser visto nas decisões terminativas, porém com algumas peculiaridades. No caso de estabilização da tutela antecipatória (CPC, art. 304) e de indeferimento da tutela cautelar requerida em ação antecedente, nota-se que o esgotamento do ofício jurisdicional ocorrerá em vista da ausência de interposição do recurso contra o proferimento da decisão e também na ausência de ajuizamento de ação que visa discutir a integralidade da lide. Da mesma forma, no caso do reconhecimento da ilegitimidade na ação de exigir contas, o esgotamento do ofício jurisdicional surge na perspectiva da ausência de recurso contra essa decisão que, inegavelmente, é considerada como sentença.

c) indicação de extinção do processo: tratando-se de sentença, o seu proferimento indica a possibilidade de extinção do processo se não houver a interposição do recurso de apelação. Este efeito é característico da sentença e o bem distingue da decisão interlocutória, e surge em vista do esgotamento do ofício jurisdicional, eis que, inexistindo o recurso de apelação, se produzirá a coisa julgada.

Também se estende tal efeito nos casos de decisão terminativa, porém lembrando que são decisões interlocutórias, razão pela qual interpõe-se o agravo de instrumento (CPC, art. 1.015, I e II). Apesar de serem decisões interlocutórias, a ausência de interposição do agravo de instrumento implicará na extinção/arquivamento do processo, como se vê nos casos de estabilização da tutela antecipatória e de indeferimento da tutela cautelar. Tratando-se de reconhecimento de ilegitimidade na ação de exigir contas, pode-se considerar essa decisão como sentença para efeito recursal e assim o autor deverá interpor o recurso de apelação; alternativo a isso, seria considerar como decisão

interlocutória, eis que não proferida em sede de tutela definitiva, pois ocorreria somente quando do julgamento do mérito das contas (CPC, art. 552) e assim interpor agravo de instrumento nos termos do artigo 1.015, II, do CPC. A doutrina e a jurisprudência haverão de superar essa dúvida.

Os efeitos mediatos são aqueles que surgem do julgado contido na sentença; ou seja são efeitos que se extraem do comando judicial contido na sentença/decisão terminativa. Por serem justamente efeitos do julgado, os efeitos mediatos extrapolam o processo para alcançar a vida real das partes e, eventualmente, de terceiros. Por esse motivo, os efeitos mediatos são aqueles suscetíveis de execução, a fim de se materializarem em prol do titular do bem jurídico contemplado.

Os efeitos mediatos se subdividem:

d) principal: surge com a tutela jurisdicional efetivamente concedida. A solução da lide, mediante pronunciamento da tutela jurisdicional, pode-se dar pela tutela declaratória, condenatória, constitutiva, desconstitutiva, mandamental ou executiva *lato senso*, cujo comando de eficácia pode estar associado a uma técnica mandamental.

Sem sombra de dúvida trata-se do principal efeito contido numa sentença, pois toda a solução do litígio dependerá do efeito e da técnica pronunciados.

Esse efeito surge igualmente na decisão terminativa, seja ela de mérito ou não. Inclusive insta lembrar que é pressuposto essencial o acolhimento do pedido para fins da existência da estabilização da tutela antecipatória. Nas demais espécies de decisão terminativa, deve-se averiguar o conteúdo da tutela jurisdicional pronunciada.

e) secundários: surgem em razão da solução da lide e da tutela jurisdicional concedida na sentença. Os efeitos secundários não gozam de autonomia jurídica, e por isso na eventual hipótese de reforma da sentença, também haverá a modificação dos efeitos secundários.

São exemplos de efeitos mediatos secundários: a condenação do vencido aos ônus da sucumbência, o que inclui o reembolso das custas e taxas processuais e honorários advocatícios (CPC, arts. 82,

§ 2º e 85); a possibilidade de inscrição da sentença em hipoteca judiciária (CPC, art. 495) ou ser levada a protesto judicial (CPC, art. 517); a suspensão dos direitos políticos do administrador público na sentença que o condena por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 12).

Nota-se que a rigor esses efeitos secundários não incidiriam, a rigor, na estabilização da tutela antecipada. Pois, em princípio, não poderia o juiz, quando do proferimento da decisão, prever que haverá a estabilização da tutela antecipada. Tanto que em alguns casos, os tribunais estão condenando o réu nos ônus da sucumbência em virtude de recurso de apelação interposto pelo autor²⁶.

4.3 Metodologia da sentença e imputação da sanção jurídica

Em vista da imputação da sanção jurídica pleiteada na ação e do respectivo processo que se desenvolveu, a elaboração da sentença compreende os seguintes atos: a) *exame dos fatos*; b) *elaboração da definição jurídica*; c) *elaboração do conhecimento jurídico*; d) *elaboração da sanção jurídica*.

Em vista disso, pode-se conceber formalmente a lógica da sentença, consoante a metodologia exposta:

*Dado fato comprovado **haverá** uma definição jurídica;
Dada definição jurídica **haverá** um conhecimento jurídico;
Dado conhecimento jurídico **haverá** uma sanção jurídica.*

A criação judicial do direito, reitera-se, advém de uma atividade intelectual, sob raciocínio dedutivo e indutivo, pela qual define-se juridicamente um fato comprovado e sobre esta definição advirão o conhecimento jurídico e a respectiva aplicação da sanção jurídica.

Aborda-se esses atos.

4.3.1 Exame dos fatos

Num processo toda pretensão é a manifestação do interesse da parte. Assim a pretensão pode ser exercida não só na ação, com também na contestação, na reconvenção, na assistência, na oposição, na denúncia da lide, no chamamento ao processo e na questão prejudicial. E o conteúdo da pretensão reside na causa de pedir, porque é esta quem lhe dá amparo e sustentação jurídica quando formalizada como tutela jurisdicional.

Recorda-se que a causa de pedir são os fatos e fundamentos jurídicos que sustentam a pretensão do autor, eis que é vista como a exposição do fato ou do conjunto de fatos ao qual se procura atribuir a produção de um efeito jurídico, que é o acolhimento da pretensão requerida.

Cumprе recordar também que o processo civil brasileiro, acompanhando a construção europeia, adotou as duas teorias modernas da causa de pedir: a teoria da substanciação e a teoria da individualização.

Pela teoria da substanciação, o exercício da ação deve se fazer à base de uma *causa petendi* que compreenda o *fato* ou o *complexo de fatos* de onde se extraiu a conclusão a que chegou o pedido formulado na petição inicial.

Por esta teoria, interessa à causa de pedir a dedução de todos os fatos narrados pelo autor na ação para que a atividade jurisdicional se pronuncie a respeito da ação, processo e mérito. Esta teoria tem imensa intimidade com dois princípios informativos do processo: *daba mihi factum dabo tibi jus* (narra-me os fatos que darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz conhece o direito). Tais princípios simplificam a atividade judicial com base na exposição dos fatos para o seu pronunciamento. Por isso, compreende-se que para a teoria da substanciação, a causa de pedir constitui um verdadeiro fato gerador do direito, inclusive dos chamados direitos absolutos²⁷.

Por fim, a teoria da substanciação tem aplicação nas causas que versem sobre direitos pessoais, como as ações de estado e ações que

versem sobre cumprimento de obrigações.

Pela teoria da individualização, ao contrário da anterior, contempla-se a relação jurídica ou o próprio direito em relação à situação fática como fundamento da ação ou da defesa. Determina que interessa à causa de pedir a demonstração do direito ou da relação jurídica invocada para fins de proteção. Tem restrita aplicação no processo civil, incidindo apenas nas ações que versem sobre direitos reais, execução por título extrajudicial e de acidente de trabalho.

O juiz, ao examinar os fatos, deverá ater-se à causa de pedir exposta nas postulações das partes. Além disso – e é imprescindível – deverão os fatos delineados como *causa petendi* estarem devidamente provados.

Não se pode admitir a veracidade de fatos não comprovados no processo, salvo às hipóteses excepcionais que dispensam a produção de provas (CPC, art. 374). Não se trata de uma aplicação cega da regra de que *o que não se encontra nos autos não se encontra no mundo jurídico*. Trata-se, isto sim, de uma garantia constitucional do litigante de que a sentença, como qualquer ato decisório, deverá ser fundamentada adequadamente, em vista de sua legitimação racional, o que impede a arbitrariedade judicial. E o elemento nuclear da fundamentação é a comprovação dos fatos alegados no processo para nele se atribuir o valor hermético de veracidade. O apoio em fatos não comprovados é insuscetível de se criar a verdade processual e assim abalizar a fundamentação.

4.3.2 Elaboração da definição jurídica

A elaboração do conhecimento jurídico compreende dois atos distintos: elaborar a definição jurídica e elaborar o conhecimento jurídico propriamente dito.

Esses dois atos são examinados distintamente, embora pertençam ao mesmo gênero. Esse exame distinto tem por objetivo

a identificação das diversas causas e conseqüências que advirão de tais elaborações.

A partir do fato comprovado, elaborar-se-á a definição jurídica. A expressão “definição jurídica” tem por significado o tema que receberá a proteção jurídica. Neste aspecto prevalece o que realmente as partes realizaram no plano da realidade social, através de suas condutas.

Por isso mostram-se procedentes a incidência de normas que informam a diretiva do juiz ao interpretar fatos sociais. É o caso, por exemplo, do artigo 112 do CC, ao dispor que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Outro exemplo refere-se à prova da quitação, cujo artigo 320, *caput*, do CC, diz que a “quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante”. No entanto adverte o parágrafo único do artigo 320 do CC: “Ainda sem os requisitos estabelecidos neste artigo valerá a quitação, se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida”.

Tais exemplos servem para demonstrar que o juiz deverá ater-se aos fatos, para depois elaborar a definição jurídica, para depois, num ato posterior (e por isso distinto), formular o conhecimento jurídico aplicável ao caso. Pois, como proclama o artigo 5º da LINDB, ao aplicar a lei, o juiz deve ater-se aos fins sociais e ao bem comum. Isso se encontra reiterado pelo artigo 8º do CPC ao dispor que, ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Por isso, como ocorre em determinadas demandas, o revestimento jurídico é um rótulo que não se amolda ao seu

ingrediente. Deve o juiz, na elaboração da sentença, prestigiar o que realmente ocorreu, para poder extrair o conceito de juridicidade que as partes estavam seguindo. É o caso do contrato nominar a expressão “locação”, mas o fato efetivamente ocorrido tratar-se de “arrendamento”.

A respeito disso, pronunciou o TJPR, acerca da aplicação do artigo 85 do Código Civil revogado, mas que possuía redação semelhante ao artigo 112 do CC vigente, que: “Na interpretação de cláusula contratual de sentido aparentemente obscuro, deve o julgador, atento ao que dispõe o artigo 85 do Código Civil e aos demais elementos de prova existentes no processo, levar em consideração a verdadeira intenção volitiva das partes, não se limitando a sua literalidade”²⁸.

Daí, então, a importância da definição jurídica, eis que irá identificar o tema que a lide versa. Isso realça o princípio da livre convicção motivada, eis que o juiz não está adstrito aos fundamentos expostos pelas partes, uma vez que o mesmo exerce o papel de investigador de fatos.

E neste o juiz deve basear-se na verdade processual, estando ela precedida de todas as medidas para a busca da verdade real. É o que assentou o TJPR: “1. (...) A verdade processual e a verdade fora do processo são sempre uma; o que difere são as técnicas e os métodos para o seu conhecimento, não podendo-se ignorar a priori que o mecanismo processual mesmo limitado contextualmente, possa vir a conhecer a realidade empírica dos fatos. Com efeito, o que pode variar é o grau de aproximação com o mundo empírico, o que implica a ponderação dos problemas que envolvem a adequada construção da técnica processual, tais como: se deve adotar-se o sistema da prova legal ou da prova livre; se deve dar-se maior ênfase ao princípio dispositivo ou ao princípio inquisitorial; qual a intensidade dos poderes instrutórios formais e materiais a serem exercidos pelo juiz; qual a dimensão a ser dada ao direito das partes de valerem-se dos meios probatórios úteis e disponíveis para influir na decisão judicial; qual deve ser a medida de cooperação processual exigível entre as partes e o juiz;

se deve-se obrigar as partes a dizer ou não a verdade; qual o grau de efetivação da garantia constitucional do contraditório e das demais garantias constitucionais fundamentais etc'. 2. 'Se o processo deve andar 'para frente', isto é, desenvolver-se em direção a seu final, os atos processuais, que acontecem nos moldes previstos em cada procedimento, devem respeitar determinados prazos, nos quais deverão ser realizados, sob pena de, não o sendo, incidirem na hipótese as conseqüências da não realização dos atos. A conseqüência máxima é justamente uma determinada espécie de preclusão, a temporal, que incidirá sobre a parte que, devendo praticar determinado ato, deixou de praticá-lo na forma e tempo previstos na lei”²⁹.

E assim, arremata o TJPR: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. CULPA DO CONDUTOR NÃO VERIFICADA. CRIANÇA QUE CORRE PARA ATRAVESSAR A RUA. ACIDENTE INEVITÁVEL E OCORRIDO POR CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. PROVAS TESTEMUNHAIS ROBUSTAS SOBRE OS FATOS QUE APROXIMAM A VERDADE PROCESSUAL DA VERDADE REAL. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA FEITA CORRETAMENTE PELO MAGISTRADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO”³⁰.

Portanto, com o estabelecimento da definição da verdade dos fatos ocorrerá a definição jurídica, ou seja o revestimento jurídico que será aplicado ao fato mediante o fenômeno da subsunção (ou congruência).

A definição jurídica é um ato judicial de pura sociologia, porque ainda incide sobre fatos que passa a ter conceituação jurídica, e de extrema importância para a formação da *ratio decidendi*, pois havendo outra definição, conseqüentemente haverá outra razão jurídica para a decisão.

Por isso deve o juiz realizar a mais possível exata definição jurídica da lide, porque isso vai repercutir diretamente na incidência de conseqüências jurídicas. São exemplos que podem ilustrar essa advertência: a) definir exatamente se a disputa pela

posse do imóvel é questão de reforma agrária ou de disputa de posseiros; b) se a lide versa sobre relação de consumo ou se versa sobre direito civil; c) se a lide versa sobre locação ou arrendamento de imóvel; d) se o dano a ser reparado é ambiental ou patrimonial; e) se a questão versa sobre ilegalidade praticada por autoridade pública ou ingerência na sua discricionariedade administrativa etc.

Tais exemplos mostram que a elaboração do conhecimento jurídico decorre da definição que o juiz deu à lide.

4.3.3 Elaboração do conhecimento jurídico e a vinculação à jurisprudência e súmulas

Ato subsequente à definição jurídica, a elaboração do conhecimento jurídico importa na interpretação das normas jurídicas que serão aplicadas à lide. Trata-se de exímio momento de hermenêutica jurídica, cujo juiz seguirá a tendência da escola que melhor lhe convencer, embora o artigo 8º do CPC reclame a proporcionalidade e a razoabilidade da aplicação da norma jurídica.

O conhecimento jurídico apresenta um conjunto hermético mais completo que os atos anteriores, porque dentro de si decorrem a apuração do fato comprovado, a definição jurídica da lide e a incidência das normas jurídicas aplicáveis ao caso concreto ou o direito jurisprudencial (a jurisprudência e a súmula vinculantes nos termos do artigo 927 do CPC).

Assim o desenvolvimento de técnicas processuais permitiu que fosse inserido como premissa na elaboração do conhecimento jurídico a jurisprudência vinculante e a súmula vinculante. Isso porque, conforme determina o artigo 927 do CPC, no ato de julgar, os juízes e os tribunais deverão observar: I – as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do STF em matéria

constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Trata-se de vinculação hierárquica vertical em todas as hipóteses, posto que a jurisprudência e súmula vinculantes advêm de órgãos jurisdicionais com superior hierarquia, fazendo com que os órgãos inferiores irradiem esses precedentes. Entretanto as hipóteses dos incisos I, III e IV também apresentam uma vinculação persuasiva, pois além da hierarquia também o conteúdo do precedente o permite que os órgãos inferiores possam irradiar os precedentes. Assim estar-se-ia o Novo CPC se aproximando da tese de Michele Taruffo sobre a aplicação dos precedentes³¹.

Acredita-se que no conhecimento jurídico da lide o juiz elabora a sua *ratio decidendi*, pois nele deverão constar todos os fundamentos jurídicos relevantes que vincularão os demais órgãos jurisdicionais.

A definição jurídica evidentemente contribuiu com a *ratio decidendi* porque, havendo outra definição, conseqüentemente haveria outro julgamento sobre a lide. É posição de Eugene Wambaugh, exposta por Pedro Miranda de Oliveira, de que a *ratio decidendi* é uma regra geral em cuja ausência o caso seria decidido de outra forma. A partir deste conceito, o jurista elaborou um teste para definir a *ratio* em um caso concreto. Primeiramente deve-se formular a suposta proposição do direito que constitui a *ratio decidendi*. Após, insere-se na proposição uma palavra que inverta seu significado. Então questiona-se se, caso o tribunal houvesse admitido a nova proposição, a decisão final teria sido a mesma. Sendo a resposta afirmativa, a proposição não é *ratio decidendi* da decisão testada; sendo a resposta negativa, a proposição tem autoridade para vincular a autoridade posterior³².

Mesmo que sobre a questão existam teses jurídicas que possam levar à mesma conclusão, a opção por uma delas integra o conhecimento jurídico e assim se formula a *ratio decidendi* da lide em exame. Tanto que (1) não havendo a devida congruência entre o fato e o suposto precedente, este não será aplicado

(*distinguishing*), a ponto de se estabelecer uma exceção anteriormente não reconhecida ou se utilizar o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *subjudice* não pode ser subsumido no precedente; ou (2) apresentando a lide peculiaridades que invoquem valores distintos igualmente o precedente não será aplicado (*overruling*), porque a *ratio decidendi* proclamada não fora a correta, ou que, por mudanças da sociedade, aquele entendimento deixou de ser correto³³.

Daí concluir Pedro Miranda de Oliveira que o juiz não perde a liberdade de *diferenciar* o caso sob sua análise daquele posicionamento firmado no precedente. Caso não sejam suficientemente iguais, o juiz julgará aquele caso concreto de maneira livre, desde que demonstre de forma fundamentada a diferenciação. Com a utilização da técnica da distinção o sistema de precedentes torna-se adaptável e capaz de permitir o desenvolvimento do direito. Possibilita-se, assim, que o sistema abarque novas realidades, bem como situações que, embora antigas, não tenham sido anteriormente tematizadas, sem que, com isso, seja necessário o rompimento do sistema ou a revogação do precedente. Deste modo, o *distinguishing* contribui não só para o desenvolvimento do direito, como também para sua estabilidade³⁴.

Não bastando o artigo 489, § 1º, do CPC, a *contrario sensu*, permite que a decisão judicial inaplique enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, mas desde que demonstre a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Enquanto que a definição jurídica rotula a lide identificando a *ratio decidendi* a ser adotada, o conhecimento jurídico confere o conteúdo da solução jurídica adotada, nele incluindo-se a própria *ratio decidendi* e a respectiva consequência jurídica.

Se advir de norma legal, integrará o conhecimento jurídico o reconhecimento de eventual direito subjetivo material lesado ou

ameaçado; o reconhecimento de eventual existência de um dever jurídico espontaneamente descumprido; a incidência da sanção jurídica, a fim de conferir a eficácia forçada ao direito subjetivo que era espontaneamente ineficaz.

Mas se advir de jurisprudência ou súmula vinculantes (CPC, art. 927), o juiz terá um trabalho mais atenuado para elaborar o conhecimento jurídico, pois a norma jurídica já estará interpretada, valorada e sancionada pelo sistema jurisdicional. Eventualmente deverá o juiz adicionar uma sanção jurídica ao caso concreto, como a cominação de multa decorrente de litigância de má-fé. Tanto que os tribunais, ao editar enunciados de súmula, devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação (CPC, art. 926, § 2º). Essa providência, diz Eduardo Cambi, é essencial para que não haja, no momento da interpretação ou da aplicação do texto legal, confusão sobre o significado e o alcance de cada um dos institutos³⁵.

O conhecimento jurídico vem a ser o direito objetivo produzido na sentença, porque é a regulação jurídica de um determinado caso concreto, real e pessoal, embutido de sanção jurídica.

Se advir de norma legal, o ato de elaborar o conhecimento jurídico tem como pressuposto a definição jurídica dada à lide e deve levar em conta: a) os princípios gerais aplicáveis; b) os princípios específicos aplicáveis; c) a norma constitucional; d) a norma infra-constitucional; e) os valores das normas que serão aplicadas; f) os valores sociais extraídos na lide, mediante comparação dos interesses envolvidos; g) a comparação entre bens jurídicos envolvidos, a fim de proteger um e sacrificar razoavelmente outro; h) a elaboração da fórmula da sanção jurídica, a fim de efetivar o interesse protegido com o menor sacrifício do interesse alheio; i) os fins da aplicação da sanção jurídica; e j) os fins políticos da solução adotada. Acredita-se que operando mentalmente o roteiro proposto, o juiz estará atendendo ao prescrito no artigo 8º do CPC.

Mas se advir de jurisprudência ou súmula vinculantes (CPC, art. 927) o precedente já conterà toda a interpretação, valoração e aplicação da norma legal, apresentando desde logo um “conhecimento jurídico pronto e acabado”.

Observe-se que a elaboração do conhecimento jurídico exige do juiz a sua face sociológica, a sua face política e a sua face jurista.

4.3.4 Elaboração da tutela jurisdicional (ou sanção jurídica)

O direito objetivo – tutela jurisdicional ou a sanção jurídica pronunciada – se expressa em razão de fundar-se no caso concreto, real e pessoal. Noutras palavras, o direito objetivo é o direito do *ser*, por isso, embutido da sanção jurídica; diferentemente do direito subjetivo, que é o direito do *dever ser*, sobre a qual repousa a expectativa de uma determinada conduta conforme orientação de norma jurídica abstrata, ideal e impessoal.

A sanção jurídica, em termos de sentença (portanto de tutela jurisdicional), pode ser *declaratória, condenatória, constitutiva, desconstitutiva, mandamental e executiva lato sensu*, conforme a (clássica) classificação quinária de Pontes de Miranda. A sanção jurídica coincide com o efeito mediato principal da sentença, porque reside justamente na parte dispositiva da sentença.

Eis as espécies de tutela jurisdicional ou de sanção jurídica:

I. Declaratório

Tem por finalidade única e exclusiva em declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou a falsidade de um documento (CPC, art. 19). A tutela declaratória pode ser obtida por uma ação principal ou por uma questão incidental, que visa questionar a existência ou não da relação jurídica que definirá a sorte da ação principal (CPC, art. 436, III).

A sanção declaratória pode originar-se em razão de um pedido inserido na ação ou no pedido de improcedência (da ação ou do pedido) formulada na contestação, pois uma sentença que tenha

reconhecido que o autor carece das condições da ação ou que improcede a pretensão do autor, acaba por declarar que o autor padece dos pressupostos processuais ou do direito subjetivo material reclamado, ou seja tratar-se-á de uma tutela declaratória defensiva. Ainda é possível admitir a sanção declaratória por efeito de questão prejudicial incidental, como prevê o artigo 503, § 1º, do CPC.

A sanção declaratória decorre da necessidade da jurisdição manifestar-se sobre a lide, declarando o que realmente interessa, dissipando qualquer dúvida entre as partes com possibilidade de produção de coisa julgada a respeito.

II. Condenatório

Tem por finalidade de criar compulsoriamente uma relação jurídica obrigacional – obrigação de dar, fazer e não fazer – que se mostrou espontaneamente ineficaz em razão do descumprimento de um dever jurídico. O Novo CPC, para também agasalhar situações em que não comportam questões patrimoniais, também estendeu ao alcance da tutela condenatória a imposição de uma prestação de fazer ou não (art. 497), devendo o juiz criar a tutela específica ou pelo resultado prático equivalente, como sói acontecer nas demandas ambientais que visam a restauração da área degradada.

A sanção condenatória decorre da necessidade de se impor judicialmente o cumprimento do dever jurídico. Essa imposição deve-se à sanção jurídica de caráter obrigacional. No entanto a eficácia da sanção jurídica advirá de um procedimento executivo, caso a parte adversa não cumpra espontaneamente o que lhe foi determinado em sentença.

Segundo o CPC, no caso de condenação ao pagamento em quantia certa ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. Aduz ainda que não ocorrendo pagamento

voluntário nesse prazo de 15 dias, o débito será acrescido de multa de 10% (dez por cento) e, também, de honorários de advogado de 10% (dez por cento). Ainda, não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação (art. 523).

Por outro lado, no cumprimento de sentença que condena o devedor ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixa alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito (neste caso, as três últimas parcelas devidas), provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuarlo, sob de haver o protesto judicial do débito e de ser decretada a prisão civil do devedor por até 3 (três) meses, a ser cumprida em regime fechado, até que se efetive o pagamento do débito acrescido das parcelas que se vencerem no período, ocasião em que a prisão será suspensa (art. 528). Mas poderá o exequente optar pelo pagamento do débito mediante desconto em folha (art. 529) ou pela execução patrimonial com a penhora de bens (art. 528, § 8º).

Por outro lado, tratando-se de sentença que condena a indenização por atos ilícitos de natureza alimentar, poderá a sentença determinar que o devedor constitua capital cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. O capital de renda poderá ser representado por imóveis ou por direitos reais sobre imóveis suscetíveis de alienação, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, e será inalienável e impenhorável enquanto durar a obrigação do executado, além de constituir-se em patrimônio de afetação. Por outro lado o juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do exequente em folha de pagamento de pessoa jurídica de notória capacidade econômica ou, a requerimento do executado, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz (art. 533).

Mas se a sentença versar sobre obrigação de fazer ou não fazer, ou cumprimento de uma prestação de fazer ou não fazer não patrimonial, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. Isso significa que o juiz deverá elaborar o conteúdo da prestação do fazer ou não fazer ou do seu resultado prático equivalente. Além disso, para assegurar a efetividade da medida estipulada na sentença, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial (arts. 497 e 536).

Por fim, tratando-se de sentença que condena o devedor à obrigação de entregar coisa, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. Também são admissíveis a adoção de medidas de coercitividade, como a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial (art. 538).

III. Constitutivo

Tem por finalidade em constituir uma relação jurídica a partir da sua concessão, até então inexistente, como na ação de adoção, modificação de guarda e em relação ao curador no caso de interdição.

A sanção jurídica constitutiva mostra-se necessária seja por recalcitrância de uma das partes ou até mesmo por exigência legal, como é o caso da adoção. Nos exemplos dados, a aplicação da sanção implicará na perda do pátrio poder ou da renovação forçada do contrato de locação.

IV. Desconstitutivo

Como o próprio nome está a indicar, tem por finalidade em desconstituir uma relação jurídica existente. As ações de separação

judicial, divórcio, rescisão de contrato ou anulação de ato jurídico, são exemplos de desconstituição de relações jurídicas pré-existentes.

A sanção jurídica desconstitutiva apresenta-se como necessária à medida que ela não ocorreu espontaneamente por uma das partes. Por isso, justifica-se a necessidade do Estado intervir na lide e impor a desconstituição da relação jurídica. Para que haja essa imposição é preciso imputar a sanção jurídica.

V. Mandamental

Tem por finalidade principal a imposição de uma ordem judicial para corrigir ilegalidade praticada por autoridade pública.

A sanção jurídica mandamental se apresenta como um ato judicial preventivo ou corretivo da ilegalidade da autoridade pública. Essa espécie de sanção se mostra mais contundente, porque interfere diretamente na administração pública, em vista da ilegalidade reconhecida.

VI. Executivo lato sensu

Tem por finalidade a prevenção ou a correção de uma ilegalidade praticada pelo particular, cuja sanção em si dispensa o procedimento executivo.

A sentença terá por conteúdo uma ordem judicial para a sua materialização imediata, com ou sem auxílio do uso de força policial para a sua efetivação. A sanção executiva *lato sensu* decorre da imposição de uma ordem judicial a ser descumprida imediatamente, como ocorre com as ordens de reintegração de posse e de despejo.

VII. Executiva estrito sensu

Tem por finalidade a materialização de um direito de crédito reconhecido em título executivo judicial ou extrajudicial mediante o constrangimento patrimonial do devedor. Essa materialização reclama a instauração e o desenvolvimento do procedimento executivo específico, razão pela qual se distingue da tutela executiva *lato sensu*.

Os casos de cumprimento de sentença (título judicial) ou de nota promissória ou cheque (títulos extrajudiciais) que contêm obrigações que reconhecem o pagamento de quantia determinada, fazer, não fazer ou entrega de coisa, bem ilustram essa espécie de sanção. Mas também não se pode olvidar os casos de prestação de fazer ou não fazer reconhecidos em sentença, como a que determina o réu a restaurar degradação ambiental de uma área, também se inclui no rol de hipóteses de sanção executiva estrito sensu.

VIII. Cautelar

Trata-se de uma sanção que não tem por objetivo a proteção e a realização de direito material, como sói acontecer com as anteriores. A sanção ou a tutela cautelar tem por objetivo a proteção de um direito processual existente num processo pendente ou num futuro processo. O típico exemplo é o arresto, posto que a apreensão de bens do réu não tem por objetivo o pagamento de uma dívida, mas assegurar que tais bens sejam suscetíveis de uma futura penhora.

Na sistemática do Novo CPC, não se terá uma sentença cautelar, mas uma decisão que poderá concedê-la e quando isso ocorrer deverá o autor providenciar a conversão da ação requerida em caráter antecedente em ação de conhecimento (art. 308); caso essa decisão seja concedida incidental, essa conversão não será necessária, posto que já existe o processo de conhecimento ou de execução em curso.

5. COISA JULGADA (MATERIAL) NO NOVO CPC

5.1 Introdução

E assim se chega ao propósito deste ensaio: no pronunciamento da tutela jurisdicional (ou seja da sanção jurídica no caso concreto), o Estado-juiz afirma a sua autoridade resolutiva do

conflito social e impõe a solução jurídica ao caso concreto, que se estabilizará em vista da coisa julgada.

Portanto, ante a redação do artigo 502 do Novo CPC, nota-se um deslocamento doutrinário do fundamento da coisa julgada material, deixando de ser uma simples qualidade/efeito da decisão judicial para se tornar a autoridade que torna essa decisão judicial imutável e indiscutível a lide que deu ensejo a ela.

Com efeito.

5.2 Teorias que fundamentam a coisa julgada

Vários são os postulados teóricos que procuram fundamentar a coisa julgada, que sinteticamente podem ser assim reunidos³⁶:

a) teoria da presunção da verdade, que se apóia nos textos de Ulpiano e direcionados pelos escolásticos, juristas da Idade Média fundamentavam a autoridade da coisa julgada na presunção da verdade contida na sentença ou no acórdão. Se a finalidade do processo é a busca da verdade, isso seria alcançado diante silogismo da sentença, que teria a norma jurídica como premissa maior, o fato como premissa menor, para se chegar à conclusão (decisão). É verdade que o julgamento pode fundar-se em erro sobre fatos ou aplicar equivocadamente a norma jurídica. Em tais casos, tais sentenças ou acórdãos produzirão coisa julgada, mas apresentam-se injustas e equivocadas. A despeito da coisa julgada não refletir a verdade, a mesma gozará de presunção de verdade. Essa teoria foi adotada por Pothier e ecoou no direito brasileiro, por ocasião do artigo 185 do Regulamento 737 de 1850, que dispunha que: “São presunções legais absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada”;

b) teoria da ficção da verdade, que foi elaborado por Savigny e parte da premissa de que a sentença justa ou injusta produz coisa julgada, razão pela qual, aquilo que a sentença ou o acórdão declara não pode mais deixar de ser reconhecido como verdade. Por isso, não poderá as partes ou qualquer juiz deixar de reconhecer a verdade. Por isso a coisa julgada é uma ficção, porque gera a aparência da verdade, mesmo que seja uma verdade artificial;

c) *teoria da força legal, substancial, da sentença*, de autoria de Pagenstecher, entende que toda sentença, mesmo a meramente declaratória, cria o direito e, portanto, constitutiva do direito. Compreende-se que a sentença é um juízo de certeza do direito, porque sobre essa certeza incide a lei. Em razão disso, decorrem a incontestabilidade, a indiscutibilidade e a imutabilidade da sentença. O fundamento da coisa julgada está no fato da sentença constituir um direito novo, por força de lei criada pela própria sentença. Essa teoria enquadra-se no grupo das chamadas “teoria materialista”, que vêem na coisa julgada a criação de um novo fundamento substancial à declarada existência ou inexistência da relação jurídica deduzida em juízo, uma causa por si só de constituição ou de extinção dela. Salienta-se que a coisa julgada, no caso de uma sentença injusta, daria vida a um direito inexistente ou extingiria um direito antes existente;

d) *teoria da eficácia da declaração*, elaborada por Hellwig, Binder, Stein, entre outros, que fundamenta a autoridade da coisa julgada a eficácia da declaração de certeza contida na sentença. Sustenta tal doutrina que existem sentenças que tanto constituem como declaram direitos. Mesmo nas sentenças que constituem um direito, sempre haverá uma declaração, que estará agregada à uma prestação determinada judicialmente. A declaração constitui o ponto nuclear da sentença, pois é esta que produz a certeza do direito, que é imutável e indiscutível, ao passo que a prestação pode ser rediscutida posteriormente, por ocasião dos embargos à execução, por exemplo. Desse ponto nuclear reside a eficácia da autoridade da coisa julgada, vinculando não somente as partes, como também os juízes;

e) *teoria da extinção da obrigação jurisdicional*, proposta por Ugo Rocco, compreende que a ação é o direito subjetivo de pedir ao Estado que deriva de um conflito de interesses, a fim de fazer atuar a vontade da lei ao caso concreto, e que o Estado tem a obrigação jurisdicional de declarar o direito, e a sentença é o momento culminante quando declara o direito e cumpre com o seu ofício jurisdicional. Entende Rocco que, prestada a tutela jurisdicional, ficam extintos o direito à ação e a obrigação do Estado em declarar o direito. E extintos, a relação de direito material decidida não pode mais ser novamente discutida e decidida. Não pode ser discutida porque não há dever do ofício jurisdicional. Daí concluir o processualista italiano de que a coisa julgada resulta da extinção da obrigação jurisdicional;

f) *teoria de Carnelutti*, para o qual a coisa julgada contém imperatividade por consistir um ato estatal. O comando da sentença é

amparado pela lei, mas não é um comando paralelo, mas um comando suplementar. A coisa julgada reside na imperatividade do comando da sentença. Por isso, Carnelutti vê no comando da sentença uma *lex specialis*, porque representa um processo de integração entre a norma e o caso concreto;

g) *teoria de Chiovenda*, segundo o qual a coisa julgada consiste na indiscutibilidade da essência da vontade concreta da lei afirmada na sentença. Segundo Chiovenda, a moderna concepção da coisa julgada representa um retorno à tradição romanística, por convolar uma tutela jurídica;

h) *teoria de Enrico Allorio*, na qual compreende que há uma correlação entre jurisdição e coisa julgada, que entende ser necessária e indissolúvel: a atividade jurisdicional, dentre as atividades do Estado, deve ser definida como aquela ao qual resulta a formação da coisa julgada. Daí compreender que a função jurisdicional é essencialmente função declarativa, função certificadora. Assim discorrendo, Allorio vê na coisa julgada a verdadeira atividade pacificadora da jurisdição, tendo em vista que, com a sua realização, a coisa julgada impedirá que a lide seja rediscutida.

i) *teoria de Enrico Tullio Liebman*, na qual, mesmo contrariando a redação do artigo 467 do CPC de 1973, compreende que a coisa julgada como a qualidade da sentença. Isso porque entender que a sentença vale como comando resultante de uma vontade de conteúdo imperativo. Contudo por si só este comando pode ser contraditado por outro comando, pronunciado por outro órgão estatal, ou até mesmo revogado, tal como ocorre com as leis. Afinal de contas, esses comandos são originários do mesmo poder que os prolatou – Estado. Assim, leciona Liebman que a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo teria chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada. Daí Liebman concluir que a coisa julgada é a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também sem seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

5.3 A coisa julgada como autoridade da decisão judicial

O Novo CPC, mais que uma simples mudança de redação, também apresentou uma mudança de postura sobre o significado da coisa julgada. Assim, acredita-se que seja uma visão mais profunda que a concepção de Liebman. Isso porque, se a coisa julgada é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão judicial de mérito de causa, como expressamente diz o Novo CPC em seu artigo 502, significa que seus efeitos valem em vista da soberania do Estado brasileiro e da autoridade que as decisões do Poder Judiciário emanam sobre o caso concreto.

Não se deve rediscutir a justiça da decisão ou o seu conteúdo; deve-se respeitá-la ante seus efeitos, eis que a jurisdição já vocalizou seu entendimento sobre a lide que originou a decisão transitada em julgada. Não se admitirá uma nova demanda para rever a lide, salvo na excepcional hipótese de ação rescisória. A coisa julgada material surge como hipótese de pressuposto processual negativo e implica na extinção da nova demanda que visa rediscutir a mesma lide, bem como impede o reexame da lide até mesmo para fins de liquidação de sentença. Isso porque da autoridade da coisa julgada surge um efeito derivado, que é a chamada eficácia preclusiva da coisa julgada, ao determinar que passado em julgado a sentença/acórdão de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e questionamentos que as partes poderiam opor para o êxito do pedido ou para a sua rejeição quando houver identidade de partes, causa de pedir e pedido (Novo CPC, art. 508).

Ou seja a eficácia preclusiva da coisa julgada é uma extensão do efeito da indiscutibilidade sobre argumentos e questionamentos que não foram efetivamente feitos na demanda, mas que deveriam ter sido pelas partes, a tal ponto de projetar-se sobre uma futura e eventual demanda que venha discutir a mesma lide. E sobre isso a coisa julgada material se apresenta como pressuposto processual negativo (CPC, art. 485, V) em vista do efeito da indiscutibilidade da lide tomada em proporção daquilo que concretamente se

discutiui como também deveria ter sido discutido no processo que deu origem.

A projeção da soberania estatal sobre a lide do caso concreto, tornando-a indiscutível tanto sobre o que fora efetivamente discutido como sobre o que deveria ter sido totalmente debatido, encontra seu ápice no reconhecimento de que a coisa julgada se torna lei entre as partes nos limites em que essa foi lide discutida, aí incluindo-se a questão prejudicial que incidentalmente fora argüida (CPC, art. 503).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção sobre a coisa julgada estabelecida pelo Novo CPC marca uma posição soberana do Estado sobre a lide: o que for decidido será imutável e indiscutível pelas partes, porque será lei entre elas.

Obviamente se trata de um direito objetivo, uma “lei judicial”, caracterizada por ser uma norma jurídica de criação pretoriana (logo não é uma “lei legislativa”), de cunho pessoal (porque envolve somente os litigantes e eventuais sucessores), baseado em situação concreta e real (eis que fundada numa lide levada à discussão em juízo e assim regula essa situação fática) e embutido de sanção jurídica (a fim de conferir efetividade à tutela jurisdicional adotada como critério regulador do caso concreto).

Nesta perspectiva, a coisa julgada não mais se afirma como efeito ou qualidade da decisão judicial, mas como a autoridade que visa proclamar a soberania estatal sobre a solução do litígio, manifestado pela imutabilidade do comando judicial pronunciado nessa decisão e pela indiscutibilidade da lide que fora apresentada à atividade jurisdicional para ser decidida.

A soberania estatal pelo viés jurisdicional precisamente se verifica na imutabilidade da sanção jurídica imposta ao caso e na impossibilidade de se rediscutir a lide que deu ensejo a essa sanção jurídica.

Assim ocorrendo, o sistema processual afirma a autoridade estatal para pronunciar a tutela jurisdicional e encerrar definitivamente a lide, ao menos sob o ponto de vista jurídico.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política*. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAMBI, Eduardo. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil. In *Revista de Processo*. Volume 241. Março de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (versão eletrônica)

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Conocimiento y Valores – Ensayos*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª edição. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. *Histórias das Doutrinas Políticas*. 6ª edição. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, Editora Universidade de Brasília, 1983.

PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. *História da Filosofia*. 8ª edição. São Paulo: Melhoramentos, 1970.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *Instituições do Processo Civil e o Novo CPC*. Curitiba: J.M. Editora, 2015.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª edição. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado-Editor, 1997.

SILVA, Narda Roberta da. A eficácia dos precedentes no Novo CPC. Uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo. In *Revista de Processo*. Volume 228. Fevereiro de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (versão eletrônica)

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

-
- [1] Advogado. Mestre (UEL), Doutor (UFPR) e Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Professor Titular da UNIPAR nos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito. jlmp@prof.unipar.br
- [2] Advogado. Mestre pela (UFSC). Doutor (PUCSCP). Professor titular da Universidade Paranaense na graduação (Direito Administrativo) e no Mestrado em Direito Processual e Cidadania (Teoria Crítica do Direito).
- [3] KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 207-261.
- [4] PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. História da Filosofia. 8ª edição. São Paulo: Melhoramentos, 1970, p. 466.
- [5] MOSCA, Gaetano; BOUTHOU, Gaston. Histórias das Doutrinas Políticas. 6ª edição. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 256.
- [6] BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 232.
- [7] BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política..., p. 232-233.
- [8] BOBBIO, Norberto. Teoria Geral da Política..., p. 234-235.
- [9] KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado..., p. 190-191. Os destaques não constam do original.
- [10] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª edição. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, p. 383-384.
- [11] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito..., p. 385-390.
- [12] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito..., p. 390-391.

[13] A medida em que se a informação foi sendo difundida, graças à internet e redes sociais, cresceu o debate sobre as indicações de pessoas para comporem os cargos de ministros dos tribunais superiores (STF, STJ, etc) e também para o quinto constitucional dos tribunais (TJs e TRFs). Sempre houve críticas ao processo de seleção de tais escolhas e o tema ganhou proporções dramáticas para o ordenamento jurídico brasileiro por ocasião do fatídico domingo de 08/07/2018, quando desembargador Rogério Favreto, plantonista do TRF-4ª Região, concedeu liminar de habeas corpus para a soltura do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva, em detrimento de decisões colegiadas de todas as instâncias (inclusive STF e STJ), sob o argumento da existência de fato novo: havia a pré-candidatura de Lula para o pleito de 2018 e uma vez preso (por condenação criminal), estaria em posição de desigualdade com relação aos demais pré-candidatos. Entre ordens e revogações de ordens, foi necessária a intervenção do juiz Sérgio Moro e do desembargador João Pedro Gebran Neto, que eram os juízes naturais na 1ª e 2ª instâncias respectivamente, bem como da intervenção do desembargador Thompson Flores, como Presidente do TRF-4ª Região, para suspender a ordem soltura e restabelecer as decisões anteriores do colegiado que haviam determinada a condenação e prisão de Lula e a denegação da ordem de habeas corpus pelo STJ e STF. Também no dia seguinte, a presidente do STJ, a Ministra Laurita Vaz indeferiu centenas de habeas corpus que visavam a libertação de Lula, por conta do não cumprimento da ordem dada pelo desembargador plantonista. Verificou-se posteriormente uma série de erros do desembargador Favreto, eis que deliberou excedendo a sua competência como plantonista, e depois ficou associado ao fato de que, antes de ser nomeado desembargador federal pelo quinto constitucional, Favreto exerceu militância petista (partido político de Lula) por 20 anos. Diante disso foram instaurados procedimentos administrativos no CNJ a fim de investigar os procedimentos realizados pelos magistrados envolvidos.

Cf: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87176-corregedor-de-justica-intima-magistrados-envolvidos-no-caso-do-hc-de-lula> Acesso em 30/07/2018.

[14] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito..., p. 393-394.

[15] RADBRUCH, Gustav. Filosofia do Direito. 6ª edição. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado-Editor, 1997, p. 348-349.

[16] KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado..., p. 190.

[17] KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado..., p. 63.

[18] FAZZALARI, Elio. Conocimiento y Valores – Ensayos. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Lima: Communitas, 2008, p. 142.

[19] CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito. Tradução de A. Rodrigues Queirós e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 105.

[20] CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito..., p. 110.

[21] CARNELUTTI, Francesco. Teoria Geral do Direito..., p. 110-111.

[22] ADIN nº 4277 e ADPF nº 132.

[23] Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I – tutelas provisórias; II – mérito do processo; III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI – exibição ou posse de documento ou coisa; VII – exclusão e litisconsorte; VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII – (VETADO); XIII – outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

[24] Art. 203. (...) § 2º. Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

[25] Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.(...)

[26] “APELAÇÃO CÍVEL. TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. Sentença de extinção do feito pela estabilização da tutela antecipada concedida liminarmente (art. 304, §1º, CPC). RECURSO DO RÉU. Roga pela reforma da sentença, eis que não há interesse de agir na postulação ou, ao menos, que seja afastada ou minorada a condenação em honorários de sucumbência porque não houve resistência do banco no que se refere à apresentação dos documentos e o trabalho desenvolvido pelo advogado da parte contrária é bastante singelo e idêntico a inúmeras outras demandas. Pedido Não Conhecido. As razões recursais não guardam correlação com a sentença, eis que não houve qualquer pretensão de exibição de documentos nem condenação do réu a fazê-lo. A condenação referiu-se à exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes. O recurso não pode ser conhecido, por ofensa ao Princípio da Dialecicidade e, logo, ao requisito de admissibilidade da regularidade formal, precedente deste E. Tribunal de Justiça. Exceção feita à pretensão de minoração dos honorários advocatícios, a qual é conhecida, mas rejeitada, eis que utilizados os parâmetros do artigo 85, §2º, do CPC, não tendo havido excesso na condenação. Sentença mantida. APELO NÃO CONHECIDO”. Cf. TJSP, Apel. Civ. nº 1003500-65.2016.8.26.0400, 12ª CDirPriv., j. 20/10/2017.

[27] TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 103.

[28] TJPR, Apel. Civ. nº 85117-4, 6ª CCiv., rel. Des. Cordeiro Cleve, j. 23/02/2000.

[29] Apel. Civ. nº 379049-0 , 16ª CCiv., rel. Astrid Maranhão Carvalho Ruthes, j. 24/10/2007.

[30] Apel. Civ. nº 602636-0 , 8ª CCiv., rel. Des. Roberto Portugal Bacellar, j. 25/08/2011.

[31] SILVA, Narda Roberta da. A eficácia dos precedentes no Novo CPC. Uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo. In Revista de Processo. Volume 228. Fevereiro de 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 343-354. (versão eletrônica)

[32] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O sistema de precedentes no CPC Projetado... (versão eletrônica)

[33] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O sistema de precedentes no CPC Projetado... (versão eletrônica)

[34] OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O sistema de precedentes no CPC Projetado... (versão eletrônica)

[35] CAMBI, Eduardo. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil. In Revista de Processo. Volume 241. Março de 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 413-438. (versão eletrônica)

[36] PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Instituições do Processo Civil e o Novo CPC. Curitiba: J.M. Editora, 2015, p. 380-383.

**DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.
CUSTEIO DE MEDICAMENTOS NÃO
REGISTRADOS NA AGÊNCIA NACIONAL
DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM
REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.
FALECIMENTO DA PARTE. OPINIÃO
DOCTRINÁRIA OFERECIDA À
DEFENSORIA DA UNIÃO**

José Miguel Garcia Medina³⁷

Janaina de Castro Marchi Medina³⁸

Opinião doutrinária Oferecida à Defensoria Pública-Geral da União, representada pelo Defensor Público Federal Gustavo de Almeida Ribeiro, por José Miguel Garcia Medina e Janaina de Castro Marchi Medina 29 de março de 2019.

I SÍNTESE DA SITUAÇÃO SUBMETIDA A NOSSO EXAME

Honra-nos a Defensoria Pública-Geral da União solicitando nossa opinião doutrinária acerca da possibilidade de julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, a fim de se responder à questão constitucional consistente em se saber se, em se tratando de remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, há a obrigatoriedade de o Estado o custear, a despeito de a autora da ação da qual emergiu o recurso, Senhora Alcirene de Oliveira, ter falecido.

A matéria relaciona-se ao direito à saúde, de que tratam os artigos 6.º e 196 da Constituição.

A questão constitucional veiculada no recurso extraordinário teve sua repercussão geral reconhecida em decisão proferida em 17.11.2011. Na ocasião, o Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, relator do recurso, assim se manifestou:

“O tema é da maior importância para a sociedade em geral no que, de início, cumpre ao Estado assegurar a observância do direito à saúde, procedendo à entrega do medicamento. Surge, então, o questionamento: em se tratando de remédio não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA há a obrigatoriedade de o Estado o custear? A resposta do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi em sentido negativo e ao Supremo cabe a última palavra sobre a matéria, ante os preceitos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal.”

O julgamento do recurso teve início no ano de 2016, tendo sido proferidos votos pelos Ministros Marco Aurélio (Relator), Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

A Senhora Alcirene de Oliveira, autora da ação e recorrente, veio a falecer, tendo isso sido informado pela Defensoria Pública da União em 18.06.2018. O Eminentíssimo Relator do recurso extraordinário, Ministro Marco Aurélio, diante de tal informação, proferiu decisão extinguindo o processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil, já que, no caso, a ação ajuizada tem por finalidade a obtenção de medicamento em favor da então autora, algo que consiste em direito intransmissível.

Contra essa decisão monocrática a Defensoria Pública da União interpôs agravo interno, que aguarda julgamento.

Indaga-nos a Consulente, então, acerca de se saber se, no caso, o falecimento da autora da ação é óbice intransponível a que o julgamento do recurso extraordinário prossiga, definindo-se tese a respeito da questão constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida.

II RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL E JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

No caso submetido a nosso exame, coloca-se a questão de se saber se, com o falecimento da autora da ação e recorrente, o julgamento do recurso extraordinário deveria prosseguir. Na hipótese, a complexidade ganha contornos peculiares, pois a ação tem por objeto o fornecimento de medicamento pelo Estado à autora e recorrente, consistindo, portanto, em direito intransmissível. Logo, com a morte da autora, o processo acabará sendo inevitavelmente extinto, prejudicando o julgamento de recurso que estiver em trâmite.

Esse desfecho se apresenta, ao menos como regra, quando um tribunal atua no desempenho daquilo que se convencionou chamar de função *privada*, isto é, na resolução de questão que interessa apenas àqueles que litigam em determinado feito (*iuslitigatoris*).

O mesmo fenômeno não ocorre, porém, quando se está diante de tribunal que realiza função *pública* (*iusconstitutionis*).

No direito brasileiro, a função *pública* é desempenhada, por exemplo, pelo Superior Tribunal de Justiça, quando julga recurso especial repetitivo. Mas esse tribunal, muitas vezes, julga recurso que interessa apenas aos litigantes, isso é, no desempenho de função privada. Mesmo nesse caso, no entanto, mercê da missão constitucional desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça quando julga recursos especiais (artigo 105, III, da Constituição Federal), também se manifestará o *iusconstitutionis*.³⁹

Essa distinção, se possível, ao menos em tese, em relação ao julgamento de recursos especiais pelo Superior Tribunal de Justiça, não se aplica ao julgamento de recursos extraordinários pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a reforma aprovada pela Emenda Constitucional 45, de 2004. A partir dessa alteração, a questão constitucional veiculada em recurso extraordinário somente pode ser julgada se ostentar repercussão geral.

Some-se a isso o tratamento dispensado pela lei processual ao processamento e ao julgamento do recurso extraordinário, após referida alteração constitucional, o que acabou fazendo com que se aproximassem os controles difuso e concreto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Essa tendência veio a ser confirmada pelo Código de Processo Civil de 2015, que passou a admitir reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (artigo 988, § 5.º, inciso II).

À luz desse contexto, nota-se que a função *nomofilática*, exercida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário, foi realçada. A função *paradigmática*, antes considerada como mera decorrência da nomofilática, acaba ganhando destaque. Assim, ao julgar recursos extraordinários, além de definir *o sentido* da norma constitucional, o tribunal fornece padrões a serem observados no julgamento de casos futuros, por ele próprio e pelos demais tribunais. Além disso, dispõe sobre o sentido da norma constitucional, isso é, o modo como ela deverá ser observada pelas pessoas.⁴⁰

É curioso notar que, a despeito de tamanha evolução, no julgamento de recursos extraordinários o Supremo Tribunal Federal continua a desempenhar função *dikelógica*, isso é, “julga a causa”, nos termos do Enunciado 456 de sua Súmula.⁴¹ Esse fenômeno decorre de aplicação do texto constitucional. Com efeito, o artigo 102, *caput*, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal estabelece que o Supremo Tribunal Federal, após verificar a contrariedade à norma constitucional (dispondo, pois, sobre o seu sentido e alcance), julgará a causa. O Supremo Tribunal Federal, nesses termos, ao julgar a causa atua como tribunal *de revisão*, e não como tribunal *de cassação*.

O exercício dessa função dikelógica (julgamento da causa), porém, somente se dá *após* o desempenho da função nomofilática (definição do sentido da norma constitucional).

Essa distinção é relevante, por exemplo, para se compreender o poder de disposição das partes em relação a recurso extraordinário

que veicule questão constitucional com repercussão geral reconhecida. Caso, por exemplo, o recorrente desista do recurso extraordinário ou haja transação entre as partes a respeito do objeto do processo, essa circunstância pode impedir que o Supremo Tribunal Federal realize sua função dikelógica. No entanto, tendo em vista o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional, esta haverá de ser resolvida, a fim de que o tribunal dê cabo de sua missão nomofilática.

Esses aspectos foram levados em consideração pelo Código de Processo Civil de 2015, quando dispôs, no parágrafo único de seu artigo 998, que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida”. Com efeito, a desistência do recurso pode impedir o tribunal de julgar a causa (função dikelógica, *iuslitigatoris*), mas não é óbice a que o Supremo defina o sentido da norma constitucional (função nomofilática, *iusconstitutionis*).

Essa ordem de ideias também levou o legislador a prever a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal julgar o recurso extraordinário, ainda que este padeça de algum vício (artigo 1.029, § 3.º, do Código de Processo Civil de 2015). Tal regra foi concebida pelos artífices do novo Código com vistas a que a ausência de algum requisito recursal não servisse de óbice ao desempenho da função pública pelos tribunais superiores.

O que vimos afirmando nas linhas anteriores conduziram, pouco a pouco, à solução que, segundo nosso entendimento, deve ser observada no caso ora submetido a nosso exame.

Aqui, não se está diante de mera desistência de recurso, como se prevê no artigo 998, parágrafo único, do Código de Processo Civil, nem de vício formal da petição recursal, a atrair a incidência do artigo 1.029, § 3.º da lei processual. A hipótese, sob o ponto de vista técnico-processual, é mais grave, pois, tendo em vista a morte da parte autora e recorrente, não apenas o recurso, mas a ação mesma, teria perdido o seu objeto. Daí a incidência da regra referida no artigo 485, *caput*, inciso IX, do Código de Processo Civil, a impedir o julgamento do mérito da causa. “O juiz não

resolverá o mérito”, diz a lei processual, quando, “em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal”.⁴²

Essa regra, no entanto, deve ser compreendida à luz do texto constitucional e dos princípios a que acima nos referimos.

Explica-se:

De acordo com o artigo 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida [...] contrariar dispositivo desta Constituição”.Vê-se que incumbe ao Supremo julgar as causas decididas quando a decisão recorrida contrariar a norma constitucional.

A expressão “quando”, usada no dispositivo constitucional, opera como conjunção subordinativa condicional.⁴³ Desse modo, se a decisão recorrida contrariar a norma constitucional, o tribunal superior julgará a causa. Vê-se aqui, de modo bastante claro, que a Constituição estabelece que a função dikelógica (*iuslitigatoris*) consistente no julgamento da causa somente ocorre *se* superada a função nomofilática (*iusconstitutionis*), isso é, após a definição do sentido da norma constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A regra prevista no artigo 485, *caput*, inciso IX, do Código de Processo Civil, é fácil notar, diz respeito ao julgamento do mérito da causa. Não opera essa regra, portanto, no plano do exercício da função nomofilática pelo Supremo Tribunal Federal, embora repercuta, inexoravelmente, na realização da função dikelógica.

Em casos como o presente, segundo pensamos, a solução a ser observada pelo tribunal deve ser a seguinte: após decidir a questão constitucional, definindo o sentido como devem ser interpretadas as disposições da Constituição Federal relacionadas ao direito à saúde e ao dever de o Estado fornecer medicamentos importados não registrados na Anvisa, o Supremo Tribunal Federal deixará de julgar a causa, pois, nessa segunda etapa do julgamento, aplicará a

regra prevista no artigo 485, inciso IX, do Código de Processo Civil.

Assim, no caso, mesmo que o Supremo Tribunal Federal decida que o Estado deve fornecer medicamento importado não registrado na Anvisa, acabará deixando de julgar a causa, em razão do falecimento da autora da ação. Mas essa solução é absolutamente coerente com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário que veicule questão constitucional com repercussão geral: aqui, o tribunal desempenha finalidade pública, dando cumprimento à sua função nomofilática (*iusconstitutionis*).

Solução diversa somente seria possível se, no caso, se reconhecesse não haver questão constitucional ou que tal questão não oferecesse repercussão geral. Não é disso que se trata, contudo. A existência da questão constitucional é extreme de dúvidas. Além disso, é manifesta a repercussão geral. Ambos os subscritores da presente opinião se dedicam, há muito, ao estudo de problemas relacionados ao direito à saúde, em suas variadas facetas.⁴⁴ Saber se o Estado deve fornecer medicamento importado não registrado na Anvisa, quando indispensável à manutenção da saúde da pessoa, é tema de contundente repercussão social. Além disso, é inegável que o sentido dos artigos 6.º e 196 da Constituição Federal, no que se refere ao dever do Estado em tal caso, ostenta repercussão jurídica, também aqui ultrapassando os interesses subjetivos daqueles que figuram como parte na causa.

III CONCLUSÃO

Analisados os dados que nos foram fornecidos pela Consulente, e com fundamento nos elementos jurídicos examinados no item precedente, aos quais nos reportamos, assim manifestamos nossa opinião em relação à questão formulada:

1.º) Reconhecida a repercussão geral da questão constitucional veiculada em recurso extraordinário, tal questão deve ser julgada a fim de

que o Supremo Tribunal Federal defina o sentido e o alcance da norma constitucional;

2.º) A morte da parte recorrente, mesmo em se tratando de ação que tenho por objeto direito intransmissível, não impede que o Supremo Tribunal Federal decida sobre a questão constitucional, mas obsta a que o tribunal julgue a causa;

3.º) No presente caso, após o Supremo Tribunal Federal deliberar sobre a questão constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida (a saber: “controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária”), prosseguindo para a segunda fase do julgamento, haverá de considerar essa etapa prejudicada, em razão da morte da parte.

Essa é a nossa opinião, s.m.j. Em 29 de março de 2019.

[37] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Fez estância docente e investigadora na Facultad de Derecho da Universidad de Sevilla. Foi visiting scholar na Columbia Law School (Nova Iorque). Professor Titular da Universidade Paranaense. Advogado.medina@medina.adv.br

[38] Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Doutora em Química de Produtos Naturais pela Universidade Estadual de Maringá. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e em Farmácia pela Universidade Estadual de Maringá. Foi professora pesquisadora na Université Paul Sabatier – Toulouse III. Advogada.janainacmm@gmail.com.

[39] Esses aspectos vem sendo objeto de análise pela doutrina especializada em vários países. Podem ser citados, entre outros, Piero Calamandrei, *La casación civil*, t. II, especialmente Capítulos V e VI, p. 121 e ss.; Eduardo Oteiza, *A função das cortes supremas na América Latina...*, RePro 187/181; J. A. Jolowicz, *Appeal, cassation, amparo and all that: what and why?*, *Estudios en homenaje al doctor Hector Fix-Zamudio...*, t. III, p. 2045 e ss.; Michele Taruffo, *Il vertice ambiguo*, p. 157 e ss. Um dos subscritores da presente manifestação também examina o tema à luz da Constituição Federal brasileira: José Miguel Garcia Medina, *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal: Admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, *passim*. Nessa obra são desenvolvidos os aspectos referidos no presente texto.

[40] Pode-se mesmo dizer que, ao julgar recursos extraordinários que veiculem questão constitucional com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal não apenas julga casos, mas transmite mensagens, notadamente no que diz respeito ao correto sentido das regras e princípios constitucionais a ser observado na vida social. Como escreve Marc Galanter, as cortes não produzem apenas decisões, mas, também, mensagens, que servirão como fontes com base nas quais as pessoas passarão a regular os aspectos jurídicos de suas vidas (no original: “Courts produce not only decisions, but messages. These messages are resources which parties use in envisioning, devising, pursuing, negotiating and vindicating claims (and in avoiding, defending and defeating them)” (Justice in many rooms: courts, private ordering, and indigenous law. In: Mauro Cappelletti (Coord.). *Access to justice and the welfare state*. Itália: Ed. Brill, 1979, p. 158).

[41] Cf., também, artigo 1.034 do CPC/2015. Nesse dispositivo, o legislador procurou transpor, para o plano normativo, a orientação jurisprudencial retratada no Enunciado n. 456 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

[42] Sobre esses dispositivos da lei processual, cf. José Miguel Garcia Medina, *Novo Código de Processo Civil comentado* (5.ed. São Paulo: Ed. RT, 2017), e José Miguel Garcia Medina e Janaina de Castro Marchi Medina, *Guia prático do novo processo civil brasileiro* (São Paulo: Ed. RT, 2016).

[43] Cf., uma vez mais, desenvolvimento realizado por um dos subscritores do presente parecer, José Miguel Garcia Medina, na obra *Prequestionamento, repercussão geral da questão constitucional, relevância da questão federal...*, cit., itens 1.1.6 e 3.1.4.

[44] O tema é objeto de análise por José Miguel Garcia Medina na obra *Constituição Federal Comentada* (3.ed., São Paulo: Ed. RT, 2014; 4. ed., Ed. RT, 2019), em comentário aos dispositivos constitucionais referidos.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR SOBRE O TEMA

Ariana Regina Storer Brunieri⁴⁵

Resumo: Este artigo tem por escopo apresentar a mediação como um meio de resolução de conflitos, hoje preconizado no novo Código de Processo Civil Brasileiro – que entrou em vigor em 18.03.16 – e também como instrumento de democratização do processo judiciário. Durante muito tempo a mediação foi conhecida somente como meio alternativo de resolução de conflitos e hoje ganha *status* de norma no judiciário, se consolidando como um processo justo através do qual se preconizam princípios democráticos e cidadãos – que resgatam garantias fundamentais e asseguram a todos os jurisdicionados uma tutela eficaz, capaz de restabelecer o diálogo entre as partes envolvidas. Uma das grandes propostas da mediação é a de oferecer às partes a possibilidade de ressignificar os seus papéis no conflito, exercitando uma parcela importante de autonomia dos envolvidos no processo. O presente estudo utilizará como metodologia a revisão bibliográfica nas áreas das ciências humanas, sociais e jurídicas. Primeiramente, será apresentado um breve histórico sobre a temática da mediação e como ela chegou ao Brasil, sendo inserida em nosso ordenamento jurídico. Posteriormente, serão apresentados os princípios norteadores da mediação e os seus procedimentos, entendidos enquanto uma proposta de resgate da cidadania dos envolvidos em processos judiciais. Por meio deste trabalho buscar-se-á demonstrar as vantagens de um método interdisciplinar na abordagem da

mediação enquanto instrumento estatal de resolução de conflitos sociais. A abordagem interdisciplinar proposta é entendida como a melhor forma de lidar com a complexidade das questões humanas que aparecem nos conflitos judiciais.

Palavras-chave: cidadania; mediação; democratização do processo.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta uma reflexão sobre a mediação judicial no novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/2015), a partir de um olhar interdisciplinar do Direito, da Sociologia e da Psicologia. O objetivo principal é discutir a democratização do processo judicial a partir da aceitação da mediação como instrumento oficial de resolução de conflitos.

Ao longo da nossa história vivenciamos empecilhos ao exercício da cidadania: o Brasil seguiu por longos anos com a escravidão, a grande propriedade rural (fechada à ação da lei) e um Estado comprometido com o poder privado.

Neste sentido, CARVALHO (2014, p. 62) afirma que a lei que deveria ser uma garantia para a igualdade de todos tornava-se apenas instrumento de penalização, sendo usada em benefício próprio e de interesses individuais, não havendo justiça nem poder verdadeiramente público.

Com a cultura jurídica, que há tempos busca suas soluções por meios de demandas, os meios alternativos de resolução de conflitos viveram à margem dos processos judiciais e, quando contemplados, eram-no sempre de maneira precária e sem o mínimo básico de profissionais capacitados e aptos para tal procedimento.

Num contexto globalizado, em que as crescentes complexidades das relações sociais aumentam a cada momento, o legislador brasileiro acabou por seguir a tendência dos movimentos sociais mundiais, avançando para a legitimação de vias alternativas de

resolução de conflitos, dentre os quais se destaca a Mediação, positivada no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Neste sentido, CITTADINO (2002, p. 19) traz a reflexão de que é fundamental que o protagonismo do Poder Judiciário seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático. A autora defende que a força do direito se baseia na ideia da autonomia e dos direitos dos indivíduos, sendo que autonomia seria a capacidade que o próprio indivíduo tem de se dar seu próprio direito, como acontece na mediação, onde prevalece a autonomia de vontade das partes de transigirem conforme suas próprias convicções.

Assim, o presente trabalho pretende refletir sobre a evolução do papel da Mediação como forma oficial de resolução de conflitos e democratização do processo, abordando o tema a partir de uma análise interdisciplinar baseada nas ciências jurídicas, humanas e sociais.

2. ANÁLISE DA ORIGEM DOS CONFLITOS SOCIAIS

Para CAPACHUZ (2003, p.107) a palavra “conflito” é derivada do latim *conflictu*, o que significa combate, discussão, discórdia. Frise-se que o conflito nem sempre tem a conotação negativa, no sentido de ameaça ou destruição, vez que existem conflitos necessários e positivos, tal como o confronto a ato abusivo por parte de autoridade ou quem quer que seja.

Assim, o conflito se define como “*uma situação de concorrência, onde as partes estão conscientes da incompatibilidade de futuras posições potenciais, e na qual cada uma delas deseja ocupar uma posição incompatível com os desejos da outras*”. (CAPACHUZ, apud BOULDING 2003, p.107)

Neste sentido, os conflitos estão presentes diuturnamente em todos os níveis de relacionamento social, vez que se trata de impasses por conta das particularidades de cada indivíduo em face das adversidades da vida e convívio social.

Um ponto negativo no tocante aos conflitos é o de recusa às tratativas, mediante o silêncio ou ignorância sobre o objeto ou pessoa alvo da avença. Há, ainda, a reação agressiva ao conflito, em que em face da existência da dificuldade, as partes preferem solucionar de forma não pacífica suas controvérsias, mediante uso de força ou violência, o que prejudica a resolução do problema existente e é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, trazendo as sanções penais por ele previstas.

3. MEDIAÇÃO

3.1 Noção, origem e sua aplicação no Brasil

A Mediação em sentido *lato* é um método alternativo de resolução de conflitos aplicável a áreas distintas, tais como: o Direito da Família, o Direito Penal, o Direito do Ambiente, o Direito Comercial, entre outras.

SOUSA (2007) conceitua mediação como método, onde as partes entram em consenso e alcançam uma solução para a lide proposta:

(...) mediação é o método consensual de solução de conflitos, que visa a facilitação do diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, por si só, alcançar uma solução. Administrar bem um conflito é aprender a lidar com o mesmo, de maneira que o relacionamento com a outra parte envolvida não seja prejudicado.

A mediação é mais adequada para aqueles conflitos oriundos de relações continuadas ou cuja continuação seja importante, como as relações familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, porque permitirá o restabelecimento ou aprimoramento das mesmas. A esses casos é mais adequada a mediação, mas não há óbices em se utilizar outros métodos, da mesma forma que não há óbices em se utilizar a mediação para a solução de outros tipos de conflitos.

A Mediação, de acordo com a exposição de motivos da Recomendação do Comitê de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa, é “(...) *um processo pelo qual os interessados têm que querer a resolução dos conflitos, para facilitar a discussão entre as partes de maneira a facilitar o acordo, vencendo as dificuldades.*” (SCHNITMAN e LITTLEJOHN, 1999, p.193)

Este processo, que não ocorre necessariamente pela via judicial, implica a intervenção de uma terceira pessoa imparcial e neutra (o mediador) em relação ao conflito inter-partes. Estas procuram obter um acordo reciprocamente satisfatório que ponha termo ao conflito existente, que confira certa “ordem ao caos”.

O mediador é uma pessoa que para além da sua formação de base (Direito ou Psicologia, por exemplo) possui uma formação específica em Mediação e auxilia as partes na obtenção de um acordo através da confrontação e negociação dos pontos divergentes – este processo visa restabelecer a comunicação entre elas (partes), na perspectiva da sua autodeterminação e da sua responsabilização.

Quanto à sua origem, SOUSA (2007) afirma que:

A mediação é uma forma de solução consensual de conflitos, desenvolvida, tal como conhecemos hoje, na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos. No Brasil, a partir da década de noventa, surgiram entidades voltadas para a prática e sistematização da teoria da mediação, que passou também a ser estudada em algumas instituições de ensino superior.

O Projeto de Lei nº 4.827/982, que versa sobre a mediação de conflitos, dispõe, em seu art. 3º, que a mediação poderá ser judicial, sem, no entanto, esclarecer suficientemente o que seria o instituto da "mediação judicial". Diante da atualidade e necessidade de uma adequada regulamentação do tema, neste trabalho tentaremos demarcar os contornos da mediação judicial e analisar sua viabilidade e necessidade no sistema processual brasileiro.

Quanto à sua aplicação no Brasil, como já mencionado, foi introduzida como prática em 1996, sendo que:

Juntamente como a arbitragem, a mediação entre nós ainda não ser regulada através de legislação. Apenas nos sistemas legais de família no qual a mediação familiar foi implementado através de legislação específica, o reconhecimento da autonomia da vontade dos interessados e da sua capacidade de resolução das questões familiares encontram afirmação no sistema jurídico, através do papel subsidiário e supletivo reservado ao Estado neste campo, num franco processo de desjudicialização, de um modo ainda não presente no ordenamento brasileiro, ainda excessivamente interventivo.

Mas o fato de ainda não existir no Brasil uma legislação que venha a regular a aplicação da mediação familiar nos tribunais não impede a sua aplicação desde logo, possibilitando uma maior celeridade e eficácia nas decisões judiciais, que consolidarão os resultados obtidos através da homologação dos acordos a que chegarem os interessados, com a intervenção do mediador.

Isto porque a harmonia social e a solução pacífica das controvérsias é um dos enunciados do preâmbulo da Constituição Brasileira, e a quase totalidade dos instrumentos processuais adotados em ações de direito de família já prevêem uma fase de conciliação prévia, não só através da aplicação dos princípios gerais do Código de Processo Civil, 331, e da Lei nº 968/54, 5º e 6º, como das regras insertas em legislação especial, como a Lei de Divórcio, e a Lei de Alimentos. (DANTAS,2007)

A Mediação já existia desde o momento em que uma terceira pessoa interveio num conflito tentando resolvê-lo. Porém, ganhou “status” de mediação no início nos anos 70, nos EUA, espalhando-se para o Canadá, a China e alguns países da Europa. Diversos são seus meios de atuação: ambientais, trabalhistas, educacionais, familiares, comerciais, comunitários e relações internacionais, tendo se firmando como procedimento alternativo pela própria sociedade que buscava resolver seus próprios conflitos de modo mais célere e eficaz.

A Mediação surgiu no Brasil para tentar solucionar os obstáculos de acesso à justiça e a ineficiência do sistema judiciário nacional.

O Ministério do Trabalho foi precursor na busca de possibilidades extrajurídicas para resolver os conflitos, procurando solucionar as causas não atendidas pela Justiça Trabalhista. A Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, contempla a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa e em seu artigo 4º apresenta como uma de suas soluções de conflitos extrajudiciais a Mediação.

Neste contexto, CARDOSO (2007) afirma que o crescimento exponencial das demandas trabalhistas coincidem com momentos salientes das relações de classe ou da conjuntura política mais geral. Assim, o autor alega que o processo de judicialização das relações de trabalho está contaminado por aspectos políticos e não meramente jurídicos.

Assim, em 26.06.2015, ganhou positividade a Lei da Mediação nº 13.140, tendo em vista a notoriedade que a prática demonstrou em sua utilização como forma supletiva para solução de conflitos. A eficácia da mediação ganhou destaque no Novo Código de Processo Civil, o que foi um importante passo para o reconhecimento da mediação como um trabalho de cunho interdisciplinar, capaz de alcançar os conflitos a partir de vários pontos de vista.

O Direito Processual Civil Brasileiro – vigente desde 1973, ou seja, quinze anos antes da Constituição Federal de 1988 – não conseguia, apesar dos esforços dos processualistas e operadores do Direito, harmonizar suas normas com as garantias constitucionais necessárias. Assim, apesar do grande empenho e novas técnicas de aplicação legal que surgiram (neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, etc) o legislador brasileiro entendeu por bem que um Novo Código deveria ser implantado.

A Mediação, até então um meio alternativo de resolução de conflito, passou a ostentar “status” de lei, elencada no Primeiro

Capítulo do novo Código:

[...] denominado Das Normas Processuais Civis trazendo ainda no Capítulo I, Das Normas Fundamentais do Processo Civil, que rege em seu artigo 3º parágrafo 3º: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (MARINONI, 2015, p. 74)

Assim, o legislador, reconheceu a mediação como método de solução de conflitos e a retirou dos meios alternativos, equiparando-a à norma jurídica formal. Com a alteração quase total do Código de Processo Civil, a mediação foi judicializada e ganhou força de norma ordinária, entrando em vigor em 18.03.2016.

É importante salientar que a mediação não irá resolver todos os problemas jurídicos de nosso ordenamento. O que este trabalho enfatiza é um marco, um início, aponta para um caminho que vem sendo percorrido para a democratização do procedimento jurídico.

Assim, segundo MOREIRA (2007) a mediação de conflitos torna evidente seus principais objetivos: a solução de conflitos, a prevenção de conflitos, a inclusão e a paz social.

O passado histórico segundo CARVALHO (2014, p.23), traz flashes de como se delineou a cidadania, em 1888, a única alteração importante que houve neste período, a abolição da escravidão, que incorporou os ex-escravos aos direitos civis. No período da Regência (1831-1840) o coronelismo regia todas as coisas e não existia outra alternativa senão colar-se sob sua proteção, em resumo, o ditado popular descreve com precisão: “Para os amigos, tudo; para os inimigos, a lei”, ou seja a lei na mão do privado.

Ainda havia muito que se percorrer mas a cidadania persistiu, atravessando a Nova Ditadura (1964-1974). Ao mesmo tempo

que os governos militares cerceavam os direitos políticos e civis, investiam na expansão dos direitos sociais. Com a chamada “abertura” política o general Ernesto Geisel promoveu um lento retorno à democracia, período em que houve o renascimento dos movimentos de oposição e a volta dos direitos civis. Com a morte de Tancredo Neves ocorre a retomada da supremacia civil em 1985, logo a seguir – em 1989 – houve a primeira eleição direta para Presidente da República desde 1960.

Para CARVALHO (2014, p. 242), “a marca do sistema judiciário continua sendo lentidão e ineficiência”. Nesse sentido, CITTADINO (2007) afirma que a Constituição Federal de 1988 instituiu uma série de mecanismos processuais que buscaram dar eficácia aos direitos e garantias fundamentais, caracterizando o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito, onde se destaca em seu preâmbulo a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo jurídico.

Assim, a tentativa de judicializar a mediação vem para trazer um procedimento mais democrático, similar àquele que a cidadania busca diuturnamente em suas petições em público. É a tentativa de trazer a “cidadania” ao processo, dar voz às partes como figuras participantes ativamente no processo e não apenas como sujeitas às sanções determinadas pelo magistrado.

De acordo com MOORE (1998, p.28), "*a mediação é definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito, de uma terceira pessoa aceitável, tendo o poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo, mutuamente aceitável em relação às questões em disputa*".

Uma “pessoa aceitável” quer dizer que as partes devem estar dispostas a permitir que uma terceira parte entre na disputa e os ajude a chegar a uma definição. A aceitabilidade não significa necessariamente que os disputantes recebam muitíssimo bem o envolvimento do mediador e estejam dispostos a fazer exatamente o que ele diz. Significa que as partes aprovam a presença do

mediador e estão dispostas a ouvir e considerar seriamente suas sugestões. (MOORE, 1998, p.28)

Consiste ainda na colaboração para que as partes cheguem, por sua própria iniciativa, a um acordo:

O mediador não deve, em regra, sugerir soluções para o problema das partes, mas auxiliá-las a encontrar, sozinhas, tais soluções. Para tanto, deve ajudar a restabelecer o diálogo entre as partes, para que elas possam encontrar os pontos de divergência e consigam resolver sua controvérsia (Marinoni et al, 2015, p.230).

O papel do mediador é ajudar as partes a examinar seus interesses e necessidades e a negociar uma troca de promessas que possa corresponder aos padrões de justiça de ambos. Ele não possui, via de regra, poder de tomada de decisão ilimitado, não pode unilateralmente mandar ou obrigar as partes a resolverem suas diferenças e impor a decisão, como faz o juiz.

Neste contexto, CITTADINO (2007, p. 38) pondera que uma cidadania ativa não pode supor ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia, uma vez que se os cidadãos vêm a si próprios não apenas como destinatários mas também como autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.

Deste modo, o Novo Código de Processo Civil cria um ordenamento em que seus princípios norteadores não estão mais só elencados na Constituição Federal, mas são trazidos e transcritos no texto legal, enquanto pilares sobre os quais os operadores podem se apoiar em todos os momentos.

Assim, observa PINI (2003, P. 43):

Neste sentido, atualmente, os juristas e doutrinadores entendem que o direito processual deve ser a garantia de um processo justo, prevalecendo os padrões éticos e não simplesmente um processo legal, que se compõe de um conjunto de atos sistemáticos que viabilizam a aplicação do Direito, ou seja, deve haver a preocupação com a

qualidade da prestação da jurisdição.

Portanto, a expressão “processo justo” parece ser uma redundância, visto que todas as vezes que uma prestação jurisdicional for exarada por um órgão investido de competência, ela deveria ser justa. Mas este Novo Código, que ao expor seus motivos, traz consigo o compromisso com a Democracia e harmonia dos Poderes de maneira expressa no texto de lei, também reconhece as fragilidades em prestar a tutela jurisdicional justa.

3.2 Princípios norteadores e procedimento da Mediação

Quando o Estado veda aos sujeitos de direito que eles realizem com suas próprias mãos a Justiça, acaba assumindo a função de prestar a tutela jurisdicional aos cidadãos.

Nessa senda, o Estado chama para si a atribuição de dirimir os conflitos existentes em sociedade, aplicando a lei ao caso concreto e em caráter mediato, de forma a restabelecer a paz entre os litigantes. Toda essa atitude tem por finalidade precípua manter a estabilidade social, e quando o judiciário lança mão da mediação como um instrumento capaz de dirimir conflitos está, na realidade, fazendo uma quebra de paradigmas.

Mas para que o Estado possa alcançar tal fim, ele se utiliza de preceitos processuais que servem de instrumentos para que seja exercida tal função, aplicando assim, a lei material. As regras instrumentais não se sobrepõem ao direito material e nem vice-versa. Assim, tais regramentos devem propiciar, da melhor forma, a aplicação da norma material, e fundamentalmente, que sua finalidade seja atendida pelas partes e reconhecida pela sociedade.

Há muito o Direito não reconhecia questões primordiais interdisciplinares em suas decisões e julgamentos. Os servidores técnicos (assistentes sociais, psicólogos, juízes leigos, conciliadores, entre outros), serviam apenas para elaboração de meros pareceres,

que eram acatados ou não, por entendimento dos magistrados em suas decisões, tendo em vista o princípio do livre convencimento.

Ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2008, p. 73) “que o princípio do livre convencimento, abordado em sua obra como princípio da persuasão racional, “regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento “*secundum conscientiam*”.

Não que o princípio tenha aspectos só negativos, trata-se de um Princípio Constitucional e com ele se imprimem as garantias de que cada magistrado decidirá de acordo com os moldes e provas que lhe foram apresentados nos autos.

Ao se deparar com um terceiro, que será incluído nessa relação com a finalidade de auxiliar a negociação para clarificar quais são os pontos de divergência, as partes poderão exercer sua autonomia perante o Estado e atuar com a ajuda do mediador para dar fim ao litígio – baseando-se tanto nos princípios constitucionais dos processos justos, quanto nos princípios da mediação, através de um processo que promova a cidadania.

O que entende-se por processo justo, é aquele que atenda as necessidades das partes envolvidas, onde estas possam ganhar voz, serem elas mesmas, ganhar nomes, sentimentos, e onde possam ver o seu conflitos ganhar importância. Um processo humanizado fará com que as próprias pessoas tenham autonomia para decidir o que acham que é o “mais justo”.

Nesse sentido, a mediação pode ser vista como um mecanismo consensual de pacificação de conflitos, que pode tornar o processo de resolução destes algo muito mais personalizado, de acordo com o que é possível para cada pessoa arcar naquele momento. Sobre a mediação, FARIAS & ROSENVALD (2008, p. 23), a compreendem como “servindo para arrefecer os ânimos das partes e, ao mesmo tempo, auxiliar à deliberação de decisões mais justas e consentâneas com os valores personalíssimos de cada um dos interessados”. A ideia apresentada é a de que todas as pessoas são

diferentes e uma decisão realizada unicamente pelo judiciário pode não contemplar aquilo que é de mais pessoal num processo decisório. A tentativa de resolução do conflito através da mediação apareceria então como uma negociação transformadora das diferenças, possibilitando o surgimento de outra opção que não aquela que era inicialmente buscada pelas partes. Desse ponto de vista, o processo de mediação permitiria uma transformação simbólica do conflito.

Pode-se dizer que legitimar o processo de mediação como forma oficial de resolução de conflitos é uma forma de confiar na palavra e em seu poder criador, apostando que através da intervenção de um terceiro (o mediador) é que novas soluções podem ser pensadas.

Para Arruda e Ferrari (2015), judicialmente há uma visão negativa do conflito, enxergado como algo a ser evitado. Para eles, é preciso criar uma teoria do conflito em que este possa ser enxergado como uma forma de produção do novo e do diferente, através da inclusão de outro. Nessa perspectiva o conflito aparece como uma forma de incluir o outro em nossa vida, produzindo (ainda que forçosamente) algo diferente em si do que fora no início.

Uma visão importante dentro do processo de mediação é a de que não se lida com conflitos, mas sim com pessoas em conflito, as quais possuem suas próprias limitações, angústias e dor psíquica.

Existem alguns princípios, expressos no artigo 166 do CPC, que tem como finalidade nortear a atividade de mediação, de forma a garantir a humanização, a igualdade e a transparência no processo:

- Independência: o mediador não está afeto a nenhuma autoridade ou equivalente, que não a si próprio, para que lhe seja submetido a convencimento de outrem.

- Imparcialidade: o mediador deve atuar como terceiro imparcial, sujeitando-se às mesmas causas e impedimentos e suspeição impostos ao juiz (arts. 144 e 145, CPC).

- Autonomia da vontade ou da voluntariedade: as partes devem ser livres para optar pelos métodos consensuais de solução de controvérsia, não podendo ser constrangidas a tanto. (MARINONI, 2015, p.231).

- Confidencialidade: implica o sigilo de toda informação obtida pelo mediador ou ainda pelas partes, no curso da autocomposição, evitando-se formalismos desnecessários e burocráticos.

- Oralidade: contrapõe-se ao princípio burocrático da cartularidade e prevalece a oralidade em todos seus atos, tomando somente a termo suas decisões.

- Informalidade e decisão informada: evita-se formalismos desnecessários e a decisão informada importa na prerrogativa das partes de obterem informações suficientes a respeito da mediação, e de seus direitos, deveres e opções frente a esses métodos, de modo que a eleição dessas técnicas seja mais consciente possível. (Marinoni, 2015, p.231).

3.3 O processo judicial e a desburocratização da cidadania

Segundo MARSHALL (1967, p. 45), assim se estabelecem os elementos para as relações entre a cidadania e os direitos civis:

(...) Chamarei estas três partes, ou elementos, de civil, política e social. O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual- liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça. Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, com um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As Instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local. O elemento social se refere a tudo que vai desde o direito a um

mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevaleçam na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais” (Marshall, 1967, p.63-64).

O enfoque aqui se limita ao elemento civil, em que o cerne se concentra nos direitos civis, sejam eles quais forem:

[...] Falar em cidadania no âmbito jurídico não é assim, matéria simples, corre-se o risco de generalizar demais e não dizer nada, como a grande maioria, que mal consegue conceituá-la com a ideia básica da cidadania política (de se ter o direito de votar e ser votado), mas também não pretende-se aqui discutir de maneira aprofundada, questões as quais, os grandes teóricos e estudiosos nos assunto argumentaram que não se têm dentro da esfera de literatura jurídica, muitas obras que tratem do assunto.

No mesmo sentido Neves enfatiza:

“Ora, no Brasil, a literatura jurídica é praticamente omissa quanto à questão da cidadania a não ser quando a vincula a temas formais como, por exemplo, “liberdades públicas”, ou a proclama ungida por álibis versados em simbologias de expressão retórica, desprovida de eficácia real para os menos favorecidos” (Neves, 1994, p.78).

Segundo PEIRANO (1986), através dos estudos de Wanderlei Guilherme Santos, no Brasil, a carteira de trabalho foi uma das primeiras formas de reconhecimento da cidadania para os trabalhadores urbanos, era uma maneira de se comprovar a própria cidadania, imposta, inclusive pela legislação.

Neste momento passa-se ao reconhecimento de categorias de profissões, associações de classes que assumiram a própria função de Secretária de Segurança na expedição das Identidades Profissionais.

Já no âmbito rural, o documento do Título de Eleitor, assumiu o mesmo papel, de reconhecimento da cidadania. Numa pesquisa feita por W.G. Santos, no Rio Paranaíba os indivíduos que possuíam título de eleitores eram reconhecidos como cidadãos, e como a própria autora menciona o “não-documento” às vezes também podiam ser utilizados, ou seja, as possibilidades de simbolização de identidade nacional do Brasil não se esgotavam nestes documentos, até uma certidão de batismo poderia ser utilizada (PEIRANO,1986, p.56).

Com o fenômeno de 1979 de desburocratização iniciado pelo governo, se definiria, frente aos documentos já mencionados anteriormente (carteira profissional, título de eleitor, entre outros).

O governo pretendia, na época, reduzir sua interferência "*na atividade do cidadão e do empresário, e abreviar a solução dos casos em que essa interferência é necessária, mediante a descentralização das decisões, a simplificação do trabalho administrativo e a eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico ou social seja superior ao risco.*" (O GLOBO, acesso em 08.03.16).

Com a desburocratização, o governo acabou com a exigência de atestados de vida, residência, dependência econômica, antecedentes, idoneidade moral e pobreza. Os documentos foram substituídos por declarações ou certidões que eram expedidas com mais agilidade. Na época o então presidente do Brasil, João Figueiredo, nomeou Hélio Brandão para o cargo de ministro extraordinário para a Desburocratização, tamanho era o projeto em questão.

Este modelo trouxe no seu bojo a dispensa dos excessos de documentos, possibilitando ao cidadão seu amplo acesso à Justiça. Neste contexto surgiu o Programa “FALA CIDADÃO”, em 1985, que foi instituído pelo Decreto lei n.91.614 de 4 de setembro de 1985, e versa em seu artigo segundo, *caput*:

“Art 2º – O Projeto FALA-CIDADÃO, instituído em caráter permanente para o aprimoramento do exercício da cidadania, compreende: I – a explicitação de diretrizes

para obtenção da melhoria do atendimento dos usuários do serviço público; (...) e Art 3º – Compete ao Programa Nacional de Desburocratização implementar e executar o Projeto FALA-CIDADÃO.

O projeto continua a buscar o caminho da comunicação mais próxima entre Estado-usuário, sem muitos intermediários, ou seja, ter uma melhor relação com o cidadão.

Muitos anos se passaram até que o Direito fizesse este movimento de tentar “desburocratizar” o processo, talvez por vislumbrar que a burocratização tem suas nuances e é necessária, na medida em que trata do direito à vida, de ir e vir, das questões em que o processo pode e deve se tornar cidadão, ou seja, deve participar de maneira mais efetiva e autônoma. Assim se deu com o instituto da mediação, vislumbrando as garantias que lhe são asseguradas e a celeridade da prestação jurisdicional.

Para MARSHALL (1967, p.79):

Não obstante, a verdade é que a cidadania, mesmo em suas formas iniciais, constitui um princípio de igualdade, e que, durante aquele período, era uma instituição em desenvolvimento. Começando do ponto no qual todos os homens eram livres, em teoria, capazes de gozar de direitos, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direito de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflitos com as desigualdades da sociedade capitalista; eram ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato de que a cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem, como parte de seu status individual, o poder de participar, como uma unidade independente na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo.

Para CARVALHO (2014, p. 18), há ainda um outro aspecto importante quando falamos de cidadania, derivado na natureza

histórica da cidadania, caracterizado pelo fato de que ela se desenvolveu dentro do fenômeno histórico, a que chamamos de Estado-nação e que data da Revolução Francesa, de 1789. A luta pelos direitos sempre se deu dentro das fronteiras geográficas e políticas do Estado-nação: era uma luta política nacional, e o cidadão que dela surgia era também nacional.

Isto demonstra que a construção da cidadania tem a ver com a relação das pessoas com o Estado e com a nação. As pessoas se tornavam cidadãs à medida que passavam a se sentir parte de uma nação e de um Estado.

O modelo de Estado que o Brasil adotou – a República Federativa do Brasil, e sua tripartição de poderes, autônomos e harmônicos entre si – têm o compromisso da edificação da cidadania.

Desta forma, MOREIRA (2007) conclui que *“a mediação, por estimular a participação das pessoas envolvidas na disputa, considerando-as capazes de encontrar, por si mesmas, as soluções mais adequadas para o conflito, contribui para essa nova visão de cidadania, na qual o indivíduo se torna protagonista e responsável por suas escolhas e seu destino.”*

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo permitiu perceber que a Mediação, no âmbito processual civil, pode ser um instrumento de democratização do processo judiciário, uma vez que dá voz e ouvidos aos reclamos dos participantes da lide, tornando-o mais democrático.

Assim, o Novo Código de Processo Civil dá um passo adiante quando se compromete a se utilizar da mediação como grande trunfo para a solução dos conflitos de interesse, ganhando os holofotes entre o caos jurídico em nosso país (muitas demandas, poucos juízes, estrutura burocrática, lentidão no processo, advogados procrastinadores, entre outros).

A interpretação apresentada pelo texto de lei e também pela doutrina de que, a qualquer tempo, o Estado deve incentivar, trazer, promover a mediação e este espírito desburocratizado, insculpe-se por todo o diploma legal, restabelecendo a comunicação, identificando soluções consensuais e estimulando a autocomposição.

Enquanto a sociologia jurídica, em suas abordagens, coloca a tônica de suas pontuações no fenômeno jurídico levando sempre em consideração a realidade social, a dogmática jurídica tende a isolar sua abordagem sistemática e analítica aspectos lógico-normativos do conjunto da vida social, visando facilitar a aplicação judiciária ou administrativa das normas (GONZAGA, CARNIO, 2010, p.58).

Cada qual buscando a sua forma a colaborar este processo de democratização e, por conseguinte, de cidadania, mas sempre imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum:

“A cidadania exige um elo de natureza diferente, um sentimento de participação direto numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum. Compreendo a lealdade dos homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum. Seu desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos” (Marshall, 1967, p.84). ((grifo nosso).

Nota-se que o sentimento de participação democrática da comunidade jurídica na preparação do projeto do Novo Código de Processo Civil, primeiro Código pós Constituição Federal de 1988, enfatizou a obrigação de selar a lealdade dos homens livres, imbuídos de direitos e protegidos por uma lei comum na esfera civil, a dizer sua cidadania.

A lei prevê a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos, para que os Tribunais possam ter suas equipes multidisciplinares prontas para atuar de forma incisiva.

Por fim, o tema abordado no presente trabalho denota mais um passo junto à caminhada da democracia e da cidadania. A legitimação da mediação como forma jurídica de resolução de conflitos tem sua relevância no que tange os direitos civis, sendo a nosso ver um avanço em direção à cidadania, através de um instituto que advém de meios mais sociais e não tão impositivos.

Muito ainda precisará ser feito: a implementação, a aplicabilidade, a efetividade de tais leis. Mas a história é feita assim, passo a passo, até de retrocessos, mas também de um povo heróico que faz ouvir seu brado retumbante.

Desta forma, podemos concluir que a natureza democrática da mediação se encontra tanto em suas características quanto na própria estrutura de seu procedimento, pois a mediação procura resolver e prevenir os conflitos de maneira pacífica e inclusiva, através do diálogo e participação ativa dos mediados na solução do conflito, observando-se, assim, um equilíbrio entre as partes (MOREIRA, 2007).

REFERÊNCIAS

ARRUDA, A. G., & FERRARI, M. (2015). *Em busca da solução: o mediador e a importância do estudo da psicanálise na resolução de conflitos familiares*. Recuperado de <http://emporiododireito.com.br/em-busca-da-solucao-o-mediador-e-a-importancia-do-estudo-da-psicanalise-na-resolucao-de-conflitos-familiares-por-magaly-ferrari-e-andres-gustavo-arruda/>

BRASIL. Constituição. (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm

CAHALI, Y. S. (2015). *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Constituição Federal, Legislação Civil, Processual Civil e Empresarial*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais.

CAPACHUZ, R. da R. (2003). *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba, PR: Juruá.

CARDOSO, A. M. (2002). *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte, MG: UFMG.

CARVALHO, J. M. de. (2014). *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P., & DINAMARCO, C. R. (2008). *Teoria Geral do Processo*. 24 ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores.

MICHELON, M. H. D. *Mediação e Arbitragem – Aspectos Fundamentais*. Recuperado de <http://www.tex.pro.br/wwwroot/processocivil/mariahelenamichelonmediacaoarbitragem.htm>.

CITTADINO, G. (2002). *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). “A Democracia e os Três Poderes no Brasil”. Belo Horizonte, MG: UFMG.

FARIAS, C. C. de, & ROSENVALD, N. (2008). *Direito das famílias: de acordo com a lei n.º 11.441/07, lei da separação, divórcio e inventário extrajudiciais*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.

FUX, L. (coord.), & NEVES, D. A. A. (org.). (2015). *Novo Código de Processo Civil: comparado – Lei 13.105/15*. Rio de Janeiro, RJ: Forense.

GONZAGA, A. L. T. de A., & CARNIO, H. G. (2010). *Sociologia Jurídica*. São Paulo, SP: Saraiva.

KANT DE LIMA, R. (2004). *Direitos civis e Direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* São Paulo em Perspectiva, 18(1): 49-59.

MARINONI, L. G. (2015). *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

MARSHALL, T. H. (1967). *Classe, cidadania e status*. Rio de Janeiro, RJ: Zahar.

MOORE, C. W. (1998). *O processo de Mediação: estratégias para a resolução de conflitos*. Porto Alegre, RS: Artemed.

MOREIRA, S. M. V. (2007). *Mediação e democracia: uma abordagem contemporânea da resolução de conflitos*. (Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional) Universidade de Fortaleza. Fortaleza, CE: UNIFOR.

MUSZKAT, M. E. (2009). *Mediação de Conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo, SP: Summus.

NEVES, M. (1994). *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, SP: Acadêmica.

MACIEL, M. A. de O. (2005, 15 de junho). Arbitragem no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*. Ano IX, n.º 202.

PEIRANO, M. (1986). Sem Lenço sem documento. *Sociedade e Estado: revista semestral do Departamento de Sociologia da UNB*. Vol.1. Jun.1986. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília. Recuperado de http://www.marizapeirano.com.br/artigos/sem_lenco_sem_documento.pdf.

PINI, D. K. (2003). Da aplicabilidade legal da mediação familiar. In: Malvina Ester Muszakt. *Mediação de Conflitos*. São Paulo, SP: Summus.

SANTOS, W. G. (1979). *Cidadania e Justiça: A política social na ordem brasileira*. Rio de Janeiro, RJ: Campus.

SOUSA, L. A. (2005, janeiro). A Utilização da Mediação de Conflitos no Processo Judicial. *Jus Navigandi*, Teresina, PI, ano 9, n. 568. Recuperado de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6199>.

[45] Mestre em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense, UNIPAR. Doutora pelo do Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Professora Universitária e Advogada. E-mail: arianastorer@hotmail.com

A DÍVIDA ECOLÓGICA E O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS:

Patrícia Fortes Attademo Ferreira⁴⁶
Marília Gurgel Rocha de Paiva e Sales⁴⁷

ANÁLISE DA VIABILIDADE DA IMPOSIÇÃO DA REPARAÇÃO JUSTA DOS DANOS AMBIENTAIS

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar os institutos da dívida ecológica e da dívida externa pela perspectiva dos países do hemisfério Norte e Sul. O objetivo geral é identificar se o princípio fundamental da responsabilidade internacional dos Estados pode ser invocado para viabilizar a reparação justa dos danos ambientais derivados da dívida ecológica. Os objetivos específicos são: esboçar o processo de colonização e o custo da independência para o Brasil, destacando a exploração dos recursos naturais e a assunção de dívida externa; compreender os efeitos da globalização e o peso da dívida externa, sob o prisma do desenvolvimento socioeconômico, da sustentabilidade e da preservação ambiental; avaliar a viabilidade de imposição da reparação justa da dívida ecológica, mediante a responsabilização internacional do Estado causador do dano, seja pela compensação por equivalência monetária, seja mediante exoneração do passivo da dívida externa. A metodologia aplicada é a do método descritivo-dedutivo, com técnica normativa, histórica, jurisprudencial e bibliográfica de cunho qualitativo.

Palavras-chave: Dívida ecológica. Dívida externa. Princípio fundamental da responsabilidade internacional dos Estados. Reparação justa.

INTRODUÇÃO

As grandes expedições europeias dissiparam a intocabilidade dos continentes americanos, dando início a um extenso processo de migração de pessoas, exploração de riquezas naturais das colônias e difusão das práticas mercantilistas, que antecederam a globalização, tal como se concebe presentemente.

O sistema de colonização imposto ao Brasil foi solvido com a proclamação da independência em 1822; lançando-se, contudo, o país rumo a uma nova modalidade de servilismo, qual seja: a de sujeição às duras regras do sistema financeiro que ditam a composição do saldo devedor da dívida externa.

Razoável inferir que a ausência de paridade de forças no modelo de globalização corrente e o fardo da endividamento estrangeiro estimularam um novo pensar a propor a inversão dos polos de devedores e credores: o conceito de dívida ecológica.

Seguindo esse norte de ideias, o presente artigo pretende analisar os institutos da dívida ecológica e da dívida externa pela perspectiva dos países do hemisfério norte e sul.

O objetivo geral da pesquisa se desenvolve a partir da análise da viabilidade de reparação justa dos danos ambientais derivados da dívida ecológica, mediante a invocação do princípio fundamental da responsabilidade internacional dos Estados.

No tocante aos objetivos específicos, estes gravitam em torno da inteligência do processo de colonização e do custo da independência para o Brasil, destacando a exploração dos recursos naturais e a assunção de dívida externa; da compreensão dos efeitos da globalização e do peso da dívida externa, a partir da perspectiva do desenvolvimento socioeconômico, da sustentabilidade e da preservação ambiental; da aquilatação da viabilidade de imposição da reparação justa da dívida ecológica, mediante a responsabilização internacional do Estado causador do dano, seja pela compensação por equivalência monetária, seja mediante exoneração do passivo da dívida externa.

A importância do tema se revela na cômoda invisibilidade conferida ao instituto da dívida ecológica em contraposição à assídua cobrança da dívida externa, esta última dotada de aptidão para estimular um ciclo pernicioso em países subdesenvolvidos de práticas de extração e exploração de recursos, dissociadas dos preceitos do desenvolvimento sustentável e de preservação do meio ambiente.

Como referencial teórico, utiliza-se nesta pesquisa o encadeamento das ideias de Porto-Gonçalves acerca dos efeitos da globalização sobre o desenvolvimento socioeconômico, da sustentabilidade e da preservação ambiental. E com arrimo no método descritivo-dedutivo, com técnica normativa, jurisprudencial e bibliográfica de cunho qualitativo, objetiva-se expor o panorama de conveniência da universalização dos danos ambientais, disseminada desde o descobrimento até o tempo presente em prejuízo dos países subdesenvolvidos.

PROCESSO DE COLONIZAÇÃO E O CUSTO DA INDEPENDÊNCIA: O GRILHÃO DO ENDIVIDAMENTO EXTERNO

Projeta-se que a origem do planeta Terra remonta há 4,5 bilhões de anos e ao longo do processo evolutivo, marcado por alterações extremas nas condições climáticas, houve a superação do meio inóspito para o alcance de ambiente propício ao desenvolvimento da vida. (HOROWITZ e HUBBARD, 1974).

No tocante ao povoamento das Américas, há divergência entre os estudiosos acerca do marco temporal⁴⁸ e do meio empregado para ingresso⁴⁹ no continente, quando da migração de populações da África, Ásia e da Oceania, que se dispersaram ao longo dos seus lindes, permanecendo secularmente isolados.

Paralelamente, nos demais continentes, a conquista de territórios para expansão de fronteiras, subjugação de povos e ampliação de riquezas redesenhou continuamente os contornos da África, Ásia e Europa, desde o Mundo Antigo.

O advento das grandes navegações, portanto, apenas ampliou o engenho para além-mar, dando fim ao isolamento dos ameríndios por volta do século XV, quando se iniciou a colonização europeia do território, época marcada pelo intenso "intercâmbio colombiano"⁵⁰ a partir do Novo Mundo.

A descoberta de novas rotas marcou o período mercantilista, fomentando tanto a exploração de riquezas naturais das colônias, quanto a ampliação dos fluxos migratórios entre os continentes e a conseguinte interação cultural. Conquanto o propósito dos colonizadores fosse o enriquecimento da coroa, é possível identificar, reflexamente, naquele momento histórico, os primórdios do que se concebe, na atualidade, como globalização.

Naquele período, o sistema de colonização imposto fortalecia a supremacia europeia, estendendo fluxos migratórios sucessivos entre os continentes e propiciando a conseguinte interação cultural. No entanto, por outra linha, o mesmo modelo legitimava o extermínio dos nativos, a usurpação de seu território, a exploração predatória da fauna e da flora silvestre. Como sintetiza Porto-Gonçalves (2006, p.24-25):

A descoberta da América foi decisiva para a consolidação da hegemonia europeia no mundo e isso ao preço da servidão, etnocídio e até mesmo, genocídio de povos indígenas e da escravização para fins de produção mercantil de negros trazidos da África, com a consequente desorganização das sociedades originárias e a exploração de seus recursos naturais por todo lado (ecocídio).

Fato é que as colônias foram se rebelando paulatinamente ao jugo imposto e no ano de 1776, as 13 colônias inglesas dos atuais Estados Unidos da América foram as primeiras a declararem sua independência da Grã-Bretanha e seu ato se replicou ao longo das Américas. No caso do Brasil, a independência foi proclamada em 1822⁵¹ e a República, em 1889.

Realça Souza (2008, p.73) que quando da luta pela consolidação da independência, algumas nações contraíram “dívidas não apenas para a liberação da condição de colônia, como também para conseguir fontes de financiamento para a manutenção e desenvolvimento das embrionárias nações que se estabeleciam”.

No caso do Brasil, a descolonização também foi acompanhada da assunção formal de dívida externa junto à Inglaterra, no valor de 3 milhões de libras esterlinas, autorizada por Decreto Imperial de 5 de janeiro de 1824; fonte de recursos a que se recorreu em outras oportunidades nos anos seguintes, incrementando o grau de endividamento externo. (BRASIL, 1924).

De se destacar que em conformidade com a convenção adicional ao Tratado de 29 de agosto de 1825, firmada com a mediação da Inglaterra, grande vulto da dívida contraída pelo novel Império independente foi direcionado para honrar débito original de Portugal com o mesmo credor britânico, cuja contração fora motivada para compor recursos na luta contra o outrora movimento separatista brasileiro. (BRASIL, 1925).

Em outras palavras, Portugal impôs ao Brasil uma espécie distorcida de compensação de guerra⁵², eis que ordinariamente a mencionada reparação é imposta pela nação vencedora do embate ao derrotado e não, o inverso.

Fato é que o movimento contínuo de assunção de empréstimos e avolumamento da dívida externa conduziu a consolidação do débito ao custo da abertura comercial e da submissão a políticas impostas na seara fiscal, tributária, cambial e social. (LIMA, 2000).

E para o cumprimento das exigências impostas pelos organismos estrangeiros internacionais, jaz necessário direcionar invariavelmente grande vulto das rendas do Estado para amortização da dívida em detrimento de investimentos em iniciativas voltadas ao desenvolvimento humano e econômico do país.

Dentre as condições de Políticas de Ajuste Estrutural – PAE, estipuladas pelo Fundo Monetário Internacional – FMI para renegociação de dívida externa, tem-se a redução da inflação, a majoração de taxas e impostos, a desestatização de empresas públicas e o livre comércio interno de produtos estrangeiros. (SOUZA, 2008).

Para alcançar o atendimento de tais exigências, por exemplo, sofre o cidadão oneroso encargo dada introdução do Estado mínimo com políticas gradativas de abandono social; a perda do poder de compra e desvalorização da moeda para contenção da inflação; o aumento do preço por serviços básicos como conseqüência da privatização respectiva; a extinção de atividades econômicas e aumento de desemprego e informalidade, decorrente da comercialização facilitada de produtos estrangeiros fragilizando a competitividade do mercado interno.

A globalização das economias e privatização da infraestrutura pública são associadas à tendência mundial de aumento do desemprego formal e crescente flexibilização da mão de obra. A precarização da renda contribui para o incremento do percentual de populações carentes, o que, por sua vez, impele o Estado a lhes garantir proteção social, direcionando recursos orçamentários já comprometidos pela contenção de déficits. (RIBEIRO, 2009).

A conta social não fecha, nem tampouco a ambiental.

Para impulsionar a economia e honrar com o principal e os juros da dívida, países terceiro-mundistas, em sua maioria, pouco desenvolvidos tecnológica e cientificamente, passam a adotar medidas de exploração maciça de seus recursos naturais para fomento das *commodities*⁵³.

O cenário é propício, portanto, para uma divisão ecológico-territorial do trabalho, formando-se o bloco dos países industrializados, com pegadas ecológicas⁵⁴ que se estendem a outros povos e regiões; e outro bloco, composto por países e regiões pobres, cujas extensões de terras se convolvam em unidades de conservação ambiental⁵⁵, tal como “lixeiros que limpam a

sujeira lançada à atmosfera pelos países do Primeiro Mundo”; ou “como se fossem reservas de valor de germoplasma para o futuro, verdadeiros latifúndios genéticos” (PORTO-GONÇALVES, 2012, p.129).

A divisão ecológico-territorial não destoa da disposição, por exemplo, de mecanismos de flexibilização de atividades danosas ao meio ambiente em vigor, tal como o Protocolo de Quioto⁵⁶ à Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudança do clima, para a redução das emissões de gases de efeito estufa – GEE, que propôs a implementação conjunta de medidas, comércio de emissões e mecanismo de desenvolvimento limpo – MDL. (ONU, 1997).

O referido Protocolo introduziu uma espécie de salvo-conduto para que empresas poluentes persistam em atividades poluidoras ou minorem o percentual original a patamar menor que o formalizado, o que lhes seria permitido desde que medidas outras para reduzir a emissão gases poluentes ou para a manutenção da natureza em outros países sejam adotadas.

A globalização passou a transcender, pois, a ideia de integração cultural, política, econômica e social, para promover uma espécie de globalização do meio ambiente, esmaecida pelo modelo consumista de desenvolvimento que raramente se alinha ao ideário da sustentabilidade.

DÍVIDA EXTERNA E GLOBALIZAÇÃO: ELEMENTOS PROPULSORES DO NEOCOLONIALISMO

Após a superação da polarização dos países entre socialistas e capitalistas, simbolizada pela queda do muro de Berlim⁵⁷, o instituto da globalização fluiu impulsionado pelo estreitamento das distâncias, avanços tecnológicos e velocidade das comunicações.

Dentre suas principais características da globalização, pode-se enumerar a diluição dos limites entre nacional e internacional, a interdependência entre os países, a diminuição das distâncias e o

avanço de novas dinâmicas sociais no universo da sociedade planetária, com o enfraquecimento da figura do Estado nacional e a expansão de atores transnacionais e transnacionalizados. (GERSCHMAN; VIANNA, 1997).

E dada vinculação corrente aos fluxos de comércio e de capital, a globalização econômica é a que desponta como o conceito mais difundido e evidente entre as práticas de mercado mundiais, dada a pulverização do processo fabril e do comércio.

Em essência, a globalização encerra a concepção de que a competição global permitiria alcançar o valor real das principais variáveis econômicas (produção, preços, salários e taxas de juros). E seguindo esse horizonte, a concorrência no mercado global propiciaria o alcance do melhor binômio custo/benefício, favorecendo as práticas capitalistas de captação de lucro. (HELD; MCGREW, 2001).

Nada obstante, a produção dentro de parâmetros ecológicos rígidos e num meio ambiente de trabalho sadio, encarece o preço final do produto e reduz o percentual de lucro, dado que o emprego de tecnologia limpa, o abandono de pesticidas, fertilizantes e/ou químicos contaminantes e o respeito aos direitos laborais exigem o dispêndio de somas significativas.

Atraente ao alcance do binômio menor custo de produção e obtenção de ganho mais significativo, desponta o direcionamento das plantas de produção para países com menor rigor em leis ambientais e trabalhistas, onde atividades com propensão de causar degradação ao ecossistema e danos à pessoa humana sejam executadas, sem maior rigor.

A globalização se apresenta, então, como fenômeno econômico distanciado do viés social e focado na ampliação de ganhos, mediante a expansão de tecnologia e produtos para vasto espaço territorial, não raro alimentado pela perspectiva falsa de inesgotabilidade dos recursos naturais explorados. (QUINTERO, 2016).

Em contrapartida, se o meio ambiente não conhece as divisas terrestres fixadas artificialmente pela sociedade planetária, é possível conceber como indissociáveis a globalização econômica e a globalização ambiental, eis que em menor ou maior grau, os danos causados à natureza dentro de um território podem repercutir para além fronteira de outro ou mesmo no mundo como um todo.

Danos ambientais que tanto podem derivar de tragédias de amplo poder de devastação, não raras oportunidades, irreversível sobre o prisma da biodiversidade e recursos biológicos da região afetada; quanto da destinação do volume de rejeitos associado ao processo de produção e/ou consumo, por exemplo.

De se notar que os impactos ambientais intensificados desde a revolução industrial, iniciada no século XVIII, associados ao crescimento populacional, contribuíram, ao seu modo, para mudanças sensíveis no ecossistema planetário, tais como o exaurimento de recursos naturais, extermínio de espécimes, poluição do ar, contaminação de águas e do solo.

Nada obstante o crescente estímulo às atividades econômicas transnacionais, conflagrou-se simultaneamente um movimento global derivado da reflexão sobre os danos perpetrados pela ação humana ao meio ambiente e a todos os seres habitantes do planeta terra culminando na Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente Humano, promovida pela Organização das Nações Unidas – ONU no ano de 1972, em Estocolmo, classificada como marco para enfrentamento da degradação ambiental desencadeada pós-revolução industrial.

Difundiu-se internacionalmente, a partir de então, a percepção da finitude dos recursos naturais e da necessidade de estabelecimento de parâmetros para permitir o desenvolvimento econômico, sem descuidar do viés de sustentabilidade dos meios empregados, com vistas a permitir o uso racional dos recursos naturais pelas presentes e futuras gerações (ONU, 1987). Passou-se a estimular, daquele tempo em diante, o uso racional dos recursos naturais, satisfazendo-se as necessidades do presente, sem exauri-los.

Fincado o ideário do desenvolvimento sustentável, pois, emergiram as dificuldades para realizá-lo no plano concreto, mediante conjugação da expectativa de crescimento econômico, sem comprometer o meio ambiente circunscrito; dado que a fixação do quanto uma atividade compromete ou se desvia do ideário de desenvolvimento sustentável é matéria de difícil aferição. Embaraço que se intensifica quando envolve bens ambientais não passíveis de substituição, renovação ou mensuração monetária por falta de padrões equivalentes.

Dada nula resistência contrária, vem-se formando uma nova geografia mundial dos proveitos e dos rejeitos, representada pela “transferência de empresas industriais e agrícolas altamente poluidoras ou altamente exigentes de matérias-primas, energia, terra e fotossíntese” para países subdesenvolvidos. (PORTO-GONÇALVES, 2012, p.129-130).

Segundo Schonardie e Noschang(2014), algumas empresas transnacionais direcionam o capital predatório de seus empreendimentos para países cuja proteção ao meio ambiente é precária, operando em movimento diametralmente oposto à promoção, garantia e efetivação dos direitos humanos e fundamentais, dentre os quais ao meio ambiente sadio e à erradicação da pobreza.

Aliás, a Agenda 21, fruto da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Rio 92, também traça um vínculo entre a deterioração planetária do meio ambiente e padrões insustentáveis de consumo e produção, como ainda ao agravamento da pobreza e dos desequilíbrios.

Referida associação entre sustentabilidade e erradicação da pobreza foi igualmente cogitada na Cúpula do Milênio, quando da definição da Agenda do Desenvolvimento, no texto “Um futuro sustentável: a Agenda para o Meio Ambiente”; ocasião em que se reiterou que “são as populações mais carentes dos países em desenvolvimento as mais atingidas pelos impactos imediatos da degradação ambiental”. (SILVESTRE FILHO e FERREIRA, 2019, p.26).

A desigualdade de forças no modelo de globalização vigente caminha ao lado do peso de uma dívida externa impagável que estimula a pobreza e sepulta o desenvolvimento, dado que preme o direcionamento de recursos para a amortização do débito em detrimento da área social e econômica. (SANTOS, 2009).

Testemunha-se, desse modo, o neocolonialismo, enquanto perpetuação da dominação econômica, social e política dos países subdesenvolvidos, devedores vitalícios das grandes potências mundiais, fato que confere maior ressonância à noção de dívida ecológica.

DÍVIDA ECOLÓGICA E O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Em sua raiz, o vocábulo dívida deriva do latim *debita*⁵⁸ e *debere*⁵⁹, encerrando a noção basilar de uma obrigação moral ou contratual de satisfazer uma prestação em dado momento, seja mediante pagamento de alguma cifra, prestando serviços, entregando algo a outrem. E ao presente artigo, interessam as dívidas concebidas como externa e ecológica.

No caso da dívida externa, o País capta recursos no estrangeiro com os mais diversos intuitos, como a execução de projetos sociais e de infraestrutura, capitalização da economia; mas por sofrer o saldo devedor correção e incidência de juros, passa a compor passivo difícil de ser honrado e quase impossível de ser liquidado.

E apesar de não ser a única causa, a dívida externa é um daqueles agentes com aptidão para deflagrar crises econômicas e políticas, no âmbito do continente latino americano, desde o período independentista, não sendo diferente a situação do Brasil. (ODDONE; GRANATO, 2005).

Acaso se retroceda ao início da civilização e se percorra o caminho histórico da colonização dos países do hemisfério Sul, da revolução industrial, das guerras com armas químicas e bombas atômicas, dos desastres ambientais associados à extração de minério, combustíveis fósseis e material nuclear, da devastação

florestal e extermínio biológico de espécimes, notar-se-á o peso da ação humana sobre o habitat.

Ademais, a luta inglória para vencer os juros da dívida externa estimulou a reflexão acerca da perpetuação do sistema de exploração dos países do Hemisfério Sul, deflagrada desde o seu descobrimento pelas naus europeias, impingindo-lhe elevados custos monetários e ambientais em benefício dos países desenvolvidos.

A partir de 1992, então, introduziu-se à discussão o conceito de dívida ecológica⁶⁰, quando da publicação pelo Instituto de Ecologia de Santiago do Chile do texto “la Deuda ecológica del Norte hacia el Sur”, ocasião em que se propôs a possibilidade de reparação pelo uso desonerado dos recursos naturais dos povos do Sul e pelos danos ambientais transfronteiriços causados pelos países do Norte.(ALIER, 2015).

Nesse contexto, a dívida ecológica corresponderia ao equivalente monetário do *quantum* devido pelas nações ambientalmente devedoras – AD às nações ambientalmente credoras – AC pela utilização dos seus bens e serviços ecológicos amplamente disponibilizados, sem justa contraprestação respectiva, tais como: os sumidouros ou poços de gás carbônico, os aquíferos subterrâneos.

Pela doutrina do intercâmbio ecologicamente desigual, poder-se-ia acrescentar a discrepância das relações transacionais na composição da dívida ecológica, dada ausência de contabilização no preço final dos produtos exportados dos custos produtivos e de gestão dos recursos naturais envolvidos, assim também aqueles derivados dos danos ambientais produzidos local e globalmente, com possíveis efeitos negativos sobre a saúde humana.(ODDONE; GRANATO, 2005).

Nessa ordem de ideias, a referida concepção de dívida ecológica poderia ser expandida para abarcar os tais custos ambientais não agregados ao valor das exportações das nações credoras às devedoras, eis que sofridos durante o processo de produção ou

extração, como o elevado consumo e contaminação de águas, poluição do ar, perda de fertilidade do solo, etc.

E ampliando-se ainda mais o conceito, dada tendência para causar o esgotamento dos recursos naturais em prejuízo das futuras gerações locais, poderiam ser incluídos os custos decorrentes da degradação ambiental relacionados aos sacrifícios assumidos pela geração atual, quando da tentativa de compor o numerário exigido para o pagamento da dívida externa.

Para a individualização de credores e devedores, Lima (2000, p.345) associa as nações ambientalmente credoras – AC àquelas de “menor industrialização, menor renda *per capita*, situadas no hemisfério Sul e com elevada dívida externa”. Em contrapartida, as ambientalmente devedoras – AD seriam “industrializadas, ricas, situadas no hemisfério Norte e credoras da dívida externa dos países mais pobres”.

Ainda sobre o tema, tem-se que ao discorrer sobre o cuidado da casa comum, na Carta encíclica “Laudato Si”, o Papa Francisco (2015) também reportou a dívida ecológica entre o Norte e o Sul.

Naquela carta, o Pontífice destacou o patamar díspar conferido à dívida externa e a invisibilidade do débito ecológico, relacionando este último aos desequilíbrios comerciais, aos danos causados pela desigualdade na exportação de matérias-primas, à contaminação do ar, ao aquecimento global e ao desvio de atividades poluentes para países menos desenvolvidos.

O argumento de que a quantificação monetária dos impactos ambientais causados pela atividade econômica alcançaria valor comparável ao da dívida externa seria o mais difundido entre os estudiosos, permitindo a inversão dos polos em favor dos países pobres. Para além, ODDONE e GRANATO (2005, p.80, tradução nossa) propõem “que a dívida externa não deve ser paga a menos que o Norte pague a dívida ecológica antes”.

Em verdade, conquanto soe utópica a compensação monetária da dívida ecológica e/ou a fulminação da dívida externa pelo ajuste contábil, a providência não seria em todo inédita, permitindo o

recurso ao princípio da responsabilidade internacional do Estado, que vincula o Estado transgressor de uma norma de direito internacional a obrigação de indenizar o Estado lesado.

Historicamente, referido dogma restou consolidado a partir do julgamento do pedido de indenização, formalizado no caso a Fábrica de Chorzów, submetido à apreciação da Corte Permanente de Justiça Internacional – CPJI na década de 20 do século passado, ocasião em que foi afirmado ser “um princípio de direito internacional que a violação de um compromisso envolve a obrigação de se fazer a reparação de forma adequada”⁶¹, o que dispensa, inclusive, previsão expressa correspondente no instrumento arguido como violado. (CPJI, 1927, p.21, tradução nossa)

Para melhor compreensão do tema, resume Mazzuoli (2018, p.495) que a finalidade da responsabilidade internacional dos Estados é “reparar e satisfazer, respectivamente, os danos materiais e éticos sofridos por um Estado em decorrência de atos praticados por outro”.

Situação que se amolda ao caso em discussão, eis que a principal função das reparações no direito internacional é a restauração do status quo ante, como se o ato ilícito internacional não houvesse se perpetrado (*restitutio naturalis* ou *restitutio in integrum*). E somente acaso não o seja possível, deve ser quantificado o dano em soma em dinheiro, como modo de compensação equivalente.

Del’Olmo(2002) enumera, dentre outras, características da responsabilidade internacional entre Estados, a sua natureza civil e objetiva, a finalidade reparatória do prejuízo causado (até mesmo, os praticados por seus órgãos fora dos seus limites de competência) e o seu emprego como alternativa ao uso da força.

Transparece razoável que os danos ambientais deflagrados desde os tempos do descobrimento do Brasil e perpetuados até o momento presente, sob a roupagem do neocolonialismo, sejam objeto de reconhecimento formal e reparação respectiva, dado que

malferem os compromissos internacionais, máxime os assumidos a partir da Convenção sobre Diversidade Biológica, protocolos e acordos seguintes⁶².

A subsidiar a reivindicação da dívida ecológica, tem-se desde a poluição e degradação de recursos naturais introduzidas pelos países desenvolvidos, em seu próprio território e fora dele; a pilhagem de recursos naturais do Sul e sua exportação subvalorizada; o uso gratuito de recursos naturais; a livre ocupação do espaço planetário para depósito de gases de efeito estufa e outros eliminados pelas indústrias, etc.

No caso dos países latino-americanos, o padrão econômico de exploração de produtos primários estimula o emprego de insumos externos (agroquímicos, fertilizantes), não raro proibidos nos países de origem; promove o declínio produtivo do solo intensivamente explorado; permite a contaminação do meio ambiente por metais pesados derivados do processo de exploração mineral e avoluma os seus rejeitos; elimina a disponibilidade futura de recursos não renováveis, como combustíveis fósseis, entre outros.

Não se propõe, contudo, trocar a natureza por juros de dívida, nem cancelar excessos contra o meio ambiente, mediante contraprestação posterior, mas se reconhecer que a dívida externa pela perspectiva histórica jaz solvida. Purgado o débito, a pressão sobre os Países do hemisfério Sul arrefeceria e conseqüentemente, a natureza seria poupada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A invisibilidade da dívida ecológica não resiste à força do princípio fundamental da responsabilidade internacional do Estado, que preconiza a reparação do dano, inclusive quando praticado fora dos limites de competência do Estado transgressor.

Os danos ambientais deflagrados desde os tempos do descobrimento do Brasil e perpetuados até a época atual, sob os

auspícios do neocolonialismo, devem ser objeto de reconhecimento formal e reparação respectiva.

Nenhuma nação explorada em seus recursos naturais e premida por vasto endividamento estrangeiro possui condições de alcançar o desenvolvimento econômico, quanto menos preservar o meio ambiente ao seu entorno.

Reclamar a dívida ecológica sob a ótica da responsabilidade planetária é providência que supera a simples operação matemática, por permitir que se rompa a perpetuação cíclica da exploração de riquezas naturais e de pessoas, desencadeada desde a colonização e impulsionada pelas regras do mercado globalizado; e assegurar que em paridade de condições, todas as nações realizem o ideário do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

ALIER, Joan M. Deuda ecológica y deuda externa: ¿quién debe a quién?. **La jornada**. Cidade do México, MEX, 28 jun.2015. Disponível em: <<https://www.jornada.com.mx/2015/06/28/opinion/022a1eco>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

BRASIL. Decreto, de 5 de janeiro de 1824. **Coleção das Leis do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 5 jan. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-5-1-1824.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Tratado, 29 de agosto de 1825. **Tipografia nacional**. Rio de Janeiro, RJ, 29 ago.1825. Disponível em: <https://books.google.com.br/s?id=IMZMAAAAcAAJ&pg=PP3&lpg=PP3&dq=tratado+de+29+de+agosto+de+1825&source=bl&ots=XAT-M_f4A&sig=ACfU3U0cruTGGU0E62Nb2l5drlQUP6liHg&hl=pt-R&sa=X&ved=2ahUKEwjAqPDco-jAhU0LLkGHaj7Bg04ChDoATAIegQICRAB#v=onepage&q=tra>

tado%20de%2029%20de%20agosto%20de%201825&f=false>.
Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Convenção adicional ao Tratado de 29 de agosto de 1825.

_____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Decreto n.º849, de 25 de junho de 1993. **Diário Oficial da República do Brasil**. Brasília, DF, 28 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Decreto n.º2.519, de 16 de março de 1998. **Diário Oficial da República do Brasil**. Brasília, DF, 16 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

_____. Decreto Legislativo n.º144, de 16 de abril de 2002. **Diário Oficial da República do Brasil**. Brasília, DF, 16 abr. 2002. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-144-20-junho-2002-458772-protocolo-1-pl.html>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BREEN, Benjamin. Meio ambiente e trocas atlânticas. Capítulo 5. In: **América na Primeira Modernidade** (1492-1750), Vol. I. p.195-220. Curitiba: Editora Prismas, 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/34946641/Meio_ambiente_e_trocas_atl%C3%A2nticas>. Acesso em: 30 jun. 2019.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL – CPJI. Caso da Fábrica de Chorzów. Haia, NL: Coleção de julgamentos, série A, n.º9, de 26 jul. 1927. Disponível em:

<https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Compotence_Arret.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2019.

DEL'OLMO, Florisbal de S. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro, RJ: Florense, 2002. ISBN: 85-309-1551-8.

DIAS, Carlos M.; VASCONCELLOS, Ernesto J. de C.; GAMEIRO, Alfredo R. **História da colonização portuguesa do Brasil**. Edição monumental comemorativa do primeiro centenário da independência do Brasil. Rio de Janeiro: Litografia nacional, 1921. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/objdigital2/acervo_digital/div_manuscritos/mss90270/mss90270.pdf> Acesso em: 29 jul. 2019.

FRANCISCO. **Carta Encíclica “Laudato si”**: sobre o cuidado da casa comum. Roma, 2015. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 01 ago. 2019.

GERSCHMAN, S.; VIANNA, M.L.W.(orgs.). **A miragem da pós-modernidade**: democracia e políticas sociais no contexto da globalização [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1997. E-ISBN 978-85-75413-97-5. Disponível em: <<https://doi.org/10.7476/9788575413975>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

GIACOMELLI SOBRINHO, Valny. **Análise bioeconômica do seqüestro florestal de carbono e da dívida ecológica: uma aplicação ao caso do Rio Grande do Sul**. Santa Maria, RS: 2007. Tese de doutorado em engenharia florestal, área de concentração em manejo florestal, Universidade Federal de Santa Maria. Disponível em: <<https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/3712/VALNY%20SOBRINHO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 1 ago. 2019.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **Prós e Contras da Globalização**. Tradução, Vera Ribeiro. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor. 2001. p.50. ISBN 85-7110-586-3. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=wkhwJCCoWwAQC&pg=PA49&dq=globaliza%C3%A7%C3%A3o+econ%C3%B4mica&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjQ0sf6hbjiAhUHlIbkGHSabDjAQ6AEIPzAF#v=onepage&q=globaliza%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B4mica&f=true>> Acesso em: 1 ago. 2019.

HOROWITZ, N. H. e HUBBARD, Jerry S. **The Origin of Life**. California Institute of Technology. Pasadena, California: 1974. Biology Division. Annu. Rev. Genet. 8:393-410. Disponível em <<https://authors.library.caltech.edu/671/1/HORarg74.pdf>>. Acesso em: 25 jul.2019.

LIMA, Luiz H. M. de. **O controle externo do patrimônio ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: 2000. Dissertação de mestrado em planejamento energético, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://antigo.ppe.ufrj.br/ppe/production/tesis/lhmdelima.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MARTIN, Alexandra M. C. B. **Avaliação da sustentabilidade biofísica do socioecossistema São Luis, através do índice pegada ecológica**. São Luís, MA: 2008. Dissertação de mestrado em sustentabilidade de ecossistemas, Universidade Federal do Maranhão. Disponível em: <<http://tedebc.ufma.br:8080/jspui/bitstream/tede/1205/1/Alexandra%20Maura%20Costa%20Bernal%20Martin.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISSN 978-85-309-7931-7.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Relatório da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. A/CONF.48/14/REV.1. Estocolmo, SWE:

1972. Disponível em:
<https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1> . Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Protocol additional to the Geneva Conventions of 12 august 1949, and relating to the protection of victims of international armed conflicts (Protocol I)**. Genebra, SWE: 1977. Disponível em:
<https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.34_AP-I-EN.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Resolução n.º42-187**. Assembleia Geral, 96ª Sessão Plenária, 11/12/1987. Disponível em:
<<https://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Disponível em:
<https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Protocolo de Quioto**. Disponível em: <<https://unfccc.int/kyoto-protocol-html-version>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. **Agenda 21**. Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento. Disponível em:
<<https://sustainabledevelopment.un.org/outcomedocuments/agenda21>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

PENGUE, Wálter A. Lo que el Norte el debe al Sur. **Ambiente ecológico**, ed. 85, set-dez 2002. ISSN 1668-3358. Disponível em:
<http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/2002/085_09.2002/085_Opinion_WalterAlbertoPengue.php3>. Acesso em: 10 ago. 2019.

PORTO-GONÇALVES, Carlos W. **A globalização da natureza e a natureza da globalização**. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 2006. ISBN 85-200-0683-3.

_____. **O desafio ambiental**. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2012. ISBN 978-85-01-06941-2.

QUINTERO, Jaqueline M. O Estado e a perspectiva da transnacionalidade. In: CRUZ, Paulo M.; GUASQUE, Bárbara; GARCIA, Heloise S. (Org.). In: **O Estado no mundo globalizado: soberania, transnacionalidade e sustentabilidade**. Porto Velho, RO: Escola da Magistratura de Rondônia, 2016, p.197-212. ISBN 978-85-93418-00-6. Disponível em: <<http://emeron.tjro.jus.br/noticias/14-biblioteca/publicacoes/60-o-estado-no-mundo-globalizado-soberania-transnacionalidade-e-sustentabilidade>> Acesso em: 5 ago. 2019.

RIBEIRO, MARIA C. M. **Globalização e novos atores: a paradiplomacia das cidades brasileiras**. Salvador, BA: EDUFBA, 2009. E-ISBN: 978-85-232-1201-8. Disponível em: <<https://doi.org/10.7476/9788523212018>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

SCHONARDIE, Elenise F.; NOSCHANG, Patrícia G. Responsabilidade das empresas transnacionais na apropriação da água. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 4, n. 1, p. 65-82. 2014. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3685>> Acesso em: maio de 2019

SILVESTRE FILHO, Oscar; FERREIRA, Eduardo D. de S. Globalização e direito humano ambiental. **Revista de direito internacional e globalização econômica**, v. 1, n. 1-Ext., 2019. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/DIGE/article/view/42348>>. Acesso em: 1 ago. 2019.

SOUZA, Caroline M. C. de. **Dívida ecológica como subproduto do paradigma desenvolvimentista**. Recife, PE: 2008. Dissertação de mestrado em gestão e políticas ambientais, Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/6093/1/arquivo2510_1.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

TURATTI, Maria C. M. **Resenha sobre a obra O Povo de Luzia** – em busca dos primeiros americanos. Cadernos de campo, São Paulo, n. 17, p. 317-319, 2008. Disponível em: <www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/47702>. Acesso em: 01 jul. 2019.

[46] Pós Doutora En los Retos Actuales del Derecho Público pela Universidade de Santiago de Compostela. Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Castilla La Mancha. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora do Programa de pós-graduação em Direito Ambiental (PPGDA) ofertado pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

[47] *Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental* da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA – UEA). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Juíza Federal no Amazonas – TRF1-AM.

[48] Pela Teoria de Clóvis, os primeiros habitantes teriam adentrado ao continente americano pelo estreito de Bering, vindos da Ásia, cerca de uns 11,4 mil anos. Refutando esta teoria, têm-se vestígios fósseis encontrados na região de Lagoa Santa, no Estado de Minas Gerais, neste rol inclusive o crânio de Luzia encontrado na década de 1970 pela arqueóloga francesa Annette Laming-Emperaire, com datação provável de 11,5 mil. Referidas evidências sustentariam a teoria de que a América teria sido colonizada, através do estreito de Bering, por mais de um movimento migratório de povos mongoloides e não-mongoloides. (TURATTI, 2008).

[49] Há dissenso na comunidade científica acerca do modo de acesso para se alcançar o continente americano. Dentre as correntes, pode-se citar a Teoria Malaio-Polinésia que sustenta o ingresso por meio de embarcações primitivas originárias da Austrália, Beríngia e Melanésia; a Teoria do Povoamento pelo Oceano Pacífico que também defende o fluxo de embarcações primitivas que atravessaram o mar, egressas da Ásia; e a mais aceita, a Teoria do Povoamento pelo Estreito de Bering que defende a ocupação da América, durante a quarta glaciação, quando o estreito foi congelado, possibilitando a passagem terrestre.

[50] A tese de Alfred Crosby, conhecida como *The Columbian Exchange*, remete às trocas interoceânicas de plantas, animais, germes e pessoas, operada nos séculos XVI a XVIII. (BREEN, 2017).

[51] Na edição comemorativa do primeiro centenário da independência do Brasil, retrata-se o encontro do nobre europeu com “espécime do homem pré-histórico” (DIAS, VASCONCELLOS; GAMEIRO, 1921, p.III) e pejorativamente, afirma-se que “o aborígene não possuía a noção de pátria” (ibd., 1921, p.V), atribuindo o ideário de independência aos “colonos, os mesmos filhos e netos dos puritanos ingleses, dos aventureiros espanhóis (sic) e dos imigrados portugueses, que sob o império das conveniências, sobretudo de ordem económica (sic), atearam as ideias de libertação, ao depois enobrecidas pelo patriciado intelectual e por êle (sic) guiadas para o desfecho da emancipação política”. (ibd., 1921, p.V).

[52] Introduzida a partir do século XVII, após a Guerra dos Trinta Anos, a reparação de guerra passou a ser replicada em tratados de paz formalizados entre os ex-beligerantes, consistindo numa indenização punitiva exigida do vencido pelo vencedor no embate, originalmente destinada a cobrir os custos da guerra e punir a população derrotada. Na atualidade, o instituto se encontra lastreado no artigo 91 do Protocolo Adicional I à Convenção de Genebra (1977), introduzido no ordenamento pátrio pelo Decreto n.º849. (BRASIL, 1993).

[53] Commodities correspondem a bens ou produtos de origem primária, negociados mundialmente em bolsa de valores, tal como a soja, petróleo, ouro, prata, milho.

[54] A expressão pegada ecológica deriva do inglês ecological footprint vocacionada a medir o quanto de recursos naturais renováveis é necessário para sustentar o consumo individual, populacional ou de um processo de produção, a partir de variáveis como energia elétrica, solo, água e resíduos sólidos (MARTIN, 2008).

[55] A floresta como sumidouro de gás carbônico (sequestro florestal de carbono).

[56] O Protocolo de Quioto possuía previsão de término em 31 de dezembro de 2012. Na COP-18, ajustou-se um segundo período de compromisso a se estender até 2020.

[57] Destaca Porto-Gonçalves(2006, p.21) a associação do início do processo de globalização à rescisão unilateral do acordo de Bretton Woods por parte dos Estados Unidos, que favoreceu a partir de 1971, o abandono do padrão-ouro para adoção do dólar americano como moeda fiduciária.

[58] A tradução da palavra latina debita é devido.

[59] A tradução da palavra latina *debere* é dever.

[60] Na seara da bioeconomia, a dívida ecológica se pronunciaria quando a demanda econômica pelo serviço ultrapassa os limites biológicos de assimilação. Em contrapartida, o excedente ecológico ocorreria quando a produtividade biológica fosse superior à referida demanda. (GIACOMELLI SOBRINHO, 2007).

[61] Texto original: “It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form”. (CPIJ, 1927, p.21).

[62] A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB foi ratificada pelo Brasil, através do Decreto-Federal n.º2.519, de 16 de março de 1998. Até presentemente, foram realizadas 14 Conferência de Partes – COP’s, realizadas periodicamente para implementar a CDB.

O DIREITO AO REFÚGIO E A POSTURA POLITICOECONOMICA DO ESTADO BRASILEIRO EM 2018

Acácia Gardênia Santos Lelis⁶³

Jully Anny Barrozo Oliveira⁶⁴

Resumo: A linha histórica da positivação do direito ao refúgio, demonstra evidentes interferência de interesses políticos e econômicos nos posicionamentos dos sujeitos internacionais. Objetiva-se, em suma, analisar como se engendram as complexidades da realidade em que se finca a pessoa migrante no cenário social e político brasileiro em 2018. Para tanto, baseia-se no método de coleta e análise de dados bibliográfico, tendo em vista que se fez uso das informações e normas oriundas órgãos globais e nacionais responsáveis por monitorar e tratar dos fluxos de refugiados, como ACNUR, The United Nations Department of Economic and Social Affairs (UNDESA), International Organization for Migration – The UN Migration Agency (IOM).e o Conselho Nacional para os Refugiados; além deste fez-se uso do método dedutivo, ao analisar as estruturas sociais e políticas em diversos momentos históricos do país. Nesse talante, considera-se deveras necessário o desprendimento de ‘achismos’ diante de problemáticas estruturais para que não se crie crenças em planos de resoluções efêmeros.

Palavras-Chave: Brasil; Refúgio; Venezuela.

INTRODUÇÃO

O mundo globalizado, apesar dos muros erguidos contra a livre circulação de pessoas, caracteriza-se por uma intensa mobilidade

humana cada vez mais ampla. Em meio a complexas situações da sociedade marcada por desequilíbrios econômicos, desastres ambientais, guerras, perseguições raciais ou problemáticas de cunho individualizado, a consequência mais significativa dessa circularidade migratória se concretizou pela crise das chamadas ‘políticas de integração’.

Vários países elegeram como solução a elevação da soberania nacional em detrimento dos ideais de desenvolvimento humano. Tal escolha é traduzida em planos políticos voltados à securitização, que ao buscar controlar as entradas e saídas de pessoas, vislumbra apenas as vantagens econômicas da migração. É notável que a entrada de uma quantidade avantajada de pessoas põe em voga a estrutura funcional Estatal, e a reação deste ente a isto pode dizer muito sobre seu nível de desenvolvimento – tanto econômico, quanto humano.

Devido a impossibilidade de engessar um conceito à ‘crise migratória’, pôde perceber que a análise do termo, toma como base a descrição historicista e dogmática de doutrinas anteriores, arduamente aprofundadas. Contudo, a percepção das complexidades da realidade da pessoa migrante requer uma análise mais crítica, para se alcançar o entendimento da profundidade das violências que sofrem, e libertar o tema dos ‘achismos’ reproduzidos socialmente.

HISTÓRICO E ATUALIDADE DA POSITIVAÇÃO DO DIREITO AO REFÚGIO

No que se pode refletir, a primeiro momento, sobre o fenômeno das migrações forçadas, a doutrina mais atual, aqui exposta por SANTOS *at al.*, (2016, p.3), entende que:

O deslocamento da população no espaço internacional se apresenta, no contexto contemporâneo, como uma das mais significativas marcas dos arranjos geopolíticos internacionais. Entretanto, muito mais explicada por variáveis econômicas, seguindo o clássico referencial

teórico herdado da economia neoclássica, na qual os lugares atrativos economicamente são considerados receptores de população e os lugares repulsivos, aqueles que perdem população. Esta dualidade espacial (lugares atrativos ou repulsores de população) se tornou um linguajar quase de senso comum, em que as leis do mercado são as categorias privilegiadas para se entender a migração.

Para este viés, coaduna-se com as reflexões levantadas por Bauman (2017, p.07), quando afirma que “essa crise é hoje uma espécie de codinome politicamente correto para a fase atual da eterna batalha de formadores de opinião pela conquista e subordinação das mentes e dos sentimentos humanos”. E é nessa mesma direção que se aponta o desenvolvimento deste trabalho, pois concordando com o já afirmado, o filósofo conclui que

mesmo que haja – como sugerem reportagens que chegam das linhas de frente do atual processo registrado como a ‘crise migratória’ (um codinome, permita-me insinuar, tão vago quanto ameaçador e intencionalmente alarmante) – algo muito novo na origem dos atuais deslocamentos em massa de pessoas, pouco há de inédito no padrão de respostas sociais/políticas a eles, como estou tentando mostrar. (BAUMAN, 2017, p. 70).

Todavia, o interesse central em levantar o tema não se funda em sua mera ocorrência, o fenômeno da migração forçada, em si, denota uma necessidade urgente de busca pela sobrevivência. O que diferencia um migrante forçado é justamente a necessidade imperiosa da busca por sobrevivência e não a sutil melhoria de vida. Conforme o glossário da Organização Internacional de Migração (2011) – OIM ou IOM, sigla em inglês -, a migração forçada é

um movimento migratório em que existe um elemento de coerção, incluindo ameaças à vida e aos meios de subsistência, quer provenham de causas naturais ou causadas pelo homem (por exemplo, movimentos de

refugiados e deslocados internos, bem como pessoas deslocadas, desastres naturais ou ambientais, desastres químicos ou nucleares, fome ou projetos de desenvolvimento).

Esse desejo sobrevivência se funda ao de inserir-se em uma outra dinâmica de sociedade, sentir-se pertencente a outro povo, à outra população. Porém, as barreiras da migração são mais densas e profundas do que se mostram; e essa inserção social acaba, por vezes, se deparando com barreiras subjacentes. Segundo Foucault (2008, p. 91), primeiramente:

Os que consideraram a população essencialmente força produtiva foram os mercantilistas ou os cameralistas, contanto é claro que essa população fosse relativamente adestrada, repartida, distribuída, fixada de acordo com mecanismos disciplinares. População, princípio de riqueza, força produtiva, enquadramento disciplinar: tudo isso se articula no interior do pensamento, do projeto e da prática política dos mercantilistas.

Esse conceito, evidentemente, atinge as subjetividades atuais do utilitarismo das questões sociais: para quem seria produtiva a inserção social globalizada? Bauman (2017, p. 09), vai se posicionar no mesmo sentido ao afirmar que

A migração em massa não é de forma alguma um fenômeno recente. Ele tem acompanhado a era moderna desde seus primórdios (embora com frequência mudando e por vezes revertendo a direção) -, já que nosso "modo de vida moderno" inclui a produção de "pessoas redundantes" (localmente 'inúteis', excessivas ou não empregáveis, em razão do progresso econômico; ou localmente intoleráveis, rejeitadas por agitações, conflitos e dissensões causados por transformações sociais/políticas e subsequentes lutas por poder).

Diante de tamanhas considerações, faz-se primordial retomar à história de como o fenômeno do refúgio foi encarado no âmbito

legislativo, e então entender melhor como as problemáticas atuais se engendraram.

HISTÓRICO DA POSITIVAÇÃO DO DIREITO AO REFÚGIO GLOBAL

A obra de Andrade, publicada em 1996 (mas deveras atual), se inicia pela citação da própria bíblia ao defender que os fluxos migratórios são fenômenos inerentes à história humana, e expõe o quanto os entraves políticos dificultam o alcance de resoluções efetivas. O que foi idealizado como um atendimento universal, pretendeu, por muitos anos, atingir uma população⁶⁵ especificamente voltada aos interesses de países de ‘grande porte’, e, em decorrência disso, se viu transfigurado de acordo com o período histórico e motivações políticas.

Em resumo, nas palavras de Andrade (1996, p.19), o refúgio surgiu como instituto jurídico apenas no início do século XX, no escopo da Revolução Russa de 1919, com a fuga dos discordantes políticos, mas muito antes do que a doutrina costuma datar como marco histórico de proteção ao refúgio já haviam deslocamentos de contingentes humanos pelos mais diversos motivos.

Fora evidente o fundo econômico de sua preocupação ‘humanitária’, todavia, o reconhecimento do direito ao refúgio (de maneira global e coletiva) ocorreu em 1950, sem os riscos (em tese) de interferências dos Estados. A ONU, através de um órgão (supostamente) autônomo, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), instituiu o marco de proteção às pessoas refugiadas, por meio da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, que estabeleceu critérios bem definidos para o reconhecimento da concessão do refúgio: grave temor de perseguição decorrentes da raça, da nacionalidade, da opinião política, da religião e/ou do pertencimento a um grupo social.

Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser

perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar (ACNUR, 1996, p. 61).

Ou seja, apenas na década de 50 o refúgio foi encarado como digno de atenção ampla dos entes internacionais. Posteriormente, definições mais abertas passaram a considerar como refugiados as pessoas obrigadas a deixar seu país devido a conflitos armados, violência generalizada e violação massiva dos direitos humanos, a exemplo do reconhecimento, desde 2007, de pessoas em situação de refúgio, como integrantes da categoria de população refugiada, qual inclui grupos de pessoas que estão fora do seu país ou território de origem e que enfrentam riscos de proteção semelhantes aos dos refugiados, mas para quem o estatuto de refugiado, por razões práticas ou outras, não foi determinado.

Essa positivação fortaleceu o reconhecimento individualizado do refúgio, instituído pelo órgão anterior ao ACNUR (qual seja, Organização Internacional para Refugiados – OIR). Anteriormente a esses, o instituto era concedido de forma ‘grupala’. Mas, como explica Andrade, a situação caótica, qual se constatou primeiramente no continente europeu, devido a evidente ruptura dos Direitos Humanos decorrente do pós primeira grande guerra, não ensejou, com seu fim, o desaparecimento dos refugiados; a situação “complicou-se em razão do desemprego generalizado, de uma nacionalismo político e econômico e de severas restrições imigratórias” (ANDRADE, 1996, p. 22).

Além disso, a multiplicidade de motivos que se era apresentada como pedido de concessão do refúgio, evidenciou a necessidade de estudar melhor os instrumentos de proteção que a comunidade internacional deveria fornecer. Seria utópico comprovar a obviedade de que o direito ao refúgio, por ser um fenômeno de

romper barreiras da nacionalidade, já nasceria plenamente universal. Contudo, o fenômeno quedou-se em ser, desde seu primórdio, internacional apenas no sentido de partir de ‘fora de um Estado’, o que costumava/costuma, instituir barreiras à efetividade desse direito, sendo a mais emblemática sua limitação geográfica/temporal.

HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PERTINENTE AO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO REFÚGIO

O processo de internacionalização⁶⁶ do refúgio se mostrou como uma tentativa de implementar uma proteção abrangente, o que logrou êxito em valor moral, não resultou frutífero em valor legal concreto. De acordo com o texto da Convenção de 1951, os termos “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951” gerou ambivalência ao dar azo ao entendimento de que apenas pessoas de origem europeia ou que tinham receio de serem perseguidos “em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951” poderiam ser reconhecidas como refugiadas.

A necessidade de ratificação de um novo documento internacional não tardou e com ela surgiu o Protocolo sobre o Estatuto de Refugiado de 1967. Este buscou pôr fim às chamadas reservas (MOREIRA, 2004), buscando a efetivação dos documentos da forma mais ampla (conceitualmente) possível.

Mesmo após o Protocolo, a América Latina viu a necessidade de ampliar a concessão do refúgio em seu cerne conceitual, o que se fez pela Declaração de Cartagena de 1984. Tal preocupação – ratificada pela ONU e Organização dos Estados Americanos (OEA) – é oriunda das necessidades apresentadas pela região – e, por isso, reconhecida como norma de direito costumeiro⁶⁷, até mesmo pelos países que não a assinaram.

Ainda que um instrumento regional não vinculante, a Declaração é conhecida por expandir a definição de refugiado estabelecida pela Convenção de 1951, considerando a "violação

generalizada dos direitos humanos" (ACNUR, 1984, p.3), como causa do reconhecimento do status de refugiado, e, conseqüentemente, estabelecendo que além dos direitos tidos como de primeira classe (políticos e civis)⁶⁸, a violação de quaisquer direitos humanos, sejam, culturais, sociais e econômicos, podem ensejar a proteção internacional.

Repetidamente, os interesses políticos e econômicos dos Estados de grande influência internacional não facilitaram a efetivação dessa norma. Todavia, a região da população latina americana acolhe uma grande população de refugiados desde de sua instituição e até mesmo antes disso (inclusive mulheres vítimas de violência de gênero em forma de cultura), e é nesse contexto que se deve destacar as atuações e posicionamentos do Estado brasileiro.

O Brasil, assinante de ambos Tratados, é reconhecido por ter tido uma das primeiras legislações de refúgio progressistas e voltada às questões humanitárias: a Lei nº 9.474 de 1997 (BRASIL, 1997). A lei seguiu a linha da Declaração de Cartagena e adotou um conceito ampliado para o reconhecimento de refugiados, agregando todas as pessoas que buscassem segurança diante de situações de grave e generalizada violação de direitos humanos.

Recentemente fora instituída a chamada Lei de Migração – Lei nº 13.445 de 2017 (BRASIL, 2017). A nova Lei de Migração brasileira estabelece direitos e deveres para toda e qualquer pessoa não cidadã do Estado, seja ela migrante ou turista, com o objetivo de implantar a (possível) integração do solicitante. Em uma breve análise dessa nova norma, destaca-se pontos plausíveis direcionados às pessoas solicitantes de refúgio, refugiadas, ou em situação de refúgio; alguns positivos e outros nem tanto. Quais sejam:

Art 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se

enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:

(...) §3º O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento. (...) Art. 32. Poderão ser cobradas taxas pela autorização de residência. (...) Art. 62. Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão de nenhum indivíduo quando subsistirem razões para acreditar

que a medida poderá colocar em risco a vida ou a integridade pessoal.

A nova norma merece destaque pelo reconhecimento do Estado brasileiro da necessidade de uma mudança de postura frente o aumento do contingente migrante, e mais especificamente refugiado. Abraçar a garantia dos fundamentais (planteados pelo art. 5º da CF) através da legalidade (art. 3º da nova Lei de Migração) – mesmo com os contraditórios tramites burocráticos e financeiros – denotou moção à atuação humanitária no território brasileiro, deixando para trás a noção de “ameaça” frente à imigração, trazida pelas legislações nacionais anteriores.

A notória necessidade de atualizar os números reais de residentes por acolhida humanitária no país também acentuou o clamor pela mudança de olhares, todavia o cenário político pós-legislação se assemelha às noções ideológicas da era ditatorial em que se promulgou a antiga lei de migração – a revogada lei nº 6.815/1980 – norteadas pelos parâmetros da segurança fronteiriça e do nacionalismo (OLIVEIRA, 2017). Assim, a situação da pessoa refugiada no Brasil atual envereda-se na insegurança do pragmatismo “dever-ser” do sistema legislativo brasileiro, e na dúvida de efetivação da nova lei frente aos novos números de acolhida.

A “CRISE MIGRATÓRIA” VENEZUELANA E A POSTURA DO BRASIL COMO RECEPTOR

Sob o prisma do direito internacional o vínculo jurídico entre um indivíduo e o Estado é a nacionalidade. Por meio desta é que se legitima a proteção estatal frente aos direitos e deveres instituídos em normas. No momento em que se depara com direitos e garantias individuais vulneráveis, justamente pela falha dos aparatos estatais mantenedores das estruturas sociais, põe-se em discussão, também, a funcionalidade desse vínculo jurídico.

O BRASIL COMO ESTADO RECEPTOR DIANTE DA EMERGÊNCIA VENEZUELANA

O caso de análise, o da Venezuela, foi gerado por problemas estruturais de sociedade, economia e política que levou parte de sua população a optarem por essa ruptura. Todavia, os que adentraram no Brasil idealizando encontrar uma condição melhor dessas estruturas, além de terem se visto impedidos de acessá-las, se depararam com violências sistêmicas muito bem institucionalizadas. Nas novas terras não há o vínculo que obriga o Estado a prover a assistência devida de sua inserção. Há em verdade um legalismo ineficaz regulado e fiscalizado pela perspectiva da “reserva do possível”⁶⁹ de um ente com dificuldades prática e moral de exercer a alteridade.

Em 2017, “quase 736 mil imigrantes registrados moravam no Brasil, enquanto muitas centenas de milhares estavam no país sem documentação formal” (Wejsa; Lesser, 2018, p. 4). O que esses números podem descrever é que o Brasil tem tido suas problemáticas estruturais expostas pelo massivo número de imigrantes, decorrente das problemáticas da América Latina como um todo.

Desse quantitativo, o Comitê Nacional para Refugiados – CONARE (BRASIL, 2017), órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça, indica o percentual de solicitantes de refúgio. Segundo o Órgão,

entre 2010 e 2014, o país registrou uma alta de 2.131% no número de solicitações de refúgio. Esse aumento galopante, se deve, sobretudo, à manutenção do conflito na Síria e às novas restrições europeias para a acolhida de refugiados. Ao final de 2014, o Brasil já tinha 7.662 mil refugiados e, até outubro de 2015, mais de 8.530 estrangeiros já haviam sido reconhecidos como refugiadas, sendo os sírios o maior grupo. Esse número, porém, ainda é extremamente baixo, quando comparado às taxas de acolhida de outros países da região e do mundo. Estamos em 66º no ranking dos países que mais acolhem refugiados, sendo os três primeiros: Turquia (com 1,59 milhões); Paquistão (1,51 milhões) e Líbano (1,15 milhões). O ano de 2017 foi o maior em número de pedidos de refúgio, desconsiderando a chegada dos venezuelanos e dos haitianos. Foram 13.639 pedidos no ano passado, 6.287 em 2016, 13.383 em 2015 e 11.405 em 2014. (...) No total, 33.866 pessoas solicitaram o reconhecimento da condição de refugiado no Brasil em 2017. Os venezuelanos representam mais da metade dos pedidos realizados, com 17.865 solicitações. Na sequência estão os cubanos (2.373), os haitianos (2.362) e os angolanos (2.036). Os estados com mais pedidos de refúgio são Roraima (15.955), São Paulo (9.591) e Amazonas (2.864), segundo dados da Polícia Federal.

Ou seja, a instauração da crise institucional da Venezuela cominou expressivamente com o aumento de solicitação de refúgio no Brasil. Os dados denotam que os pedidos de solicitação de refúgio mais do que dobraram no país em 2017 devido a ‘crise migratória’ da Venezuela, qual viu como uma de suas rotas de fuga à sobrevivência o território brasileiro. Não há, em verdade, uma escolha pela entrada de refugiados em território nacional, mas uma proximidade territorial viável à busca urgente por sobrevivência, mesmo que em questões subumanas.

Segundo Freier e Parent, para o Migration Policy Institute – MPI (2018), o êxodo venezuelano iniciado em 2014, se acirrou juntamente com a crise política, econômica e humanitária do país, onde “cerca de 80% da população vivia em extrema pobreza em

abril de 2018 e centenas de milhares estavam em risco de morrer de fome”.

No que concerne às razões dos deslocamentos o documento de Monitoramento do Fluxo Migratório Venezuelano da Matriz de Monitoramento de Deslocamento (DTM, em inglês) (ferramenta global da IOM) (2018), revelou que 67% do montante migrante se arrazoava por questões econômicas e laborais; 32% desemprego; 19% nenhuma razão; 5% Insegurança, violência, extorsão, medo de grupos armados; 1% Perseguição, ameaça direta; e 1% Falta de serviços médicos e outros.



Fonte: IOM, 2018.

Nesse sentido, Vaz (2017, p. 4-5), assevera que

É importante considerar que, na América do Sul, e particularmente no contexto amazônico, as regiões de fronteiras são normalmente suscetíveis a dinâmicas políticas, econômicas e securitárias domésticas e regionais, característica que se torna mais aguda em situações de crises internas que expõem a fragilidade dos mecanismos e instâncias de gestão públicas nesses espaços e à qual se soma a tendência de securitizar as agendas e os próprios espaços fronteiriços, como se observa no caso venezuelano. (...) Apesar do fechamento das fronteiras, uma eventual escalada de violência política refletir-se-á nestas regiões sob a forma pressões migratórias que colocarão em questão a capacidade, do governo venezuelano em particular, de sustentar a medida tomada sem emprego de violência e de coordenar níveis mínimos de assistência.

Ou seja, a motivação de migração ao Brasil não se deve a alguma espécie de abertura tácita, mas de uma necessidade viável aos demandantes, e uma situação que precisa ser vista pelos

demandados. E assim foi feito (em tese e letra). Diante da numerosa demanda, o governo brasileiro, segundo o CONARE (2017, p. 25) através do Conselho Nacional de Imigração, além promulgação da Lei de Migração,

aprovou a Resolução Normativa nº 126, de 02/03/2017, a qual dispõe sobre a concessão de residência temporária a nacional de país fronteiriço, com o objetivo de estabelecer políticas migratórias que garantam o respeito integral aos direitos humanos dos migrantes e seu pleno acesso à justiça, à educação e à saúde. A Resolução não é exclusiva para venezuelanos, mas permite que nacionais venezuelanos requeiram residência temporária no Brasil e, por isso, tem impacto no sistema de refúgio brasileiro, já que, apenas em 2016, 3.375 venezuelanos solicitarem refúgio no Brasil e, até aquele momento, havia um acúmulo de 4.477 solicitações de refúgio de venezuelanos no país.

Sim, notoriamente, a necessidade de tratar a situação da fronteira Venezuela-Brasil extrai-se do alarmante aumento do número de casos de solicitação de refúgio no país pela população venezuelana. Todavia, diagnosticar o problema não se mostra suficiente. É necessário analisar as necessidades específicas das pessoas envolvidas, para se alcançar resoluções efetivas e concretas. Nesse sentido tratar de uma determinada problemática decorrente do fenômeno do refúgio, na região e lapso temporal especificado, se mostra deveras salutar, no entanto a acolhida condicionada ao cobro de taxas (art. 32 da atual lei de migração) deixa dúvidas sobre a realidade de imigrantes em situação de refúgio no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar as causas da ocorrência das migrações à força serve para identificar as necessidades das pessoas que a utilizam como única saída para sobrevivência. Seja por desastres naturais, por guerras, questões econômicas, de gênero, ou etc., saber como

inserir essas pessoas socialmente é o fator determinante para a manutenção de seus direitos civis, políticos, sociais e econômicos.

Por isso, o fenômeno do refúgio deve ser notado como um alerta soando constantemente e sinalização a falência das políticas de governo voltadas à segregação da pessoa migrante. Na realidade da pessoa refugiada no Brasil, esse sinal carece de atenção dobrada, não só para mitigar os danos causados pelas lesões aos seus direitos, mas que se construa de modo coeso e concreto uma política de integração que ao menos enxergue e busque evitar a dupla vulnerabilidade dessas pessoas.

Todavia, o grande (e irracional) déficit de garantia de direitos, justificado na existência do vínculo jurídico da nacionalidade ou na eficácia da norma legal brasileira (lei de migração), fantasia o exercício integral da alteridade, e serve de indicativo de violências não só veladas como sistêmicas e estruturais. É, evidentemente, possível exercer a alteridade de maneira correta desde que se queira ter responsabilidade com o Outro.

Para isso, a população brasileira precisaria desapegar de seus medos irracionais e reconhecer que migrantes não são óbices para a precarização das estruturais estatais brasileiras, mas sim, frutos da falência da dinâmica econômica global em que o mundo capitalista e globalizado está inserido. Reconhecendo, então, a sistematização e institucionalização das violências que as pessoas refugiadas sofrem, poder-se-á ver que todos estão sujeitos à vulnerabilidade socioeconômica que culminou na busca ao refúgio, e, possivelmente promover a efetivação das normas de integração.

O que este trabalho consegue considerar, por final, é a urgência pelo desprendimento da desarrazoada ideia de que problemáticas estruturais serão resolvidas com planos políticos apresentados em candidaturas. Pois, a história comprova que, esses, logram êxito apenas em despertar e legitimar a cegueira moral da sociedade perante o 'outro', e catalisam a perpetuação de vulnerabilidades sociais capazes de transformar pessoas cidadãs em refugiadas.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966**. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Presidência da República: 1992.

_____. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados** – 1967. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967>. Acesso em: 04 de set. de 2018.

ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito Internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)**\José H. Fischel de Andrade – Rio de Janeiro: 1996.

BRASIL. **Refúgio em números 2010-2016**. Ministério da Justiça e Segurança Pública: Comitê Nacional pra Refugiados - CONARE, 2017.

_____. **Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997**. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Presidência da República: Diário Oficial da União, 1997.

_____. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Presidência da República: Diário Oficial da União, 2017.

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. **Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)**\Michel Foucault edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner – São Paulo: Martins Fontes, 2008. – Coleção tópicos.

FREIER, Luisa Feline; PARENT, Nicolas. Uma crise na migração sul-americana: as saídas venezuelanas testam a hospitalidade dos vizinhos. **Migration Policy Institute**, 2018.

Disponível em: <https://www.migrationpolicy.org/article/south-american-migration-crisis-venezuelan-outflows-test-neighbors-hospitality>. Acesso em: 05 de out de 2018.

IOM. **Monitoramento do Fluxo Migratório Venezuelano da Matriz de Monitoramento de Deslocamento**. Disponível em: <https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/DTM/MDH_OIM_DTM_Brasil_N1.pdf>. Acesso em: 20 de out de 2018.

MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. **REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, v. 22, n. 43, p. 85-98, nov 2014.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **A soberania frente à globalização**. Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização (substituída pela Revista de Direito Internacional), v. 2, n. 1, 2005.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. **Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças**. Rev. bras. estud. popul. vol.34 no.1 São Paulo Jan./Apr. 2017.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid, Universidad Carlos III: 1995.

VAZ, Alcides. **A crise venezuelana como fator de instabilidade regional: Perspectivas sobre seu transbordamento nos espaços fronteiriços**. Análise Estratégica, n.2, 2017.

TOLEDO, Cláudia. **Mínimo Existencial – A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã**. In: MIRANDA, Jorge et al. (org.). Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 821-834.

WEJSA, Shari; LESSER, Jeffrey. Migração no Brasil: a construção de uma sociedade multicultural. **Migration Policy Institute**, 2018. Disponível em:

<<https://www.migrationpolicy.org/article/migration-brazil-making-multicultural-society>>. Acesso em: 05 de out de 2018.

[63] Advogada, Doutoranda em Direito pela linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Sociedade Superior Estácio de Sá (RJ); Mestre em Direito pela PUC (PR), do Programa de Direito Econômico e Socioambiental; Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe; Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (SE); Presidente da Comissão dos Direitos da Criança e do Adolescente da OAB/SE; Presidente Estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SE); Professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE) e da Faculdade Pio Décimo e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE). Email: aglelis@infonet.com.br

[64] Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Email: jullyannyo@gmail.com

[65] Oliveira (2005, 104-105) diferencia que “entendem que não é a população, mas o povo que constitui o elemento humano do Estado. Alguns estabelecem a soberania como poder peculiar do Estados, pois existem sociedades formadas por território, povo e governo, mas não se constituem em Estados por faltar a soberania. (...) Neste momento, é indispensável estabelecer a divergência entre população e povo. O primeiro significa um conjunto de pessoas instaladas de modo permanente em um território, sejam elas nacionais ou estrangeiras residentes no Estado. Para Pellet, “população é entendida, sobretudo, como a massa dos indivíduos ligados de maneira estável ao Estado por um vínculo jurídico, o vínculo da nacionalidade”.

[66] O processo de positivação das normas, como ensina PECES-BARBA (1995), vem acompanhado e processo de generalização, internacionalização e especificação. Sem a positivação, os direitos não são completados, são apenas ideais morais, valores que não são concretos até que não enraízam na realidade, e façam sentido como moralidade crítica de ser direito positivo. Se essa possibilidade não existe, não se pode falar sobre direitos fundamentais. A generalização consiste no ajuste progressivo, embora nunca definitivo, entre afirmações de que os direitos são naturais, que correspondem a todos os seres humanos (PECES-BARBA, 1995). Tal constituição os atribui o caráter transcendente à sua própria origem histórica, é a instância que torna normas válidas para servir à realização da autonomia moral, como mais alta expressão da dignidade humana – pois a compreende como genuinamente (a depender da teoria) intrínseco ao ser humano.

[67] O Costume internacional é conceituado pelo art. 38 (1) (b) do Estatuto da Corte de Justiça (BRASIL, 2005) como uma “prática geral aceita como sendo o direito” que só prevalece sobre o ordenamento jurídico interno, quando a Constituição do Estado o aceita e na medida em que o aceita.

[68] Vide Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. (BRASIL, 1992).

[69] Para Toledo (2016, p. 06), “o ponto de maior destaque da decisão no sentido da construção conceitual do mínimo existencial foi a delimitação da noção de reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) como elemento essencial àquele conceito”. Chegou-se à conceituação da tese ao contrapor o interesse individual com as reservas econômicas do estado disponível ao custeio daquele determinado interesse, sob o olhar do interesse coletivo e o “razoavelmente exigível”.

O DIREITO TRANSNACIONAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Carla Piffer⁷⁰

INTRODUÇÃO

Este escrito pretende discorrer sobre o direito transnacional e a possibilidade de consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. Para atingir tal objetivo, inicialmente são tecidas considerações acerca da transnacionalidade como fenômeno caracterizador da sociedade mundial.

Parte-se do pressuposto de que a perspectiva transnacional não possui somente uma pretensão descritiva, mas também jurídica. Ao analisar a transnacionalidade, pretende-se apresentar as mudanças ocorridas nas formas de compreender as ocorrências atuais e, para tanto, adota-se o fenômeno transnacional como ponto de partida para análise da sua dimensão jurídica; e, a partir deste, são apresentados questionamentos acerca das clássicas teorias monistas e dualistas, a fim de evidenciar que as complexas redes de relações jurídicas que operam na esfera transnacional não mais se amoldam às incipientes teorias jurídicas que justificam o monismo e o dualismo

A infinidade de atores envolvidos – estatais ou não-estatais -, e as relações mútuas entre ordens jurídicas em um constante processo de integração e coordenação nos dão conta de que as atuais soluções jurídicas limitadas e rudimentares necessitam de uma nova forma.

Por estas razões, vislumbra-se a possibilidade da formação de um pluralismo jurídico transnacional a partir do direito

transnacional, que em muito se difere do pluralismo jurídico clássico.

A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

TRANSNACIONALIDADE: NOVAS LENTES PARA A COMPREENSÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL

Como já afirmava Beck, a sociedade mundial tomou uma nova forma no curso da globalização, relativizando e interferindo na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de relações conectadas entre si cruza as fronteiras territoriais estatais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência⁷¹.

Segue o autor afirmando que já vivemos há tempos em uma sociedade mundial, palco onde se entrecrocaram as diversas formas econômicas, culturais e políticas, etudo aquilo que parecia ser evidente, carece de uma nova legitimação, notadamente no plano jurídico. Assim, esta sociedade mundial significa o conjunto de relações sociais “não integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela”⁷².

Portanto, mostra-se indiscutível a evidente interdependência entre os Estados bem como entre as mais variadas sociedades. Também não pairam dúvidas de que todos vivenciam uma considerável intensificação das inter-relações entre pessoas facilitadas pela redução do binômio espaço-tempo, pois a sociedade mundial não cabe em um único Estado, e portanto, a política deste se mostra desnecessária e ineficaz⁷³.

Todas estas características simplesmente demonstram que a sociedade mundial e sua relação com os Estados não possuem um viés estritamente objetivo. Inicialmente, porque conduz à necessidade e possibilidade da emergência de um “Estado mundial”⁷⁴ que, por possuir esta característica múltipla aceitaria e legitimaria a coexistência das mais variadas relações sociais e

culturas em um local livre, ou seja, não restrito à figura de um único Estado nacional. Em segundo lugar, ante à inadequação e impossibilidade de manutenção de um modo de ser único e de um estereótipo homogêneo, que deixou de ser, há tempos, a identificação de um Estado ou das pessoas que nele vivem. Ora, a sociedade mundial designa diversidade e diferença pelo simples fato de ser um emaranhado de relações cada vez mais interconectadas e influenciadas pela globalização.

Aqui se evidencia a ideia de Wallerstein, no sentido da possibilidade de localizar um sistema-mundo em áreas muito restritas⁷⁵. Devido às mudanças e transformações vivenciadas pelas sociedades e pelos Estados torna-se totalmente possível presenciar e vivenciar a existência de vários sistemas-mundo dentro de um único Estado que, por vezes coincidem com a figura nacional e por vezes não, ou seja: tal Estado é composto, singelamente, por diferenças, diversidades e variedades que não são as responsáveis diretas pela sua crise nem mesmo pelos problemas que afetam o seu mal-estar contemporâneo.

“Em linhas gerais, não é mais possível entender tais conceitos em suas versões clássicas, se é que ainda são conceitos operacionais para descrever esta experiência institucional”⁷⁶. Isso porque o Estado foi, e continuará sendo, fortemente afetado pelo fenômeno da transnacionalidade, ante a verificação da intensificação de relações ditadas pela globalização e suas dimensões. Consequentemente, novas relações de poder e de concorrência são constatadas e novos fatores de incompatibilidade entre os atores sociais e as unidades estatais passaram a ser colocados à prova a cada dia, fazendo com que o direito também se adeque aos novos acontecimentos, pois o direito é um fato ou fenômeno social; não existe se não na sociedade e não pode ser concebido fora dela⁷⁷.

Ainda em 1956 Jessup⁷⁸, em seu compilado de ideias denominado *Transnational Law*, analisou os problemas da então comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcançava a sociedade de Estados, por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais

complexos e que a expressão direito internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava.

É de se ressaltar que a transnacionalidade não pode ser confundida com a globalização, mas também desta não pode ser dissociada. Trata-se de fenômenos interligados em que a primeira nasce no contexto da segunda. Acertada é a exposição de Baumann ao entender que “Con transnazionalismo entendiamo tutti i vincoli che attraversano i confini dello stato-nazione; con globalizzazione vogliamo significare che il mondo si è trasformato in un [...] ‘villaggio globale’ – o forse una città globale con quartieri molto differenti”⁷⁹. Significa, portanto, que a transnacionalidade emerge da limitação da internacionalização⁸⁰ e é verificada a partir da efetivação da globalização.

Para Arnaud, falar de globalização é mais do que simplesmente falar de internacionalização. A realidade que se passa com a nação nesse processo de intercâmbios pode ser chamada de transnacionalização, embora essas diferenciações possam ser tênues⁸¹.

Deste modo, a transnacionalidade é concebida como “aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado”⁸². Além disso, outras características são evidenciadas ao analisar tal fenômeno.

A primeira delas seria o conjunto de transformações relativas aos espaços territoriais nacionais que antes eram pensados isoladamente, ou em conjunto com outros somente internacionalmente. Tradicionalmente, o direito internacional fundava-se no princípio da territorialidade, e o respeito a esse princípio era, em regra, suficiente para assegurar um funcionamento satisfatório das relações internacionais⁸³. Hoje, porém, as relações transfronteiriças exigem grau maior de sofisticação do direito, e se apresentam como manifestações da transnacionalidade, podendo-se citar como exemplos os crimes

transnacionais, o direito desportivo, o direito ambiental e a sustentabilidade, as corporações transnacionais, as migrações transnacionais etc⁸⁴.

As alterações propiciadas pela globalização também deram origem a novas situações, antes não vivenciadas nem pensadas devido à sua abrangência e característica de novo, atualmente circundadas por articulações que diferem do espaço real e não mais atendem a espaços territoriais pré-definidos. Segundo Arnaud⁸⁵, a globalização, por assim dizer, é uma tomada de consciência de que muitos problemas nesse fim de século, não podem ser mais tratados através da simples referência aos Estados sem uma referência aos vínculos que passaram a unir as diferentes partes do globo terrestre.

Eis a razão pela qual a transnacionalidade atravessa diferentes níveis de integração, tornando difícil relacioná-la a algum território circunscrito. Esta é a característica da desterritorialização citada por Stelzer⁸⁶ sob o argumento de que “O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado”⁸⁷, flutuando sobre os Estados e fronteiras.

Ambrosini⁸⁸ menciona que a transnacionalidade pode ser verificada a partir da implementação das premissas de facilitação dos transportes e da comunicação, da alteração do pertencimento a determinado grupo social ou político – ou seja, a partir dos eventos produzidos pela globalização – em que se tornou possível a vivência de uma vida dupla para muitas pessoas: por meio de contatos que atravessam e permeiam as fronteiras nacionais, que desconhecem nacionalidades ou normas pré-definidas e pugnam por um reconhecimento até então não pensado.

Por esta razão, os acontecimentos de hoje são transnacionais porque ocorrem de forma recorrente para além das fronteiras nacionais e requerem um compromisso regular e significativo de todos os participantes. Ferrajoli⁸⁹ entende que a globalização é responsável pela crise do direito em um duplo sentido e a transnacionalidade apresenta-se como o sentido objetivo desta

crise, por afetar o Estado na sua esfera institucional e atribuir-lhe uma considerável falta de importância.

Assim, à medida que a globalização desenvolve sua dinâmica por meio das dimensões por ela criadas, cresce a necessidade dos envolvidos de se localizarem em novos cenários e de encontrarem maneiras de contrabalançar as novas tendências. Isto demonstra que a transnacionalidade possui ligação com a globalização e o sistema-mundo, mas a sua própria particularidade reside no fato de apontar para uma questão central: a relação entre territórios e os diferentes arranjos que orientam as maneiras como as pessoas representam pertencimento a unidades socioculturais, políticas e econômicas. Isto é o que Ribeiro⁹⁰ denomina como modos de representar pertencimento a unidades socioculturais, político-econômicas.

Discorrer sobre a transnacionalidade impõe uma tarefa muitas vezes árdua ante a necessidade de modificar as clássicas concepções já consolidadas com vistas a destacar as relações transpassantes que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado⁹¹.

Seguindo esta ordem, Piffer⁹² apresenta alguns dos principais traços característicos do fenômeno da transnacionalidade: 1) As ocorrências transnacionais tendem a se apresentar como relações horizontais, pois horizontal é a linha que conecta e estabelece relações de todos com todos, rasgando as fronteiras nacionais e estabelecendo ligações por onde passa, não possuindo um único ponto de partida nem mesmo um ponto de chegada; 2) As relações hoje estabelecidas perderam o caráter de excepcionalidade ou ocasionalidade; o que antes não afetava o sentimento de pertencimento ou as coordenadas culturais e institucionais de um determinado grupo ou país hoje demonstra sua característica transnacional por ser uma necessidade de inter-relação incentivada de vários modos; 3) Diante da desterritorialização houve o rompimento – de fato – da unidade estatal, marcado por novas relações de poder e competitividade, gerando conflitos e jogos de

interesse sem origem definida; 4) Verifica-se o enfraquecimento dos sistemas de controle e proteção social diante das redes de legalidade estabelecidas, em que regras e normas parecem ser desafiadas por outras potenciais ou atuais, localizadas em território diversos e ditadas por corporações transnacionais sob os ditames da globalização; 5) Estabelecem-se redes de legalidades complementares ou antagônicas que são típicas das relações transnacionais e dão origem a constantes mutações ou transgressões das regras pré-estabelecidas, em que o Estado nacional atua como mero coadjuvante por meio do seu aparato estatal restrito às fronteiras nacionais ou a prévios acordos internacionais que possuem a característica de verticalidade e não horizontalidade.

Diante destas características, verifica-se que a transnacionalidade questiona a todo o momento a lógica e eficácia dos modos pré-existentes de controle e representação na esfera econômica, social, cultural, política e jurídica. E a sociedade mundial abordada no início deste estudo, não mais padece das balizas – povo, território e jurisdição – impostas pelas categorias estatais clássicas, atreladas às engessadas teorias monistas e dualistas.

A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA

São duas as teorias que regulam as relações entre o direito interno dos Estados e o direito internacional: a teoria monista e a teoria dualista.

A primeira prega que tanto o direito interno quanto o internacional, constituem o mesmo sistema jurídico, ou seja, que existe apenas uma única ordem jurídica que dá origem às normas internacionais e nacionais, tendo o reconhecimento mútuo nas duas esferas sem qualquer burocracia. Seguindo esta linha de pensamento, convém transcrever as palavras de Kelsen⁹³:

Se o Direito internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das duas formas expostas. O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supra-ordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre o Direito internacional e o Direito estadual representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional.

Por sua vez, o dualismo defende haver distinção entre o ordenamento jurídico interno e o internacional, sendo a ordem jurídica interna compreendida pela Constituição e demais normas específicas de cada Estado e reconhecidas no seu âmbito doméstico, enquanto a ordem internacional – regida por tratados, acordos e convenções – seria reconhecida apenas na esfera internacional coordenando as relações entre soberanos, devendo ser internalizada para ter validade jurídica no Estado signatário.

A este respeito, Kelsen entende que esta discussão teórica serve somente para demonstrar o afastamento de uma compreensão jurídica integradora, defendendo que:

Na medida em que fosse este o significado de uma teoria que crê ter de aceitar a existência de conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e considera o Direito internacional, não como Direito, mas apenas como uma espécie de Moral internacional, nada haveria a opor-lhe do ponto de vista da lógica. Mas a generalidade dos representantes da teoria dualista vê-se forçada a considerar o Direito internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com vigência simultânea que são independentes uma da outra nessa sua vigência e podem entrar em conflito uma com a outra. Esta doutrina é insustentável⁹⁴.

Aliado a esta discussão, outro percalço afeta as teorias ora apresentadas: a sua superação frente à emergência da perspectiva jurídica da transnacionalidade, aqui denominada como direito transnacional. Sanz⁹⁵ sugere que estamos diante de um colapso da teoria monista, o que nos obriga a revisar conceitos-chave das construções jus teóricas ainda em voga, e melhor sorte não socorre o dualismo.

Vale destacar que as reflexões acerca de um embrionário direito transnacional já vêm se desenvolvendo desde o século passado, quando, ainda em 1976, Vagts e Steiner passaram a refletir sobre problemas jurídicos no âmbito transnacional, por meio da obra intitulada *Transnational legal problems*⁹⁶. Os autores, à época, realizaram complexos estudos sobre direito internacional, conflito de leis no tempo e no espaço, direito comparado, jurisprudência e negócios e transações transnacionais, adotando o posicionamento de Jessup⁹⁷ para analisar tais situações.

Destaca-se para o fato de que nessa obra, os autores identificam as características e o alcance dos problemas jurídicos transnacionais nos sistemas jurídicos domésticos e internacionais, utilizando exemplos como a manutenção da paz e o controle da violência relacionados ao Vietnã, os conflitos existentes entre o Congresso e o Executivo dos Estados Unidos quanto às relações e aos acordos internacionais, e a discussão sobre os direitos humanos e sua abrangência transnacional⁹⁸. E conforme dito, tudo isso ainda na década de 1980.

Especificamente em 1986, Vagts⁹⁹ abordou a matéria na sua obra *Transnational Business Problems*, examinando os comportamentos dos atores envolvidos nas relações transnacionais, surgindo, neste momento, uma análise que vai além do direito, ao observar a forma como este próprio surge a partir das relações entre os sujeitos envolvidos.

Para o autor, seriam três os elementos caracterizadores do Direito Transnacional: 1) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; 2) assuntos que não comportam uma clara distinção

entre Direito Público e Privado; e 3) assuntos que comportam fontes abertas e flexíveis, como o *soft law*¹⁰⁰.

Há mais de uma década, Berman¹⁰¹ também expôs que a ênfase tradicional do direito internacional no Estado tem sido questionada há tempos, e o foco mais recente se volta ao direito transnacional, vez que redes governamentais e não-governamentais, influência judicial e cooperação transfronteiriça, ainda parecem insuficientes para descrever as complexidades do direito em uma era de globalização.

Desse modo, o direito transnacional, perquire uma dupla superação¹⁰².

Primeiramente da teoria monista, no que diz respeito às suas características estatal, quanto à suposição da autossuficiência das ordens jurídicas estatais e a negação de qualquer outra ordem jurídica, e internacionalista, cujo Estado entrega toda a legitimação do seu poder normativo ao direito internacional. Em ambas perspectivas, são totalmente subestimadas as complexas redes de relações jurídicas que operam na esfera transnacional.

E também quanto à superação do dualismo, pois a ideia de que a ordem interna e internacional devem ser construídas como ordens reciprocamente independentes, mostra-se inadequada ante o fato de que o direito transnacional dá sobremaneira atenção para as relações mútuas entre ordens jurídicas e atores variados, em um constante processo de integração e coordenação.

Significa, portanto, que as lentes do direito, tanto pela ótica monista quanto pela dualista, não são mais suficientes para observar as complexas redes de relações que se afetam mutuamente, nem mesmo para fornecer-lhes respostas adequadas. Para perquirir tal mudança, precisamos nos desprender da imagem dos Estados soberanos e independentes, pois a maioria das ordens jurídicas e não jurídicas que hoje coexistem comportam diversos tipos de relações que se integram e complementam, e não podem ser pressagiadas no campo teórico.

Nesse diapasão, o assunto que ora pretende-se abordar visa defender que o direito transnacional pode subsidiar as discussões e soluções jurídicas, vez que as teorias clássicas não mais “saciam a sede jurídica” da sociedade atual. Cabe ao direito transnacional, portanto, a árdua tarefa de reformular conceitos básicos da ciência jurídica com vistas a consolidar a formação de um pluralismo jurídico forte e demonstrar como nossas concepções tradicionais do direito devem ser repensadas frente à realidade transnacional contemporânea. Este será o assunto abordado na sequência.

A ORDEM JURÍDICA TRANSNACIONAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Partindo do pressuposto de que a conexão entre direito e território estatal há tempos sofre uma considerável transformação, é fato que os limites geográficos dos Estados e as regras formadoras do direito nacional e internacional não mais definem a máxima extensão de incidência das normas jurídicas. O Estado já não é mais o único ator, nem mesmo o mais importante a estabelecer ordens jurídicas.

Conforme salienta Teubner¹⁰³, a emergência de ordens supra e transnacionais, públicas e privadas, traz ao sistema jurídico elementos de complexidade fazendo com que os pressupostos já pacificados da modernidade devam ser necessariamente relidos. Enquanto a teoria jurídica continua focada nos sistemas jurídicos nacionais, a prática vai muito mais além, transpassando fronteiras e escrevendo sua história por linhas complexas de uma realidade jurídica que se desenvolve sem a presença da figura estatal.

Scott¹⁰⁴ ressalta que não há que se falar da exclusão desta figura, mas sim de categorias mutuamente inclusivas que se mesclam com um direito que não é nem nacional, nem internacional – um híbrido entre direito nacional e internacional, segundo Koh¹⁰⁵ -, nem público, nem privado, mas que pode ser nacional e internacional, público e também privado.

Como explicita Dolinger, “os doutrinadores, tanto os de direito internacional público quanto os de direito internacional privado, relacionam a questão do conflito entre fontes internas e internacionais às clássicas doutrinas do monismo e do dualismo, cada qual propondo uma solução diferente¹⁰⁶. No entanto,

La diversidad jurídica de nuestros días obliga a cada orden jurídico a afrontar la interacción y apertura a otras realidades jurídicas. Una aproximación transnacional, a diferencia del pluralismo jurídico fuerte, tiene la pretensión de evitar el aislamiento de cada orden jurídico respecto de la realidad jurídica circundante y favorecer un proceso de progresiva convergencia normativa que permita encauzar los conflictos sociales que traspasan las fronteras en procesos jurídicos¹⁰⁷.

Defende-se, portanto, a necessidade de superação de um pluralismo limitado à comparação e convergência entre sistemas jurídicos distintos. A principal característica diferenciadora do pluralismo jurídico (chamado pelo autor de pluralismo jurídico forte) e do direito transnacional, se refere à impossibilidade do primeiro realizar atos de convergência, coordenação e integração entre ordens jurídicas e não jurídicas. Para que a teoria do pluralismo jurídico possa ser utilizada em demandas transnacionais, deveria sofrer uma reformulação de suas bases, como explica Teubner¹⁰⁸. O autor demonstra que, em contraposição à visão de Kant (para o qual a globalização do direito só é possível por meio da codificação da política internacional), faz-se necessário fundamentar o pluralismo não mais em grupos e comunidades, mas, sim, em discursos e redes de comunicação.

As lentes pelas quais se deve enxergar o direito não seriam mais aquelas que refletem a existência de uma ordem única de atores soberanos, mas sim a de uma constelação de sistemas jurídicos inter-relacionados. Somente por meio da teoria do pluralismo jurídico transnacional torna-se possível conceber o direito transnacional¹⁰⁹. E este, por sua vez, muito além de

institucionalizar garantias de direitos reconhecidos formalmente, possui o atributo de fomentar instrumentos de aperfeiçoamento constante dos conteúdos materiais pensados em uma ordem plural, com uma visão que deriva de uma realidade em movimento e constante integração, fundada em uma reflexão crítica que afaste o que Tuori¹¹⁰ chama de pluralismo radical.

Além disso, existe uma pluralidade de normas que não necessariamente estão centralizadas¹¹¹, nem mesmo respeitam a determinada hierarquia, conforme estamos comumente acostumados. As relações entre regimes jurídicos diversos são muito variadas, podendo se convergir, cooperar, assimilar, subordinar, competir e integrar¹¹².

Chama-se atenção para o fato de que nessa nova consciência jurídica surgem novos atores, que se relacionam e se comunicam formando as referidas redes especializadas na esfera transnacional. Assim, os Estados-nação são forçados a se comportarem como coatores, sem divisão hierárquica de papéis.

Em um mundo sem soberania plena, os Estados são obrigados a se comportar como atores, entre os demais. O Estado, soberano (até certo ponto) no seu próprio território, perde toda a soberania (apesar do que diz o direito internacional público) assim que atravessa fronteiras e deve comprometer-se com outras forças¹¹³. Estas forças são de outros Estados, é claro, mas também de outros tipos de atores da sociedade do mundo, como as organizações internacionais e as organizações não-governamentais, ou empresas de transição e suas redes, além de outras formas de organização social que participam do fenômeno transnacional.

A aceitação da existência de um pluralismo jurídico transnacional se consolidou na esfera econômica, em que a realidade dos mercados mundiais impuseram uma nova ordem jurídica transnacional, sendo insustentável negar a força jurídica dessas novas regulamentações que coadunam com as reflexões de Teubner, no sentido de que aquilo que antes era um não direito, agora é um Direito sem o Estado, se apresentando como um direito mundial autônomo¹¹⁴. Isto porque a maioria das

transações comerciais hodiernas não se submetem às leis nacionais ou internacionais. Como afirma Arnaud¹¹⁵, na verdade as corporações pouco se preocupam com essas normas. Em tom de crítica, Beck complementa que as empresas transnacionais fazem parte de “Um capitalismo transnacional que não arrecada impostos e destrói postos de trabalho [...]”.

Para Zumbansen¹¹⁶, o direito transnacional engloba muito mais do que meramente transações transfronteiriças de direito privado envolvendo intervenientes não estatais e redes reguladoras. Em vez disso, ele abarca esses relacionamentos entre atores estatais e não-estatais através dos limites do Estado que ficam aquém de conduzir a actos jurídicos internacionais oficiais, tais como tratados ou convenções.

No entanto, os reflexos jurídicos das relações transnacionais não se cingem às questões econômicas. Contenciosos envolvendo direitos humanos, questões ambientais, atos de governança transnacional, organizações sociais transnacionais, relações trabalhistas, relações familiares, contratos públicos ou privados e tantas outras searas – jurídicas e não jurídicas – compõem o atual pluralismo jurídico transnacional. São elas que constroem e consolidam as constatações de uma sociedade em constante mutação.

Cabe portanto, aos operadores do direito, tomar consciência de que o direito transnacional precisa ser assimilado, estudado e discutido. Este é um débito que precisa ser quitado com a sociedade mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sociedade mundial, transnacionalidade, direito transnacional e pluralismo jurídico transnacional foram as principais categorias abordadas neste estudo. O intento principal foi o de demonstrar que a aceitação, e a consequente compreensão do direito transnacional, passa pela ruptura categórica com elementos clássicos da ciência jurídica.

A verificação da transnacionalidade como fenômeno e o direito transnacional como sua dimensão jurídica, ante a característica de ausência de subordinação a um espaço jurídico pré-estabelecido, se constitui como importante alicerce da consolidação de um pluralismo jurídico que muito se difere do pluralismo clássico: o pluralismo jurídico transnacional.

A diversidade jurídica que hoje se constata nos obriga a afrontar a convergência, coordenação e integração entre sistemas jurídicos e não jurídicos, afastando qualquer tentativa de manter as ordens jurídicas apartadas ante o argumento arcaico de centralização das decisões, ações e procedimentos, unicamente no Estado nacional.

Mais do que suplantar as teorias monistas e dualistas, mostra-se imprescindível afrontar qualquer tentativa de pluralismo adstrito a atos jurídicos de comparação e convergência. A teoria do direito transnacional permite, portanto, elevar o desafio que enfrentam fenômenos jurídicos que transcendem fronteiras do Estado, superando modelos categorizados em local, internacional, supranacional ou global, e enfatizando a interdependência entre eles.

REFERÊNCIAS

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009.

ARNAUD André-Jean. **O Direito entre Modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMANN, Gerd. **L'enigma multiculturale**. Bologna: Mulino, 2003.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BERMAN, Paul Schi, **From International Law to Law and Globalization**. University of Connecticut School of Law Articles

and Working Papers. Paper 23, 2005. p. 485. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/uconn_wps/23>. Acesso em: 01 mar 2019.

CRUZ, Paulo Márcio.; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In:CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017.

_____; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**. Itajaí: UNIVALI, 2018.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: EditoriLaterza, 2008.

FRYDMAN, Benoit. **A pragmatic approach to global law**. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

GUASTINI, Riccardo. **La sintaxis del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: LitteraMundi, 2001. Título original: Die postnationaleKonstellation: PolitischeEssays.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOH, Harold H. **Why transnational law matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752, 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 fev. 2019.

MANSILLA, Isabel Turégano. Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica. **Derecho PUCP**. n. 79, 2017. p. 223-265.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à Sociedade global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2019.

_____; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. p. 8-27, In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Reibeito; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Porto Velho: Emeron, 2018.

REALE, Miguel Reale. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Série antropologia, 1997. Disponível em:

<http://pt.scribd.com/doc/19503341/A-Transnacionalidade>.

Acesso em: 02 ago. 2018.

SANZ, Mario Ruiz. Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. **Derechos y libertades**, 32, 2015, p. 79-105. Doi: 10.14679/1003.

SCOTT, C. Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions. **German Law Journal**, 10(7), 859-876. DOI: 10.2139/ssrn.1488245.

STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold H. **Transnational Legal Problems: Materials and Text**. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: **FILOSOFIA do direito e direito econômico que diálogo?** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003.

_____. Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State. In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin. (Orgs.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010.

TUORI, K. Transnational Law. On Legal Hybrids and Perspectivism, p. 11-57. In: MADURO, M.; TUORI, K.; SANKARI, S. (Orgs.) **Transnational Law**. Rethinking European Law and Legal Thinking. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Comprendere Il mondo**. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006.

Zumbansen, Peer. **Transnational Law**. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 9/2008.

Disponível em:
<<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/181>>. Acesso em:
11 mar. 2019.

[70] Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia – Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI – Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado – PNPd da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

[71] BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18

[72] BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. p. 29.

[73] BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. p. 29-30.

[74] HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 74

[75] Para Wallerstein “Un sistema-mondo non è il sistema del mondo, ma un sistema che è un mondo e che può essere e molto spesso è stato, localizzato in un’area che non copre l’intera superficie del globo”. WALLERSTEIN, Immanuel. Compreendere Il mondo. Introdução all’analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006. p. 143.

[76] MORAIS, Jose Luis Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12.

[77] REALE, Miguel Reale. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[78] Para Jessup, o Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais. A citação de Jessup serve mais como ponto de reflexão, pois o que ele verificando era o início da globalização e consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Moderno. JESSUP, Philip C. Direito transnacional. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956.

[79] “BAUMANN, Gerd. L’enigmamulticulturale. Bologna: Mulino, 2003. p. 160.

[80] [...] a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *lócus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados. Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante, que já não se encaixa nas velhas categorias modernas. CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

[81] ARNAUD André-Jean. O Direito entre Modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

[82] STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). Direito e Transnacionalidade. p. 24-25.

[83] MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à Sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 345.

[84] A este respeito, sugere-se a leitura de: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. p. 8-27, In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Reibeito; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018.

[85] ARNAUD André-Jean. O Direito entre Modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. p. 13.

[86] STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). Direito e Transnacionalidade. p. 25.

[87] STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). Direito e Transnacionalidade. p. 25.

[88] AMBROSINI, Maurizio. Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 11-38.

[89] Segundo o autor, “Il tratto caratteristico di quella che chiamiamo ‘globalizzazione’ è dunque la crisi del diritto in duplice senso, l’uno oggettivo e istituzionale, l’altro, per così dire soggettivo e Culturale: a) come crescente incapacità regolativa del diritto, che si esprime nelle sue vistose e incontrollate violazioni da parti di tutti i poteri, pubblici e privati, nel vuoto di regole idonee a disciplinarne le nuove dimensioni transnazionali; b) come squalificazione, insofferenza e rifiuto del diritto, che si esprime nell’idea che i supremi poteri politici, magari perchè legittimati democraticamente, non siano sottoposti a regole, né di diritto internazionale né di diritto costituzionale, e che parimenti il mercato non possa, ma debba fare a meno di regole e limiti, considerati come inutili impacci alle sua capacità di autoregolazione e di promozione dello sviluppo”. FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008. p. 353.

[90] RIBEIRO, Gustavo Lins. A condição da transnacionalidade. Série antropologia, 1997. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/19503341/A-Transnacionalidade>>. Acesso em: 02 ago. 2018.

- [91] CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais, p. 126. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). Direito, Democracia e Constitucionalismo. Itajaí: UNIVALI, 2018.
- [92] PIFFER, Carla. Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2019.
- [93] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 233.
- [94] KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. p. 231.
- [95] SANZ, Mario Ruiz. Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. *Derechos y libertades*, 32, 2015, p. 79-105. Doi: 10.14679/1003. p. 99.
- [96] STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold H. *Transnational Legal Problems: Materials and Text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.
- [97] Philip Jessup foi o pioneiro a escrever acerca da transnacionalidade e sua dimensão jurídica. Ao vivenciar um momento histórico de aprimoramento e intensificação das relações entre Estados, Jessup externava a dificuldade que envolvia a análise dos problemas da comunidade mundial e do direito que a regulava, ante a inexistência de uma expressão apropriada para designar as normas em questão, vez que o Direito Internacional não se mostraria apropriado para tal. Por essa razão, o autor passou a usar a expressão Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais, vez que, para ele, as situações transnacionais poderiam envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados ou qualquer outros grupos. JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956. p. 11.

[98] Vagts, no ano de 1986, continuou a abordar a temática em sua obra intitulada *Transnational business problems*, na qual expõe os três elementos que caracterizam o direito transnacional: os assuntos que transcendem fronteiras nacionais; os assuntos que não comportam uma clara distinção entre direito público e direito privado; e os assuntos mencionados no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça, além de outros que possuam fontes abertas e flexíveis, como seria o caso do *soft law*.

[99] VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

[100] CRUZ, Paulo Marcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017. p. 53.

[101] BERMAN, Paul Schiff, *From International Law to Law and Globalization*. University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers. Paper 23, 2005. p. 485. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/uconn_wps/23>. Acesso em: 01 mar 2019.

[102] GUASTINI, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 329.

[103] TEUBNER, Gunther. *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State*. In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin. (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 331-332.

[104] SCOTT, C. *Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions*. *German Law Journal*, 10(7), 859-876. DOI: 10.2139/ssrn.1488245. p. 873.

[105] KOH, Harold H. *Why transnational law matters*. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752, 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 fev. 2019.

[106] DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 102:

[107] MANSILLA, Isabel Turégano. *Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica*. *Derecho PUCP*. n. 79, 2017. p. 223-265. p. 225.

- [108] TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003. p. 17.
- [109] FRYDMAN, Benoit. A pragmatic approach to global law. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 13 jan. 2019. p. 04.
- [110] TUORI, K. Transnational Law. On Legal Hybrids and Perspectivism, p. 11-57. In: MADURO, M.; TUORI, K.; SANKARI, S. (Orgs) *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 41
- [111] Como exemplo, cita-se a *lex mercatória*. Para Teubner ela rompe com dois tabus: o primeiro de que sua afirmação só se dá através de disposições jusprivatistas (contratos e fusões); e o segundo, reivindicando validade entre os Estados-nações e até além das relações “inter-nacionais”, formando-se espontaneamente no plano transnacional, sem a autoridade do Estado, sem a sua capacidade de impor sanções, sem o seu controle político e sem a legitimidade de um processo democrático. TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003. p. 17.
- [112] MANSILLA, Isabel Turégano. Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica. *Derecho PUCP*. n. 79, 2017. p. 223-265. p. 232.
- [113] FRYDMAN, Benoit. A pragmatic approach to global law. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 13 jan. 2019. p. 06.
- [114] TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: *FILOSOFIA do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 343
- [115] ARNAUD André-Jean. O Direito entre Modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado. p. 22-27.
- [116] Zumbansen, Peer. Transnational Law. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 9/2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/181>>. Acesso em: 11 mar. 2019. p.739.

ORDEM JURÍDICA

APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA EM CASO DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHER TRANSGÊNERO

Luís Irajá Nogueira de Sá Júnior¹¹⁷

1 INTRODUÇÃO

É inegável que a Lei Maria da Penha é resultado de uma luta heróica pela busca da efetividade do princípio da isonomia, sendo certo que confere maior proteção às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. A nova lei implanta métodos mais céleres e eficazes na tutela dessas mulheres.

Será que o alcance da expressão “mulher” estampada na nova legislação alcança também a mulher transgênero como vítima de violência doméstica?

Durante muito tempo a doutrina e a jurisprudência divergiram no posicionamento do tema. Para uns, “mulher” seria apenas aquelas pessoas que possuem sexo biológico feminino ou que sejam registradas como do sexo feminino em seus assentos civis. Para outros, mais conectados com a realidade social do país, a expressão “mulher” deveria ser entendida como toda pessoa que se identifique como do sexo feminino, ainda que seu sexo biológico seja outro, mesmo sem a devida alteração registral.

Vale ressaltar que o indivíduo transgênero é considerado do sexo feminino, mesmo porque, psicologicamente, já se considera mulher.

Demonstrar os avanços conquistados pela Lei Maria da Penha, em especial à tutela da dignidade humana e a aplicabilidade da referida lei nos casos em que a mulher transgênero seja vítima de

violência doméstica e familiar, valendo-se de todo arcabouço jurídico, é o foco deste estudo.

2. IDENTIDADE DE GÊNERO

Para a medicina não há relação entre a transexualidade e a orientação sexual, por não se tratar de uma escolha do indivíduo. Sendo assim, ser transexual ou transgênero é puramente uma questão de identidade.

Qual a diferença entre transexual e transgênero?

Para Tereza Rodrigues Vieira, a pessoa transexual é alguém que se identifica psíquica e socialmente com o gênero oposto ao que lhe fora imputado na Certidão de Nascimento. Existe uma rejeição de seus órgãos sexuais externos, dos quais, em geral, deseja se livrar. A convicção de pertencer ao gênero oposto ao que lhe fora imputado é uma ideia fixa que preenche sua consciência, impulsionando-a a tentar conciliar seu corpo à sua mente. Assim, segundo uma concepção moderna, existe a mulher trans (nascida biologicamente homem, mas sente-se mulher) e o homem trans (nascido biologicamente mulher, mas sente-se homem). (VIEIRA, 2012).

E continua Vieira (2012, p. 158), a pessoa transexual possui o desejo de viver e ser aceita enquanto pessoa do gênero oposto. Em geral, é acompanhada de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação ao sexo anatômico, manifestando desejo de submeter-se a intervenção cirúrgica e/ou a hormonização, com o intuito de adequar seu corpo ao sexo (gênero) almejado.

O transgênero possui uma identidade de gênero que é diferente do sexo que lhes foi designado no momento do seu nascimento. Não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transgênero. Nem esse procedimento cirúrgico constitui requisito para o livre exercício, pelo transgênero, desse expressivo direito de personalidade, ensina Maria Berenice Dias. (DIAS, 2018).

Portanto, o transexual sente que sua anatomia não corresponde a sua identidade e tem um forte desejo de modificar o corpo, através da terapia hormonal e da cirurgia de redesignação sexual. Enquanto que o transgênero quer poder se expressar como o sexo oposto (usando roupas, por exemplo), mas não tem necessidade de modificar sua anatomia corporal.

Todavia, no entendimento de alguns juristas conservadores, para ter direitos assegurados socialmente, estes indivíduos trans deveriam se submeter à cirurgia de transgenitalização e, após, regularizar a situação civil através de ação judicial de retificação de registro civil de nascimento ou casamento.

A interpretação acima acompanha o reflexo da legislação até então existente que trata os indivíduos trans como pessoas doentes e, por isso, dependentes de tratamento médico, intervenção cirúrgica e intervenção judicial para obter direitos que já lhes são intrínsecos, posto que fazem parte da sua personalidade. Nesse contexto, entendem os juristas que fazem parte desta corrente doutrinária, que a identidade da pessoa está na genitália. Tal entendimento, frise-se, decorre da própria trajetória do indivíduo trans no Brasil.

A história mostra que sempre foi possível a identificação da transexualidade, mas foi na década de 50, no século passado, onde ocorreram as primeiras experiências com intervenções cirúrgicas para a mudança de sexo por meio da retirada do pênis, que apareceu o conceito de transexualismo. O médico norte-americano, Harry Benjamin, definiu transexualismo como um distúrbio relativo à identidade sexual, por meio de casos onde pacientes eram submetidos ao tratamento clínico, com posterior intervenção cirúrgica, tendo como fim a transformação da aparência sexual, fundada na convivência do sujeito em pertencer ao outro sexo. (SÁ JÚNIOR, 2006).

Em linhas gerais, pode-se afirmar que transexualidade ou disforia de gênero, segundo a atual legislação, é uma incompatibilidade entre o sexo anatômico de um indivíduo e a sua identidade de gênero. E o gênero é o que o indivíduo se torna

socialmente, em termos de homem ou mulher. A identidade de gênero é a inabalável convicção interna de masculinidade ou feminilidade. Logo, o papel do gênero é o estereótipo cultural do que é masculino ou feminino. Portanto, ocorrem desordens de identidade de gênero quando existe uma discordância entre o sexo biológico e a sua identidade de gênero, dentre as quais se enquadra o transexualismo. (ATHAYDE, 2014).

O Manual de Desordens Mentais (DSM-IV), na década de 90, alterou a expressão Transexualismo, utilizada pelo manual anterior, para Transtorno de Identidade de Gênero, que encontra referência na Classificação Internacional de Doenças (CID-10). A alteração serviu como forma de delimitar o fato de a transexualidade ser considerada um estado psicológico em que a identidade de gênero está em descompasso com o sexo biológico. A definição de transexualismo como um transtorno possibilita a efetivação da cirurgia de transgenitalização como meio de tratamento e não como forma de escolha do indivíduo ou como cirurgia estética. A realização da cirurgia de transgenitalização em pacientes transexuais é permitida no Brasil, por possuir caráter terapêutico, conforme prevê a Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina. (BRASIL, 2018).

Porém, a moderna interpretação em relação aos direitos assegurados à pessoa transgênero reconhece que a identidade não é uma questão patológica. Entendem os estudiosos que o indivíduo trans não deseja a ambiguidade, mas sim a identidade.

Os mesmos estudiosos reconhecem que é extremamente importante a vida integral e exterior da forma como a pessoa é por dentro. Por conseguinte, o que de fato determina a identidade de gênero é o modo como a pessoa se identifica, sua conduta social, e não apenas um procedimento cirúrgico ou o registro civil.

Nessa nova visão, representada por juristas empenhados em proteger a igualdade e a dignidade humana, é notório o entendimento de que se caminha para a desmedicalização da transexualidade.

Beneficia as pessoas trans a nova classificação da Organização Mundial de Saúde.

2.1 Reclassificação da Transexualidade – CID-11

A transexualidade vai mudar de classificação na lista oficial de doenças da Organização Mundial de Saúde (OMS). Ela deixará de constar da lista de doenças mentais e passará a ser tratada como **incongruência de gênero** na nova versão da classificação Internacional de Doenças, a CID-11, dentro da categoria de condições relativas à **saúde sexual**. A nova CID entrará em vigor em 2022, após cumpridas as formalidades legais.

A incongruência de gênero é caracterizada pela incompatibilidade marcada e persistente entre o gênero vivido por uma pessoa e o gênero atribuído a ela.

Deixar de pertencer à categoria de **doença mental** e integrar a categoria de **condições relativas à saúde sexual** é um grande avanço contra o preconceito e a discriminação aos indivíduos transgênero. Todavia, de acordo com a OMS, a transexualidade continua na lista de doenças porque “embora sejam claras as evidências de que não é um transtorno mental, e de fato, classificá-lo assim pode causar enorme estigma para as pessoas transgênero, ainda permanecem necessidades significativas de cuidados de saúde que podem ser melhor atendidas se a condição for codificada na CID”. (GAZETA DO POVO, 2018).

Sem o famigerado estigma (doença mental), livres do preconceito e da discriminação, e, com o apoio da nova interpretação dada pela Suprema Corte e pelo CNJ, a mulher transgênero poderá realizar o sonho de retificar a certidão de nascimento ou casamento.

2.2 Registro Civil do Transgênero e o Novo Posicionamento do CNJ

Em decisão unânime na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4275-DF, o Supremo Tribunal Federal autorizou os transexuais e transgêneros a retificar o Registro Civil de Nascimento com o nome e gênero pelos quais realmente se identificam, sem laudos psiquiátricos, sem cirurgia de transgenitalização e sem mandado judicial. Para tanto, basta se dirigir ao cartório onde foram registrados e solicitar a alteração do documento, a partir do qual todos os outros (RG, CPF, título de eleitor, etc.) podem ser retificados. Cabe ao Estado apenas o papel de **reconhecer a identidade de Gênero**, nunca de constituí-la. **A pessoa não deve provar o que é**, afirma o Ministro Relator. (DIÁRIO DO NORDESTE, 2018).

A legislação internacional de direitos humanos, em especial o Pacto de San José da Costa Rica, que norteou a decisão da Suprema Corte, impõe o respeito ao direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade, bem como o respeito à Lei de Registros Públicos.

Todavia, a decisão criou celeuma entre os cartorários de todo país que solicitaram ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ a normatização dos procedimentos.

Através do provimento nº 73, de 29 de junho de 2018, o CNJ regulamentou a alteração das certidões sem a obrigatoriedade da comprovação da cirurgia de mudança de sexo nem de decisão judicial. Segundo o normativo, toda pessoa maior de 18 anos, habilitada à prática dos atos da vida civil, poderá requerer a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los à identidade autopercebida. (CNJ, 2018).

A reflexão acerca do assunto gera uma dúvida: A Lei Maria da Penha inclui no rol de proteção se a vítima for mulher transgênero?

3 LEI MARIA DA PENHA – AVANÇOS E CONQUISTAS

Foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) quem deu o pontapé inicial na proteção conferida às mulheres. A Convenção afirma, expressamente, que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Em seu artigo 1º, mencionando a definição de violência contra a mulher, assevera tratar-se de “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ, 1994).

No Brasil, o caso envolvendo Maria da Penha Fernandes Maia foi determinante para o avanço legislativo, que culminou com a edição da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha. (BRASIL, 2018).

Maria da Penha foi vítima de duas tentativas de homicídio, além de diversas formas de agressão, levadas a efeito por seu companheiro, em âmbito doméstico, no Estado do Ceará, em 1983. Todas as agressões cometidas por seu companheiro levaram-na à paraplegia com apenas 38 anos de idade.

O acusado foi condenado pela Justiça local, mas permanecia em liberdade, valendo-se das inúmeras possibilidades de recursos disponíveis no ordenamento jurídico nacional. A morosidade do sistema jurisdicional brasileiro fez com que o caso fosse encaminhado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que condenou o Estado brasileiro pela omissão e pela negligência em relação aos fatos. A condenação foi fundamentada na violação, pelo Estado brasileiro, de normas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Convenção de Belém do Pará. A decisão da comissão trouxe algumas recomendações para o Estado brasileiro, o que resultou na edição da Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha. (OEA, 2001).

Os avanços conquistados com a Lei são incontáveis, a saber: a tipificação do crime e a definição do que seria violência doméstica

e familiar contra a mulher; o estabelecimento de formas de violência contra a mulher como física, psicológica, sexual, patrimonial e moral; a determinação de que a violência doméstica contra a mulher **independe de sua orientação sexual**; dentre muitas outras.

Merece destaque, também, as conquistas obtidas na fase investigatória. Nesse aspecto, o legislador abriu capítulo específico para o atendimento pela autoridade policial para os casos de violência doméstica contra a mulher, isto é, a apreensão em flagrante delito pela autoridade policial, hoje é uma realidade, independentemente da forma de violência praticada pelo agente; a autoridade responsável pelo inquérito poderá requerer ao juiz sejam concedidas diversas medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência e solicitar, ainda, a **decretação de prisão preventiva** com base no que dispõe o Código de Processo Penal.

Inegável a ampla proteção dada pela lei à mulher. Mas, será que a lei também ampara a mulher transgênero?

Sobre a aplicação da referida lei à mulher transgênero, Maria Berenice Dias afirma que há a exigência de uma qualidade especial: **ser mulher**. Assim, lésbicas, transexuais, travestis e transgêneros que tenham identidade social com o sexo feminino estão sob a égide da Lei Maria da Penha. A agressão contra elas no âmbito familiar constitui violência doméstica. Descabe deixar à margem da proteção legal aqueles que se reconhecem como mulher. (DIAS, 2018)

Para Tereza Rodrigues Vieira, a lei em nenhum momento fala em identidade de gênero, mas deixa claro em seus artigos 5º e 8º (BRASIL, 2017) o uso da expressão gênero, o que pode ser atribuído à pessoa trans, que ainda não teve sua modificação no registro, pois aquela que já o fez não tem essa necessidade, visto que, a mesma já está protegida pela lei, que usa a expressão “mulher”. Assim sendo, pode-se inferir que a aplicabilidade da Lei Maria da Penha se dá em pé de igualdade aos integrantes do

quadro familiar, desde que atendendo aos requisitos previstos na lei. (VIEIRA; GOMES, 2017).

Do exposto, é possível inferir que na aplicação da Lei Maria da Penha, quando a vítima for mulher transgênero, basta comprovar ao magistrado a **convivência íntima**, a **motivação de gênero** e a **posição de vulnerabilidade** da vítima perante seu agressor.

Se o crime for de feminicídio, será que a mulher transgênero é beneficiada por essa nova regra?

3.1 Feminicídio – Crime de Ódio Baseado no Gênero

O feminicídio está associado ao assassinato de mulheres com requintes de crueldade e ódio, numa sociedade marcada pela desigualdade de poder entre os gêneros masculino e feminino e por construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias. A mulher sempre foi tratada como uma coisa que o homem podia usar, gozar e dispor. (RODRIGUES, 2018).

A Lei nº 13.104/15 (BRASIL, 2018) que criou um novo tipo penal, o chamado feminicídio, acrescentado na forma de inciso ao artigo 121 do CP, se apresenta como qualificadora do crime de homicídio.

Muito embora o Código Penal (BRASIL, 2018) tipifique o crime de feminicídio e, assevere que tal crime, é praticado contra a mulher por razões da condição de “sexo feminino”, aparentemente, exclui a mulher transgênero. Todavia, se no fato concreto estiver presente todos os requisitos exigidos pela Lei Maria da Penha, principalmente, a posição de vulnerabilidade da vítima perante seu agressor, a proteção será concedida, não importando se a vítima é transexual ou transgênero.

Qual o posicionamento dos Tribunais de Justiça do país? Será que a Lei Maria da Penha é aplicada quando a vítima for mulher transgênero?

4. JURISPRUDÊNCIA E INTERPRETAÇÃO DA LEI

No respeitante a violência de gênero, a jurisprudência tem firmado posicionamento no sentido de possibilitar a aplicação da Lei Maria da Penha ao caso concreto, seja a vítima lésbica, transexual, travesti ou transgênero, desde que tenham identidade social com o sexo feminino, ou seja, que se identifica socialmente como mulher.

4.1 Mulher Transgênero: Proteção Confirmada pela Lei Maria da Penha

Em maio de 2018 o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) determinou a proteção de mulher transexual pela Lei Maria da Penha. A decisão acata o recurso interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT) para determinar que, nestes casos, o procedimento que investiga crimes de ameaça e lesões corporais deve tramitar no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Eis o caso:

Raquel, uma mulher transexual, era agredida pelo ex-companheiro. Na denúncia consta que o homem sempre foi ciumento e a agredia física e moralmente, além de se recusar a sair de casa após o fim do relacionamento. O juiz de primeira instância não havia considerado a hipótese de amparar a vítima pela Lei Maria da Penha e, por isso apenas deferiu medidas cautelares de afastamento do lar e proibição de aproximação e contato, determinando a redistribuição do processo para uma Vara Criminal. No entanto, os desembargadores derrubaram este entendimento, sob o argumento de que “uma vez que se apresenta dessa forma (como mulher), a vítima também carrega consigo todos os estereótipos de vulnerabilidade e sujeição voltados ao gênero feminino, combatidos pela Lei Maria da Penha”. (CORREIO BRASILIENSE, 2018).

No caso em tela estão presentes todos os requisitos estabelecidos na Lei Maria da Penha para a devida proteção à mulher transgênero, quais sejam: a convivência íntima, a

motivação da violência fundada no gênero e a posição de vulnerabilidade da vítima perante seu agressor.

4.2 Relações entre Mulheres

Recentemente (2017), o Judiciário de Goiás também reconheceu que a Lei Maria da Penha pode ser aplicada em relações entre mulheres:

Em decisão publicada no fim de setembro, o magistrado do Juizado de Violência Doméstica da comarca de Rio Verde (GO), ao analisar o caso de uma mulher agredida fisicamente com tapas e socos por sua ex-companheira, entendeu que a violência praticada estava baseada no gênero, e que isso independe da orientação sexual. A determinação diverge da manifestação do Ministério Público (MP), que se posicionou de forma contrária a essa interpretação. (CORREIO BRASILIENSE, 2018).

Como se vê, a Lei Maria da Penha pode ser aplicada ainda que a violência tenha sido perpetrada por outra mulher.

4.3 Lei Maria da Penha e Proteção Equivocada a Homem Biológico

Um indivíduo que se identifica socialmente como mulher, ainda que nascido num corpo masculino, está amparado pela Lei Maria da Penha. Foi o que entendeu um desembargador da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), ao conceder medidas protetivas a uma mulher transexual agredida pelo companheiro, um homem transgênero – ou seja, nascido mulher. Segue os fatos:

Segundo consta no processo, a autora da ação, 48 horas após ser agredida pelo namorado, requereu medidas protetivas de proibição de aproximação do agressor. Ela chegou a ser encaminhada a exame de corpo de delito. O pedido, contudo, foi negado pelo juizado de violência

contra a mulher. O namorado, em contrapartida, também procurou a polícia como se fosse ele o agredido, apresentando os documentos em que ainda constam nome e gênero feminino e omitindo o fato de que ele e a companheira são transexuais. Ele conseguiu a proteção com base na Lei Maria da Penha. Inconformada, a autora recorreu, sob a alegação de que o juiz de primeiro grau levou em consideração somente o critério biológico para proferir a sentença. A defensora pública Leticia Oliveira Furtado, que representou a mulher trans na ação, anotou que o intuito da Lei Maria da Penha é promover a ampla e irrestrita proteção às mulheres vítimas de violência de gênero, “sem fazer qualquer tipo de discriminação entre elas, seja com relação à raça, idade, orientação sexual, classe social ou identidade de gênero”. Pelo raciocínio da defensora, mulheres transexuais e travestis também estariam amparadas pelo texto legal. O desembargador João Ziraldo Maia, relator do processo no TJ-RJ, afirmou que o Judiciário, enquanto instituição que preza pelo zelo dos cidadãos, não pode deixar de promover o bem social a todos os indivíduos, inclusive aquele nascido com sexo biológico masculino, mas que “socialmente vivencia a inadequação no papel social do gênero de nascença, e de forma ativa a identificação ostensiva correlata ao gênero oposto ao de nascimento”. (GAZETA DO POVO, 2018).

Assim, pode-se afirmar que os Tribunais de Justiça do país estão abertos à ampla proteção de todos os indivíduos, inclusive aqueles nascidos com sexo biológico diferente do gênero de identificação. Basta ser mulher ou identificar-se socialmente como mulher para receber a proteção integral da lei. Nesse contexto, vale lembrar que nem sempre foi esse o espírito dos julgadores. Os princípios gerais do direito contribuíram muito na mudança de paradigma.

Quais princípios tem norteado o ordenamento jurídico na aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres transgêneros?

5. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O constitucionalismo pós-moderno, ou pós-positivismo é a nova perspectiva desenvolvida pela doutrina a partir do início do século XXI, na qual se busca dar máxima eficácia à Constituição,

passando o texto a ser mais efetivo, não mais sendo encarado como apenas uma limitação ao poder político, principalmente em face da maior expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Ainda, ensina o Jurista que a Constituição deixa de possuir hierarquia apenas formal, passando a ser axiologicamente superior às demais normas do ordenamento. (LENZA, 2012).

Os princípios constitucionais possuem força vinculante, servindo como fonte interpretativa, como fonte de integração e, até mesmo, como fonte de aplicação do Direito. Devem, pois, obrigatoriamente ser observados, sob pena de se atuar em desconformidade com o texto constitucional. (MARTINS, 2012)

No magistério de Ingo Sarlet em matéria penal, é possível o reconhecimento do chamado garantismo positivo – dever de proteção – em contrapartida ao garantismo negativo – limitação de poder punitivo estatal. O garantismo positivo, portanto, pode ser reconhecido pelo princípio da proibição da proteção deficiente, enquanto que, o garantismo negativo pode ser entendido como o princípio da proibição do excesso. O princípio da proibição da proteção deficiente determina que a proteção conferida aos direitos fundamentais não pode ser insuficiente, ou seja, há um verdadeiro dever de proteção estatal como forma de proteger esses direitos. Tanto a proibição da proteção deficiente, quanto a vedação ao excesso, decorre do princípio da proporcionalidade. (SARLET, 2014).

A partir do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal (BRASIL, 2018), se extrai um mandamento constitucional de proteção aos direitos humanos. Afirma o legislador no parágrafo segundo que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Logo, se a proteção à mulher vítima de violência doméstica guarda assento nas Convenções Internacionais em que o Brasil é

signatário, é certo que passam a integrar o ordenamento jurídico nacional, exigindo efetiva tutela estatal.

Outro superprincípio expresso na Constituição trata da dignidade da pessoa humana.

Bodo Pieroth explica o alcance do significado da dignidade humana quando aborda a ‘teoria da realização’; afirma que o aspecto decisivo da dignidade da pessoa humana é a realização da formação da identidade: o ser humano tem sua dignidade em virtude da sua própria conduta autônoma. A seu favor está, por um lado, o fato de não ser tornada vinculativa determinada tradição filosófica e, por outro, o fato de se exprimir claramente a relação da dignidade da pessoa humana com outras decisões fundamentais da Lei Fundamental (o princípio do Estado de direito e o princípio do Estado social, os direitos à igualdade e à liberdade), que tornam possível a realização da formação da identidade. (PIEROTH; SCHILINK, 2012).

Assim, pela citada teoria, a pessoa terá existência digna quando puder ser **reconhecida em sua identidade**.

Por fim, o princípio da isonomia também merece destaque. O direito à igualdade possui duas vertentes: a igualdade de oportunidades e a igualdade de resultados.

Explica Ives Gandra Martins que o princípio da isonomia, que conforma o direito de igualdade com o direito fundamental, basicamente em sua vertente de igualdade de oportunidades, manifesta-se pela tradicional expressão: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades. Isso significa que a desigualdade de tratamento legal deve ter um elemento de discriminação com fundamento racional, ou seja, que se justifique racionalmente. O direito à igualdade impõe ao Estado, portanto, o dever de coibir a discriminação em função de raça, credo religioso, sexo, estado civil, etc. (MARTINS, 2012).

Nesse diapasão, entendendo-se que o Constituinte alçou a igualdade ao status de princípio constitucional, não seria possível conferir tratamento diferenciado ao transgênero, apenas por não

ter realizado a cirurgia ou, tão somente, por não ter alterado seu registro civil, sob pena de se incorrer em conduta inconstitucional.

E onde se encaixa nesse contexto o princípio da legalidade? Essa poderia ser a alegação de alguns juristas para negar a aplicação à mulher transgênero das normas protetivas contra violência doméstica, com fundamento na própria Lei Maria da Penha que faz menção expressa apenas à “mulher”.

Ora, nesse aspecto entra em cena o papel do Estado Juiz, pois, o ordenamento jurídico é um complexo de normas que deve conviver em harmonia. Se de um lado existe um mandamento constitucional vedando o excesso em matéria penal, de outro há um mesmo mandamento onde se proíbe que a proteção dada pelo Estado seja insuficiente.

Assim, quando houver um caso de violência doméstica e familiar onde a vítima seja uma mulher transgênero, cujo registro civil ainda não tenha sido alterado, deverá haver a incidência das normas protetivas da Lei nº 11.340/06.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transgênero, compreendido como sendo o indivíduo cujo sexo biológico diverge do sexo psíquico, deve ser reconhecido socialmente pelo sexo que se identifica. A medicina assim o reconhece. Sendo assim, o transgênero deve ser tratado como mulher, inclusive para os fins jurídicos.

A correta interpretação do artigo 5º, parágrafo único da Lei nº 11.340/06, permite concluir pelo reconhecimento da mulher transgênero como sujeito passivo da violência de gênero, pois a lei determina que não se deve perquirir a orientação sexual da vítima.

Por fim, não se pode olvidar que na aplicação da Lei Maria da Penha, sendo vítima da violência doméstica e familiar uma mulher transgênero, deverá o juiz ponderar entre a nova legislação vigente, a doutrina, a jurisprudência, princípios da estrita legalidade penal e princípios Constitucionais, sobretudo, o princípio da isonomia,

da dignidade da pessoa humana e o da vedação à proteção deficiente dos indivíduos, pois, agindo assim, a dignidade das mulheres transgêneros estará efetivamente protegida.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, A. V. L. **Transexualismo masculino**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0004-27302001000400014&script=sci_arttext. Acesso em: 02 maio 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. São Paulo, Saraiva, 2018.

_____. **Constituição da Republica Federativa do Brasil** (1988). São Paulo, Saraiva, 2018.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. **Resolução CFM nº 1955**, de 3 set, 2010. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1955>. Acesso em: 15 maio 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OEA. **Informe 54/01**, caso 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil, 16-4-2001. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/o-caso-maria-da-penha-na-oea>. Acesso em: 03 maio 2018.

CNJ. Notícias. Corregedoria normatiza troca de nome e gênero em cartório. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87092-corregedoria-normatiza-troca-de-nome-e-genero-em-cartorio>. Acesso em: 29 jun. 2018.

CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ. **Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/convencao->

interamericana-para-prevenir-punir-e-erradicar-a-violencia-contr-a-mulher-convencao-de-belem-do-para-1994. Acesso em: 13 maio 2018.

CORREIO BRASILIENSE. Lei Maria da Penha protege mulher transexual agredida. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2018/05/08/interna_cidadesdf,679330/lei-maria-da-penha-protege-mulher-transexual-agredida.shtml. Acesso em: 27 jun. 2018.

DIÁRIO DO NORDESTE. Transexuais poderão alterar nome e gênero. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/trans-exuais-poderao-alterar-nome-e-genero-1.1909196>. Acesso em: 29 jun. 2018.

DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha também é aplicável às transexuais femininas.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-02/lei-maria-penha-tambem-aplicavel-transexuais-femininas>. Acesso em: 15 maio 2018.

DIAS, M. B. Transexuais e transgêneros: o direito ao nome e a busca pela felicidade. Disponível em: <https://andrealvino.jusbrasil.com.br/artigos/551126834/transexuais-e-transgeneros-o-direito-ao-nome-e-a-busca-pela-felicidade>. Acesso em: 10 maio 2018.

GAZETA DO POVO. Homem biológico é protegido pela Lei Maria da Penha em relação transexual. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/homem-biologico-e-protegido-pela-lei-maria-da-penha-em-relacao-transexual-5nm6aq4jbbce7twujrrfyibuh>. Acesso em: 27 jun. 2018.

GAZETA DO POVO. Transexualidade é incongruência de gênero e não pode ser diagnosticada antes da puberdade. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/transexualidade-e-incongruencia-de-genero-e-nao-pode-ser-diagnosticada-antes-da-puberdade>. Acesso em: 19 jun. 2018.

LENZA, P. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, I. G. S. et al. **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIEROTH, B.; SCHILINK, B. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, M. F. L. **O que é feminicídio?** Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio>. Acesso em: 06 jun. 2018.

SÁ JÚNIOR, L. I. N. **A prova nas ações de adequação de prenome e sexo do transexual**. Umuarama, 2006. Dissertação Mestrado – Unipar – Universidade Paranaense.

SARLET, I. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=53. Acesso em: 27 maio 2018.

VIEIRA, T. R. **Nome e sexo**. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, T. R.; GOMES, L. G. C. A família trans e o direito. In_ **Famílias, Psicologia e Direito**. Tereza Rodrigues Vieira, Valéria Silva Galdino Cardin e Bárbara Brunini, organizadoras. Brasília: Zakarewicz, 2017. 350p.

[117] Mestre em Direito Processual Civil e Cidadania pela UNIPAR; Especialista em Didática do Ensino Superior pela Universidade Mackenzie; Especialista em Direito Civil pela Universidade Mackenzie; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAR; Docente do curso de Direito na Universidade Paranaense (UNIPAR); Advogado no Paraná.

DIREITO, CIDADANIA E A MERCANTILIZAÇÃO DE ÓRGÃOS HUMANOS

Thiago Campos Macedo¹¹⁸

Resumo: O avanço da biotecnologia permitiu que a humanidade do século XXI gozasse de uma longevidade crescente, trazendo saúde e qualidade de vida ao cotidiano moderno. Nesta senda, considerado como um dos maiores avanços da medicina, o transplante de órgãos, revela-se uma das principais terapêuticas da sociedade hodierna. Contudo, ante a gravidade e desespero dos acometidos, em geral, por doenças crônicas, bem como pela ganância e hediondez humana, aproveitando-se do estado de vulnerabilidade dos envolvidos, criou-se um mercado negro internacional de órgãos humanos. Neste contexto, o presente trabalho visa a analisar sob a ótica dos direitos humanos a mercantilização de órgãos e seus impactos na sociedade contemporânea, por meio de levantamento bibliográfico, demonstrando, assim, a necessidade de uma nova postura dos Estados frente a esse grave delito transnacional.

Palavras-chave: Tráfico de Órgãos; Direitos Humanos; Cidadania.

1. INTRODUÇÃO

O avanço da biotecnologia permitiu que a humanidade do século XXI gozasse de longevidade crescente, trazendo saúde e qualidade de vida. Nesta senda, considerado como um dos maiores avanços da medicina, o transplante de órgãos, revela-se uma das principais terapêuticas da sociedade hodierna.

Em que pese hoje seja possível obter uma alta perspectiva de sucesso com a terapêutica de transplante de órgãos, ainda não se pode falar sobre a livre disposição do corpo, ou seja, a venda de partes do corpo, se dando esta, apenas de forma altruísta, em casos específicos e devidamente regulamentados pelos Estados.

Neste contexto, diante da proibitiva, originou-se um mercado ilegal de órgãos e tecidos humanos, que alimentado pelo desespero daqueles que lutam por uma forma de viver, tornou-se uma lucrativa e macabra prática criminosa de proporções internacionais que integra o submundo da sociedade contemporânea.

Neste sentido, o presente artigo surge com a proposta de analisar, mediante pesquisa bibliográfica, sob a ótica dos direitos humanos a mercantilização de órgãos e tecidos humanos e seus impactos na sociedade hodierna.

2. O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS

O transplante de órgãos e tecidos humanos é uma técnica da medicina moderna, que permitiu uma revolução na perspectiva de vida dos membros da sociedade hodierna ao possibilitar esperança e cura àqueles acometidos de doenças crônicas e falência de órgãos.

A Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO) define a prática em comento como "um procedimento cirúrgico que consiste na transferência de um órgão (coração, pulmão, rim, pâncreas, fígado) ou tecido (medula óssea, ossos, córneas) de um indivíduo para outro, a fim de compensar ou substituir uma função perdida" (ABTO, 2003, p. 5).

Conforme ensina Maluf, o transplante visa a "preservar a dignidade do ser humano, atingida drasticamente por certas doenças que dificultam ao homem a possibilidade de desenvolver livremente a sua personalidade" (2010, p. 205).

Historicamente, os transplantes já existiam em várias civilizações antigas ao redor do mundo, porém, sem muito êxito dado o método primitivo empregado. Como exemplo da prática,

no período antigo, já eram realizados transplantes de pele pelos hindus, ainda, por volta do ano 750/800 a. C.; a troca de órgãos entre irmãos, pelo médico Pien Chiao, na China, em 300 a. C.; e o notório caso do transplante de perna de um etíope para um branco, realizado pelos santos médicos Cosme e Damião, na era medieval (MALUF, 2010).

Contudo, é na segunda metade do século XX que a prática começa a demonstrar o seu potencial como um importante mecanismo da medicina moderna.

Os avanços técnico-científicos deste período proporcionaram o refinamento da técnica de transplantes que, atrelado aos estudos da antibioticoterapia e a descoberta dos imunossupressores que combatiam à rejeição dos órgãos, permitiram que, o procedimento se tornasse cada vez mais efetivo, causando uma alta probabilidade de sucesso.

Após a solução dos problemas concernentes ao risco cirúrgico e da rejeição do órgão, a terapêutica se consolidou como uma prática segura e eficaz. Todavia, com a popularização do procedimento sobreveio um novo problema, porquanto, a falta de doadores de órgãos somada ao crescente número de pacientes, resultou na quebra do equilíbrio entre as partes envolvidas (doador e receptor), gerando, assim, uma escassez de órgãos.

Diante desse cenário, o longo período de espera dos pacientes pelos órgãos se tornou um dos maiores riscos do procedimento, e também a maior causa de morte, posto que, em alguns casos, o necessitado não teria condições de resistir muito tempo sem a realização da terapêutica. Essa situação é pautada na forma de doação de órgãos estabelecida na maioria dos países contemporâneos, cuja característica essencial se baseia na doação de cunho altruísta e solidário, haja vista ser ilícito a comercialização de órgãos.

Décio Policastro (2018) explica que os maiores responsáveis pelo insuficiente número de doadores são as crendices e a falta de

informações, o que demonstra o desconhecimento da sociedade acerca do procedimento.

A terapêutica do século XXI, através do atual nível técnico-científico, possibilita o transplante de coração, pulmões, fígado, rins e pâncreas (órgãos sólidos); e de tecidos, como a córnea, pele, ossos e cartilagens, vasos sanguíneos e medula óssea (SUPERINTERESSANTE, 2011).

Em 2016, conforme o Registro Brasileiro de Transplantes (RBT), realizado pela ABTO, o Brasil encerrou o ano na 28ª posição no ranque mundial em número de doadores efetivos, com 14,6 doadores por milhão de população (pmp) (ABTO, 2017). Já no período de janeiro a junho de 2018 foram realizados 4.257 transplantes de órgãos sólidos, 1.335 transplantes de medula óssea e 7.396 transplantes de tecidos (ABTO, 2018).

O relatório do RBT concluiu que no primeiro semestre de 2018 houve uma melhora na taxa de doação ao atingir 17 pmp, possuindo, assim, o total de 1.768 doadores efetivos no Brasil, sendo que a meta para o ano de 2018 é 18 pmp, um aumento de 2,4% em relação ao ano passado. Ademais, em junho de 2018 o total de pacientes adultos ativos em lista de espera foi de 32.716 e, o de pacientes pediátricos foi de 706.

Diante dos dados do RBT, destaca-se a divergência de número entre doadores e pacientes, sendo observada a existência de uma diferença significativa entre a procura e a doação de órgãos, mesmo com o grande número de transplantes realizados. Conforme aponta a Organização Mundial da Saúde (OMS), essa escassez de órgãos é um problema que atinge praticamente todos os países (OMS, 2007).

Em resposta a essa situação surgiu um mercado ilícito de órgãos, aproveitando-se do desespero humano. Assim, de um lado estão os pacientes que necessitam do órgão e que, em sua grande maioria, pagariam qualquer preço para obtê-lo e, do outro, estão aqueles que em razão de seu agravado estado de vulnerabilidade, econômica ou social, recorrem à venda de um de seus órgãos como

forma de reverter a sua realidade, originando, deste modo, um dos maiores problemas relacionado aos transplantes de órgãos no mundo.

Atualmente, existem quatro espécies de transplantes, sendo elas:

Xenotransplante – utiliza órgão ou tecido de outras espécies para substituir o do ser humano. [...]

Autotransplante – o paciente extirpa órgão ou tecido de certa parte do corpo para posterior implantação em outra, sendo doador e receptor a mesma pessoa. [...]

Isotransplante – ocorre em pessoas com características idênticas, como os gêmeos univitelinos. [...]

Alotransplantes – ocorre quando o doador (vivo ou morto) e o receptor são pessoas que não possuem idênticas características genéticas, mas são da mesma espécie. (MALUF, 2010, p. 212-214).

Conforme exposto acima, o xenotransplante se utiliza de órgãos de outras espécies para substituir o do ser humano, entretanto, dada a incompatibilidade genética entre as espécies, há uma alta taxa de rejeição e aumento do risco de transmissão de doenças. Por isso, faz-se necessária a criação de animais transgênicos que possuam órgãos mais adaptados ao funcionamento humano, como o caso dos porcos transgênicos que desenvolvem artérias cardíacas compatíveis com a dos seres humanos.

Porém, apesar dos avanços atuais da engenharia genética, o xenotransplante ainda carece de maiores estudos, visto que demonstra o seu potencial como uma solução viável aos transplantes comuns frente à atual escassez de órgãos disponíveis para doação.

O autotransplante se trata de procedimento que utiliza o próprio órgão/tecido do paciente para ser implantado em outra parte do corpo, tendo como exemplo os enxertos de pele em casos de queimaduras graves ou pontes de safena.

O isotransplante, como foi descrito acima, ocorre quando o transplante dá-se entre gêmeos univitelinos, sendo um procedimento esporádico em razão de que nem todos possuem um irmão gêmeo.

O Alotransplante é a norma entre os transplantes, já que a maioria dos transplantes atuais ocorre entre indivíduos da mesma espécie, porém que não possuem características idênticas.

Além das espécies de transplantes, há distinção entre as formas de doações de órgãos, sendo elas: a doação *inter vivos* e a doação *post mortem*.

3. LEGISLAÇÃO APLICADA AO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS

3.1 Breves considerações sobre o delito de tráfico de pessoas

A mercantilização de órgãos ou de partes do corpo humano é vedada na maioria dos países, destarte, a prática é denominada como tráfico de órgãos, que por sua vez, é uma das modalidades do tráfico de pessoas.

Diante disso, é necessário abordarmos, primeiramente, o conceito de tráfico de pessoas e suas características principais, haja vista a conexão entre os delitos.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, ratificado pelo Brasil no Decreto 5.017, de 12 de março de 2004, mais conhecido como Protocolo de Palermo, define o tráfico de pessoas como:

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou

uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a **remoção de órgãos**; (BRASIL, 2004, grifo nosso).

Diante da definição supra, observa-se que os verbos do tipo trazidos pela norma são: recrutar, transportar, transferir, alojar e acolher. Apresenta, também, os meios específicos do delito: a ameaça, o uso de força, ou outras formas de coação, o rapto, a fraude, o engano, o abuso de autoridade, ou de vulnerabilidade, à entrega ou aceite de pagamento, ou benefícios para a obtenção do consentimento de outrem com autoridade sobre outra. Ademais, traz também a finalidade, o tipo subjetivo do crime, que entre outras, está a exploração sexual, trabalho forçado ou a remoção de órgãos.

Já nas alíneas "b", "c" e "d", do mesmo artigo, o dispositivo trata do consentimento, da vítima:

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;

d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. (BRASIL, 2004).

Em relação ao estabelecido na alínea "c", quando se tratar de crianças, verifica-se que não há necessidade de envolver os meios

referidos na alínea "a" para ser considerado tráfico de pessoas, bastando a finalidade.

De acordo com a *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), entre o período de 2012-2014 foram detectadas 63.251 vítimas em 106 países e territórios. Das 17.753 vítimas identificadas no ano de 2014, em 85 países, o número de mulheres e meninas compreendia cerca de 70% do número total. As crianças são o segundo grupo mais verificado após as mulheres, variando entre 25% a 30% do número total de 2012-2014 (UNODC, 2016, p. 29).

O tráfico de pessoas foi incluído no Código Penal Brasileiro por meio da Lei n.º 13.344, de 2016, que adicionou ao Código o artigo 149-A, seguindo, claramente, as premissas do Protocolo de Palermo. Veja-se:

Art. 149-A Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I – remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II – submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III – submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV – adoção ilegal; ou

V – exploração sexual.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
(BRASIL, 1940, grifo nosso).

Destaca-se que, a nova norma trouxe tipificado o tráfico de pessoas com a finalidade de remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, porém não se deve confundir com o delito de tráfico de órgãos, haja vista possuírem tipos diferentes em sua conduta, ademais, este último está devidamente tipificado no ordenamento brasileiro na Lei de Transplantes (Lei n.º 9.434/97).

A tipificação do tráfico de pessoas corrobora com as políticas nacionais e internacionais de combate a este crime, bem como,

demonstra um avanço na legislação pátria sobre o tema, principalmente, em razão do atual cenário de imigrações em massa de pessoas fugindo de conflitos ou calamidades que assolam os seus países de origem, o que favorece a prática criminosa.

3.2 Legislação internacional sobre o tráfico de órgãos

O Protocolo de Palermo trouxe a definição do tráfico de pessoas e estipulou que uma das finalidades do delito visa à remoção de órgãos, contudo não se aprofundou na temática, atentando-se mais a outras formas do tráfico de pessoas. Diante disso, a necessidade de uma norma específica à prática surgiu, haja vista o preocupante quadro internacional envolvendo esse tipo de delito (tráfico de órgãos).

E com o objetivo de sanar essa lacuna global, a Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante foi criada, entre 30 de abril e 02 de maio de 2008, sendo posteriormente atualizada entre fevereiro e maio de 2018, representando o consenso entre os países sobre a urgente necessidade de um enquadramento jurídico e profissional para reger as atividades de doação e de transplante de órgãos, bem como de um sistema de supervisão regulamentar, assim, protegendo a segurança das partes envolvidas, além da aplicação de normas e proibições de práticas não éticas (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2008, p. 1). O Brasil passou a ser signatário da Declaração de Istambul pela Portaria n.º 201, de 07 de fevereiro de 2012, além disso, cabe ressaltar que, possuía representantes do país na Câmara de criação do diploma internacional.

A Declaração primeiramente define tráfico de órgãos como:

- (a)** a remoção de órgãos de doadores vivos ou falecidos sem consentimento válido ou autorização ou em troca de um benefício econômico ou vantagem comparável ao doador e/ou a terceiros;
- (b)** O transporte, manuseamento, transplante ou qualquer outra utilização de tais órgãos;

- (c) a oferta de uma vantagem indevida ou o seu pedido por um profissional de saúde, funcionário público ou funcionário do setor privado para facilitar ou realizar a dita extração ou uso;
- (d) A proposta ou o recrutamento de doadores ou receptores, quando realizados para obter um benefício ou vantagem econômica comparável; ou
- (e) a tentativa de cometer, ou a ajuda ou indução a cometer qualquer desses atos. (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2018, p. 2, tradução nossa) **119**.

A definição trazida pela Declaração visou, claramente, a proteção aos direitos fundamentais das vítimas, ao abordar a questão do "consentimento válido", em razão do fato de que elas estão em uma "posição de vulnerabilidade", sendo este termo utilizado na versão anterior da Declaração, assim, resguardando os direitos humanos dessas pessoas em situação de desigualdade, do mesmo modo, que admite que este é um fator relevante. Também, observa-se que esta situação não foi abordada pelo Protocolo de Palermo.

A segunda definição importante trazida pela Declaração, em sua primeira versão, estabelece o conceito de comércio de transplante:

É uma política ou prática segundo a qual um órgão é tratado como uma mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais. As viagens para fins de transplante são a circulação de órgãos, doadores, receptores ou profissionais do setor do transplante através de fronteiras jurisdicionais para fins de transplante. (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2008, p. 02).

Como observa Andrade (2011), os princípios da Declaração rejeitam a coisificação do corpo humano, com o objetivo de impedir que os órgãos humanos sejam considerados reles mercadoria.

Por fim, a Declaração define os conceitos de "viagem para transplante" e "turismo de transplante":

Viagem para Transplante é o movimento de pessoas através das barreiras jurisdicionais com o propósito de transplantes. A viagem de transplantes se converte em **Turismo de Transplantes**, e, portanto, não ético, quando implica o tráfico de pessoas com fim de extração de órgãos ou o tráfico de órgãos humanos, ou quando a dedicação de recursos (órgãos, profissionais e centros de transplantes) aprovisão de terapia de transplantes para pacientes não residentes diminui a capacidade do país de fornecer serviços de transplantes para sua própria população. (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2018, p. 3, grifo do autor, tradução nossa)¹²⁰.

A definição de "turismo de transplante" é necessária em razão de que tanto o tráfico de pessoas para a remoção de órgãos, quanto para o tráfico de órgãos, podem ocorrer dentro de um país, como envolver viagens para outros países para conseguir realizar o transplante, caso que seria impossível em seu próprio país de origem (ONU, 2013, p. 07).

De acordo com a antropóloga Nancy Scheper-Hughes (2004), especialista no estudo do tráfico de órgãos, a situação financeira é a principal motivação para a ocorrência desse delito. Diante disso, o turismo de transplante se propaga, haja vista a facilidade de encontrar pessoas dispostas a trocarem um órgão, que em razão de sua vulnerabilidade e baixa instrução estão mais propensas a realizarem a transação, por uma remuneração em locais subdesenvolvidos. Assim, com a alta probabilidade de conseguir os órgãos em locais vulneráveis aqueles com suficientes recursos financeiros se deslocam pelo globo a procura de sua mercadoria.

Como exemplo, o caso dos pacientes de Israel, Arábia Saudita, Omã e Kuwait que se deslocavam para a Índia, Turquia, Irã, Iraque, Rússia, Romênia, Moldávia, Geórgia e, mais recentemente, Brasil, para realizar os transplantes, onde os vendedores de rins (o órgão mais transplantado em todo mundo) são recrutados de

quartéis do exército, cadeias e prisões, agência de empregos, feiras, shoppings e bares, portanto, podendo se falar em nações doadoras de órgãos versus países receptores de órgãos (SCHEPER-HUGHES, 2004).

Além disso, a OMS (SHIMAZONO, 2007), em um de seus estudos sobre tráfico de órgãos, relatou que mais de 100 transplantes ilegais de rins foram realizados em um hospital na África do Sul, em 2001 e 2002, porquanto os doadores eram da Europa Oriental e do Brasil, enquanto os receptores eram provenientes de Israel.

O caso supra, trata-se da notória "Operação Bisturi", que desarticulou a organização criminosa israelense que atuava no Brasil no ano de 2003 e, que já havia levado 27 pernambucanos que haviam vendido um dos seus rins para realizarem o transplante em Durban, na África do Sul. Os rins foram vendidos pelos valores de R\$ 17,7 mil a R\$ 29,5 mil reais (GUIBU, 2003).

Neste viés, o ordenamento jurídico penal brasileiro tipifica as condutas "comprar" e "vender" como delitos, estando disposto na Lei de Transplantes, assim, possuindo meios de punir devidamente os envolvidos no tráfico de órgãos.

A Declaração de Istambul, apesar de ser o principal documento no âmbito internacional não possui força normativa, desta feita, não atribui obrigações aos seus signatários, estabelecendo, assim, apenas princípios e medidas a serem seguidas.

4. DA BIOÉTICA E A QUESTÃO DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS

A bioética é um ramo de estudo que abrange as implicações éticas e morais no âmbito das ciências da saúde ou ciência da vida, no intento de solucionar os conflitos que possam surgir, sempre preservando pelo bem-estar das pessoas, sem deixar de considerar às questões intrínsecas ao indivíduo (MALUF, 2010).

Deste modo, a bioética valoriza aquilo que se busca (o resultado que se deseja com determinada conduta), num sistema de

contrapesos com aquilo que será "ameaçado", por exemplo, a vida, integridade física, psíquica e moral, a cultura, crença, dentre outros fatores.

Percebe-se, assim, que a bioética à luz do direito, possui o condão de proporcionar o respeito aos direitos e garantias fundamentais, de forma que, ao ser imposta uma norma, o resultado desta não pode sacrificar preceitos basilares do Estado Democrático de Direito.

Neste viés, numa perspectiva internacional, tem-se que os direitos inerentes ao ser humano ganham visibilidade com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, a qual prescreve que "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" (ONU, 1948). Além disso, a DUDH assegura expressamente que será garantido o direito à vida, à liberdade e segurança pessoal.

Ainda neste sentido, a Constituição Federal do Brasil de 1988, dispõe em seu artigo 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade" (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Por conseguinte, tem-se que, à luz da bioética, a traficância de órgãos resta limitada pelo direito maior – "vida" – sem o qual, nenhum outro possui razão de resistir, uma vez que, ao dispor de partes de seu corpo, o indivíduo estará se colocando em risco, algo não permitido pelo direito.

Todavia, "o direito civil consagra, de um lado, a inviolabilidade do corpo humano, tutelando o direito do indivíduo à integridade de seu corpo; por outro lado, admite, em parte, a liberdade e o poder de disposição do homem sobre seu corpo" (VIEIRA, 1999, p. 40).

Há, portanto, um conflito entre o direito à vida e o princípio à autonomia. No tocante a este último, Maria Helena Diniz (2011, p. 40-41) discorre que é “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica”.

Logo, vê-se um conflito entre a possibilidade do indivíduo dispor de seu corpo como melhor lhe aprouver e a proteção do direito à vida, isto sem mencionar os motivos pelos quais alguém chega a este recurso.

No dizer de Pereira e Vieira (2016, p.130):

A sociedade deve ter como princípio base a dignidade da pessoa humana, algo inviolável, irrenunciável e principalmente inalienável, mantendo-se, portanto, vedada a comercialização de órgãos. O altruísmo, a solidariedade e a igualdade devem ser exaltados e celebrados. Contudo, os desafios se encontram na retirada da população do estado de vulnerabilidade, restabelecendo sua autêntica autonomia.

Portanto, se de um lado, temos um ser humano lutando para estender seus dias, de outro, alguém que, por questões de vulnerabilidade, visa conseguir alguma dignidade.

5. A CIDADANIA E OS DIREITOS HUMANOS EM FACE DA MERCANTILIZAÇÃO DE ÓRGÃOS

Influenciado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 1º, inciso II, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a cidadania. Nas palavras de José Afonso da Silva, cidadania pode ser definida como:

[...] consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à

dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. (SILVA, 1999, p. 11).

Neste norte, considerando que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no âmbito internacional, bem como o fato da Carta Magna do Brasil (1988) trazer menção expressa acerca da cidadania como princípio fundamental, dever-se-ia falar em uma sociedade hodierna mais justa e consciente, detentora de deveres e direitos, portanto, que abolisse a prática de mercantilização de órgãos.

Contudo, vez que o sistema econômico mundial predominante trata-se do capitalismo, bem como diante da distribuição discrepante de renda, tem-se o surgimento das populações vulneráveis economicamente, como aquelas dos países subdesenvolvidos, os quais são responsáveis pelo fornecimento dos órgãos no mercado negro, assim, colocando-se em xeque a efetividade da cidadania moderna.

Diante da importância da DUDH para o direito moderno mundial, a qual normativa os direitos fundamentais da sociedade contemporânea nos direitos humanos, os quais possuem como princípios basilares a inviolabilidade da pessoa, a autonomia da pessoa e a dignidade da pessoa, que, nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, podem ser definidos como:

- 1) o da *inviolabilidade da pessoa*, cujo significado traduz a ideia de que não se podem impor sacrifícios a um indivíduo em razão de que tais sacrifícios resultarão em benefícios a outras pessoas;
- 2) o da *autonomia da pessoa*, pelo qual toda pessoa é livre para a realização de qualquer conduta, desde que seus atos não prejudiquem terceiros; e
- 3) o da *dignidade da pessoa*, verdadeiro núcleo-fonte de todos os demais direitos fundamentais do cidadão, por meio do qual todas as pessoas devem ser tratadas e julgadas de acordo com os seus atos, e não em relação a outras propriedades suas não alcançáveis por eles. (MAZZUOLI, 2018, p. 36, grifo do autor).

Verifica-se, desta forma, que a mercantilização de órgãos viola os direitos humanos em seu cerne, já que a prática criminosa infringe o direito à integridade física, o direito à vida, a autonomia, em razão da vulnerabilidade das partes envolvidas (vendedor e comprador) e o direito à dignidade.

Portanto, a prática da mercantilização de órgãos representa uma grave violação dos princípios basilares dos direitos humanos, devendo, assim, ser combatida consoante a gravidade do crime transnacional.

6 CONCLUSÃO

Os transplantes de órgãos e tecidos humanos são um dos maiores avanços da medicina pós-moderna do século XXI. Contudo, a falta de informação concernente à terapêutica impede o crescimento do número de doadores de órgãos, que não acompanha a crescente demanda, haja vista o aumento anual de pacientes necessitados a espera de um transplante, resultando, assim, em uma escassez de órgãos mundial. Diante disso, a mercantilização de órgãos humanos surge como uma solução ao problema da escassez mundial.

A mercantilização de órgãos é considerada como tráfico de órgãos humanos, uma das modalidades do tráfico de pessoas, sendo que no Brasil, a prática é tipificada pela Lei 9.434/97, a Lei de Transplantes.

O tráfico de órgãos humanos é atualmente o décimo crime transnacional mais lucrativo do mundo. Tal fato se deve pelos altos valores dos órgãos comercializados, podendo chegar um simples rim a custar 200 mil dólares, assim, evidenciando a característica do delito de alta lucratividade.

Os principais países exportadores de órgãos são aqueles subdesenvolvidos, que geralmente estão no hemisfério sul do globo, e, os maiores importadores são países desenvolvidos do hemisfério norte.

Os compradores de órgãos se dividem em duas categorias, aqueles que são traficantes, e que visam obter órgãos para vender a

terceiros, e os compradores finais, que visam obter o órgão para si.

Já os "doadores remunerados" são geralmente pessoas em estado grave de vulnerabilidade, que não conseguem ver outra saída a não ser a venda de um dos seus órgãos para sair de sua situação degradante.

À luz da bioética, é inviável legalizar, em nosso cenário atual, qualquer forma de mercantilização de órgãos, isto porque, num embate entre o direito à vida e o princípio da autonomia, este deve se curvar àquele.

Apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos em âmbito internacional, bem como a proteção interna pelos Estados, como é o caso do Brasil, ao colocar como direitos fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana, ainda ocorre a violação dos direitos humanos em seu cerne. Portanto, é necessária uma resposta adequada por parte dos Estados, de acordo com a gravidade da prática criminosa da mercantilização de órgãos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Daniela Alves Pereira; SUANO, Marcelo José Ferraz. **O tráfico de pessoas para remoção de órgãos: do Protocolo de Palermo à Declaração de Istambul**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/premios-e-concursos/daniela.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES (ABTO). Dimensionamento dos transplantes no Brasil e em cada Estado. **ABTO**, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2017/rbt-imprensa-leitura-compressed.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. Registro Brasileiro de Transplantes. Dados numéricos da doação de órgãos e transplantes realizados por estado e instituição no período: janeiro / junho – 2018. **ABTO**, São Paulo, 2018. Disponível em:

<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2018/rbt2018-1-populacao.pdf>. Acesso em: 13 out. 2018.

_____. Manual de transplante de rins. **ABTO**, São Paulo, 2003. Disponível em: http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/manual_do_transplantedo/manual_transplante_rim.pdf. Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. **Código Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

_____. **Decreto n.º 5.017, de 12 de março de 2004.** Promulga o protocolo adicional à convenção das nações unidas contra o crime organizado transnacional relativo à prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acesso em: 27 out. 2018.

DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E TURISMO DE TRANSPLANTE, 2008. Disponível em: <http://www.declarationofistanbul.org/index.php>. Acesso em: 27 out. 2018.

DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E TURISMO DE TRANSPLANTE (Edição de 2018), 2018. Disponível em: <http://www.declarationofistanbul.org/index.php>. Acesso em: 27 out. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. ed. 27. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIBU, Fábio. Trafico de órgãos abastecia Europa e África. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0412200324.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

MALUF, Adriana Caldas Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Método, 2018.

ONG GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. **Transnational crime and terrorist financing**. Disponível em: <http://www.gfintegrity.org/issue/transnational-crime-terrorist-financing/>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 04 nov. 2018.

_____. **Trafficking in persons, especially women and children**. 2013. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Trafficking/A-68-256-English.pdf>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em: 04 nov. 2018.

PEREIRA, Tania Arneck; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Desigualdade social, dignidade humana e venda de órgãos humanos. **Bioética e Saúde Pública**. Regina R.P.Carvalho e Caroline F. Rosaneli, organizadoras. Curitiba: CRV, 2016, p.119-130.

POLICASTRO, Décio. Sobre doações e transplantes de órgãos. **ABTO**, São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/Biblioteca_Teses/sobre_doacoes_e_transplantes_de_orgaos.pdf. Acesso em: 20 out. 2018.

SHIMAZONO, Yosuke. The state of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information. **ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS)**. Disponível em: <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370/en/>. Acesso em: 04 nov. 2018.

SILVA, José Afonso. Acesso à justiça e cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

VIEIRA. Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). **Global report on trafficking in persons**. 2016. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Acesso em: 04 nov. 2018.

[118] Integrante do Programa de Iniciação Científica PIC/2019/UNIPAR, sob orientação de Tereza Rodrigues Vieira. Mestrando em Ciências Jurídicas no Centro Universitário de Maringá, Unicesumar; Graduado em Direito pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Advogado no Paraná.

[119] (a) la extracción de órganos de donantes vivos o fallecidos sin consentimiento válido o autorización o a cambio de un beneficio económico o ventaja comparable para el donante y/o o una tercera parte;

(b) el transporte, la manipulación, el trasplante o cualquier otro uso de dichos órganos;

(c) el ofrecimiento de una ventaja indebida o su solicitud por parte de un profesional sanitario, funcionario público o empleado del sector privado para facilitar o realizar dicha extracción o uso;

(d) la propuesta o captación de donantes o receptores, cuando se efectúa para obtener un beneficio económico o ventaja comparable; o

(e) la tentativa de cometer, o la ayuda o la inducción a la comisión de cualquiera de estos actos (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2018, p. 2).

[120] Viaje para Trasplante es el movimiento de personas a través de las barreras jurisdiccionales³ con el propósito del trasplante. El viaje para trasplante se convierte en Turismo de Trasplante, y por tanto en no ético, cuando implica la trata de personas con fines de extracción de órganos o el tráfico de órganos humanos, o cuando la dedicación de recursos (órganos, profesionales y centros de trasplante) a la provision de la terapia del trasplante a pacientes no residentes disminuye la capacidad del país de proporcionar servicios de trasplante a su propia población. (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2018, p. 3, grifo do autor)

A RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A ZONA FRANCA DE MANAUS E A PRESERVAÇÃO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA

Adriano Fernandes Ferreira¹²¹

Marcus Fabiano Praciano Santiago¹²²

Resumo: Apesar da Zona Franca de Manaus ser frequentemente associada a efeitos ambientais, a legislação que a embasa não possui dispositivos voltados ao meio ambiente. Neste diapasão, propõe-se a análise dos fins do desenvolvimento regional na Amazônia em uma discussão jurídico-constitucional sobre o papel ambiental dos instrumentos estatais para a redução das desigualdades regionais. Debate-se criticamente o contraste entre o conceito de desenvolvimento focado em aspectos econômicos plasmado na antiga legislação infraconstitucional que embasa esta área incentivada e as atuais diretrizes constitucionais de desenvolvimento e sustentabilidade. Com este fito, esta omissão legislativa ambiental é analisada a partir dos valores explícitos na Constituição atinentes à compatibilização entre desenvolvimento regional e ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Em complemento, é estudado o argumento consequencialista que vincula a continuidade da Zona Franca de Manaus à redução da degradação do meio ambiente natural amazônico a partir do dispositivo do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e de decisões do Supremo Tribunal Federal. A pesquisa se justifica por sugerir que a atuação das políticas públicas da União de redução das desigualdades regionais na Zona Franca de Manaus não deve se ater ao desenvolvimento meramente econômico. A conclusão é a de que a continuidade do modelo de

desenvolvimento regional da Zona Franca de Manaus se justifica em razão de seus efeitos ambientais.

Palavras-chave: Desenvolvimento regional; Zona Franca de Manaus; Consequencialismo; Amazônia; Meio Ambiente.

1. INTRODUÇÃO

O ideário associado à redução das desigualdades regionais passou por grandes mudanças nas últimas décadas, tanto em sua aplicação jurídica quanto na formulação e implementação de políticas públicas. Inicialmente relacionado principalmente ao aumento da produção e da renda, o conceito de desenvolvimento passou a abranger valores como sustentabilidade, redução de desigualdades e proteção ambiental. Esta nova carga axiológica se reflete na interpretação constitucional, com o afastamento de um foco tão somente econômico em proveito do ideal de desenvolvimento sustentável.

A diferença de valores entre a norma e os preceitos constitucionais de proteção ambiental se torna ainda mais candente no modelo de desenvolvimento regional da Zona Franca de Manaus, devido ao frequente uso do argumento conservacionista na defesa da manutenção de seu regime de incentivos regionais. Conforme Brianezi (2013), agentes sociais como a imprensa, empresários ou políticos utilizam uma narrativa que pode ser resumida da seguinte forma: o Amazonas, o maior estado do Brasil, localizado completamente na Amazônia, possui a vasta maioria de suas florestas preservadas porque possui um grande parque industrial. Caso este parque industrial se extinga em razão do enfraquecimento ou fim de seus incentivos fiscais, a população por este empregada buscará de forma predatória seu sustento na exploração da floresta. O uso deste argumento também ganhou força em razão de estudos científicos que indicam sua validade.

Trata-se assim de um argumento consequencialista que associa a extinção ou redução dos incentivos da Zona Franca de Manaus

ao incremento da degradação da Amazônia. Neste mesmo vagar, observa-se que há decisões jurisprudenciais que o mencionam em sua fundamentação, inclusive por parte de nossa Corte Suprema. Em complemento, a novel introdução da norma de sobredireito prevista no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) passou a prever que decisões nas esferas administrativa, judicial e de controle passem a considerar as consequências práticas sempre que a decisão for fundamentada em valores jurídicos abstratos.

Entretanto, uma leitura superficial das normas legais referentes à Zona Franca de Manaus, em especial o Decreto-lei nº 288/1967 o qual embasa a maior parte de seus incentivos fiscais, revela que não há sequer diferenciação entre as indústrias causadoras de maior impacto ambiental das que causam pouco ou mesmo nenhum. Com efeito, a maior parte do sistema normativo de incentivos tributários em vigência na região é oriundo da década de 60 do século passado, quando o espírito capital-nacionalista não alcançava a concepção de conservação da Floresta Amazônica e mal se podia supor que o desenvolvimento regional poderia ser um fator de preservação ambiental.

Em face do exposto, o presente trabalho analisa o argumento jurídico que vincula a continuidade da Zona Franca de Manaus à preservação do meio ambiente natural na Amazônia. Diante da omissão legal, é perquirido se este modelo de desenvolvimento regional pode ter como um de seus objetivos a preservação ambiental. Cabe ser frisado que, em virtude do estudo ser eminentemente jurídico, parte-se da premissa de que há uma relação de causa e efeito entre a redução do desmatamento e a continuidade do modelo de incentivos.

A pesquisa é apresentada da seguinte forma: inicialmente se delimita o objeto de estudo a partir da análise do Decreto-lei nº 288/1967 e de seus fins. Em seguida são estudadas as alterações na relação entre o desenvolvimento regional e a proteção ambiental a partir do debate sobre a mudança axiológica do direito ao desenvolvimento à época da elaboração do Decreto-lei nº 288 e o

conceito hoje predominante de desenvolvimento sustentável, bem como dos dispositivos constitucionais associados aos direitos ao meio ambiente equilibrado e ao desenvolvimento. Na sequência é debatido o conceito de consequencialismo com foco na norma de sobredireito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Por fim é efetuada a análise de algumas decisões consequencialistas de nossa Corte Suprema relacionando a Zona Franca de Manaus à proteção ambiental.

2. DESENVOLVIMENTO REGIONAL E O DECRETO-LEI Nº 288

A preocupação do estado brasileiro enquanto federação com as desigualdades entre suas regiões é bem antiga e possui várias décadas. Os primeiros diplomas normativos versando sobre este tema focavam-se em problemas econômicos regionais isolados, com destaque na região amazônica na busca de soluções para a queda dos preços da borracha no começo do século passado. Tal preocupação é bem realçada por Diniz (2009, p. 234) em uma síntese histórica das entidades de desenvolvimento criadas para a região:

No que se refere à Amazônia, em 1912, foi criada a Superintendência de Defesa da Borracha, preocupada com a concorrência asiática, transformada em Instituto Internacional da Hileia Amazônica, em 1945; em Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia (SPVEA), em 1953; e em Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), em 1966. Em 1942, no bojo dos acordos de Washington, foi criado o Banco de Crédito da Borracha, transformado em Banco de Crédito da Amazônia, em 1957, e em Banco da Amazônia S.A. (Basa), em 1966. Em 1967, seria criada a Suframa.

Neste diapasão, a Zona Franca de Manaus (ZFM) foi concebida há mais de cinquenta anos como uma forma de dinamizar a então estagnada economia local. Inicialmente idealizada como um porto livre em 1957, teve sua abrangência

posteriormente ampliada cerca de uma década mais tarde. Conforme Seráfico e Seráfico (2005), sua criação foi justificada como forma de ocupar uma região então despovoada, sendo necessário dotá-la de condições de meios de vida e infraestrutura que atraíssem a força de trabalho e o capital, nacional e estrangeiro, vistos como imprescindíveis para a dinamização das forças produtivas locais, objetivando instaurar condições de rentabilidade econômica global.

O modelo de desenvolvimento regional desta área incentivada é embasado nos dispositivos do Decreto-lei nº 288/1967, norma que teve poucas modificações desde sua publicação e que foi elaborada em um período em que a causa ambiental era considerada de pouca importância e havia uma priorização do crescimento econômico. Com efeito, a leitura de seus dispositivos traz o entendimento de que o legislador não almejou objetivos diretos ambientais ou mesmo sociais.

Neste vagar, observa-se que seu primeiro artigo declara como finalidade da Zona Franca de Manaus a de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos. Este foco no crescimento econômico como principal objetivo do desenvolvimento regional pode ser observado não só nos diversos dispositivos do Decreto-lei nº 288, como também em normas correlatas como o Decreto-lei nº 291, que estendeu parte dos benefícios para a Amazônia Ocidental (estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima) e o Decreto nº 61.244 que regulamenta as competências da Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), órgão do governo federal encarregado da administração dos incentivos fiscais da zona franca.

Em complemento, verifica-se que os incentivos voltados para o desenvolvimento regional previstos no Decreto-lei Nº 288/1967 são de ordem extrafiscal, tendo em vista que traz este diploma legal um conjunto de estímulos que reduzem a carga tributária dos

agentes econômicos que atenderem a determinadas condições. De acordo com Carvalho (2005), consiste a extrafiscalidade no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatários de recursos monetários. Não cabe no escopo do presente trabalho tecer uma descrição pormenorizada dos referidos benefícios fiscais, no entanto, na busca das finalidades objetivadas na norma, faz-se necessário um breve resumo.

Trata-se em sua maior parte da redução de alíquota do tributo Imposto de Importação (II) e isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). Há ainda reduções de alíquota das contribuições Programa de Integração Social (PIS) e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), as quais apesar de serem previstas em outros diplomas legais, possuem critérios para gozo similares aos dos dois impostos referenciados. Com o fito de simplificar a exposição, não serão mencionadas exceções como a referente a bebidas alcoólicas.

Os incentivos consistem, de forma sucinta, para o agente econômico localizado na região em: redução da carga tributária (que pode chegar à ausência de qualquer recolhimento) dos tributos federais incidentes na importação de mercadorias para seu consumo interno e nos incidentes sobre a venda para o restante do país de produtos industrializados na Zona Franca. Para fazer jus a esta segunda categoria de estímulos, além da localização geográfica na Zona Franca de Manaus, o estabelecimento industrial deverá atender a algumas condições previstas no Decreto-lei N° 288/1967.

Estas se referem ao atendimento a um conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto, denominado de processo produtivo básico. Como forma de incentivar a produção regional, há um redutor na alíquota do Imposto de Importação proporcional à razão entre os valores de insumos e mão de obra nacionais e os valores totais (incluindo as importações).

Por fim, outros requisitos se referem à aprovação dos projetos que, para gozo dos benefícios, devem ser submetidos ao Conselho Administrativo da Zona Franca de Manaus. Estes consistem no cumprimento de limites anuais à importação estabelecidos na resolução probatória e que o projeto atenda aos seguintes objetivos: incremento de oferta de emprego na região; a concessão de benefícios sociais aos trabalhadores; a incorporação de tecnologias de produtos e de processos de produção compatíveis com o estado da arte e da técnica; níveis crescentes de produtividade e de competitividade; reinvestimento de lucros na região; e investimento na formação e capacitação de recursos humanos para o desenvolvimento científico e tecnológico.

É fácil vislumbrar que a principal finalidade da política pública plasmada no Decreto-lei Nº 288/1967 é o desenvolvimento econômico regional. A interpretação desta finalidade pode ser haurida tanto diretamente na forma declarada pelo legislador em seu artigo primeiro, quanto indiretamente a partir das condições postas para o gozo dos incentivos por parte dos agentes econômicos e que atuam como indutores de seu comportamento. O conjunto de estímulos premia os estabelecimentos geograficamente localizados na Zona Franca e, em especial, as indústrias que nacionalizam sua produção, substituindo importações.

Destarte, verifica-se que o problema jurídico pode ser visualizado como referente à existência de uma omissão legal: há a ausência de normas que relacionem a proteção do meio ambiente natural como um dos objetivos previstos para o modelo da Zona Franca de Manaus. Como esta finalidade da área incentivada não possui previsão na legislação que a rege, a relação entre a proteção ambiental e este modelo de desenvolvimento regional não pode ser efetuada juridicamente de forma direta. No entanto, tal fato não impede a aplicação jurídica de argumentos consequentialistas, objetos do presente estudo e doravante analisados.

Noutra banda, observa-se que a norma em comento reflete valores predominantes há algumas décadas quando a questão

ambiental era de menor importância. Há assim um contraste entre sua carga axiológica e a hoje existente tanto na sociedade como no próprio ordenamento jurídico, onde o meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sustentabilidade foram alçados a direitos expressos em nossa Carta Maior e reputados como fundamentais. Percebe-se assim uma lacuna entre os valores expressos no referido diploma legal e o sistema jurídico atual.

Tratam-se tanto o desenvolvimento quanto o meio ambiente de conceitos jurídicos indeterminados com elevado grau de abstração. Cabe assim ser efetuada a análise de sua relação tanto a partir dos valores insculpidos no Decreto-lei nº 288/1967 quanto a partir da Constituição pátria.

3. DA RELAÇÃO ENTRE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E MEIO AMBIENTE

O que é desenvolvimento? Como bem aduz Barral (2005), trata-se de uma palavra de sentido vago à qual não raramente se agregam adjetivos como “infantil” ou “regional”, criando conotações não apenas distintas, mas muitas vezes contraditórias, o que ocorre mesmo em idiomas diferentes de nossa língua pátria. Verifica-se que sua conceituação é complexa: é um termo plurissignificativo, característica que dificulta a compreensão das expressões em que é usado.

Noutro giro, aduz Diniz (2000, p. 72) que “o direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida”. É de se esperar que alterações nos conceitos utilizados nas relações entre os agentes econômicos e em políticas estatais levem a mudanças na ordem jurídica e a reflexos tanto normativos quanto valorativos para seus operadores.

Destarte, para a interpretação normativa se faz relevante uma sucinta análise dos conceitos com influência sobre os formuladores de políticas públicas, mormente as relacionadas com a relação

entre o desenvolvimento e o meio ambiente, temas em análise. Com teste fito, entende-se que há duas concepções de desenvolvimento de maior proeminência no escopo do presente estudo: a utilizada à época da elaboração do Decreto-lei nº 288 em 1967 na formulação das políticas públicas de desenvolvimento regional e o conceito atualmente de ampla aceitação de desenvolvimento sustentável.

Em relação aos valores dominantes por volta de meados do século passado, cabem ser destacados os associados à teoria econômica estruturalista surgida no âmbito da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina). Para Bercovici (2005), foi esta que fundamentou, efetivamente, a política brasileira de desenvolvimento. Noutro giro, anota que foi a ideologia desenvolvimentista da CEPAL que inspirou os estudos que levaram à Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE) e que fundamentaria a elaboração de todas as políticas brasileiras de desenvolvimento regional (concretizadas ou não) posteriormente (BERCOVICI, 2003).

A importância destas ideias pode ser corroborada por seus diversos reflexos no direito pátrio. Conforme Luis (2008, p. 44) “existe no Brasil uma cultura jurídica que incorporou o estruturalismo econômico latino-americano no centro de sua reflexão”. Aduz ainda o autor que esta tradição metabolizou a tarefa teórica e prática de pensar a superação do subdesenvolvimento em pautas concretas do direito.

Para Furtado (1986, p. 78), um de seus maiores expoentes, o “desenvolvimento compreende a ideia de crescimento, superando-a”. O crescimento, este entendido como o aumento da produção em um subconjunto econômico especializado, é abrangido pelo desenvolvimento, sendo este o mesmo fenômeno quando observado do ponto de vista de suas repercussões no conjunto econômico. Assim diferencia-se por também compreender modificações nas relações e proporções internas do sistema econômico.

Aduz ainda Furtado (1986) que o desenvolvimento se apresenta sob a forma de combinações mais produtivas dos fatores de produção. Entende que, apesar de haver uma correlação elevada entre o aumento da produtividade e o aumento do fluxo de renda real, há situações em que a expansão de renda pode frustrar-se. Por outro lado, considera desejável que o aumento de renda não se concentre nas mãos de uma pequena minoria: o incremento do salário real médio diversifica a procura (consumo), o qual constitui um motor do desenvolvimento por permitir o aproveitamento do aumento de produtividade, bem como novas inversões produtivas. Destarte, o desenvolvimento é entendido como um conceito predominantemente econômico, podendo ocorrer com a concentração da renda e, conseqüentemente, sem redução de desigualdades.

Cabem também serem tecidos breves apontamentos sobre desenvolvimento e redução das desigualdades regionais, face à importância deste célebre estudioso neste tema. Conforme as ideias para o desenvolvimento regional apontadas no relatório do Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste (GTDN) e por ele coordenado, a disparidade de renda entre o Nordeste e o Centro-Sul consistiria no mais grave problema a ser enfrentado. No documento, assevera-se que o desenvolvimento da região só é factível mediante a diversificação de sua própria produção interna, ou seja, pela industrialização. Esta teria a função de dar emprego, criar uma classe dirigente nova e fixar capitais na região (GTDN, 1967).

Como anota Barral (2005), Furtado demonstra que o desenvolvimento não se restringe a fatores econômicos. No entanto, ressalta que sua finalidade é o crescimento. Em resumo: reconhece que há influências não econômicas no desenvolvimento, mas este continua a ser identificado fundamentalmente com o desenvolvimento econômico.

Esta concepção de grande influência há algumas décadas e que pautou a criação da Zona Franca de Manaus tem sido superado por outras nos quais o aspecto econômico do desenvolvimento

reduz sua proeminência, devendo ser destacado o conceito de desenvolvimento sustentável. Seu surgimento é relativamente recente, face à sua ampla utilização atual.

Conforme Sachs (2015), apesar de seu conceito ter sido discutido na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo no ano de 1972, foi apenas em 1980 que foi introduzida formalmente. A expressão foi depois adotada e popularizada no relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, geralmente conhecido pelo nome de sua presidente como relatório Brundtland, e onde encontra-se uma definição bastante conhecida: “o Desenvolvimento Sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as próprias necessidades” (BRUNDTLAND et al, 1987, p.20).

Em complemento, também aduz Sachs (2015) que com o passar do tempo o conceito de desenvolvimento sustentável evoluiu para uma abordagem mais prática, reduzindo a importância da equidade intergeracional e aumentando a da abordagem holística, ligando o desenvolvimento econômico, a inclusão social e a sustentabilidade ambiental. Com efeito, verificando-se as declarações emitidas por ocasião das diversas conferências da Organização das Nações Unidas com temas afetos ao desenvolvimento sustentável, pode-se observar uma gradativa ampliação de seu significado.

Neste diapasão, na declaração referente à conferência sobre meio ambiente e desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, verifica-se que entre seus princípios se encontram referências à erradicação da pobreza e à proteção do ambiental como requisitos do desenvolvimento sustentável (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992). Posteriormente, em 2002, por ocasião da Cúpula sobre Desenvolvimento Sustentável realizada em Joanesburgo, foram reconhecidos, no documento referente à implementação de seus objetivos, três pilares interdependentes do desenvolvimento sustentável que se reforçam mutuamente: o

crescimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002).

Cabe ser ressaltado que para muitos as diversas acepções do desenvolvimento sustentável tornam esta expressão diferente do termo sustentabilidade. Conforme Veiga (2015), utilizar os dois como sinônimos é bastante discutível. Apesar de entender que não há uma resposta concisa simples e direta para indagações sobre o conceito de sustentabilidade, aduz que é o único valor a dar atenção às futuras gerações, ou seja a evocar a responsabilidade contemporânea pelas oportunidades, leques de escolha e direitos que nossos descendentes usufruirão.

Esta interpretação de que a sustentabilidade está ligada à responsabilidade das ações do presente frente às consequências futuras também é partilhada por Canotilho (2010). O mestre português divide o conceito de sustentabilidade em dois: o restrito e o amplo. O restrito aponta para a proteção/manutenção a longo prazo de recursos através do planejamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. Já o amplo envolve os três pilares ecológico, econômico e social, tornando-o próximo ao conceito de desenvolvimento sustentável.

Esta evolução axiológica do conceito de desenvolvimento não passou despercebida aos constituintes de nossa Carta Maior. Com efeito, elaborada décadas após o Decreto-lei nº 288, a Constituição elevou a proteção ambiental a um patamar que a torna indissociável do desenvolvimento. Neste diapasão, faz-se necessário traçar um breve panorama sobre os preceitos constitucionais relativos ao desenvolvimento regional e ao meio ambiente.

Inicialmente, observa-se que dois dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil plasmados em nossa Carta Maior são o de garantir o desenvolvimento nacional e o de reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigos 3º, incisos II e III). Em complemento, a redução das desigualdades regionais também é um dos princípios da ordem econômica, nos termos do artigo 170

de nossa Constituição. Conforme anota Grau (2010), tratam-se de princípios constitucionais impositivos, dotados de caráter constitucionalmente conformador.

O texto constitucional também apresenta disposições específicas relacionadas à redução das desigualdades regionais, em especial em seu artigo 43, o qual especifica que a União poderá, para efeitos administrativos, articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais e dispor, mediante lei complementar, sobre a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes. Conforme Silva (2009), consiste esta previsão de mecanismos que visam a efetivar tanto o princípio quanto o objetivo constitucionais de redução das desigualdades regionais.

Destarte, a Constituição da República prevê que cada organismo regional deve ter sua composição disposta por lei complementar e ter, na forma da lei, planos regionais integrantes de planos nacionais. Neste mesmo vagar, assevera Bercovici (2003, p. 226) que “os órgãos de desenvolvimento regional brasileiro são autarquias federais”. Destarte, fazem parte da administração indireta da União, responsável por planejar e implementar as políticas de desenvolvimento regional. Um exemplo é a Superintendência da Zona Franca de Manaus, criada por meio do Decreto-lei nº 288/1967. Neste diapasão, conforme Martins (2011), esta norma possui eficácia de lei complementar, por ser condicionante de lei ordinária.

De especial importância no presente estudo é o dispositivo do artigo 40 dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o qual dispõe sobre a manutenção da Zona Franca de Manaus com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais por prazo determinado. Inicialmente, foi estabelecida a vigência de 25 anos a contar da promulgação da Constituição, prazo este que foi

posteriormente prorrogado por meio de emendas constitucionais por mais 10 anos e depois por mais 50 anos.

Noutro giro, o objetivo constitucional de garantir o desenvolvimento nacional concretizado no Decreto-lei nº 288 deve ser compatibilizado com o do direito ao meio ambiente equilibrado, expressamente previsto em nossa Carta Maior e considerado fundamental. Na ordem jurídica pátria, este direito encontra-se alicerçado em um princípio consubstanciado no caput do artigo 225 de nossa Carta Maior, o qual a este se refere diretamente: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Trata-se, segundo Benjamin (2007), de direito fundamental explícito, por estar incorporado à legislação constitucional e que possui feições ora substantivas; por definir posições jurídicas, qualificar o domínio ou restringir a exploração dos recursos naturais; ora procedimentais, por se prestar à viabilização, execução ou implementação dos direitos e das obrigações materiais. Possui também estrutura bifronte, a um só tempo negativa – associado a um non facere – e positiva, isto é, um direito que comanda prestações positivas do Estado e da sociedade ambas as modalidades. Um exemplo citado é o do empreendedor para o qual exige-se que não degrade o meio ambiente (obrigação negativa) e que, na hipótese de fazê-lo ilegalmente, mitigue o dano e o repare (obrigações positivas).

Noutro giro, Derani (2008) anota que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem jurídico constitucionalmente protegido. Trata-se de um patrimônio coletivo, bem de uso comum do povo. Como tal entende que não pode ser desmembrado em parcelas individuais e que seu desfrute é claramente comunitário e reverte ao bem-estar individual.

Por vezes o direito ao meio ambiente equilibrado entra em confronto com normas que visam a garantir o desenvolvimento.

Ainda conforme Derani (2008), os princípios de estímulo ao desenvolvimento econômico, traduzidos pelo fortalecimento e expansão dos fatores de produção, pelo aumento do nível de emprego, pelo desenvolvimento da tecnologia e pelo aumento da quantidade e variedade dos produtos no mercado, estão presentes na Constituição brasileira. Entretanto, a autora pondera que um novo ângulo para se observar o desenvolvimento econômico é conformado pela presença do capítulo sobre o meio ambiente na Constituição: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se faz presente como princípio a ser respeitado pela atividade econômica. Este não se trata apenas da sustentabilidade no sentido de manutenção do modo de produção dominante, mas da introdução no rol de benefícios da atividade econômica da melhoria de qualidade de vida.

De fundamental importância no presente estudo é o princípio consubstanciado no artigo 170, VI, o qual dispõe sobre a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. De acordo com Bulos (2014), o tratamento diferenciado aí aludido deve ser considerado em termos amplos, pois não se dirige apenas à tributação das pessoas que exercem atividades nocivas ao meio ambiente.

Neste mesmo vagar, Wedy (2018) discorda da doutrina que entende ser o direito ao desenvolvimento em sentido estrito, sem o elemento sustentabilidade, um direito fundamental a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Para o autor, os objetivos fundamentais da Constituição são pressupostos para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que seria o norte para balizar o desenvolvimento sustentável. Argui que o direito ao desenvolvimento sustentável pressupõe o desenvolvimento do ser humano em toda sua plenitude, respeitando o meio ambiente como valor juridicamente tutelado, com lastro no parágrafo 2º, do artigo 5º de nossa Carta Maior, segundo o qual os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Diante do exposto, pode-se concluir com base em uma interpretação sistemática da Constituição, que o desenvolvimento não pode ser voltado apenas ao crescimento econômico. Os diversos dispositivos constitucionais que associam desenvolvimento e proteção ambiental, permitem intuir que as políticas públicas de desenvolvimento não devem se restringir somente ao povoamento de uma região ou sua simples integração econômica com o mercado nacional. Devem também incluir a concretização de princípios constitucionais tanto ambientais quanto da própria ordem econômica, que requerem a sustentabilidade e a proteção do meio ambiente como fins do desenvolvimento.

Lides relacionadas ao desenvolvimento regional na Zona Franca de Manaus não devem ser vislumbradas como tão somente restritas ao âmbito econômico ou tributário. Cabem também constar, frente aos dispositivos constitucionais, a defesa do meio ambiente, a sustentabilidade, a qualidade de vida e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Como bem assevera Barroso (2006), a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, dotada de supremacia formal e material, funcionando, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema. A omissão da legislação infraconstitucional não deve obstar a concretização dos princípios constitucionais expostos.

Destarte, a relação entre a Zona Franca de Manaus e a proteção ambiental também pode ser vislumbrada por meio da interpretação constitucional sistemática dos princípios constitucionais do desenvolvimento regional e do meio ambiente equilibrado. O argumento consequencialista que vincula a continuidade do modelo à proteção ambiental encontra guarida na Constituição, além de seu uso ser albergado também por normas infraconstitucionais.

4. CONSEQUENCIALISMO COMO NORMA DE SOBREDIREITO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

A lei nº 13.655 de 2018 criou mudanças relevantes no sistema jurídico pátrio ao acrescentar à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) novas normas de sobredireito as quais, conforme bem aduz Barroso (2015), são aquelas que não se destinam a reger diretamente as relações jurídicas, dirigindo-se antes ao intérprete, figurando como premissas conceituais ou metodológicas de aplicação de outras normas.

De especial interesse foi a introdução de um dispositivo o qual imputa ao órgão julgador (seja ele jurisdicional, administrativo ou de controle) o dever de observar “as consequências práticas” da sua decisão. Com este fito, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, passou a exigir que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Em complemento, seu parágrafo único declara que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Para Didier e Oliveira (2019), seu propósito é o de garantir a segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas. Aduzem ainda que sua relevância está em deixar claro que o julgador, em determinado cenário, deve considerar as consequências da sua decisão e, mais do que isso, deve expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, dentre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso. Conforme os autores, trata-se de um postulado normativo hermenêutico, norma jurídica que regula a forma como as outras normas jurídicas devem ser aplicadas e especificamente regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas, como a lei, o contrato ou a decisão.

Com o fito de melhor embasar o presente estudo, será efetuada uma muito concisa exposição de teorias consequencialistas com aplicação jurídica.

De acordo com Sen e William (1982), o termo consequencialismo é associado a uma teoria da ação correta, a qual afirma que as ações devem ser escolhidas com base nas situações que são suas consequências. Outra formulação desta mesma ideia efetuada por Mulgan (2001), é a de que os consequencialistas afirmam que a coisa certa a fazer em qualquer situação é o ato com as melhores consequências. Conforme Christopoulos (2014), o consequencialismo, teve três correntes com maior repercussão no Direito: o utilitarismo, o pragmatismo e a análise econômica do Direito.

Na lição de MacCormick (2008), o utilitarismo é a doutrina na qual sempre se deve agir para se maximizar o bem, qualquer este que seja ou possa ser. Deve-se obter o maior bem resultante e possível de nossas ações. Isto pode se parecer com o exercício da discricionariedade no julgamento, mas apenas no sentido de que se tem que racionalizar um caminho através de uma visão difícil e por vezes discutível do que é o melhor no todo. Uma vez que seja determinado (com confiança ou não) o que é o melhor a ser feito, esta deve ser a coisa certa a ser feita.

Cabe ser ressaltado que, conforme aduz Mulgan (2014), talvez uma das questões mais importantes dividindo os utilitaristas seja a definição de bem-estar, felicidade, utilidade ou o que faça a vida valer a pena e que acima foi chamado apenas de bem. Entende-se que um aprofundamento destes conceitos está fora do escopo do presente trabalho, porém deve ser frisado que o utilitarismo utiliza diferentes termos e definições para caracterizar o que deve ser maximizado em sua aplicação.

Ainda de acordo com Mulgan (2014), o utilitarismo seria compreendido pela junção do consequencialismo (moral de promoção de valores) com o incremento do bem-estar (onde o valor é o bem-estar humano agregado). Destarte, o consequencialismo seria não utilitarista quando maximizasse

outros valores que não sejam o bem-estar humano. Neste mesmo diapasão, aduzem Sen e William (1982), que o utilitarismo é a interseção de duas teorias: a do bem-estar, para a qual a maneira correta de atribuir valor a situações é por meio da avaliação do bem-estar, satisfação ou das pessoas obtendo o que querem e o consequencialismo, para o qual as ações devem ser escolhidas a partir de suas situações consequentes. Seria assim uma espécie de “consequencialismo do bem-estar” (*welfarist consequentialism*).

Por sua vez, conforme Christopoulos (2014, p. 49), o pragmatismo é “uma espécie de ramo da filosofia que procura observar apenas fenômenos que têm incidência prática e tem enorme influência nos sistemas jurídicos anglo saxões”. De acordo com Talisse e Aikin (2008), os pragmáticos não são guiados por princípios, mas pelo desejo de atingir seus fins – assim têm pouco interesse em abstrações, idealizações ou teorias de qualquer forma, seu foco está em tarefas práticas.

Neste mesmo diapasão, conforme Posner (1989), o pragmatismo possui três elementos essenciais. O primeiro é a desconfiança de entidades metafísicas (tais como "realidade", "verdade" ou "natureza") vistas como garantias de certeza, seja na epistemologia, na ética ou na política. A segunda é a insistência para que as proposições sejam testadas por suas consequências, em outras palavras, pela diferença que fazem – e, se não a fazem, que estas proposições sejam deixadas de lado. A terceira é a insistência em julgar nossos projetos, sejam eles científicos, éticos, políticos ou legais, por sua conformidade com as necessidades sociais ou humanas.

Para Thomas (2005), o pragmatismo legal está preparado para confiar fortemente na experiência e valoriza seu produto cumulativo em lugar de teorias abstratas e doutrinas obtusas. Por essa razão, o pragmatismo está necessariamente preocupado com as consequências práticas da lei e o cumprimento da lei sobre os requisitos e interesses das pessoas.

Conforme Posner (2003), o pragmatismo se difere de teorias consequencialistas que consideram que um ato, como uma decisão

judicial, deve ser avaliado em função das melhores consequências globais – o pragmatismo escolhe a consequência mais razoável não a melhor. Para o autor, isto o distingue do utilitarismo: enquanto este está comprometido com uma estratégia de maximizar uma classe de consequências, aquele apenas se preocupa com as consequências, incluindo as consequências para a utilidade (bem-estar).

Por outro lado, complementa Posner (2003) que não se trata sempre decidir um caso da forma que tenha as melhores consequências imediatas, sem ter em conta possíveis consequências futuras. Para o autor, um suposto juiz pragmático deve tomar a decisão mais razoável possível, considerando tudo, incluindo não apenas as consequências específicas da decisão, na medida em que possam ser discernidas, mas também a matéria jurídica, os valores do Estado de Direito, considerações psicológicas e prudenciais e muitas outras.

Noutro giro, para Gico Júnior (2013, p. 17) a análise econômica do direito é “a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito”. A expressão está associada à aplicação do ferramental econômico às circunstâncias em que normalmente não se associam questões econômicas. Um exemplo do mal-uso da locução é no cálculo de lucros cessantes e danos emergentes, onde o uso da teoria econômica é esperado. Por outro lado, alguns exemplos corretos de sua aplicação seriam no uso do ferramental da economia para reduzir o número de apelações ou na concretização de direitos fundamentais. Ainda conforme Gico Júnior (2013), a análise econômica do direito se preocupa com dois tipos de questões básicas: (i) quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada.

Em artigo seminal sobre o tema, Coase (1960) aduz que é desejável que as cortes entendam as consequências econômicas de suas decisões e que devam, até onde seja possível sem criar incertezas sobre a posição legal, levar estas consequências em

consideração ao elaborá-las. Este modo de decidir pode ser visto como uma forma de pragmatismo. Com efeito, conforme Thomas (2005, p. 311), “a análise econômica é ostensivamente pragmática”. Do mesmo modo, Posner (1989) afirma que a análise econômica e o pragmatismo são totalmente e frutuosa e compatíveis.

Após a distinção entre estes conceitos, pode-se aprofundar a interpretação da norma plasmada no já referido artigo 20 em comento, a qual cria para os julgadores na esfera administrativa, judicial e de controle o ônus de considerar as consequências práticas quando sua decisão for fundada em valores jurídicos abstratos. Questão de interesse se refere à caracterização e aplicação das expressões “consequências práticas” e “valores jurídicos abstratos” para a correta interpretação do conteúdo normativo.

Em relação à aplicação das consequências práticas, observa-se que o dispositivo traz o mandamento de que os efeitos práticos sejam considerados na decisão sempre que valores jurídicos abstratos a fundamentem. Claramente, não se trata da promoção destes valores e sim da exigência da prognose de suas consequências, inclusive em face das possíveis alternativas, conforme especificado no parágrafo único da norma em tela. Trata-se assim não do uso do utilitarismo e da maximização do bem-estar e sim de uma análise consequencialista, a qual se aproxima do pragmatismo, inclusive com o possível uso da análise econômica do direito. Esta é a opinião de doutrina abalizada.

Conforme aduz Justen Filho (2018), o referido artigo não proíbe a invocação a valores abstratos como fundamento decisório. Determina, no entanto, a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas de sua aplicação. Para o autor, a previsão dos efeitos práticos da solução adotada é indispensável para verificar a compatibilidade entre a decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato.

Neste mesmo vagar, Justen Filho (2018) também aduz que esta projeção dos efeitos deve ser efetuada em relação aos possíveis cenários resultantes da decisão e que se deve usar o raciocínio

lógico, fundado no conhecimento técnico-científico e na experiência social. Ressalta ainda o autor que a consideração aos efeitos práticos da decisão deve obrigatoriamente constar da motivação do ato, nos termos do parágrafo único do dispositivo, o que seria uma condição para sua validade, sempre que existir uma referência a um valor abstrato nas esferas administrativa, judicial ou de controle. Em complemento, como disposto na referida regra legal, a validade da decisão também depende da expressa avaliação das diversas alternativas, levando em consideração os diversos ângulos da necessidade e da adequação

Noutro giro, de acordo com Didier e Oliveira (2019), o caput do artigo 20 em estudo inaugura, em termos dogmáticos, o postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto. Para o autor, a menção às consequências práticas remete ao uso do pragmatismo na decisão. “o pragmatismo jurídico é construção doutrinária que passa, agora, a ter o status de norma jurídica” (DIDIER e OLIVEIRA, 2019, p. 153).

Em complemento, os autores identificam também o dever específico de motivação na norma em comento: além da consideração das consequências, há a exigência de que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar até elas. Conforme interpretação do parágrafo único do artigo 20, Didier e Oliveira (2019) aduzem que o julgador deve esclarecer quais sentidos podem ser extraídos do texto normativo e quais são as consequências práticas a que cada um pode levar; bem como deve justificar a solução dada à luz da proporcionalidade (necessidade e adequação) e das possíveis alternativas decisórias.

Por sua vez, em relação à locução valores jurídicos abstratos, Justen Filho (2018) parte da averiguação dos fins desta expressão legal para delimitar seu conceito. Para o autor, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aperfeiçoa o processo de aplicação do direito pelas autoridades competentes em

um esforço para corrigir alguns problemas oriundos de um grande número de normas gerais e abstratas. Dentre estes óbices, cita a elevação da insegurança jurídica provocada pela invocação de fundamentos genéricos e indeterminados, pela ausência da avaliação dos efeitos concretos da decisão e pela ocultação de escolhas subjetivas potencialmente arbitrárias.

Ainda conforme este doutrinador, em relação a valores jurídicos abstratos, a norma em tela não impede que estes fundamentem decisões, mas exige um processo de concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos. Aduz que sua dimensão abstrata permite a utilização em formulações genéricas com múltiplos sentidos, como por exemplo ocorre com o termo “Justiça” na expressão “o direito é orientado à realização da Justiça” – não há neste uso conteúdo próprio no vocábulo para sua interpretação. Tal fato permitiria patologias como decisões arbitrárias e pessoais da autoridade sem claras justificativas. Faz-se necessário indicar o modo como o valor abstrato se aplica para dar fundamento a uma dentre diversas interpretações possíveis. Dessarte, a expressão valores jurídicos abstratos designaria termos com multiplicidade de sentidos e uma pluralidade de soluções relativamente à vida real.

Noutro giro, Didier e Oliveira (2019) tecem uma crítica a esta locução, a qual é entendida como dogmaticamente sem sentido, posto que no Direito pátrio as decisões dos julgadores são tomadas a partir de normas legais, não de valores. Em sua interpretação, a expressão valores jurídicos abstratos deve ser utilizada para designar apenas os princípios normativos enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto. Filia-se o presente trabalho a este entendimento, considerado com bons alicerces.

Em particular, os autores argumentam que tendo em vista o objetivo do dispositivo de garantir maior segurança jurídica exigindo maior esforço argumentativo do julgador e conseqüentemente maior qualidade de sua fundamentação, sua aplicação deve ser voltada para estes princípios, onde a insegurança

e a preocupação são mais presentes. Entendem também que as regras já trazem em seu bojo as consequências (faculdades, obrigações ou proibições) da ocorrência, no plano fenomenológico, de certo fato ou conjunto de fatos, não havendo assim razão para que os juízes determinem suas consequências práticas. Tal característica não ocorreria com os princípios, para os quais aduzem que estabelecem uma finalidade a ser alcançada sem necessariamente especificar a forma de alcançá-la.

Em complemento, Didier e Oliveira (2019) afirmam que exigir do julgador a realização da prognose das consequências práticas da decisão ao se deparar com qualquer conceito vago – enunciado em princípios ou em regras – terminaria por inviabilizar a sua atividade, dada a profusão com que estes se encontram na legislação brasileira, dentre os quais aponta alguns exemplos tais como “erro grosseiro”, “verdade” ou “interesse público”. Pugnam assim por uma interpretação mais restrita que abrangeria apenas princípios de maior grau de abstração.

Cabe ainda ser ressaltado que a expressão valores jurídicos abstratos se diferencia da locução conceitos jurídicos indeterminados utilizada no Código de Processo Civil e também relacionada ao incremento da segurança jurídica. Com efeito, o inciso II do parágrafo primeiro do artigo 489 da lei nº 13.105, veda que na fundamentação de sentença, decisão interlocutória ou acórdão, sejam empregados conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Esta expressão traz conceitos mais abrangentes do que os trazidos pela interpretação de “valores jurídicos abstratos”: o termo “abstrato” nesta expressão traz uma ideia da ausência de densidade do valor quando comparado com outros, ao passo que o termo “indeterminado” traz uma qualificação de dubiedade, imprecisão.

Neste diapasão, conforme Theodoro Júnior et al. (2015) na referida regra do Código de Processo Civil o uso conceitos como “boa-fé”, “boa-fé objetiva”, “dignidade da pessoa humana” ou “função social” tem de estar atrelado às especificidades do caso concreto. Em complemento, aduz Didier e Oliveira (2019) que

para os conceitos vagos já existe a exigência de fundamentação de que trata o já mencionado dispositivo do art. 489, §1º, II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, verifica-se que a regra de sobredireito do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressa que justificativas consequencialistas para decisões nas esferas administrativas, judiciais ou de controle devem ser consideradas, mesmo sem estarem albergadas por diplomas legais, sempre que valores jurídicos abstratos sejam utilizados em sua fundamentação. Observa-se que este dispositivo possui especial importância para a Zona Franca de Manaus, tanto em razão do argumento consequencialista que vincula sua continuidade à preservação ambiental, quanto a valores abstratos que podem ser identificados em dispositivos constitucionais atinentes ao modelo de desenvolvimento regional.

5. ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS E A ZONA FRANCA DE MANAUS

Como já mencionado, pode ser observado um frequente uso político do argumento de que a Zona Franca de Manaus possui dentre seus efeitos a redução da degradação do meio ambiente natural da Amazônia. Neste diapasão, aduz Brianezi (2013) que a vinculação entre a atividade industrial em Manaus e os relativamente baixos índices de desflorestamento no Amazonas é antiga. Este discurso apresenta diversas vantagens para a legitimação do modelo.

Tem-se que as grandes áreas de florestas preservadas são restritas à Amazônia, não podendo assim estados de outras regiões utilizar o mesmo argumento. Baseia-se também em uma inferência fácil de ser entendida: a de que os empregos gerados pelo modelo da Zona Franca de Manaus diminuem a pressão sobre os demais municípios do estado do Amazonas, evitando o desmatamento, ao concentrar na capital os investimentos e os trabalhadores. Outra vantagem é a necessidade permanente de manutenção das áreas

preservadas, o que permite a defesa da continuidade do modelo da Zona Franca.

Neste diapasão, ainda conforme Brianezi (2013), a associação entre o Polo Industrial de Manaus e a preservação da Amazônia foi o segundo tema mais explorado pelos discursos efetuados no Congresso Nacional pelos deputados e senadores da bancada do estado do Amazonas entre 2007 e 2010, sendo superado apenas por discursos contrários a normas que ameaçam os incentivos fiscais da Zona Franca. A relação entre o modelo de desenvolvimento regional e a proteção ambiental também possui embasamento em estudos científicos.

Conforme Rivas et al. (2009), a existência da Zona Franca e de seu polo industrial colaborou com a redução de aproximadamente 85% do desmatamento em Manaus, evitando a perda de uma área florestada equivalente a 5,2 mil quilômetros quadrados em 1997, e atenuou o desmatamento no estado do Amazonas dentro de uma faixa de 70% a 77% no período de 2000 a 2006 em relação ao que poderia ter ocorrido em sua ausência.

Neste mesmo vagar, de acordo com Holland et al. (2019), a expansão do emprego na indústria dos municípios da Zona Franca de Manaus entre 2010 e 2015 está negativamente correlacionada ao aumento do desmatamento no Estado do Amazonas, sendo esta relação pequena, porém significativa: a cada aumento de 1% na população ocupada formalmente na indústria, observou-se uma redução de 0,056% no desmatamento no Estado do Amazonas.

Noutro giro, verifica-se que a relação entre a Zona Franca de Manaus e a preservação ambiental também possui implicações jurídicas. Conforme razões já expostas, a partir de uma interpretação sistemática da Constituição, verifica-se que os objetivos constitucionais de reduzir as desigualdades regionais e de garantir o desenvolvimento nacional devem ser compatibilizados com o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Dessarte, mesmo diante da omissão normativa infraconstitucional no Decreto-lei nº 288/1967 sobre objetivos ou requisitos

ambientais do modelo de desenvolvimento regional, não há como este deixar de abranger a questão ambiental.

Em complemento, a regra de sobredireito do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também fundamenta a utilização do argumento em comento com o viés consequencialista de que alterações prejudiciais à Zona Franca de Manaus podem ter implicações em degradação ambiental. Este dispositivo possui especial importância em razão do artigo 40 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); o qual dispõe sobre a manutenção da Zona Franca de Manaus com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais; possibilitar diversas e diferentes interpretações de incidência em normas infraconstitucionais, mormente tributárias, tendo valores jurídicos dotados de abstração.

Aduz Martins (2005) que esta disposição constitucional deve ser interpretada não no sentido de que a legislação pretérita é mantida tal qual conformada no momento de promulgação da nova Carta e que, a partir daí poderão os Poderes Públicos das diversas entidades federativas criar o que bem entenderem. A correta exegese deve ser a de que é mantida a Zona de Livre Comércio, com suas características, vale dizer, com o mesmo tratamento incentivado, sem que a legislação atual possa anulá-lo, valendo-se, para tanto, dos mesmos tributos então existentes ou de outros tributos. Entende assim que retirar incentivos é proibido pelo dispositivo, sendo permitido o usufruto de novos incentivos.

Cabe ainda ser interpretado o parágrafo único do referido artigo 40 do ADCT, o qual dispõe que somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus. De acordo com Martins (2012), o Supremo Tribunal Federal por diversas vezes assentou que os critérios modificativos aludidos por este dispositivo constitucional só podem ser procedimentais, mas nunca para a redução ou a eliminação de estímulos. Conclui assim que a correta interpretação destes critérios é de que abrangem

apenas procedimentos, aqueles que disciplinam a aprovação dos projetos e não os que se referem à própria natureza e extensão dos estímulos.

Neste diapasão, ainda conforme a lição de Martins (2012), tem sido nítida e cristalina a postura da Suprema Corte em assegurar os incentivos, mesmo diante de alterações da legislação que formata a Zona Franca. De acordo com o autor, a decisão que orientou as demais sobre o tema no Egrégio Tribunal foi a proferida no julgamento da medida cautelar referente à Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 310-1 ocorrido em outubro de 1990, no qual se considerou que convênios interestaduais de ICMS posteriores à Constituição de 1988 eram plausíveis de ofensa às disposições do já referido art. 40 do ADCT (MARTINS, 2005).

Conforme a ementa do acórdão de julgamento do referido feito ocorrido em 2014 pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, o quadro normativo pré-constitucional de incentivo fiscal à Zona Franca de Manaus constitucionalizou-se pelo art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Dessarte, a interpretação de nossa Corte Suprema é de que as normas referentes aos incentivos da Zona Franca de Manaus vigentes e anteriores à Constituição de 1988, são materialmente constitucionais.

Apesar desta posição do Supremo Tribunal Federal, observa-se que ocorreram diversas lides em que foi suscitada a redução dos incentivos fiscais da Zona Franca de Manaus. Neste diapasão, verifica-se que há julgados em que o Pretório Excelso utilizou-se do argumento consequencialista que associa o modelo de desenvolvimento regional à preservação ambiental em suas decisões. Com efeito, verifica-se seu uso mesmo antes da introdução da regra de sobredireito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que passou a exigir a consideração das consequências práticas em julgados fundamentados em valores jurídicos abstratos.

No relatório referente ao julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade Nº 2348 ocorrido no ano de 2000, a qual tratou de dispositivos da Medida Provisória Nº 2037-23 que

teriam efeitos sobre os incentivos fiscais de PIS e de COFINS referentes à Zona Franca de Manaus, asseverou o relator, Ministro Marco Aurélio, sobre a hipótese de inexistência de atrativos para a instalação de empresas no Estado do Amazonas, que “não haveria como alcançar-se os objetivos previstos para a Zona Franca de Manaus – em última análise, a preservação ambiental, dando à população meios de lograr a própria subsistência, sem prejuízo para a floresta que garante o Estado” (BRASIL, 2003, p. 279).

Da mesma forma, no acórdão referente ao julgamento ocorrido no ano de 2007 da medida cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3936-9, proposta pelo governador do Estado do Amazonas e a qual tratou de lei do estado do Paraná referente ao tributo ICMS que afetaria os incentivos da Zona Franca de Manaus, o relator, Ministro Gilmar Mendes, reproduziu trechos da peça inicial os quais afirmam que a Zona Franca de Manaus é o único projeto de desenvolvimento econômico e social implantado pela União na Amazônia Ocidental e que contribui de forma decisiva para preservação da floresta úmida no Estado e para a integração deste ao espaço político e econômico brasileiro (BRASIL, 2007).

Em julgado mais recente referente ao Recurso Extraordinário 596.614, com repercussão geral e atinente ao aproveitamento de créditos do tributo IPI em vendas à Zona Franca de Manaus, o argumento consequencialista ambiental associado à manutenção dos incentivos da Zona Franca de Manaus foi mencionado por diversos ministros. Neste diapasão, o Ministro Dias Toffoli citou que “o Estado do Amazonas tem 99% de sua cobertura vegetal porque optou por um modelo econômico de desenvolvimento que preservou a Selva Amazônica” (BRASIL, 2019, p. 55). Da mesma maneira, a Ministra Rosa Weber aduz, a respeito do desenvolvimento fomentado pela Zona Franca de Manaus, que “é interesse da federação como um todo, pois este desenvolvimento é, na verdade, da nação brasileira, bem como a preservação ambiental e a própria integração nacional” (BRASIL, 2019, p.68). Também afirma, sobre os incentivos fiscais à região, que “o constituinte

explicitamente quis conceder a uma área que julgou merecedora, seja em razão de um menor desenvolvimento econômico histórico, seja para facilitar a preservação do meio ambiente” (BRASIL, 2019, p. 81).

Por sua vez, ainda no mesmo julgado, menciona o Ministro Ricardo Lewandowski, sobre a Zona Franca de Manaus que “trata-se de uma das mais bem sucedidas estratégias de desenvolvimento regional do mundo, que alia o progresso econômico à proteção ambiental, proporcionando melhor qualidade de vida às suas populações” (BRASIL, 2019, p. 113). Neste mesmo diapasão, aduz a Ministra Carmen Lúcia que “é evidente a necessidade de se levar em consideração as consequências de um julgamento, no plano político, no plano econômico e no plano social, especialmente porque temos, neste caso, a Floresta Amazônica e uma região do País que precisa ser desenvolvida” (BRASIL, 2019, p.110).

Diante do exposto, verifica-se que é feito uso do argumento consequentialista ambiental em lides judiciais envolvendo os incentivos da Zona Franca de Manaus, mesmo sem a menção direta à norma de sobredireito que requer sua aplicação diante de fundamentações com uso de valores jurídicos abstratos. A relação entre a Zona Franca de Manaus e a preservação ambiental também possui reconhecimento jurídico e deve ser utilizada em sua defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Instituída há várias décadas visando ao povoamento e ao crescimento econômico da região de sua abrangência, a Zona Franca de Manaus possui fins descritos em uma legislação infraconstitucional vetusta, a qual não contempla valores ambientais. No entanto, há uma constante vinculação de seus efeitos à proteção da Amazônia, a qual tem sido corroborada por pesquisas científicas.

A reflexão sobre a carga axiológica vinculada ao desenvolvimento regional vigente à época de sua criação e a que

hoje é haurida tanto na sociedade quanto no próprio ordenamento jurídico pátrio, levam a uma reanálise desta lacuna legislativa. Percebe-se uma omissão no silêncio dos dispositivos legais que regem esta área incentivada sobre seus fins e efeitos ambientais, mormente no Decreto-lei nº 288, sua principal norma.

Como demonstrado, o ideário associado à redução das desigualdades regionais passou por grandes mudanças nas últimas décadas, tanto em sua aplicação jurídica quanto na formulação e implementação de políticas públicas. Inicialmente relacionado principalmente ao aumento da produção e da renda, o conceito de desenvolvimento, mormente após a Constituição Cidadã de 1988, passou a abranger valores como sustentabilidade, redução de desigualdades e proteção ambiental.

Garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais e regionais constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme expresso em nossa Carta Maior. Por outro lado, o texto constitucional também assegura a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, conferindo ao Poder Público e à coletividade a atribuição de defendê-lo e equilibrá-lo para as presentes e as futuras gerações. A partir deste quadro, clara se torna a necessidade de se criar e preservar formas de compatibilização do direito ao desenvolvimento que não ponham em risco o meio ambiente.

Em complemento, a norma de sobredireito plasmada no artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), passou a requerer justificativas das consequências práticas das decisões sempre que forem fundadas em valores jurídicos abstratos. Em virtude de diferentes interpretações, mormente tributárias, sobre a aplicação do dispositivo constitucional do artigo 40 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) o qual mantém por prazo determinado as características da Zona Franca de Manaus anteriores à Constituição, observa-se que possui abstração suficiente para embasar o requisito de justificação das

consequências práticas de decisões judiciais, administrativas ou de controle.

Destarte, o argumento consequencialista que vincula o fim ou redução dos incentivos da Zona Franca de Manaus a um aumento da degradação ambiental, ganha importância. Com efeito, além de seu frequente uso na esfera política em defesa do modelo de desenvolvimento regional e de trabalhos acadêmicos que o embasam, há decisões judiciais de nossa Corte Suprema que associam a continuidade dos incentivos fiscais à preservação do meio ambiente natural amazônico.

Finalmente não se pode esquecer que o modelo desenvolvimentista focado no crescimento econômico é voltado apenas para o presente. Danos ao meio ambiente têm o condão de se perpetuar no tempo, deixando um legado prejudicial que se refletirá no futuro. A inclusão de fins ambientais ao modelo de incentivos permite proteger os interesses das próximas gerações.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber Oliveira. Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BENJAMIN, ANTONIO H VASCONCELLOS E; FERREIRA, HELINE SIVINI; CANOTILHO, JOSE JOAQUIM GOMES; et al. In: Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 57–130.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Desigualdades regionais, estado e constituição. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2348. Requerente: Governador do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 7 de dezembro de 2000. Diário da Justiça. Brasília, 07 nov. 2003. v. 2131, p. 266-359. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347557>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3936-9. Requerente: Governador do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de setembro de 2007. Diário da Justiça. Brasília, 09 nov. 2007. n. 139, p. 215-235.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 596.614. Reclamante: União. Reclamado: Morlan S/A. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 24 de abril de 2019. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 20 set. 2019. n. 204. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341201312&text=.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRIANEZI, Thaís. O deslocamento do discurso sobre a Zona Franca de Manaus: do progresso à modernização ecológica. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Ambiental (PROCAM) da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutora em Ciência Ambiental. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/90/90131/tde-27052013-151127/en.php>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

BRUDTLAND, Gro Harlem; MANSOUR, Khalid; SUSANA, Agnelli; et al. Our common future. [s.l.]: Organização das Nações Unidas, 1987.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito

Constitucional. *Tékhnē-Revista de Estudos Politécnicos*, n. 13, p. 07–18, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/23489>>. Acesso em: 16 set. 2014.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: *Classic papers in natural resource economics*. [s.l.]: Springer, 1960, p. 87–137.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2008.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 75, p. 143–160, 2019.

DINIZ, Clélio Campolina. Celso Furtado e o desenvolvimento regional. *Nova Economia*, v. 19, p. 227–249, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FURTADO, Celso Monteiro. *Teoria e política do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

GICO JÚNIOR, Ivo T. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 160, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GTDN. Uma política de desenvolvimento econômico para o Nordeste. 2. ed. Recife: Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste, 1967.

HOLLAND, Márcio; GURGEL, Ângelo; CERQUEIRA, Cláudia; et al. Zona Franca de Manaus: impactos, efetividade e oportunidade. 2019. Disponível em: <https://eesp.fgv.br/sites/eesp.fgv.br/files/estudos_fgv_zonafranca_manaus_abril_2019v2.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 13–41, 2018.

LUIS, Alessandro Serafim Octaviani. Recursos genéticos e desenvolvimento: os desafios furtadiano e gramsciano. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MACCORMICK, Neil. *Practical reason in law and morality*. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2008.

MARTINS, Gandra. Inteligência do artigo 40 do ADCT DA Constituição Federal. *Circulus: Revista da Justiça Federal do Amazonas*, v. 3, p. 23–32, 2005.

MARTINS, Ives Gandra. TELEOLOGIA DOS INCENTIVOS FISCAIS APROVADOS PELA SUFRAMA. *Revista CEJ*, v. 15, n.55, p. 6–10, 2011.

MULGAN, Tim. *The demands of consequentialism*. Oxford : New York: Clarendon Press ; Oxford University Press, 2001.

MULGAN, Tim. *Understanding utilitarianism*. [s.l.]: Routledge, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Plan of implementation of the World Summit on Sustainable Development. 2002. Disponível em: <https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Rio declaration on environment and development. 1992. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/1709riodeclarationeng.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

POSNER, Richard A. Law, pragmatism, and democracy. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2003.

RIVAS, Alexandre; MOTA, José Aroudo; DA COSTA MACHADO, José Alberto. Instrumentos econômicos para a proteção da Amazônia: a experiência do Polo Industrial de Manaus. Curitiba: Editora CRV, 2009.

SACHS, Jeffrey D. A era do desenvolvimento sustentável. 1. ed. Lisboa: ConjunturaActualEditora, 2015.

SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (Orgs.). Utilitarianism and beyond. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1982.

SERÁFICO, José; SERÁFICO, Marcelo. A Zona Franca de Manaus e o capitalismo no Brasil. Estudos Avançados, v. 19, n. 54, p. 99–113, 2005.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 6a. ed., atualizada até a Emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2009.

TALISSE, Robert B.; AIKIN, Scott F. Pragmatism: a guide for the perplexed. London ; New York: Continuum, 2008. (Continuum guides for the perplexed).

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico . 3. ed. São Paulo: Grupo Gen-Método, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. [s.l.: s.n.], 2015.

THOMAS, E. W. The judicial process: realism, pragmatism, practical reasoning, and principles. Cambridge [England] ; New York: Cambridge University Press, 2005.

VEIGA, José Eli da. Para entender o desenvolvimento sustentável. [s.l.]: Editora 34, 2015.

WEDY, Gabriel. Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2018.

[121] Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla la Mancha, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001).

[122] Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Processo Civil pelas Faculdades Damásio. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas.

DA COMUNICAÇÃO DE ATOS NO PROCESSO CIVIL: DILEMA DO ACESSO À JUSTIÇA DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Valéria Silva Galdino Cardin¹²³

Jhonatan da Silva Sousa¹²⁴

1. INTRODUÇÃO

Há uma série de estudos que indicam fatores que levam pessoas a se tornarem moradores de rua, em especial poder-se-ia apontar o alcoolismo e/ou uso de drogas, perda de emprego e, como frequentemente ocorre, conflitos familiares ou sociais. Em estudo desenvolvido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a fim de produzir cartilha explicativa para defesa processual dos direitos das pessoas em situação de rua, constatou-se que somente uma parcela das mesmas porta consigo algum documento de identificação pessoal.

Sob o prisma jurídico, surge o primeiro dilema na busca da efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, em especial ao respeito às diretrizes da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza e das desigualdades regionais, ambos insculpidos como princípios norteadores da ordem constitucional.

Hodiernamente, a definição de pessoa em situação de rua é dada pelo Decreto Federal n. 7.053/2009, assim, têm-se uma série de regramentos jurídicos e diretrizes para o direcionamento de políticas públicas voltadas a efetivar direitos dessa população, inclusive o de ter acesso jurisdicional e material à justiça.

Como localizar pessoas em situação de rua para comunicação de atos procedimentais, ou seja, do desenvolvimento do processo

em si?

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar as possibilidades ofertadas para que um morador de rua possa de fato ter acesso ao Poder Judiciário, em busca da efetivação de seus direitos fundamentais. Nesse sentido, houve uma pesquisa bibliográfica, bem como a utilização do método de análise indutiva dos programas já ofertados pelo Estado em função deste propósito.

Por fim, quando da observação desses programas e das centrais focadas na ajuda dessa população, buscou-se verificar a sua consumação no plano fático de representação dos moradores de rua e construção processual voltada a sua participação ativa no processo judicial. Apesar dos esforços de programas governamentais específicos, como é o caso do Centro de Referência Especializado para População em Situação de Rua (CENTRO POP), ainda não há um cadastramento efetivo para a localização de pessoas em situação de rua, o que comumente inviabiliza a defesa processual daquelas, gerando anulação de diversos processos por falta de citação ou por abandono das demandas causadas pelo não acompanhamento das intimações.

2. DA CITAÇÃO E INTIMAÇÃO COMO PRINCIPAIS FERRAMENTAS PARA A COMUNICAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS CIVIS

Ao se instaurar qualquer procedimento deve-se identificar quem são as partes, o direito material e o local onde se pode encontrá-las com maior facilidade possível, neste sentido no caso de ser parte pessoa em situação de rua, não há cadastro efetivo que supra tal dificuldade processual, frise-se a existência de cadastro único social, também com tal intuito, porém com baixa efetividade (CIMOS; MINISTÉRIO, 2015). Este fato muito influencia sobre a consumação do direito de tais pessoas, restando a indagação: como localizar pessoas em situação de rua?

Assim, a comunicação dos atos processuais é um pressuposto que interfere sobre a instauração da relação processual, criando os ônus e as faculdades processuais, sendo que o réu só se sujeitará a

uma sentença de mérito, após a citação; bem como o prazo dos atos começa a fluir somente após a intimação em despacho, daí a importância da comunicação dos atos processuais (DONIZETTI, 2016).

Entendimento dominante prevê que a citação processual constitui requisito de existência e validade do processo, sendo o ato pelo qual o juiz chama ao processo o interessado para integrar a relação jurídico-processual; conjuntamente, a intimação é espécie de notificação sobre os atos e termos processuais, estabelecidos de forma lógica e cronológica dentro do processo (BUENO, 2016, p. 227-234).

A problemática envolve questão atinente a comunicação de atos processuais e em como localizar pessoas em situação de rua para notificá-las do processo em si e de seu transcorrer, tendo em vista albergarem-se em determinados espaços públicos ou logradouros degradados (BRASIL, 2009)¹²⁵, são praticamente incomunicáveis.

Quanto a citação, com maior frequência, pessoas em situação de rua são réus em demandas processuais, caso este em que não sendo encontradas têm-se o posicionamento dominante de que o processo pode ser passível de anulação, esse inclusive foi o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, após pedido da defensoria pública, ao julgar processo em que era réu pessoa em situação de rua (TJ-SP, 2016).

O dilema se intensifica ao falar-se em não atendimento a intimação pessoal para prosseguimento do feito, o que configura abandono, após certo prazo. Isto é claro, diante da inércia do Ministério Público ou da defesa do morador de rua.

Isto na prática é fato que esta incessantemente sendo combatido pelas Defensorias Públicas, órgãos por excelência e norma constitucional garantidores dos preceitos de orientação, assistência jurídica e promoção de direitos humanos (BRASIL, 1988). Além disso, o desempenho destes órgãos expõe fatos jurídicos que são recorrentemente levados ao poder judiciário que envolvem pessoas em situação de rua, são elas: questões ligadas ao

direito de família, área criminal e direitos fundamentais (DEFENSORIA, 2015).

3. DA LOCALIZAÇÃO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: LIMITE AO ACESSO À JUSTIÇA?

Em relação ao princípio de acesso à justiça, pode-se afirmar que o mesmo não traduz somente a possibilidade de ingresso às vias judiciais para solução de um conflito, muito mais que isto, este importante princípio deve ser efetivado em todo transcorrer processual. Aliás, o conceito de efetividade demonstra certa inexatidão, sendo uma barreira a ser transposta socialmente, inclusive em vias judiciais em que diversos fatores estão presentes para influenciar sobre uma demanda como o aporte financeiro, *status* social e educação dos litigantes (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8).

Isto, deixa claro que em função de características pessoais há uma influência positiva ou negativa sobre o direito e os resultados objetivados com o processo, levando em conta que a população de rua surge em decorrência de um contexto social que diariamente viola direitos deixando indivíduos em situação de pobreza absoluta, têm-se as mesmas como enquadradas dentro de tais preceitos seja positiva ou negativamente favoráveis ao direito pleiteado.

Esta situação de desamparo social levou o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome em 2015 a elaborar um guia para um sistema de cadastramento único em programas sociais para pessoas em situação de rua. Este sistema intensificou e facilitou a interação da população de rua com políticas públicas (CIMOS; MINISTÉRIO, 2015, p. 16-19).

Porém, dúvida latente é sobre como o cadastro único poderia contribuir para a localização de pessoas em situação de rua? A resposta é dada pelo próprio guia, qual seja: monitoramento constante para atualização de informações dessas pessoas (CIMOS; MINISTÉRIO, 2015, p. 23).

Outra indagação, refere-se sobre a efetividade de tal sistema para o acesso à justiça em possíveis demandas a serem propostas ou já em curso, sendo que a resposta é que em nenhum momento há a menção de viabilização do acesso à justiça por pessoas em situação de rua, ao menos é citada a palavra “justiça” dentro do guia. Este fato revela a influência que o contexto pessoal e social em que se enquadra esta população reflete sobre a possibilidade de busca por justiça, como anteriormente suscitado.

O preconceito para com a população em situação de rua se intensifica com o fato de que estas pessoas são progressivamente hostilizadas em favor de uma pretensa segurança pública e interesses estatais, bem como de um rito de passagem para critérios de intolerância e violência explícita contra tal população, estes fatores são cruciais para a impossibilidade de diagnóstico das demandas e localização de tais pessoas que se sentem paulatinamente marginalizadas e sofrem “desterritorialização” contínua dentro do meio social que se inserem (VALENCIO; PAVAN; SIENA; MARCHEZINI, 2008, p. 570-572).

Dentro de um contexto social em que a população em situação de rua é uma realidade, diversos fatores contribuem para a impossibilidade e limitação do direito de acesso à justiça, sendo impossível elencar somente a dificuldade em sua localização como fator principal. Ou seja, há uma gama extensa de outros fatores que contribuem diariamente para que tal população sofra abusos e violações em seus direitos e não tenha recursos pessoais para buscar sua restituição, o que indiretamente influi sobre o fato de estarem sempre em movimento e, adquirindo por consequência, certa invisibilidade social e receio quanto a uma possível social.

4. DA EFICÁCIA INSTRUMENTAL DA INFORMAÇÃO JURÍDICA PARA AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Como é de praxe, o combate à informalidade das pessoas em situação de rua passa necessariamente pela informação assistencial e jurídica. Isto se dá, principalmente, em decorrência dessa

população ignorar ser titular de direitos de cunho humano, inerentes ao seu ser, assim é plausível que para a manutenção do combate à informalidade o instrumento necessário é a informação, está com intuito de fortalecer a consciência e autodeterminação de pessoa cidadã (RIBAS, 2015, p. 188).

O direito à informação, em termos processuais ligados as pessoas em situação de rua, é um corolário importante como ferramenta para que as mesmas conscientizem-se das consequências dos termos e atos processuais em si, e das consequências materiais de se subjugarem a não ter seu direito de acesso à justiça efetivado.

Nesse contexto, a educação voltada a conscientização em direito é o fator decisivo para que a população em situação de rua mantenha-se em constante busca de uma fuga a sua atual alocação social, ou seja, a concepção de ser cidadão traz consigo, além da perspectiva de ter direitos e poder defendê-los em juízo, a noção de seu espaço e função dentro do meio social em que está inserido (RIBAS, 2015, p. 188).

Para tanto, é dever do Estado fomentar políticas públicas de conscientização em massa que contribuam de maneira significativa para a formação de uma educação cidadã tanto no âmbito de pessoas estruturadas socialmente quanto em função de pessoas em situação de menor favorecimento. Tudo isto, junto à própria limitação do poder estatal que frente a “[...] inexistência de uma efetiva política pública somada ao histórico de violações de direitos praticados pelo próprio Estado são dois fatores que colaboram para que a população em situação de rua tenha negados os direitos mais básicos como alimentação, higiene pessoal e integridade física.” (CARVALHO; RIBAS; MAYOR, 2017)

Recentemente, em ato louvável, a defensoria pública da União editou a portaria GABDPGF DPGU nº 666, de 31 de maio de 2017, no intuito de abarcar maior acesso à justiça e informação jurídica às pessoas em situação de rua, dispondo logo em seu primeiro artigo que o “[...] atendimento jurídico à população em situação de rua, prestado pela Defensoria Pública da União, será

prioritário, sem necessidade de agendamento e, sempre que possível, realizado por equipe multidisciplinar” (DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, 2017)

Ocorre que, na sistemática processual, muitas vezes há a exigência de que os sujeitos devem estar qualificados corretamente com dados informados e consubstanciados processualmente. Isto, observando o problema habitacional e revendo a política de urbanização que envolve pessoas em situação de rua (GONÇALVES, 2015, p. 10), cria-se um núcleo populacional que não tem acesso aos meios informacionais necessários para compreensão de que para efetivação do direito por meio do processo, na maioria dos casos pleiteados em busca de moradia, deve ser vinculado ao pleno conhecimento e atendimento as exigências judiciais.

5. CONCLUSÃO

Para que seja efetivado o direito de acesso à justiça por pessoas em situação de rua, vários fatores devem estar predispostos para que este intento faça surgir algum resultado. Isto porque, além de critérios de acompanhamento processual de atos, questões sociais de hipossuficiência envolvem tais pessoas que se encontram em um estado de vulnerabilidade.

A razão então do processo em si como meio algoz para a efetivação de um direito é abalada. Visto que, as ferramentas da citação e intimação, prejudicam em sede de efetivação de direitos a execução correta da tutela jurisdicional de pessoas em situação de rua e seu acesso informatizado e consciente a instâncias judiciais.

Este fato é causa de uma série de consequências jurídicas e materiais que atingem esta população, dentre elas a crescente e negativa invisibilidade social. E, uma vez invisíveis, tais pessoas, os seus anseios e demandas em sede de direitos humanos também estarão.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE DEFENSORES PÚBLICOS, APADEP. TJ-SP anula processo por falta de citação de réu em situação de rua, após pedido da defensoria pública. **Associação paulista de defensores públicos – APADEP**, São Paulo, 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/noticias/tj-sp-anula-processo-por-falta-de-citacao-de-reu-em-situacao-de-rua-apos-pedido-da-defensoria-publica/>>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 abr. 2017.

_____. **Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 maio 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado a luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, 2002. Disponível em: <<https://docs.google.com/r? a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbncXJlaXRvMjAxNWUyMDIwfGd4OjczZWZmZjcwMzkzMTBiNGU>> Acesso em: 05 jun. 2017.

CARVALHO, Fernando de Souza; RIBAS, Luciana Marin; MAYOR, Renan Vinicius Sotto. O atendimento à população em situação de rua pela DPU. **Revista Consultor Jurídico**, 4 de julho

de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/tribuna-defensoria-atendimento-populacao-situacao-rua-dpu?imprimir=1>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

CIMOS, Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais; MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. **Guia de cadastramento de pessoas em situação de rua (blog internet)**. Disponível em: <<http://cimos.blog.br/wp-content/uploads/2014/03/Guia-de-Cadastramento-de-Pessoas-em-Situacao-de-Rua.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Guia de Atuação Ministerial: defesa dos direitos das pessoas em situação de rua**. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/Guia_Ministerial_CNMP_WEB_2015.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2017.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PORTARIA GABDPGF DPGU Nº 666, DE 31 DE MAIO DE 2017. **Dispõe sobre diretrizes de atendimento à população em situação de rua em todas as unidades da Defensoria Pública da União**. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/portarias/gabdpgf/2017/37599-portaria-gabdpgf-dpgu-n-666-de-31-de-maio-de-2017-dispoe-sobre-diretrizes-de-atendimento-a-populacao-em-situacao-de-rua-em-todas-as-unidades-da-dpu>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Atendimento jurídico à população em situação de rua da cidade de São Paulo (cartilha)**. Núcleo especializado de cidadania e defesa dos direitos humanos, São Paulo: 2015. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/34/documentos/cartilhas/folder_pop%20rua.pdf>. Acesso em: 10 maio 2017.

DONIZETTI, Elpídio. Comunicação de atos processuais. **GEN Jurídico**, 26 out. 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/10/26/comunicacao-dos-atos-processuais/>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

GONÇALVES, Fabiana Rodrigues. **Direitos sociais**: direito à moradia. 2015. Disponível em: <<http://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>> Acesso em: 15 jun. 2017.

RIBAS, Luciana Marin. O combate à invisibilidade da população em situação de rua: orientação jurídica e empoderamento da pessoa. **ARACÊ – Direitos Humanos em Revista**, v. 2, n. 3, set. 2015. Disponível em: <<https://arace.emnuvens.com.br/arace/article/view/59/44>> Acesso em: 05 jun. 2017.

VALENCIO, Norma Felicidade Lopes da Silva; PAVAN, Beatriz Janine Cardoso; SIENA, Mariana; MARCHEZINI, Victor. Pessoas em situação de rua no Brasil: Estigmatização, desfiliação e desterritorialização. **RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção**, n. 21, João Pessoa, dez. 2008, v. 7, p. 556-605. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/rbse/NormaArt.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

[123] Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais pela (PUC-SP); Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR); Pesquisadora pelo ICETI; Advogada no Paraná; E-mail: <valeria@galdino.adv.br>.

[124] Pós-Graduado em Direito Público pelo Centro de Ensino Superior de Maringá – Unicesumar; Pós-Graduado Latu Sensu em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio Educacional em Maringá; Advogado no Paraná. Endereço eletrônico: jhonatansousa.adv@gmail.com.

[125] Art. 1º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória. (grifou-se)

COMPORTAMENTO

O MENOR TRANSGÊNERO EMANCIPADO E O DIREITO À ADEQUAÇÃO DO NOME E GÊNERO NA VIA EXTRAJUDICIAL

Sandra Maria Barcelos ¹²⁶

Tereza Rodrigues Vieira ¹²⁷

1. INTRODUÇÃO

As barbáries vividas no século XX, marcado por graves violações aos direitos humanos, serviram de elemento propulsor para evolução e desenvolvimento dos princípios fundamentais garantidores destes direitos, o que teve seu marco inicial com a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Neste contexto, destaca-se o desenvolvimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que passa a ser base dos ordenamentos jurídicos de vários países, e constitui-se como dupla imposição ao Estado para que forneça o mínimo essencial para garantir a dignidade das pessoas e como proibição da prática de atos atentatórios a esse núcleo mínimo.

Sob a base da dignidade da pessoa humana e atrelada aos direitos da personalidade evidencia-se o direito à identidade de gênero, entendendo alguns que a transexualidade se enquadra na possibilidade de disposição do próprio corpo, enquanto para outros se trata de direito ao sexo real, importante componente da pessoa.

Assim, analisar-se-á a evolução dos direitos fundamentais e como esta evolução levou a se permitir no Brasil a mudança do gênero e do nome da pessoa transgênero nos assentos do Registro Civil.

Será destacada ainda a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva n. 24, que estabeleceu parecer no sentido de os Estados membros permitirem a alteração do gênero ou do nome e do gênero dos transgêneros nos registros civis, independente da submissão dos interessados a terapias hormonais ou procedimentos cirúrgicos.

Veremos que tal decisão passou a exigir do Brasil uma postura diferente em relação ao procedimento de adequação do nome e do gênero das pessoas trans, nos documentos administrativos, o que foi garantido pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4275 de 2018, e no Provimento 73 de 2018, do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, destacar-se-á que apesar de todos os avanços em questões importantes ainda demandam regulamentação, como por exemplo, a permissão para que, administrativamente, os menores emancipados possam requerer o procedimento de adequação do nome e do gênero da identidade autopercebida, nas Serventias de Registro Civil de Pessoas naturais.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ADEQUAÇÃO DO NOME E DO GÊNERO DAS PESSOAS TRANS

O século XX foi marcado por barbáries, perpetradas principalmente no contexto de duas grandes Guerras Mundiais, o que levou vários países a se reunirem em 1948, na Assembleia-Geral das Nações Unidas, para elaboração e assinatura da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, a fim de proteger as futuras gerações das atrocidades vividas no referido século.

Dispõem o Artigo II da Declaração que o ser humano tem capacidade para gozar os direitos e liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

O Artigo III estabelece que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Já o Artigo VIII declara que “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

Neste contexto, os chamados direitos e garantias fundamentais ganharam expressão notória no cenário mundial, passando a ser incorporados na Carta Constitucional de vários países.

Como pilar deste arcabouço de direitos que se desenvolvia e objetivando resguardar as condições humanas essenciais, teve especial ênfase o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que passou a alicerçar vários ordenamentos jurídicos, como ocorre, por exemplo, no brasileiro.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode ser analisado em sua dupla dimensão, a saber:

o seu efeito positivo que impõe ao Estado o fornecimento do mínimo essencial para garantir a dignidade das pessoas e o seu efeito negativo que proíbe a prática de atos atentatórios a esse núcleo mínimo por parte do Estado. No seu correto entendimento, garantir o mínimo de dignidade das pessoas e proteger esse núcleo de lesões é o dever maior do estado, por força do art. 1º, inciso III da Constituição brasileira. Ter direitos sem poder exercê-los de nada adianta. Até aqueles que não têm consciência da própria dignidade devem tê-la respeitada, em decorrência do dever de solidariedade, pois não se trata de um ato de bondade (PAIVA; VIEIRA, 2009).

Segundo lição do Professor Sarlet, a dignidade da pessoa humana assim pode ser entendida:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais

que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e o corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2001)

Este Postulado passou a irradiar parâmetros e diversos outros princípios cujo fim único é garantir os direitos essenciais do “Ser Humano”, capaz de lhe assegurar uma vida digna e livre de violações e discriminações que possam lhe causar sofrimento, que o impeça de exercer seus anseios básicos, sendo respeitado na sua individualidade e na sua singularidade.

A evolução dos direitos fundamentais levou a setorização dos mesmos em direitos relacionados à personalidade, direitos sociais, direitos políticos, dentre outros.

Cabe-nos apresentar aqui, os ensinamentos de Tereza Rodrigues Vieira, acerca da diferença entre direitos da personalidade e direitos dos homens:

Entre os direitos da personalidade e os direitos do homem existem pontos comuns e, também, de divergência. Ao examinarmos os direitos da personalidade o fazemos sob o prisma do direito privado, enquanto os direitos do homem são tratados geralmente sob o prisma do direito público. Existem também direitos da personalidade que não são considerados como direitos do homem (v.g., o direito à imagem) e vice-versa (v.g., o direito à propriedade) (2012).

Continua ainda Vieira (2012), citando Limongi França, que apresenta os direitos da personalidade classificados em direito à integridade física, direito à integridade intelectual e direito à integridade moral.

Ressalta-se que o direito a identidade de gênero, está vinculado ao direito à identidade pessoal, integrado ao direito à integridade

moral, apresentado como uma das vertentes dos direitos da personalidade.

Indubitavelmente, o sexo constitui um dos caracteres da identidade pessoal. A doutrina discute a possibilidade de se conceber o direito à identidade sexual. Para alguns, a transexualidade se enquadra perfeitamente na possibilidade de disposição de próprio corpo. No entender de outros, principalmente doutrinadores italianos, pode-se falar do direito da pessoa ao sexo real, por ser este um imprescindível componente da pessoa (VIEIRA, 2012).

O desenvolvimento deste rol de direitos, cuja finalidade é o amparo ao ser humano, proporcionando-lhe dignidade no desenvolver de sua vida, tem importante papel no que tange a impedir discriminações, garantir direitos básicos às minorias, antes negligenciadas, a exemplos das pessoas trans, que por muito tempo foram legalmente impedidas de apresentar-se de forma condizente com sua identidade autopercebida, criando-lhes transtornos irreparáveis e cerceando-as de oportunidades básicas, legando-lhes a marginalidade social.

Nesse contexto evolutivo, passou-se a exigir no cenário nacional, que as pessoas que pretendessem a adequação do nome e do gênero no registro civil, se submetessem a acompanhamento e hormonal, cirurgias e processo judicial de retificação do registro civil, procedimentos que representavam um verdadeiro calvário para quem se dispunha a enfrentá-los.

Em 24 de novembro de 2017, na Opinião Consultiva nº. 24, solicitada pela República da Costa Rica, “Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo”, a Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitiu parecer no sentido de os Estados membros permitirem a alteração do gênero ou do nome e do gênero dos transgêneros nos registros civis, independente da submissão dos interessados a terapias hormonais ou submissão a procedimentos cirúrgicos.

Assim dispõe o item 93 da Opinião Consultiva nº. 24 de 2017:

En relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada al concepto de libertad y a la posibilidad de todo ser humano de auto determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada (supra párr. 87). [...].

Quanto à posição dos Estados membros em relação à questão, assim ainda dispôs a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no item 100:

De acuerdo con ello, el Estado, en su calidad de garante de la pluralidad de derechos, debe respetar y garantizar la coexistencia de individuos con distintas identidades, expresiones de género y orientaciones sexuales, para lo cual debe asegurar que todas ellas puedan vivir y desarrollarse con dignidad y el mismo respeto al que tienen derecho todas las personas. La Corte opina que esa protección no se refiere simplemente al contenido de esos derechos, sino que a través de ella, el Estado también estaría garantizando la plena vigencia y ejercicio de otros derechos de las personas cuya identidad de género es diferente a la que es asociada con el sexo que les fue asignado al nacer.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 4275- o Supremo Tribunal Federal alinhou seu entendimento a orientação emitida na Opinião Consultiva nº. 24 de 2017, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao estabelecer interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58, da Lei de Registros Públicos, e determinou a alteração do nome e do gênero das pessoas trans, diretamente nas Serventias de Registro Civil de Pessoas Naturais, independente de autorização judicial e de terapia hormonal ou submissão a procedimento cirúrgico.

Assim, estas decisões marcam um divisor de águas na evolução dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, passando-se a uma efetivação concreta de tais direitos e garantido igualdade material a todos os brasileiros, respeitando-os, pelo menos no que tange a questão de gênero, em sua singularidade.

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ADI 4275 E PROVIMENTO 73, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275, requerendo que se desse interpretação conforme a Constituição ao artigo 58, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015 de 1973), com a redação dada pela Lei 9.708/98, no sentido de ser possível a alteração de prenome e gênero mediante averbação no registro civil, independente de cirurgia de transgenitalização, das pessoas que o requeressem, pessoalmente.

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao artigo 58, e reconheceu às pessoas transgênero, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à adequação do prenome e do sexo diretamente na Serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais.

Todos os Ministros do Tribunal reconheceram o direito e a maioria entendeu que para a adequação não é necessário autorização judicial, na linha do disposto na Opinião Consultiva 24 de 2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin, relator para o acórdão, apresentou como premissas:

Primeira: O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. Segunda: a identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de

constituí-la. Terceira: A pessoa não deve provar o que é e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental (2018).

Destacou ainda o Ministro Fachin, a base constitucional e a base convencional para a decisão, nos seguintes termos:

Base constitucional: o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CRFB); e **base convencional** (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto) [grifo nosso] (2018).

Conforme a tese sustentada, no referido acórdão, há “um direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, IV), da liberdade (art. 5º, caput), e da privacidade (art. 5º, X)” (2018).

Segundo o disposto no acórdão, a decisão apresentada transcende a análise da Lei de Registros Públicos, devendo ser analisada sob a óptica da dignidade da pessoa humana e com base em preceitos constitucionais. Vejamos:

A solução para a presente questão jurídica deve passar, invariavelmente, pela filtragem da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e da cláusula material de abertura prevista no § 2º do art. 5º. Nesse sentido, o presente caso transcende a análise da normatização infraconstitucional de regência dos registros públicos, sendo melhor compreendido e solucionado à luz dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e dos direitos da personalidade.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, ressaltou que o julgamento “marca mais um passo na caminhada pela efetivação material do princípio da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito”. Apresentou como base para seu voto o direito à honra, à imagem, à vida privada, os princípios constitucionais da igualdade material, da liberdade, da dignidade e o direito de ser diferente, dentre outros. Salientou que “cada ser humano é único, mas os padrões se impõem”, por fim, “o Estado há que registrar o que a pessoa é, e não o que acha que cada um de nós deveria ser, segundo sua conveniência” (2018).

No voto, do Ministro Fachin, foi citado ainda o parágrafo 78, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que segundo o Ministro necessariamente abarca as pessoas transgênero. A seguir a transcrição do referido parágrafo:

[...] a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoa à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ou sua expressão de gênero (2018).

Conforme disposto no acórdão a Corte Interamericana assim assentou acerca da identidade de gênero:

[...] também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme as suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada (...). Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o

sexo assinalado no momento do nascimento. (...) o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligado necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deva estar sujeita à sua genitália (...)" (2018).

Para finalizar, não podemos deixar de mencionar mais um importante trecho do voto do Ministro Relator, voto este fundamental para compreensão da importância do tema. Vejamos:

o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado é de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas trans, incluindo a proteção contra a violência, a tortura e maus tratos, o direito à saúde, à educação, ao emprego, à vivência, ao acesso a seguridade social, assim como o direito à liberdade de expressão e de associação", como também registrou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso, "o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas" (2018).

Pós-decisão da ADI 4275, as pessoas interessadas passaram a procurar as Serventias de Registro Civil das Pessoas Naturais para requerer a adequação do nome e do gênero, administrativamente. Ocorre que a falta de regulamentação do procedimento, pelas Corregedorias Estaduais, que tem a função de regulamentar as atividades registras, gerou um empasse. Enquanto alguns Registradores Cíveis de Pessoas Naturais entendiam ser possível a aplicação imediata da decisão do Supremo Tribunal Federal, outros aguardavam a regulamentação correspondente.

A fim de solucionar a pendência, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ publicou, em 28 de junho de 2018, o Provimento n. 73, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e de casamento da pessoa transgênero no Registro Civil de Pessoas Naturais.

O Provimento prevê que toda pessoa maior de 18 anos, completos, habilitada à prática de todos os atos da vida civil poderá requerer ao ofício do Registro Civil das Pessoas Naturais a alteração e a averbação do prenome e do gênero, a fim de adequá-los a identidade autopercebida.

Dispõem ainda que o procedimento será realizado com base na autonomia da pessoa requerente, que deverá declarar, perante o registrador do Registro Civil das Pessoas Naturais, a vontade de proceder à adequação da identidade mediante a averbação do prenome, do gênero ou de ambos.

O atendimento do pedido independe de prévia autorização judicial ou de comprovação de realização de cirurgia de redesignação sexual e/ou tratamento hormonal ou patologizante, assim como de apresentação de laudo médico ou psicológico.

O Provimento prevê ainda um rol de documentos a ser apresentado pela parte interessada ao Registrador Civil das Pessoas Naturais, buscando assim ampliar a segurança jurídica do procedimento, bem como possíveis lesões a terceiros, com a alteração do prenome do requerente, como por exemplo, se houver ação judicial em trâmite ou protesto por inadimplemento de alguma dívida.

Conforme ensinamentos de Letícia Franco Maculan Assumpção e Isabela Franco Maculan Assumpção, a ausência de qualquer um dos documentos obrigatórios, ou daqueles eventuais, quando for o caso, impede a alteração do registro, nos termos do artigo 4º, § 8º, do Provimento 73. A existência de ações em andamento nas Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar, no entanto, não impedem a averbação da alteração, assim como a existência de débitos pendentes seja nas referidas justiças, seja nos Cartórios de Protesto. Nestes casos, a alteração deverá ser comunicada aos juízos e órgãos competentes pelo próprio ofício do registro civil no qual ocorreu a averbação (2018).

Quanto à anuência do cônjuge ou do ex-cônjuge e dos descendentes para que o prenome da pessoa trans seja alterado no

registro de casamento ou no registro de nascimento destes, assim dispõem as referidas autoras retrocitadas:

Entendemos que o CNJ foi tímido nessa parte do provimento, ao exigir anuência para a alteração do nome do trans tanto na certidão de casamento quanto no registro dos descendentes. Alterar o gênero ou o nome e gênero apenas na certidão de nascimento da pessoa trans que tenha estado civil de casada ou divorciada nada resolve, de modo que o Judiciário terá obrigatoriamente que atuar em diversas situações, com os custos envolvidos, perda de tempo e em consequência constrangimento para a pessoa trans (2018).

Após a averbação, deverá ser expedida Certidão do registro sem fazer qualquer menção ao conteúdo da averbação, devendo constar apenas que o referido registro possui “averbação à margem do termo”, nos termos do parágrafo único, do artigo 21, da Lei de Registros Públicos.

Feitas as averbações a certidão emitida, após a mudança de gênero e prenome, deverá constar a informação da existência de "averbação à margem do termo", conforme prevê o artigo 21 e parágrafo único, da Lei Federal 6.015/73, e os números do CPF, carteira de identidade e título de eleitor. Já a certidão de inteiro teor poderá ser emitida a requerimento expresso do registrado, de procurador com poderes específicos, ou ainda mediante autorização judicial (GUIMARÃES, 2018).

Assim o Provimento 73 emitido pelo CNJ, teve a importância de padronizar em nível nacional o procedimento para alteração do nome e do gênero da pessoa trans, diretamente nas Serventias de Registro Civil das Pessoas Naturais de todo país, uma conquista relevantíssima sobre o âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

Cabe destacar a relevância da padronização do procedimento, o que sem dúvida vem a calhar com uma das principais funções dos

registros públicos que é segurança jurídica. O Provimento 73, porém, não está imune a críticas.

Nos ateremos aqui, ao disposto no artigo 2º, *caput*, que estabelece como uma das condições para requerer a adequação do nome e do gênero, nos serviços extrajudiciais, que a pessoa seja maior de 18 anos completos e habilitada à prática de todos os atos da vida civil, deixando de mencionar, por exemplo, as pessoas maiores de 16 anos e menores de 18 anos, que sejam emancipadas, as quais, segundo a legislação, são aptas a praticar todos os atos da vida civil.

4. DIREITO À ADEQUAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO DO MENOR EMANCIPADO NA VIA EXTRAJUDICIAL

O instituto da emancipação está disposto no artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil e pode assim ser conceituado:

A emancipação pode ser conceituada como sendo o ato jurídico que antecipa os efeitos da aquisição da maioridade, e da conseqüente capacidade civil plena, para data anterior àquela em que o menor atinge a idade de 18 anos, para *finis civilis*. Com a emancipação, o menor deixa de ser incapaz e passa a ser capaz para os limites do Direito Privado. Deve ser esclarecido, contudo, que ele não deixa de ser menor (TARTUCE, 2016).

Ressalta Tartuce ainda que, as hipóteses que dão ensejo à emancipação compõem rol taxativo e podem ser classificadas em: a) emancipação voluntária parental – decorrerá da concessão dos pais ou de um deles na falta do outro. Concedida por instrumento público e registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais, independente de homologação judicial; b) Emancipação Judicial – decorre de sentença judicial, como por exemplo, na hipótese de suprimento de consentimento de um dos genitores. Para produzir efeitos, também deve ser registrada no Registro Civil das Pessoas Naturais; c) Emancipação legal matrimonial – pelo casamento do menor. Neste caso, destaca o autor, que o divórcio, a viuvez e a

anulação do casamento não implicam no retorno à incapacidade; d) Emancipação legal por exercício de emprego público efetivo – aqui estão afastadas as hipóteses de serviços temporários ou de cargos comissionados; e) emancipação legal, por colação de grau em curso de ensino superior reconhecido; f) Emancipação legal, por estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, obtendo o menor as suas economias próprias, visando a sua subsistência.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2011) com a emancipação “é possível a antecipação da capacidade plena, em virtude da autorização dos representantes legais do menor ou do juiz, ou pela superveniência de fato a que a lei atribui força para tanto”.

Luiz Guilherme Loureiro (2017), por sua vez, destaca que “Emancipação é o ato que tem por objetivo conferir a um menor o governo de sua pessoa e administração de seus bens”.

Assim, se a emancipação concede ao menor o direito de governar sua vida, não há porque restringir, ao menor transgênero, emancipado, o direito de requerer administrativamente, na Serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais, a adequação de seu prenome e gênero, tanto no registro de nascimento, quanto no de casamento, se for o caso.

Conforme anteriormente exposto, o direito a identidade de gênero está vinculado ao direito à identidade pessoal, integrado ao direito à integridade moral, apresentado como umas das vertentes dos direitos da personalidade, que por sua vez relaciona-se primordialmente com o direito privado.

Entendemos que nas hipóteses de emancipação legal, o interessado terá que comprovar ao Registrador Civil de Pessoas Naturais, documentalmente e por meio de testemunhas, se for o caso, o fato que a lei atribui força para emancipá-lo. Se um menor já contraiu matrimônio ou tiver economia própria, por exemplo, ou se seus representantes ou o juiz entenderam que ele tem plenas condições de gerir sua vida privada, não há porque restringir-lhe o

direito de adequar sua documentação à sua identidade autopercebida.

No mais, saliente-se aqui, os inúmeros transtornos e até mesmo violência a que estão sujeitas as pessoas trans. Conforme relato das Psicólogas Marlene Inácio e Elisa Del Rosario Ugarte Verduguez, com base em sua experiência no atendimento a pessoas trans, “durante muitas sessões de psicoterapia, compartilhamos o sofrimento de uma existência marcada por estigmas, preconceitos, humilhações e marginalizações que, no entanto, não mudam a determinação de mudar o sexo atribuído” (VIEIRA; PAIVA, 2009).

Alexandre Saadeh, médico psiquiatra, por sua vez, destaca que “quem trabalha e acompanha esses indivíduos tem contato cotidiano com o sofrimento, a exclusão e a discriminação aos quais são submetidos” (VIEIRA; PAIVA, 2009).

VIEIRA, citando Ézio Luiz Pereira, destaca:

[...] o nome, como dístico está mais voltado para o fator exógeno integrante da personalidade, simbólico no plano relacional signo/significante, eu/mundo do que para uma realidade biológica. Assim, o direito não pode desconhecer a discordância entre as feições do indivíduo e alusão de seu sexo em seus documentos administrativos, em cotejo com o problema da aceitação social (2012).

Ressalta ainda Tereza Rodrigues Vieira (2012) que, salvo poucas exceções, os prenomes são dispostos pela sociedade como pertencentes ao gênero masculino ou ao gênero feminino. Assim, alguém que reclama possuir gênero oposto ao registrado legalmente estará sujeito a constantes e inúmeros dissabores, uma vez que sua aparência física e seu modo de vida contradizem o disposto no ato registral. Cabe, outrossim, ainda destacar que, há algumas pessoas que não se importam e seguem carregando o nome de registro, seja por temor familiar ou outros motivos pessoais. Trata-se de um direito personalíssimo, portanto, somente

a pessoa trans poderá requerer eventuais mudanças em seu assento de nascimento.

Assim, entendemos que não há razão para submeter o menor emancipado a série de constrangimento e violações citadas, sob o fundamento de que ele só poderá pleitear a adequação de seu nome e gênero, administrativamente, no Registro Civil de Pessoas Naturais, ao completar 18 anos, pois como demonstrado com a emancipação ele torna-se plenamente capaz para praticar todos os atos da vida civil.

E a adequação dos documentos do menor emancipado à sua identidade autopercebida contribuirá especialmente para sua interação social, numa fase, a adolescência, de relevância preponderante para inserção do indivíduo no meio em que vive, evitando *bullying*, seja na escola, no trabalho, etc.

Algumas instituições de ensino já vinham permitindo a inclusão do nome social dos alunos, com o fim de evitar práticas discriminatórias. Vejamos:

A Secretária de Estado da Educação do Distrito Federal, através da Portaria nº. 13, de 9.2.2010, determinou a inclusão do nome social de travestis e transexuais nos respectivos registros escolares de todas as instituições educacionais da rede pública de ensino do Distrito Federal, em respeito aos Direitos Humanos, à pluralidade e à dignidade humana, a fim de garantir o ingresso, a permanência e o sucesso de todos no processo de escolarização. [...] Desde 14.1.2011, a Universidade de São Paulo (USP) passou a adotar a Lei Estadual nº. 55.588/2010, aceitando o uso de nome social de alunos e alunas travestis e transexuais em seus documentos acadêmicos (VIEIRA, 2012).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou, no parágrafo 98 da Opinião Consultiva nº. 24 de 2017, a importância do reconhecimento da identidade de gênero para o bem estar das pessoas trans:

98. Visto lo anterior, esta Corte entiende que la identidad

de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación (2017).

Considerando a importantíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4275, garantindo aos transgêneros o direito de adequação do nome e do gênero, diretamente nas Serventias de Registro Civil das Pessoas Naturais, não há porque limitar este direito apenas aos maiores de 18 anos, não incluindo os menores emancipados e, portanto, privando-os de direitos essenciais, como os mencionados no parágrafo 98, da Opinião Consultiva nº. 24 de 2017.

Cabe citar que a Argentina, país membro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, editou a Lei 26.743 de 2002, conhecida como Lei de Identidade de Gênero, que possibilita aos menores requererem a adequação do gênero e do nome a identidade autopercebida, por meio de seus representantes legais.

ARTICULO 5º – Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud del trámite a que refiere el artículo 4º deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en lo convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño prevista en el artículo 27 de la Ley 26.061.

Cuando por Cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas

correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la convención sobre los Derechos del Niño u en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes (2012).

No Brasil, após a decisão da ADI 4275, pelo Supremo Tribunal Federal, alguns Tribunais de Justiça, por meio de suas Corregedoria-Gerais de Justiça editaram provimentos com o fim de regulamentar a adequação do gênero e do nome dos transgêneros, nos Serviços Extrajudiciais, regulamentando inclusive as hipóteses pleiteadas por menores.

Neste sentido, o Provimento nº. 21, de 15 de maio de 2018, emitido pela Corregedoria-Geral de Justiça, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao acrescentar o artigo 114-A, à Consolidação Normativa Notarial e Registral, dispôs em seu *caput* que

Os transgêneros, que assim se declararem, maiores e capazes ou emancipados, e os relativamente capazes, devidamente assistidos, poderão requerer pessoalmente ao Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais a alteração do prenome e do sexo no registro de nascimento, independentemente de autorização judicial [grifo nosso].

No mesmo sentido, Provimento nº. 09, emitido pela Corregedoria-Geral de Justiça, do Tribunal de Justiça do Ceará, em seu artigo 3º dispôs que “toda pessoa, desde que maior ou emancipada, na forma da Lei Civil, é parte legítima e interessada no exercício do direito potestativo preconizado no art. 1º, deste regulatório”.

Com a emissão do Provimento 73, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os Registradores Cíveis das Pessoas Naturais passaram a estar vinculados as suas disposições e não as determinações das Corregedorias locais, sendo necessário,

portanto, que o requerente do procedimento de adequação do nome e do gênero à identidade autopercebida seja maior de 18 anos, o que a nosso ver representa um retrocesso.

Por fim, cabe ressaltar que está em trâmite, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº. 5.002, de 2013, conhecido como projeto de Lei João W. Nery, que homenageia o recém-falecido militante pela causa LGBTI, protocolado na Câmara dos Deputados pelo então deputado federal Jean Wyllys (PSOL) e a deputada federal Érika Kokay (PT), que dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973.

O art. 5º do projeto em análise versa que as pessoas que ainda não tenham 18 anos de idade poderão solicitar a retificação do sexo do prenome por meio dos seus representantes legais. Nesse processo é levado em consideração os princípios da capacidade progressiva e interesse superior da criança e do adolescente, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. É disponibilizada, também, a oportunidade de que crianças e adolescentes realizem procedimento administrativo, caso não haja aprovação dos representantes legais, para que o Poder Judiciário analise os casos específicos e decida quanto o deferimento do pedido, devendo-se pautar no princípio do interesse superior da criança e do adolescente [...] (SILVA; OLIVEIRA, 2016).

Em decorrência do desinteresse que o Congresso Nacional brasileiro tem demonstrado em debater e votar matérias que apresentam um cunho axiológico polêmico, esperamos que o próprio Conselho Nacional de Justiça emita ato normativo que disponha sobre a adequação do nome e do gênero administrativamente, junto aos Serviços de Registro Civil das Pessoas Naturais, dos menores emancipados, visto que não nos parece razoável restringir-lhes este direito.

Em Portugal, desde julho de 2018, os adolescentes entre dezesseis e dezoito anos podem alterar o gênero no Registro Civil, porém, devem apresentar um relatório de qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou qualquer psicólogo inscrito na

Ordem dos Psicólogos, que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada, sem referências a diagnósticos de identidade de gênero. O Brasil poderia adotar procedimento extrajudicial semelhante, sem patologizar a questão. Para os menores emancipados, não haveria necessidade de apresentação de relatório psicológico ou médico com este propósito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução dos direitos fundamentais nas últimas décadas, especificamente a Dignidade da Pessoa Humana, levou ao reconhecimento do direito das pessoas transgênero a adequarem seu nome e o gênero à sua identidade autopercebida de forma administrativa, no registro de nascimento ou, se for o caso, no registro de casamento, independente de submissão à cirurgia de redesignação sexual, de terapia hormonal ou de autorização judicial.

Na linha da orientação constante da Opinião Consultiva n. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275, reconheceu o direito à adequação administrativa de nome e gênero, independente de terapia hormonal, procedimentos cirúrgicos ou autorização judicial.

Para que o procedimento fosse uniformizado nacionalmente, nos Registros Cíveis das Pessoas Naturais, foi editado pelo Conselho Nacional de Justiça o Provimento 73, em 28 de junho de 2018. A regulamentação por meio do procedimento é de extrema relevância, pois se coaduna com um dos princípios basilares dos registros cíveis que é a segurança jurídica.

Na regulamentação, no entanto, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu restrições não compatíveis com a amplitude das decisões dispostas tanto na Opinião Consultiva n. 24, como na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275, como por exemplo, ao estabelecer que o procedimento administrativo somente possa

ser requerido por pessoas maiores de 18 anos completos e habilitadas a prática de todos os atos da vida civil, excluindo o direito de requisição pelos menores emancipados.

Nos termos da legislação civil a emancipação confere ao menor a plena capacidade para o exercício de todos os atos da vida civil. Conforme entendimento de balizada doutrina, o direito a identidade de gênero está vinculado aos direitos da personalidade e estes, por sua vez, podem ser relacionados de forma preponderante ao direito privado, ou seja, com a emancipação o menor passa a ter capacidade plena para dispor acerca destes direitos.

Assim, embora haja projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional, sobre a identidade de gênero, que prevê a requisição do procedimento administrativo de adequação do nome e do gênero à identidade autopercebida, também pelos menores emancipados, espera-se um novo posicionamento do Conselho Nacional de Justiça sobre a questão visto que a tramitação do referido projeto pode arrastar-se por anos.

REFERÊNCIAS

Argentina. Congresso Argentino. Lei nº. 26.743, de 23 mai. 2012. Disponível em: <http://www.buenosaires.gob.ar/derechoshumanos/convivencia-en-la-diversidad/normativas/ley-26743-de-identidad-de-genero>. Acesso em 13 set. 2018.

ASSUMPÇÃO, L. F. M.; ASSUMPÇÃO, I. F. M. **O Provimento 73 do Conselho Nacional de Justiça e o procedimento extrajudicial de alteração do nome e do gênero dos transgêneros diretamente perante o Registrador Civil das Pessoas Naturais**. 16 jul. 2018. Disponível em: <http://www.cnbsp.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTY1MjQ=>. Acesso em 04 set. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.002/2013. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1069623.pdf>, p.2. Acesso em: 13 set. 2018.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Provimento n. 73. 28 jun. 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n73-28-06-2018-corregedoria.pdf. Acesso em 30 ago. 2018.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva 24 oc – 2017. 24 nov. 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em 31 ago. 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em www.portal.mj.gov.br/sedth/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 08 set. 2018.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

GUIMARÃES, M. R. A alteração administrativa do Prenome e Gênero do Transgênero. **Revista Consultor Jurídico**. Ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-03/marcelo-rodrigues-alteracao-prenome-genero-transgenero>. Acesso em 03 set. 2018.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos: Teoria e Prática**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 286.

PAIVA, L. A. S. A.; VIEIRA, T. R. Transexualidade no Passado e o Caso Roberta Close. In: VIEIRA, T. R.; PAIVA, L. A. S. **Identidade Sexual e Transexualidade**. São Paulo: Roca, 2009, p. 1 – 11.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

SILVA, B. C. S. L.; OLIVEIRA, J. F. Z. C. Lei de Identidade de Gênero: Uma Análise Comparativa da Lei Argentina e o PL 5002/2013 do Brasil. **Revista de Pesquisa em Direito Libertas**, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.periodicos.ufop.br/pp/index.php/libertas/article/view/300/277>. Acesso em 13 set. 2018.

Supremo Tribunal Federal. ADI 4275, rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º mar. 2018. Disponível em: [<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>]. Acesso em: 09 set. 2018.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 146 -147.

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Corregedoria-Geral de Justiça. Provimento n. 09, 05 mai. 2018. Disponível em: <http://corregedoria.tjce.jus.br/provimento-n-09-2018-cgjce/>. Acesso em 11 set. 2018.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Corregedoria-Geral de Justiça. Provimento n. 21, 15 mai. 2018. Disponível em: http://colegioregistrals.org.br:10091/imagens/provimento_152658542768.pdf. Acesso em 13 set. 2018.

VIEIRA, T. R. **Nome e Sexo: Mudanças no Registro Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 155- 193.

[126] Mestranda em Direito Processual e Cidadania, pela Unipar, Universidade Paranaense. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Tabeliã e Registradora Civil no Mato Grosso do Sul. E-mail: sandramariabarcelos@hotmail.com

[127] Pós-Doutora pela Université de Montreal. Doutora e Mestra em Direito Civil pela PUC-SP. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP. Docente do Mestrado em Direito Processual e Graduação dos cursos de Medicina e Direito na Universidade Paranaense – UNIPAR. terezavieira@uol.com.br

A PROTEÇÃO ANIMAL NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Yago José do Couto Oliveira¹²⁸

Camilo Henrique Silva¹²⁹

1. INTRODUÇÃO

O animal passou a ser parte integrante da vida dos seres humanos. Tal relação, historicamente registrada, transformou-se em um novo paradigma de atuação institucional.

A relação homem-animal, neste trabalho abordando especificamente os cães e gatos, tomou a atenção da sociedade, com o Estado atuando nessas demandas, trazendo a luz as consequências positivas e negativas que estes animais exercem na vida humana no espaço urbano.

No Brasil, esta preocupação partiu da constitucionalização da proteção do meio ambiente e da fauna, isto, pois, a Constituição Federal de 1988 especificou um ponto de partida para se tratar sobre o tema animal.

E como os cães e gatos se constituem como componentes do meio ambiente urbano, por via de consequência, tais seres passaram a ter cuidados específicos para, a princípio, preservar a saúde do ser humano.

Em análise micro, observa-se que o poder municipal, em atenção a tais demandas, se tornou o ente federado, dentre as suas formas de atuação política e de competência legislativa, com importância destacada na construção, propagação e manutenção da proteção animal.

O município de São Paulo tem construído políticas públicas e leis municipais para garantir um suporte de educação ambiental,

conscientização da guarda responsável e da identificação dos animais, vacinação e castração dos cães e gatos, além de suporte médico-veterinário gratuito.

Este trabalho tem o condão de apresentar, suscintamente, as principais diretrizes paulistas para a proteção animal em território urbano, incentivando o debate acerca do direito animal e as mais variadas formas de se preservar a integridade física e psíquica dos cães e gatos dentro da cidade, bem como, servir de modelo para outros municípios a institucionalizarem.

2. MEIO AMBIENTE, A FAUNA E O MUNICÍPIO

A priori, o presente trabalhará a forma de atuação legislativa do município em matéria ambiental, definindo as suas particularidades como ente federado e como a Constituição Federal institui normas que lhe dão liberdade de competência para atuar nessa questão.

Neste tópico, definir-se-á o que é o meio ambiente urbano e problematizar-se-á acerca de como os cães e gatos interagem com o ser humano, definindo-os como objeto de estudo do presente texto.

2.1 O meio ambiente urbano, a proteção da fauna e os animais

O texto constitucional trata o meio ambiente como um direito de todos e também lhe dá a natureza jurídica de bem de uso comum do povo, indispensável para a sadia qualidade de vida, impondo ao poder público e à coletividade a prerrogativa de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (SILVA, 2005).

Esta ideia exposta por Silva (2005) remete-se ao entendimento puro e técnico do que seja o meio ambiente, à interpretação teleológica do texto constitucional, permitindo ao interprete entender o porquê e o que efetivamente o legislador quer garantir.

Quando se fala de animais domésticos (cães e gatos), é indispensável deslocar o meio ambiente *lato sensu* para dentro da cidade, conceituando-o e o diferenciando das suas demais descrições¹³⁰, como um reflexo da interferência do homem nas transformações do meio urbano.

O meio ambiente urbano ou artificial é compreendido geograficamente como o espaço urbano construído, e consistente, no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e equipamentos públicos (espaço urbano aberto), como aponta Fiorillo (2013). Naturalmente está atrelado à concepção do que é a cidade, a qual Rolnik (2004), define como

O espaço urbano [que] deixou assim de se restringir a um conjunto denso e definido de edificações para significar, de maneira mais ampla, a predominância da cidade sobre o campo. Periferias, subúrbios, distritos industriais, estradas e vias expressas recobrem e absorvem zonas agrícolas num movimento incessante de urbanização. No limite, este movimento tende a devorar todo o espaço, transformando em urbana a sociedade como um todo.

Rolnik (2004) deixa claro o que é a cidade na formação de suas características intrinsecamente ligadas ao meio ambiente, isto dentro do campo urbanístico. Este raciocínio conecta-se, por exemplo, às definições de periferias, subúrbios e distritos industriais, elementos que refletem a essência sócio-ambiental da cidade.

O que se tem definido é que a cidade se faz na clara manifestação do meio ambiente urbano, estampada no fulgor da intervenção humana na qual se constrói a atmosfera ambiental.

Adotando-se a ideia apresentada por Fiorillo (2013), a cidade é um bem ambiental, juridicamente tutelado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Cidade, que se tornou “uma criação histórica particular; ela não existiu sempre, mas teve início num dado momento da evolução social, e pode acabar, ou ser radicalmente transformada, num outro momento”.

A cidade é a constatação da construção do padrão do meio ambiente urbano, a qual a tutela se finda na manutenção da dignidade da pessoa humana, e que, após passar a ter natureza jurídica ambiental, tornou-se bem ambiental.

E é dos reflexos destinados à proteção ambiental da cidade que se chega à relação do homem e o animal. Reconhecendo, desde então, que esta relação foi estabelecida desde o início da construção societária.

Não se pode olvidar que os reflexos urbanos, e os desdobramentos jurídicos da tutela do meio ambiente artificial, correspondem também à manutenção dos direitos dos animais que o habitam. Pensando que se trata de um direito que advém do desdobramento legítimo e autônomo da tutela jurídica dada ao meio ambiente.

Ao entender a cidade e os desdobramentos de sua tutela jurídica ambiental, não é forçoso considerar que toda relação homem-animal se entrega à percepção jurídica, retirando-a da dicotomia jurídica – privado ou público – e elevando-a ao paradigma ecológico¹³¹.

E, portanto, a cidade corresponde significativamente a um fato juridicamente tutelado que versa não só em relação ao dito meio ambiente artificial, mas também em direção aos seus demais vetores, tais como o animal.

Restando então ao Poder Público municipal a observância dos ditames jurídicos vinculados à tutela dos bens ambientais relacionados ao meio em que se estabelecem os relacionamentos entre o homem e o animal.

2.2 A atuação legislativa do município em matéria ambiental

Entendendo que a relação entre homem-animal evoluiu, e caracterizando o animal como parte integrante do próprio progresso do homem, pode-se definir então que cabe aos homens a responsabilidade de dar dignidade à vida do animal.

Diante da afirmação concreta que o animal se trata de um ser senciente, passível de sofrer, sentir dores e ter sentimentos, reconhece-se também que a relação homem-animal está firmada no afeto, em uma relação para além da utilitária.

Ainda que essa aproximação tenha acontecido apenas em relação aos animais como os cães e os gatos, o homem passou a discutiramplamente a proibição da propagação do sofrimento animal, aceitando que foi a partir da consciência do bem-estar animal que “evidenciaram a demanda das sociedades sobre o assunto” (PULZ, 2016).

E é com base nesta nova consciência que Pulz (2016) defende a institucionalização da educação ambiental e a implementação de políticas públicas que visam melhorar a interação entre homem e animal, e, assim, apresentar os conceitos de bem-estar animal à sociedade.

A manutenção do bem-estar animal compreende as mais variadas circunstâncias inerentes ao trato animal, humanizando, de certa forma, com a relação humano-animal reforçando os laços de afeto.

Dessa forma, Pulz (2016) também argumenta que a ciência do bem-estar animal é o estudo das relações dos animais com os estímulos externos gerados pelo homem, objetivando detectar situações que possam comprometer a sua qualidade de vida, criando-se, a partir disso, medidas para minimizar ou eliminar tais condições desfavoráveis. A ciência do bem-estar animal se preocupa com todas as necessidades dos animais.

Além da consciência do bem-estar animal, leva-se em consideração a responsabilidade moral do homem com a proteção animal, isto independente de como aquele entenderá a essência senciente do animal não-humano. Obviamente, coexistente também à sensibilidade do poder público em analisar as demandas atuais da sociedade moderna.

O texto constitucional brasileiro estabeleceu que cabe ao município o zelo com os animais, independentemente das suas

características, uma vez que se utiliza o verbete fauna em sentido amplo. Não sendo mera faculdade, mas sim um dever legal do município, a estruturação de políticas públicas capazes de atenderem a demanda¹³² dos animais em zona urbana.

Torna-se imprescindível que o poder público atue na redução do sofrimento animal, estabelecendo estruturas básicas de educação ambiental, conscientização da guarda responsável e estabelecendo patamares de controle populacional, identificação, castração e vacinação, entre outras medidas.

Em matéria de competência legislativa, institui-se o princípio da predominância dos interesses. Ou seja, cabe à União legislar sobre as matérias de interesse nacional, aos estados-membros sobre as matérias de interesse regional, e aos municípios sobre as matérias de interesse local, como bem destaca a Constituição Federal.

Ainda que haja confusão entre elas, o legislador constituinte, ao adotar pelo sistema alemão de divisão das competências, estabeleceu a competência como exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.

Da análise dos artigos 24 e 30 da Constituição Federal de 1988, retira-se que sobre os assuntos do meio ambiente estipulou-se as competências concorrente e suplementar como norte para a atuação dos entes federados.

Sendo certo que “à União caberá a fixação de pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, enquanto aos Estados e Municípios, atendendo aos seus interesses regionais e locais, a de um teto de proteção” (FIORILLO, 2013).

Neste ponto, em relação ao meio ambiente, e sem a oportunidade de reconhecer ainda a autonomia do direito animal, a Constituição Federal fixou a competência material comum, estabelecendo então deveres a todos os entes federados no que concerne à proteção ambiental.

A competência material comum dá aos entes federados a faculdade de estudar os seus problemas locais e então “discernir

qual a norma administrativa mais adequada a uma determinada situação” (FIORILLO, 2013). E compreendendo a situação animal como um interesse comum ligado à tutela do meio ambiente, necessário se faz a atuação legislativo-administrativa do município.

Pautando-se assim nas competências exclusivas (art. 30 da Constituição Federal) e na organização política própria (art. 29 da Constituição Federal), o município éo microssistema social em que se estabelece toda a relação entre o homem e o animal.

É o município que “passa a reunir afetivas condições de atender de modo imediato às necessidades locais” (FIORILLO, 2013, p. 218), e é nele que

[...] a pessoa, normalmente, nasce, cresce, alcança a maturidade e envelhece; é no Município que a pessoa humana se educa, cuida de sua saúde, trabalha, se diverte, convive com fatores de segurança/insegurança; é ainda no Município que restarão evidenciados os permanentes conflitos do capital em face do trabalho dentro de ambientes artificiais frequentemente poluídos (poluição de todas as formas) e é principalmente no Município e a partir da localidade em que possui sua casa que a pessoa humana, como que em uma síntese necessária e fundamental do exercício pleno de seus direitos constitucionais, poderá exercer o direito de se informar e mesmo de informar outras pessoas dentro de uma necessária convivência social com o mundo todo a partir da utilização dos meios de comunicação social. (FIORILLO, 2013, p. 218-219).

Em que pese a linha antropocêntrica de Fiorillo (2013), o entendimento dos problemas do homem não exclui a necessidade da proteção animal como desdobramento independente da proteção do meio ambiente.

Considera-se também que a intervenção municipal, pautada na relação do homem para com o meio que o cerca, reflete na proteção animal e em todos os seus desdobramentos. Defende-se,

portanto, que também cabe ao município a efetivação dos direitos dos animais.

O texto constitucional dispõe que o município tem plena competência legislativa e autonomia política para versar sobre a proteção animal, isto em observância aos interesses locais.

Na análise da iniciativa, e a partir da concepção da sua autonomia, o município deve estabelecer a sua autonomia na proteção animal, a partir das especificidades dos seus interesses locais.

Como exemplo disto, pode-se citar as estruturas de direito dos animais apresentadas pelo município de São Paulo, o qual estabelece inúmeras codificações municipais no intuito de garantir a proteção animal.

São Paulo estabeleceu diversas diretrizes para a sustentação da proteção animal, coordenando atuação pública com secretarias especializadas, legislações e políticas públicas de conscientização de educação ambiental, guarda responsável, deveres dos cidadãos e direitos básicos dos animais.

3. O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E OS ANIMAIS

Este trabalho tem por objetivo, apresentar, de modo sucinto, a atuação do município de São Paulo na atuação para a conscientização e proteção dos animais domésticos.

Por exemplo, observa-se que o município de São Paulo atua com caráter técnico quando se trata de animais, tal situação se verifica no trabalho realizado no programa de *Controle de Animais Domésticos*.

Este programa dita ações que tem como fundamento a harmonização da relação homem-animal, permitindo que os animais e o meio ambiente vivam e sobrevivam, diminuindo o risco de ocorrência de agravos à saúde humana e animal.

O conceito de proteção apresentado pelo município de São Paulo se define como pós-humanista e especificamente

protecionista. A relação saudável entre homem-animal-ambiente proporciona à população de São Paulo a possibilidade de desconstruir o conceito antropocêntrico do meio ambiente.

O programa de *Controle de Animais Domésticos* distribui-se em atividades e serviços oferecidos aos usuários (municípios), constituindo-se em: a) oferta de castração gratuita; b) remoção emergencial de animais em situação de risco; c) controle de felinos; d) controle de animais de médio e grande porte; e) internação, manutenção e resgate de cães e gatos; f) programa de adoção de cães e gatos; g) vacinação contra raiva animal; h) plantão de atendimento a emergências; e i) recepção, informação e orientação a municípios (eutanásia, necropsia e vigilância epidemiológica da raiva).

Neste aspecto, o município conseguiu desenvolver um programa local de proteção animal, ao instituir conceitos de atuação municipal para institucionalizar a educação ambiental, guarda responsável, controle populacional, vacinação, castração e identificação dos animais (cães e gatos).

3.1 Educação ambiental e guarda responsável

A análise do direito animal, ainda que autônoma, deve ser realizada em paralelo com o direito ambiental e os seus reflexos, portanto, o direito animal é substancialmente dependente das conceituações ambientais.

A educação ambiental verifica-se como um pré-alicerce para a sustentação do arcabouço social, moral, ético e jurídico de defesa do animal. Sendo certo que para entender a proteção animal, primordialmente deve-se perceber a proteção ambiental.

A Lei nº 9.795/99, ao versar sobre a educação ambiental e instituir a Política Nacional de Educação Ambiental, em seu artigo 1º, define a educação ambiental como um processo de construção de valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente.

O art. 2º das Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental define a educação ambiental com uma das dimensões da educação, devendo proporcionar o desenvolvimento individual para permitir um caráter social na relação entre a natureza e os seres humanos, tornando-se uma prática social e de ética ambiental.

Diante destes conceitos, o animal também se encontra inserido nesta necessidade de ensinar o ser humano sua importância e o dever de guarda. Ou seja, a educação ambiental instituída no ensino ou em políticas públicas deve incluir o animal como elemento inerente ao meio ambiente, objeto de proteção e cuidado.

O município de São Paulo, em seu projeto *Para Viver de Bem Com os Bichos*, institucionalizado em 2001, ainda que com uma linha antropocêntrica, com vistas à proteção da saúde humana, estabeleceu uma parceria entre o Controle de Zoonoses, as secretarias municipais e as escolas públicas e privadas para criar programações educativas para o esclarecimento da população sobre a prevenção e controle de zoonoses, buscando a transformação da realidade para a melhoria das condições e qualidade de vida.

Segundo a Prefeitura de São Paulo, desde a implementação até o ano de 2007, o projeto já havia sido trabalhado em 1.468 (mil quatrocentos e sessenta e oito) unidades educacionais da rede municipal, estadual e particular de ensino.

As linhas de atuação do projeto se dividiam em duas, sendo a primeira da guarda¹³³ responsável de animais de estimação e a segunda de interação entre o meio ambiente e a fauna sinantrópica.

A primeira fase do projeto *Para Viver de Bem Com os Bichos* reflete significativamente em outro ponto basilar no tratamento e proteção animal, o do controle populacional. Quando se intensifica uma política pública de educação ambiental e animal, necessariamente se permite à população uma consciência maior dos reflexos negativos de um guarda irresponsável.

Ademais, o município de São Paulo e a coordenação do Centro de Controle de Zoonoses desenvolveram ações de controle da população animal em situação de risco através de programas de apreensão de animais errantes, vacinação massiva contra a raiva, registro de animais, adoção, doação para entidades de proteção animal e educação em saúde animal.

A segunda fase do projeto restringe-se à idealização do desenvolvimento sustentável em âmbito urbano, baseando-se na promoção e manutenção de uma saúde pública.

É visível que a participação do município na construção da proteção animal é pautada no segmento da educação ambiental, que ensina o que é ter um animal, de quais são os cuidados inerentes a ele, dos seus direitos e deveres e de como o público e o privado devem caminhar juntos para a garantia e manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.2 Controle populacional, vacinação, castração e identificação

O controle populacional encontra sustentação na fomentação de uma educação ambiental e na conscientização da guarda responsável do animal, ao refletor em outros elementos basilares (vacinação, castração e identificação) da relação homem-animal.

Estes segmentos de atuação pautam-se em continuidade às políticas públicas de educação ambiental e guarda responsável, sendo que os reflexos da atuação municipal neste âmbito da saúde animal incidem significativamente na população humana enquanto guardião do meio ambiente e do animal.

O município de São Paulo, por exemplo, quando da instituição do *Programa Saúde do Animal*, estabeleceu objetivos específicos para atender os anseios da saúde animal. E é com base na guarda responsável que o município propiciou aos animais uma gama de atendimentos básicos para a manutenção de sua vida.

Adotou-se recomendações veterinárias para conscientização dos munícipes e instituiu campanhas anuais de vacinação para o

combate à raiva, bem como o exame de fezes e as demais vacinas que protegem o animal contra outras doenças.

O *Programa Saúde do Animal* trabalhou em cinco pilares: a) educação em guarda responsável; b) esterilização em massa de cães e gatos; c) registro de animais; d) adoção responsável; e, e) incentivo à criação de leis que deem suporte a essas ações.

Em parceria com o projeto *Para Viver de Bem Com os Bichos*, o referido programa trabalha na identificação em massa dos animais dentro do território urbano da cidade de São Paulo, sendo que das informações apresentadas pela Prefeitura Municipal até abril de 2006, houve o cadastro de aproximadamente 390.000 (trezentos e noventa mil) animais.

A partir da Lei Municipal nº 13.131/2001 é que se estabeleceu o *Registro Geral Animal* na cidade de São Paulo, oportunidade que os munícipes ficaram obrigados a registrar os seus animais no órgão municipal responsável pelo controle de zoonoses ou em estabelecimentos veterinários devidamente credenciados por esse mesmo órgão.

A lei mencionada trata-se do ato legislativo que regulamentou no âmbito da cidade de São Paulo a maioria das ações estatais em prol dos animais, ainda que com caráter antropocêntrico, deu aos animais patamar de sujeitos de direito.

Atribuiu aos guardiões obrigações inerentes à manutenção da saúde animal, sendo certo que na lei ficou estabelecido, além do *Registro Geral Animal*, a obrigatoriedade da vacinação e revacinação, das responsabilidades do guardião, da apreensão e destinação de animais errantes, do controle reprodutivo de cães e gatos e da educação para a guarda responsável.

No *Programa Permanente de Controle Reprodutivo de Cães e Gatos* verifica-se a materialização da lei outrora mencionada, uma vez que o programa prevê basicamente o controle de natalidade deste grupo de animais por meio da realização de esterilização cirúrgica.

O mais interessante do projeto é que todo o trabalho ofertado pela Prefeitura Municipal de São Paulo é gratuito e busca atender, principalmente, a população de baixa renda, bem como sustenta uma rede de parceria entre o público (município) e o privado (clínicas veterinárias cadastradas e entidades de proteção animal sem fins lucrativos) por intermédio de contratos que buscam o fim da castração.

Há ainda disponibilizada a supervisão do serviço de esterilização dos animais, concedendo aos guardiões a possibilidade de os animais receberem o microchip de identificação e a vacina antirrábica, além da emissão do Registro Geral Animal e as orientações veterinárias gerais de pós-operatório.

Por questões óbvias, o programa de *Vacinação Contra Raiva Animal em Cães e Gatos* trata-se de um braço estendido de todos os outros programas apresentados para sustentar as ações basilares da manutenção da dignidade e saúde animal, seja o controle populacional, a vacinação, a castração e a identificação dos animais.

O controle da raiva no município de São Paulo encontra-se estável desde a década de 80, oportunidade em que o trabalho desenvolvido neste projeto está amparado pela obrigatoriedade da vacinação estipulado no artigo 13 da Lei Municipal nº 13.131/2001, ocasião que garante a plena manutenção do controle da raiva nas populações de cães e gatos e, conseqüentemente, na população humana.

Além da obrigatoriedade legal, o município paulista estipulou que o proprietário deve apresentar a identificação (Registro Geral Animal) do animal, o cartão de vacinação e o nome do animal. A vacina antirrábica se torna uma condição obrigatória para a obtenção do Registro Geral Animal.

3.3 Hospital Veterinário Público

Diante da necessidade de dar maior abrangência às políticas já mencionadas, o município de São Paulo, no ano de 2012, por meio da sua Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, bem como pela parceria realizada entre o município e a Anclivepa (Associação Nacional de Clínicos Veterinários de Pequenos Animais de São Paulo), instituiu o primeiro hospital veterinário público do Brasil.

Hoje, após a implementação inicial, o hospital se compôs em duas unidades, uma localizada na Zona Norte e a outra na Zona Leste da cidade. Oportunidade em que, após entrevistas realizadas com a população paulista a respeito do funcionamento do hospital, foram elaboradas orientações que destacavam os principais procedimentos realizados nestas duas unidades da capital.

As duas unidades oferecem aos seus assistidos serviços de consulta, cirurgias, exames laboratoriais, medicação e internação. A equipe veterinária é composta de clínicos gerais, oftalmologistas, cardiologistas, endocrinologistas, dermatologistas, neurologistas, oncologistas, ortopedias e odontologistas.

Com o intuito de designar um público-alvo específico, o município de São Paulo estipulou que estes atendimentos somente serão destinados aos munícipes paulistanos – e não da região como um todo, e tendo como prioridade os inscritos em determinados programas sociais.

Ademais, ainda que a visão do município de São Paulo seja voltada para o viés antropocêntrico da situação de risco do animal, é evidente que as medidas adotadas em circunstâncias basilares para a manutenção da dignidade e saúde animal encontram-se em harmonia com a evolução ética e jurídica do direito animal.

Toda a proteção ambiental e animal proposta e aplicada pelo município paulista se estrutura na adoção de medidas legislativas e de políticas públicas que viabilizam a compreensão da situação animal em âmbito urbano.

Ou seja, o município de São Paulo passou a entender o animal como elemento inerente à comunidade moral daquela região e como parte das interações que acontecem na cidade, observando que por se tratar de um ser sujeito-de-uma-vida, no termo utilizado por Regan (2006), os seus direitos deveriam ser resguardados.

Além das políticas apresentadas para a manutenção da dignidade e saúde animal, o município paulista em muito evoluiu em seu âmbito legislativo no que concerne à compreensão do patamar do animal como sujeito-de-uma-vida.

Dentro do campo de proteção dos animais (cães e gatos), o município de São Paulo pode ser considerado como referência na atuação em prol da proteção sócio-ambiental dos animais, ao retratar de forma satisfatória todos os segmentos constitucionais de amparo ambiental em sentido amplo.

E é compreendendo o animal como um sujeito-de-uma-vida que se eleva a forma de atuação do estado para um patamar pós-humanista e em observância aos ditames de proteção expostos na Constituição Federal, dando força às teorias que abraçam a causa animal como norte para a evolução do direito e da própria sociedade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os cães e gatos usufruem de um patamar privilegiado dentro da comunidade moral comandada pelo ser humano, pois, tratam-se dos animais mais próximos dos homens, em um convívio diário, cercado por afeto e respeito mútuo.

O homem tenta modificar sua forma de ver o animal, em uma desconstrução paulatina do pensamento antropocêntrico, para o viés de uma ética biocêntrica.

Dentro dessa realidade, os cães e gatos, em perímetro urbano, passam a ter um amparo institucional diferenciado, por conta da atuação política e legislativa dos entes federados.

Em território brasileiro, este trabalho apontou o município de São Paulo como uma das principais cidades a estruturar um arcabouço de possibilidades institucionais com o objetivo de efetivar dignidade à vida de seus moradores animais.

Com programas específicos de políticas públicas e de legislação, São Paulo passou a ter um senso de controle populacional dos cães e gatos, processo de identificação, vacinação e castração, educação ambiental, hospitais públicos veterinários, dentre outras ações positivas.

É importante destacar que, por conta do olhar micro do município, é neste ente federado que se deve institucionalizar um novo panorama de atuação ambiental e animal, com o objetivo de salvaguardar tais interesses em perímetro urbano, principalmente no que diz respeito ao seu bem-estar social.

No Brasil, os municípios têm clara autonomia em sua atuação, podendo, como São Paulo, alicerçar nortes de atuação que, natural e futuramente, colherão frutos em prol da proteção animal.

O animal, o homem e a cidade são elementos interligados e que não possuem perspectivas de serem trabalhados separadamente. Todos eles devem ser guiados conjuntamente, tendo como fim comum de proteção, tanto do animal, quanto do homem e da cidade.

Portanto, é possível e factível a implementação de uma linha positiva e efetiva dos municípios para a proteção dos animais domésticos em ambiente urbano, por meio de ações legislativas e políticas públicas voltadas para a proteção do meio ambiente e dos animais, como demonstra a cidade de São Paulo.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999.** Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 28 de abril de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm. Acesso em: 15 jan. 2017.

EDUCAÇÃO, Ministério da. **Resolução nº 2, de 15 de junho de 2012.** Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental. Disponível em: <http://conferenciainfanto.mec.gov.br/images/pdf/diretrizes.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PULZ, Renato Silvano. **Bem-estar animal:** o papel da sociedade e do poder público. Direito dos animais: a responsabilidade dos municípios gaúchos. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul: Comissão de Assuntos Municipais. 2014. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/CAM/Direitos%20dos%20Animais%2015x21.pdf. Acesso em: 12 dez. 2016.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias:** encarando o desafio dos direitos animais. São Paulo: Editora Lugano. 2006.

RENOVÁVEIS, Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais. **Portaria IBAMA nº 93, de 07 de julho de 1998.** Disponível em: <https://servicos.ibama.gov.br/ctf/manual/html/042200.htm>. Acesso em: 18 fev. 2017.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade.** Brasiliense: São Paulo, 2004.

SÃO PAULO. **Lei Municipal nº 10.309, de 22 de abril de 1987.** Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/leimunicipal_1987_10309_1253633561.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Lei Municipal nº 11.359, de 17 de maio de 1993.**
Disponível em:
http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/dengue/index.php?p=4271. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Lei Municipal nº 11.887, de 21 de setembro de 1995.**
Disponível em:
<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/legislacao/index.php?p=6443>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Lei Municipal nº 13.131, de 18 de maio de 2001.**
Disponível em:
http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/LeiMunicipal_2001_13131_1254170935.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Lei Municipal nº 13.725, de 09 de janeiro de 2004(Código Sanitário do Município de São Paulo).** Disponível em:
http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/LeiMunicipal_2004_13725_1255012330.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Lei Municipal nº 14.014, de 30 de junho de 2005.**
Disponível em:
http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=12072005L%20140140000. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Projeto “Para Viver de Bem com os Bichos”.**
Disponível em:
http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/controle_de_zoonoses/programa_saude_animal/index.php?p=4425. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Manual do Educador: “Criando um amigo” – Manual de Prevenção contra agressões por cães e gatos.** Centro de Controle de Zoonoses. 2004. Disponível em:
http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/manual_educador02_1253732588.pdf. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Programa Saúde do Animal – PSA.** Disponível em:
<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia>

_em_saude/control_e_zoonoses/programa_saude_animal/index.php?p=5446. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Programa Registro Geral Animal (RGA)**. Disponível em:

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/control_e_zoonoses/rga/index.php?p=4435. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Programa Vacinação Contra Raiva Animal em Cães e Gatos**. Disponível em:

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/control_e_zoonoses/raiva_animal/index.php?p=5435. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Programa Permanente de Controle Reprodutivo de Cães e Gatos**. Disponível em:

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/index.php?p=210543. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. **Programa de Controle de Animais Domésticos**. Disponível em:

http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/saude/vigilancia_em_saude/control_e_zoonoses/control_animal/index.php?p=5421>. Acesso em: 02 fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2013.

[128] Assessor Jurídico da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. E-mail: yagodocouto@gmail.com.

[129] Professor-assistente na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Câmpus Pantanal. Doutorando em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – Unipar. E-mail: camilo.henrique@ufms.br.

[130] Fiorillo (2013, p. 44) quando da explicação das classificações do meio ambiente, muito bem esclarece que o Supremo Tribunal Federal acolheu quatro significados ao elemento ora analisando, sendo eles: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho.

[131] Silva (2013) sustenta muito bem como o paradigma ecológico contribuiu para demonstrar que “os ordenamentos jurídicos não são um todo, mas um sistema complexo que não tem partes e sim elementos que se relacionam entre si; e que em função disso não pode dividir-se em unidades indivisíveis cuja soma seja igual ao conjunto porque, nas palavras de José-Luis Serrano, os sistemas jurídicos são além da soma de normas, alguma coisa mais”. Ou seja, trazendo para o raciocínio apresentado neste trabalho, não há que se pensar na tutela jurídica do meio ambiente artificial de forma desconexa à realidade dos direitos apresentados aos animais, principalmente ao considerar a formação histórica da cidade, bem como da relação entre o animal doméstico (cães e gatos) e o ser humano.

[132] As demandas animais observadas em território urbano, basicamente se formam dentro da estruturação básica da dignidade e saúde animal. Ou seja, se desenvolvem na manutenção do controle populacional, vacinação, castração e identificação do animal, bem como na fomentação de políticas públicas de educação animal e guarda responsável.

[133] O projeto adota a terminologia posse, ainda atribuindo o caráter de coisa ao animal. Entretanto, neste trabalho adotaremos a terminologia de guarda responsável, uma vez que se considera o animal como um sujeito-de-uma-vida e plenamente capaz de adquirir direitos e deveres, sendo o seu responsável um tutor.

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHER E A POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ NO BRASIL: O IMPACTO DA LEI N.º 13.718/2018 NO PROCEDIMENTO PARA REALIZAÇÃO DO ABORTO LEGAL

Débora Karina Gonçalves Vaserino¹³⁴

Patrícia Borba Marchetto¹³⁵

Resumo: O objetivo deste estudo foi analisar o impacto da Lei n.º 13.718/2018 no exercício do direito à realização do aborto legal no caso de gestação decorrente de violência sexual. A hipótese é a de que com o recrudescimento da persecução penal dos crimes contra a Liberdade Sexual haverá maior dificuldade da mulher no exercício de seu direito. Foi realizada revisão sistemática da literatura sobre o tema. A análise mostrou que a violência sexual não só é um problema de saúde pública, como também de gênero. A conclusão é a de que a mudança da ação penal retirou da mulher sua autodeterminação, violando intimidade e privacidade, além de afastá-la de ajuda profissional qualificada e do exercício do direito ao aborto legal.

Palavras-chave: violência sexual; Aborto legal; Lei n.º 13.718/2018.

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, cerca de 43% das mulheres brasileiras em situação de violência sofrem agressões diariamente. No Distrito Federal, entre janeiro e

outubro de 2018, quase 60% dos casos de notificação feitos à Secretaria de Saúde foram contra pessoas do sexo feminino (BRASIL, Ministério da Saúde, 2018).

As estatísticas oficiais, no entanto, não expressam de maneira satisfatória a extensão do problema. Isto porque a violência sexual é pouco denunciada, dificultando o desenvolvimento de pesquisas na área. Apesar disso, é de conhecimento amplo que a violência sexual constitui problema mundial de alta prevalência, tendo impacto profundo sobre a saúde física e mental das vítimas.

A violência sexual no Brasil situa-se no contexto histórico da violência de gênero, sendo as mulheres a maioria das vítimas. As consequências da violência sexual sobre a saúde da mulher podem ser diversas, como lesões, disfunção sexual, doenças sexualmente transmissíveis e gravidez indesejada.

A realização de interrupção legal de gestação decorrente de violência sexual é prevista no inciso II do artigo 128 do Código Penal. O objetivo desta pesquisa é situar atualmente a questão da possibilidade da interrupção da gravidez no ordenamento jurídico brasileiro, diante da violência sexual contra mulher resultante em gravidez indesejada. Faz-se a análise das alterações legislativas trazidas pela Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018 e o impacto desta lei sobre o aborto legal.

2. DISCUSSÃO

Segundo o Relatório Mundial de Violência e Saúde publicado pela Organização Mundial da Saúde em 2002, a violência sexual é definida como:

Qualquer ato sexual, tentativa de obter um ato sexual, comentários ou investidas sexuais indesejados, ou atos direcionados ao tráfico sexual ou, de alguma forma, voltados contra a sexualidade de uma pessoa usando a coação, praticados por qualquer pessoa

independentemente de sua relação com a vítima, em qualquer cenário, inclusive em casa e no trabalho, mas não limitado a eles. (KRUG EG et al., 2002).

A violência sexual é uma forma de violação dos direitos humanos e não se restringe a determinada classe social, nem a faixa etária. É atribuída a uma série de fatores sociais, culturais, religiosos e econômicos. Por ser um conceito amplo, dentro dele se incluem formas específicas de como a violência sexual pode se dar no caso concreto. Abuso e exploração sexual são formas de violência sexual e também se desdobram conceitos específicos que facilitam a identificação no contexto social, bem como a configuração da conduta ao crime correspondente.

A Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1994, definiu por violência contra a mulher em seu artigo 1º: “todo ato baseado no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como privada” (OEA, 1994). Sobre a violência de gênero no Brasil, Cerqueira e Coelho dizem que:

É um reflexo direto da ideologia patriarcal, que demarca explicitamente os papéis e as relações de poder entre homens e mulheres. Como subproduto do patriarcalismo, a cultura do machismo, disseminada muitas vezes de forma implícita ou sub-reptícia, coloca a mulher como objeto de desejo e de propriedade do homem, o que termina legitimando e alimentando diversos tipos de violência, entre os quais o estupro. Isto se dá por dois caminhos: pela imputação da culpa pelo ato à própria vítima (ao mesmo tempo em que coloca o algoz como vítima); e pela reprodução da estrutura e simbolismo de gênero dentro do próprio Sistema de Justiça Criminal (SJC), que vitimiza duplamente a mulher. (CERQUEIRA e COELHO, 2014)

A violência sexual contra a mulher tem efeitos nas esferas física e mental da vítima. A gravidez indesejada, decorrente de estupro, é uma delas. A violência sexual é problema de saúde pública, diante

da magnitude do assunto. À mulher que resulta grávida após processo de estupro é dada a possibilidade da realização do aborto: o denominado aborto legal.

Aborto legal é a interrupção voluntária da gravidez com a morte do produto da concepção, autorizada pelo ordenamento jurídico. Do ponto de vista médico, abortamento é a interrupção da gravidez até a 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até duzentos gramas ou, ainda, quando o feto mede até 16,5cm. Sobre a legislação brasileira, o inciso II do artigo 128 do Código Penal não pune o abortamento praticado por médico e com consentimento da gestante quando a gravidez resulta de violência sexual.

Para realização do aborto legal no caso citado não é necessária decisão judicial autorizando a conduta. Antes da alteração na ação penal promovida pela Lei n.º 13.718, de 24 de setembro de 2018 (Lei de Importunação Sexual), não se condicionava nem à realização de Boletim de Ocorrência Policial. Com objetivo de orientar mulheres nesta situação, em julho de 2018, anteriormente às alterações legislativas, a Defensoria Pública de São Paulo lançou uma cartilha, na qual continham as seguintes informações sobre os procedimentos a serem seguidos pelo serviço de saúde, bem como sobre os documentos necessários:

Quando as mulheres chegam aos serviços de saúde com solicitação de aborto legal em casos de estupro são encaminhadas para atendimento com uma equipe multidisciplinar. Primeiro, a mulher será ouvida por assistente social e/ou psicólogo/a, que irão orientar os trâmites para a realização do procedimento, caso ela opte pelo aborto. Após essa conversa, a mulher será encaminhada para avaliação junto a um médico ou médica. A decisão sobre o aborto, após as entrevistas, será tomada por no mínimo três pessoas da equipe de saúde multiprofissional. (...) Todos os documentos necessários para a realização do aborto nos casos de violência sexual serão colhidos no Hospital no qual o procedimento será realizado. São documentos nos quais a mulher opta pelo aborto e se responsabiliza pelos fatos narrados à equipe médica enquanto verdadeiros. Ainda

são necessários um parecer técnico do/a médico/a que ateste a compatibilidade da idade gestacional com a data da violência sexual relatada e um termo que aprove o procedimento de interrupção da gravidez. (Portaria MS/GM n° 1.508/2005 do Ministério da Saúde). Não é necessário apresentar para o hospital um Boletim de Ocorrência Policial, Laudo do Instituto Médico Legal ou Autorização Judicial. (BRASIL, Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2018)

Em setembro de 2018 foi editada a Lei n.º 13.718, conhecida como Lei de Importunação Sexual, que modificou alguns aspectos na seara dos crimes contra a dignidade sexual. Em sua ementa consta que tal lei

Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei n° 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). (BRASIL, Lei n.º 13.718/2018)

Uma das mudanças, como podemos notar, foi tornar pública incondicionada a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual. A discussão proposta neste trabalho versa sobre o impacto de tal alteração legislativa no exercício do direito da mulher ao aborto legal no caso de gravidez decorrente de violência sexual.

Para realizar esta discussão, é importante analisar o processo de criação legislativo dessa nova lei. Trata-se de lei ordinária, cuja iniciativa foi do Senado Federal que, após aprovação, enviou o projeto para apreciação da Câmara dos Deputados. Aprovado com alterações na última casa retornou ao Senado que também aprovou o projeto. Após a aprovação no Congresso Nacional, o projeto de lei foi sancionado e convertido em lei: a Lei n.º 13.718/18.

Em 16 de setembro de 2015 foi apresentado o Projeto de Lei do Senado n.º 618/15 pela senadora Vanessa Grazziotin. A justificação para tal medida foi o fato de ser cada vez “mais corriqueiros no Brasil os casos de estupros cometidos por mais de um agente, os chamados ‘estupros coletivos’.” (GRAZZIOTIN, 2015). Inicialmente, o projeto propunha apenas o acréscimo no Código Penal do artigo 225-A, que determinava aumento de pena no concurso de duas ou mais pessoas nos casos de estupro.

Em 31 de maio de 2016 houve parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, no Senado. Nesta ocasião, o parecer foi pela aprovação do projeto com a ementa 01, sugerindo que fosse acrescentado o artigo 218-C no Código Penal, que tipifica a Divulgação de Cena de Estupro. Uma das justificativas para a tipificação de tal crime foi a de que

A divulgação do estupro e, a partir desse momento, sua virtualmente eterna permanência na internet, não gera apenas prejuízos morais à vítima, a exemplo de um xingamento ou de uma mera depreciação pessoal. A divulgação perturbará seu convívio familiar, desestabilizará suas relações sociais, deixará sequelas em futuros relacionamentos amorosos e na imagem que a vítima buscará construir a respeito de si mesma. O estigma de mulher estuprada – e os inevitáveis e cruéis julgamentos morais daqueles que buscam justificar o estupro a partir do comportamento da vítima – a acompanhará por toda a vida, pois o conteúdo que está na rede dificilmente será eliminado de forma permanente. (TEBET, 2016)

Sendo assim, no processo de criação da Lei de Importunação Sexual houve preocupação com o estigma da mulher vítima de violência sexual, bem como nas sequelas que o crime causa em seu estado psicológico e em sua vida pessoal de modo geral.

A ementa ao projeto de lei foi motivada pela repercussão do estupro coletivo cuja vítima foi uma adolescente, no Rio de Janeiro em maio de 2016. Na época a jovem de dezesseis anos foi violentada por pelo menos trinta homens. Além disso, poucos dias

depois, ela descobriu que imagens do ocorrido, em que aparecia nua e desacordada circulavam pela internet. Este crime ganhou destaque na mídia e causou comoção social, impulsionando a aprovação do projeto com a ementa e sua remessa à Câmara dos Deputados em junho de 2016 como Projeto de Lei n.º 5452/16.

Já na Câmara, a Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania propôs algumas alterações no projeto e votou pela sua aprovação. Após, o projeto foi enviado para parecer da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher que se manifestou favorável à aprovação da lei, já com as mudanças propostas pela Casa, inclusive com a alteração do artigo 225 do Código Penal, que torna pública incondicionada a ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e os crimes sexuais contra vulneráveis.

Em nenhum dos pareceres houve a discussão sobre o impacto que a alteração artigo 225 do Código Penal poderia causar. Esta alteração foi proposta pelo Projeto de Lei n.º 5435/2016, que foi apensado ao Projeto de Lei em discussão por pertinência da matéria. A justificativa para alteração da ação penal foi que tornar a ação penal pública incondicionada seria uma forma de tentar reduzir a impunidade dos crimes. Na justificativa do PL 5435/16 há o seguinte

Outra alteração proposta é no tocante a forma de processamento da ação. O Código Penal prevê a ação pública incondicionada apenas para os fatos em que a vítima seja menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Sugerimos que, caracterizado o estupro, a ação deva ser pública incondicionada, e não mais pública condicionada à representação, por entendermos que, ainda que seja situação de fragilidade e exposição da vítima, o seu silêncio contribuirá para impunidade e aumento do número de casos. (SOUSA, 2016)

Nem mesmo na justificativa do projeto de lei que propôs a alteração do artigo 225 do Código Penal, nem nos pareceres que levaram a sua conversão em lei considerou o reflexo prático de tal mudança legislativa na vida das vítimas. Chegamos, portanto, na

discussão do presente trabalho, uma vez que tal alteração acarretou em mudanças também no procedimento para realização do aborto legal, consequentemente.

O Código Penal originalmente (1940) dispunha que os definidos nos Capítulos I e II (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual e Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, respectivamente) Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual (Título VI do Código Penal) eram processados mediante queixa-crime. Em 2009, a Lei n.º 12.015 alterou o código e estabeleceu que tais crimes fossem processados mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Agora, em setembro de 2018, a persecução penal passou a ser mediante ação penal pública incondicionada.

A alteração legislativa demonstra a tentativa de recrudescimento do sistema penal contra os crimes de contra a dignidade sexual, sem levar em consideração outras questões, como a liberdade da vítima de escolher entre submeter-se (ou não) ao sistema policial e judiciário com procedimentos que afetam sua intimidade – a realização de perícia, por exemplo.

Além disso, diante de tal alteração, a mulher vítima de violência sexual que procura o serviço de saúde não está mais protegida pelo sigilo médico. Sobre o dever de sigilo profissional, Villas-Bôas diz que

É, também, um direito do paciente no que concerne à própria defesa do efetivo exercício da autonomia, mediante a proteção da intimidade existencial e de sua influência na tomada de decisões. O dever de sigilo como proteção da autonomia compreende o direito do paciente de decidir livremente, tão somente conforme a legalidade e seu próprio modo de pensar. Assim sendo, esse compromisso insere-se no marco do respeito e reconhecimento ao protagonismo do paciente nas decisões de saúde que lhe competem. O processo de tomada de decisão, nesse contexto, leva em conta não apenas as informações técnicas prestadas pelos profissionais quanto ao quadro orgânico enfrentado, mas, por certo, pondera aspectos sociais, psíquicos,

emocionais e culturais envolvidos, bem como a repercussão que a decisão terá em sua vida futura. Como ser social que é, o ser humano, com efeito, vive em interação. Todavia, em que pese a era de exposição acerba em que ora se vive, consentida ou não, é fato que determinados aspectos pessoais devam ter sua exposição social modulada e decidida unicamente pelo principal envolvido, que sofrerá as consequências mais diretas da difusão de tais informações. (VILLAS-BÔAS, 2015)

O segredo médico é protegido pelo Código Penal no artigo 154; todavia, tal dever de sigilo não é absoluto. O interesse público, por exemplo, autoriza a liberação do sigilo. A opção do legislador de determinar o processamento dos crimes contra a dignidade sexual mediante ação pública incondicionada significa que o Estado tem interesse jurídico na persecução penal destes crimes. Sendo assim, o interesse público de reintegrar a ordem jurídica abalada com o crime não só autoriza a quebra do sigilo médico nos casos de violência sexual, como impõe ao profissional da medicina que notifique o caso às autoridades competentes.

Na prática, quando a mulher chegar ao serviço de saúde com solicitação de aborto legal decorrente de violência sexual, além de ser encaminhada para atendimento com equipe multidisciplinar, o hospital notificará a autoridade policial da notícia crime, que realizará o Boletim de Ocorrência Policial que, necessariamente, dará origem à ação penal. Antes de setembro de 2018, não era necessário apresentar para o hospital boletim de ocorrência policial, nem Laudo do Instituto Médico Legal ou sequer Autorização Judicial. A mulher, maior de idade, que optava pela realização do aborto legal precisava somente apresentar documentos se responsabilizando pelos fatos narrados à equipe médica enquanto verdadeiros, em relação à violência sexual sofrida, o que colaborava para autonomia e independência da mulher.

Sendo assim, com as alterações no processo penal trazidas pela Lei n.º 13.718/2018, a mulher que sofre violência sexual cuja

consequência é uma gravidez indesejada e procura o serviço público para realização de aborto legal está obrigada a realizar boletim de ocorrência policial e exame médico-legal para providências policiais e judiciais cabíveis. Diante da notícia crime, registrada mediante boletim de ocorrência policial, e pelo princípio da obrigatoriedade do Ministério Público, que tem o dever de agir, a mulher, que é o ponto central nesta discussão, necessariamente enfrentará um processo penal para persecução criminal do crime sexual em questão.

A mulher maior de idade, sujeito de direitos e plenamente capaz, deve ter a possibilidade de escolher iniciar ou não da persecução penal do crime ao qual é vítima. Ainda que esta seja a condição, a mulher é e continua possuindo autodeterminação capaz de decidir quais são as consequências do crime que sofreu. Retirar a autonomia da mulher, impondo apenas um caminho, não contribui para a origem do problema, que é essencialmente de gênero.

A estrutura legislativa, ao impor que a mulher será vítima também dentro do processo penal, retira da mulher sua autonomia e seu poder de decisão. Ela já é vítima das circunstâncias e do seu agressor, mas obrigá-la a participar da persecução penal a coloca também como vítima dentro de um processo que já começa retirando sua garantia básica: o poder de decidir.

O processo penal deve ser instrumento dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, não pode ser eivado de autoritarismo. Apesar de a intenção legislativa ter sido boa no sentido de que impõe a investigação de tais crimes, o Direito Penal simbólico prejudica a vítima quando retira dela seu poder de determinação. Não há oposição persecução penal destes crimes, desde que esta seja da vontade da vítima, cuja intimidade estará exposta no processo. Retirar seu poder de decisão neste caso significa violação à liberdade e intimidade.

A Lei n.º 13.718/18, ao determinar que a ação penal nos casos de violência sexual será pública incondicionada torna-se abusiva, pois impõe, sem exceção, que a mulher será vítima também dentro

de um processo. Ainda que este corra em segredo de justiça, a máquina judiciária é operada por seres humanos e esta mulher terá sua intimidade revelada e discutida, independentemente de sua opinião ou de sua vontade.

Para além do problema da exposição sem necessariamente seu consentimento, uma vez que a ação penal pública incondicionada é obrigatória, surgem algumas questões secundárias, mas de extrema importância. O estigma em torno dos crimes contra a liberdade sexual, que imputa o crime à vítima por diversas vezes (a roupa que a mulher estava usando, o lugar ou horário onde estava, ela ter ingerido bebida alcoólica) impede que a mulher busque ajuda e atendimento adequado quando vítima de um crime por vergonha ou medo.

No caso de gravidez indesejada, decorrente de violência sexual, a questão torna-se ainda mais complexa. Se antes da alteração legislativa vários fatores impediam a mulher de buscar ajuda, o problema agora é ainda maior. Para além do estigma já existente que ronda este tipo específico de crimes, a mulher agora participará, sem escolha, de um processo penal. Por saber que a persecução penal do crime ao qual é vítima não é mais uma escolha sua e por toda carga valorativa que existe socialmente atrelada aos crimes sexuais, as chances de uma mulher procurar o serviço de saúde para realizar o aborto legal são reduzidas. As políticas públicas devem ser voltadas para acolher e ajudar; contudo, neste caso, há o afastamento das vítimas de ajuda qualificada.

A Lei de Importunação Sexual ao mesmo tempo em que tornou mais forte a persecução penal para os crimes contra a liberdade sexual, também diminuiu o sentido da existência do aborto legal nestas circunstâncias ao dificultar o acesso da vítima ao seu direito. O aborto é direito da vítima de violência sexual e tal direito não pode ser dificultado pela tentativa de recrudescimento da investigação do fato. O maior prejuízo ao se determinar que um fato seja necessariamente investigado é o de que, neste caso, a

mulher terá mais dificuldade de acesso ao direito de realizar o abortamento.

3. CONCLUSÃO

A Lei de Importunação Sexual tornou-se mais um obstáculo para realização do aborto legal no Brasil, por alterar a ação penal dos crimes contra a Liberdade Sexual para pública incondicionada e, indiretamente, impor a condição da notificação no caso de violência sexual. A vítima que já se vê constrangida por toda carga valorativa que envolve tais crimes, além de vulnerável, ainda enfrenta a dificuldade de ter que necessariamente notificar tal crime às autoridades policiais e judiciária. Como consequência da notificação, o crime do qual é vítima será investigado e, quando possível, haverá ainda o processo penal, no qual participará.

Neste cenário, há prejuízo na autonomia privada da mulher, além de violação a sua liberdade de escolha e privacidade, enquanto pessoa sujeito de direitos. Caso busque auxílio qualificado, procurando o serviço de saúde, haverá necessariamente notificação do caso.

Nos casos de gravidez consequente de violência sexual, se optar pelo aborto legal, não há opção de não se submeter a um processo penal: caso tome a decisão de interrupção da gravidez indesejada, esta mulher, necessariamente, enfrentará a ação penal na condição de vítima da violência sexual. Ainda que sua condição seja de vítima, a ação penal não é uma vantagem, pelos constrangimentos à liberdade que ela gera e por se tratar de uma imposição e não escolha. Retira-se a mulher de figura central, de sujeito que mesmo diante de um crime é capaz de determinar quais os rumos da sua vida e a coloca como sujeito tutelado pelo Estado, como se este fosse o mais capacitado para determinar o que é melhor para ela.

Ainda vigora em nossa sociedade uma moral julgadora da mulher vítima de estupro. Saber que ao buscar o serviço de saúde terá como consequência necessária a notificação do crime às autoridades, bem como o enfrentamento de um processo penal,

dificultará, ainda mais, ao acesso da mulher aos seus direitos. Em especial, ao direito de realizar o aborto legal quando decorrente de violência sexual. Considera-se importante olhar não somente para o processamento e punição do agressor, mas também olhar humanamente para a vítima, que é quem sofre as consequências do crime.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei n.º 2848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 10 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Direitos Reprodutivos: “aborto legal”. São Paulo: julho de 2018.

BRASIL. Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em 10 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Saúde do Distrito Federal. Notificações de violência em 2018 já superam todo ano passado. Brasília, Distrito Federal, 2018. Disponível em: < <http://www.saude.df.gov.br/notificacoes-de-violencia-em-2018-ja-superam-todo-ano-passado/>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, Danilo Santa Cruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo dados da saúde. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica aplicada; março de 2014, n.11.

GRAZZIOTIN, Vanessa. Projeto de Lei do Senado n.º 618/2015. Senado Federal, 16 de setembro de 2015. Disponível em: <
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

KRUG EG et al., eds. World report on violence and health. Geneva, World Health Organization, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. Belém do Pará, 1994.

SOUSA, Weverton Rocha Marques de. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 5435/2016. Câmara dos Deputados, 31 de maio de 2016. Disponível em: <
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086185>> Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

TEBET, Simone. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 618, de 2015. Disponível em: <
<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777159&disposition=inline>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2019.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O direito-dever de sigilo na proteção ao paciente. Rev. Bioét. vol.23 no.3. Brasília, setembro/dezembro 2015.

[134] Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP Franca; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP); e-mail: deboravaserino@gmail.com

[135] Doutora em Direito pela Universidad de Barcelona, com título reconhecido pela Faculdade de Direito da USP; Professora na graduação e pós-graduação da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP); e-mail: pmarchetto@fclar.unesp.br

DIREITO AO ACESSO E PERMANÊNCIA DA PESSOA TRANSGÊNERO NAS FORÇAS ARMADAS: ALGUMAS REFLEXÕES

Tereza Rodrigues Vieira¹³⁶

Resumo: Considerando o preconceito e a discriminação que pairam contra as pessoas transgênero, pretende-se no presente artigo refletir, com base em pesquisa bibliográfica, sobre o ingresso e/ou permanência de pessoas transexuais nas forças armadas, tema não enfrentado pelos juristas brasileiros. Com o intuito de combater o preconceito, a discriminação e promover a inclusão, as Forças Armadas devem desenvolver programas contra a transfobia, pois a transexualidade por si só não descapacita ninguém, portanto não pode ser considerada um impedimento para admissão ou continuação na corporação. Lutar pelo acolhimento também é promover a paz entre as pessoas e os direitos humanos.

Palavras-chave: Transgêneros; Transfobia; Forças Armadas; Vulnerabilidade; Inclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com base em pesquisa bibliográfica e ponderações empíricas, pretende-se no presente artigo discorrer e apresentar algumas considerações acerca de polêmico tema que versa sobre o ingresso e/ou permanência de pessoas transexuais nas forças armadas, assunto pouco enfrentado pelos doutrinadores nacionais e estrangeiros.

Considera-se aqui transgênero aquela pessoa que possui identidade de gênero diversa daquela designada por ocasião do nascimento e que se identifica como pertencente ao gênero oposto.

É sabido o quão preconceituoso e discriminatório é o ambiente militar para a população LGBTI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexo) em quase todos os países, dificultando bastante a estas pessoas servirem à nação militarmente.

A título de ilustração, lembre-se aqui que o Código Penal Militar brasileiro, um Decreto-Lei de 1969, não determinou interdições ao alistamento de pessoas homossexuais, no entanto, dispõe ainda em seu art. 235, Capítulo VII, como “crimes sexuais”, a “pederastia ou outro ato de libidinagem”, indicada no documento como “praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”, cuja pena prevista varia de seis meses a um ano de detenção. (GARCIA, 2018)

No entanto, em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) deliberou, por maioria, que continua a ser crime praticar sexo de qualquer tipo em instalações militares, mas determinou que fossem retirados os termos “pederastia” e “homossexual” do Código Penal Militar, por sopesar que eles possuíam cunho discriminatório.

Ponderando sobre o supra exposto, indaga-se: Há preconceito e discriminação contra as pessoas trans nas Forças Armadas? É possível servir às Forças Armadas sem a realização de cirurgias transgenitalizantes? A transgeneridade implica em dispensa automática? Uma eventual liberação poderá ser embasada nos aspectos físicos e psicológicos? Ter ou não se submetido às cirurgias chamadas transgenitalizantes, após acompanhamento psicológico, diferencia este candidato dos concorrentes cisgênero? As pessoas transgênero oferecem algum risco às Forças Armadas? Soldados servem apenas em período de guerra? Afinal, em quê a identidade trans pode interferir no desempenho de um soldado? Pessoas transexuais são incapazes de zelar pela defesa da pátria e garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem?

Estas questões merecem reflexões percucientes por parte do leitor, uma vez que o tema apresenta importantes aspectos multidisciplinares.

2. ALISTAMENTO E SERVIÇO MILITAR NO BRASIL

No Brasil o alistamento militar é obrigatório para todo brasileiro do “sexo” masculino e deve ser realizado nos primeiros seis meses do ano em que completar 18 anos de idade. As mulheres estão isentas do serviço militar obrigatório, conforme prevê a Constituição Federal, contudo, podem integrar as Forças Armadas por meio de concurso público.

O efetivo das Forças Armadas é distribuído de conformidade com suas atribuições, as necessidades de suas unidades, bem como sua distribuição pelo território nacional. (EFETIVO, 2019) A força militar do Brasil é considerada uma das maiores do mundo e, enquanto comandante supremo, o Presidente da República opina na deliberação da admissão ou manutenção de pessoas trans no seu efetivo.

Como o país não vivencia ameaças externas ou internas, as Forças Armadas estão ampliando sua presença na Amazônia, em forças de manutenção da paz das Nações Unidas ou envolvem-se em ações ou programas cívicos, educacionais, de saúde e de construção de pontes, ferrovias e estradas em todo o país. Indaga-se: São as pessoas transgênero capazes de desempenhar estas funções como as pessoas cisgênero?

Informe-se aqui que o Certificado de Alistamento Militar (CAM) é o documento que comprova a apresentação para a prestação do Serviço Militar.

Cumpramos ressaltar que o recrutamento militar compreende as seguintes fases: alistamento, seleção (aspectos físico, cultural, psicológico e moral), distribuição (encaminhado à Marinha, Exército ou Aeronáutica), e a incorporação (ingresso nas Forças Armadas) (BRASIL, 2018).

Segundo a Lei do Serviço Militar n.º 4.375/1964, no decorrer do alistamento militar, o brasileiro que apresenta aparente incapacidade física e/ou mental estará isento do Serviço Militar e poderá demandar na Junta de Serviço Militar, o seu Certificado de Isenção. Outros casos de incapacidade física e/ou mental não aparente necessitam ser avaliados.

Conforme o art. 1º da Lei nº 4.375/64, o serviço militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas, ou seja, no Exército, Marinha ou Aeronáutica, e compreenderá, na mobilização de todos os encargos relacionados com a defesa nacional.

Enfatize-se aqui que, se não estiver em dia com as suas obrigações militares, o cidadão do “sexo masculino” não poderá,

[...] Obter passaporte ou prorrogação de sua validade; Ingressar como funcionário, empregado ou associado em – instituição, empresa ou associação oficial, oficializada ou subvencionada; Assinar contrato com o Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municípios; Prestar exame ou matricular-se em qualquer estabelecimento de ensino; Obter carteira profissional, registro de diploma de profissões liberais, matrícula ou inscrição para o exercício de qualquer função e licença de indústria e profissão; Inscrever-se em concurso para provimento de cargo público; Exercer, a qualquer título, sem distinção de categoria ou forma de pagamento, qualquer função pública ou cargo público, eletivos ou de nomeação; Receber qualquer prêmio ou favor do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municípios (BRASIL, 2018).

Como é manifesto, considerando a obrigatoriedade do alistamento para os cidadãos do sexo masculino, a habilitação para um emprego implica na apresentação de certificado que comprova a sua situação militar. A princípio, se o indivíduo não o detiver, não poderá ser contratado.

A título de ilustração, cite-se aqui o relato da modelo e atriz Roberta Close, cujo alistamento ocorrera nos anos oitenta. No ano em que completou dezoito anos, Roberta precisava obter o

certificado de reservista, pois temia que o seu não comparecimento pudesse implicar em prisão. Compareceu trajando vestido, como sempre usava em seu cotidiano. Narra a ex-modelo:

Foi só entrar no posto de atendimento com a roupa molhada para atrair todos os olhares. Os futuros soldadinhos cutucavam uns aos outros, me apontando, e imediatamente abriram um clarão para eu passar. Cada passo que eu dava provocava um murmurinho e a fila foi se desmanchando porque todos queriam olhar.

Antes que a confusão aumentasse, um sargento veio e me levou para uma sala ao lado para me interrogar. Ele custou a entender o que eu estava fazendo ali. Não queria acreditar na minha história e só quando mostrei a certidão de nascimento é que ele percebeu que eu estava falando a verdade.

Nunca o descompasso entre a minha identidade e a minha aparência foi tão gritante. Comecei a ameaçar tirar as roupas e quando abri a parte de cima do vestido insinuando um *strip tease* foi uma loucura.

O entra e sai da sala aumentava, o homem suave e dizia que precisava examinar meus pulmões, mas quando viu que eu estava de sutiã levou um susto.

Ele percebeu que a minha situação era mesmo especial e disse que resolveria logo o meu problema. Parou o exame no ato e me mandou embora pra casa. Liberaram logo os papéis de dispensa. (Apud RITO, 1998, p. 74-76)

Diante da ausência de lei, o Ministério da Defesa, questionado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, confirmou a necessidade de alistamento militar para os homens transexuais que possuem os documentos já adequados.

A partir de 2018 o alistamento militar pode ser feito de forma online pelo site: www.alistamento.eb.mil.br. Por sua vez, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLT) orienta acerca do alistamento militar em seu site oficial (www.abglt.org/documentos).

Ao ser indagado pela ABGLT, o Ministério da Defesa replicou:

Este Ministério e as Forças Armadas adotam uma política

de estrita observância ao princípio constitucional de que todos, incluindo transexuais e transgêneros, são iguais perante a lei, sem distinção de raça, credo, orientação sexual ou outro parâmetro qualquer, garantida a igualdade de tratamento, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. – Juan Carlos Orozco, Chefe de Gabinete do Ministro da Defesa do Brasil. (GUIA, 2018)

É importante que o homem trans procure a Junta Militar nos trinta dias seguintes à obtenção dos novos documentos, sob pena de sofrer alguma punição, como qualquer outro homem. (GUIA, 2018)

Sobre o assunto, a título de *lege ferenda*, dispõe o Projeto de Lei n.134, que institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero (SENADO, 2018), que tramita no Senado Federal brasileiro:

Art. 42 – Transgêneros e intersexuais podem ser dispensados do alistamento militar, mediante simples requerimento encaminhado à Junta do Serviço Militar.

Art. 43 – Será concedido ou cancelado o Certificado de Alistamento Militar – CAM, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor onde conste a alteração levada a efeito.

Evidentemente, os movimentos que militam pelos direitos humanos esperam aprovação do Projeto de Lei supra, na esperança de maior proteção à população LGBTI das incontáveis violências e desrespeito sofridos.

Conforme declaração de Giowana Cambrone:

No caso das pessoas trans, o serviço militar obrigatório deveria ser limitado ao alistamento, para cumprir as exigências legais, dando a opção de dar seguimento ou não às outras etapas. Pelas características dos treinamentos, das atividades dos quartéis e da cultura organizacional das Forças Armadas, considero que pode ser muito arriscado e mesmo causar danos psíquicos e físicos a presença de homens trans nas corporações. (AMAZONAS NEWS, 2018)

A nosso ver, às pessoas trans devem ter assegurado o seu direito de servir, mas não a obrigação. Aliás, cite aqui o parecer do Ministério da Defesa o qual afirma não nortear “*o processo seletivo de recrutamento e incorporação por qualquer critério excludente que não esteja baseado em condições de desempenho respaldadas por exames médicos*”. (JANSEN, 2018)

A participação de pessoas trans nas Forças Armadas está de acordo com Princípio 25 de Yogyakarta (2006), que determina que:

Todo cidadão ou cidadã tem o direito de participar da direção dos assuntos públicos, inclusive o direito de concorrer a cargos eletivos, participar da formulação de políticas que afetem seu bem-estar e ter acesso igual a todos os níveis do serviço público e emprego em funções públicas, incluindo a polícia e as forças militares, sem discriminação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero (grifo nosso).

Demonstrando profundo respeito pela diversidade, em janeiro de 2018, o Ministério Público Federal (MPF) emitiu recomendação para que Marinha, Exército e Aeronáutica aceitem transexuais, uma vez que a transexualidade não pode ser determinante para reformar ou considerar militares incapazes. A orientação, sem cunho judicial, veio em decorrência de inquérito civil instaurado em 2014 (nº 1.30.001.000522/2014-11), que apura a violação de direitos humanos de pessoas trans nas Forças Armadas. (MARTINELLI, 2014)

Consoante o MPF, a instituição estaria reformando sistematicamente militares em decorrência da sua identidade de gênero, sob a alegação de "incapacidade para o serviço militar". Trata-se de quatro militares transexuais investigados ao longo do inquérito (um do Exército, dois da Marinha e um da Aeronáutica), os quais foram afastados do serviço ativo das Forças

Armadas após de revelarem a intenção de efetuar a **transição de gênero**.

O Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, em nota assinada pelos procuradores Ana Padilha e Renato Machado, indica que os comandos do Exército Brasileiro, Marinha e Aeronáutica suspendam a prática de reformar ou aposentar militares por conta da condição sexual. (REBELLO, 2018).

Para os procuradores que assinam a recomendação,

a suposta impossibilidade de manutenção da militar transexual nas Armas ou Quadros Militares exclusivamente masculinos não encontra amparo constitucional ou legal, seja pela possibilidade de transferência de militares entre Corpos e Quadros, seja pelo ingresso de militares mulheres em Armas/Quadros/Funções antes exclusivamente ocupados por homens. (MARTINELLI, 2018)

Além do período de 30 dias para responder às ações, o MPF recomenda ainda que sejam implementados programas de combate à discriminação, voltados à erradicação da homofobia e transfobia, de modo a não excluir das Forças Armadas as pessoas transgênero ou homossexuais (MARTINELLI, 2018).

Também precisam ser executados programas de reabilitação ou transferência de militares transexuais em funções compatíveis em outros Corpos ou Quadros das Forças Armadas, caso desempenhem originalmente funções que não possam ser exercidas por mulheres e tenham alterado o gênero masculino para o feminino.

As Forças Armadas, com o Serviço Militar, asseguram a representatividade geográfica, étnica, social e religiosa de seus integrantes. Em assim sendo, deve ser bem-vinda a expressão da diversidade sexual também.

3. TRANSGÊNEROS E AS FORÇAS ARMADAS NOS ESTADOS UNIDOS, CANADÁ, FRANÇA E ISRAEL

É possível que, na maioria dos casos, as pessoas queiram ser dispensadas do serviço militar, contudo, uma pequena parcela tem intenção de servir ao país.

Relembre-se aqui que a decisão de permitir que pessoas transexuais integrassem as forças armadas dos Estados Unidos foi tomada em junho de 2016, pelo governo Obama. Entretanto, o presidente americano Donald Trump provocou muita controvérsia por meio da sua conta oficial no aplicativo Twitter, ao declarar, em 26 de julho de 2017, que as pessoas transexuais não poderiam mais fazer parte das Forças Armadas dos Estados Unidos. E explicou:

Depois de consultar meus generais e especialistas militares, saibam que o governo dos EUA não vai mais aceitar e permitir que pessoas transgênero sirvam nas forças armadas americanas, independentemente de seu posto. Nossas forças armadas devem estar focadas na vitória decisiva e avassaladora e não podem ser subjugadas pelos imensos custos médicos e o transtorno que implica um transgênero nas forças armadas. (MITOYEN, 2017a)

Donald Trump mostrou-se transfóbico desde o início do seu governo. Em fevereiro de 2017, Trump declarou que não queria continuar a medida iniciada por Barack Obama, que visava equipar todas as escolas financiadas pelo governo federal com banheiros reservados para estudantes transexuais.

De acordo com pesquisa realizada pela *Rand Corporation* ao analisar as forças armadas americanas, estima-se que em 2016, 2.450 dos 1,2 milhão de militares eram transgêneros. Em 2019, segundo outra fonte: “Não há números oficiais, mas estima-se que entre 1320 e 15.000 pessoas transgênero sirvam nas Forças

Armadas dos EUA, de um total de 1,3 milhão de militares”. (SENRA, 2017)

Embora Trump indique razões financeiras em seus tweets, um estudo da *Rand Corporation* demonstra que o custo médico adicional gasto a cada ano na cobertura médica das transgenitalizações de transgêneros nas Forças Armadas representaria um aumento de até 8,4 milhões de dólares, valor pequeno considerando o orçamento total de seis bilhões de dólares que o Pentágono aloca anualmente para o atendimento médico dos membros das forças armadas americanas. (MITOYEN, 2017a)

Movimentos LGBTI dos Estados Unidos se insurgiram contra tal declaração do presidente americano, uma vez que o valor apontado dos gastos significa dez vezes menos do que o Pentágono atualmente está gastando em drogas para curar disfunção erétil, que custa 84 milhões de dólares anuais. E apenas para os gastos com o *Viagra*, as despesas chegam a 41,6 milhões de dólares, conforme noticia o *Military Times*: "Gastos militares: *Viagra*: 41,6 milhões de dólares. Assistência médica para trans: US \$ 8,4 milhões. Eu acho que ereções de 4 horas não são "perturbações" #TransRightsAreHumanRights" (MITOYEN, 2017b).

Destarte, os problemas de ereção dos soldados americanos representam um custo cinco vezes maior do que as cirurgias de transgenitalizações de pessoas transexuais que ele deseja banir do exército (MITOYEN, 2017b).

A Suprema Corte dos Estados Unidos suspendeu uma política do governo Trump que restringe o acesso das pessoas transexuais às forças armadas, aguardando que as contestações judiciais sigam seu curso. Em janeiro de 2019, em uma decisão de cinco contra quatro, a mais alta corte do país levanta, pelo menos temporariamente, as liminares dos tribunais inferiores, que bloquearam a proibição, consideradas inconstitucionais.

Os defensores que representam as pessoas transexuais que já estão no exército ou que desejam se juntar a elas expressaram sua decepção com a decisão de Trump, argumentando que os soldados

transgêneros vêm servindo com "coragem e distinção" há mais de 30 meses. (NEW YORK TIMES, 2019)

Apesar de o ex-Presidente Obama ter permitido oficialmente a inclusão das(os) recrutas transgêneros no exército a partir de 1º de julho de 2017, Trump adiou o prazo para 1º de janeiro de 2018, antes de decidir revogar. Apesar das declarações contrárias de Trump publicadas no twitter em 2017, várias decisões invalidaram a decisão do presidente, permitindo que pessoas transexuais começassem a se alistar em 1º de janeiro de 2018. Contudo, em fevereiro de 2018, o então secretário de Defesa Jim Mattis propôs uma versão modificada da proibição, formalizada por um memorando presidencial em março do mesmo ano, permitindo que pessoas transexuais que não mudaram e sem a intenção de o fazê-lo que sirvam apenas sob o seu sexo biológico (NEW YORK TIMES, 2019). Os outros são excluídos, salvo uma derrogação/renúncia.

Os tribunais federais, desde então, suspenderam essa política, julgando-a semelhante à anterior. A administração Trump então pediu ao Supremo Tribunal para julgar o mérito.

No dia 4 de janeiro de 2019, um Tribunal de Apelação de Washington decidiu em favor da administração Trump (NEW YORK TIMES, 2019). Esse Tribunal decidiu em prol de uma diretiva conservadora do governo dos Estados Unidos proibindo certas pessoas transgênero de servir nas Forças Armadas dos EUA.

Lembre-se aqui que esta vitória de Trump em recurso é, no entanto, limitada, uma vez que outros tribunais federais emitiram medidas inibitórias contra a diretiva, que se aplica a todos os Estados Unidos (OUEST, 2019).

Contudo, em 12 de abril de 2019, entrou em vigor a proibição do alistamento de pessoas transgênero nas Forças Armadas dos Estados Unidos, anulando uma decisão tomada anteriormente pelo governo de Barack Obama. O presidente Donald Trump retomou o conservadorismo.

Conforme o texto, as pessoas transexuais deverão servir de acordo com o seu gênero de nascimento. Assim, os aspirantes que realizaram ou pretendem realizar acompanhamento médico objetivando a cirurgia de redesignação sexual serão recusados no procedimento de seleção. Aqueles que já incorporam o agrupamento estão preocupados com eventual expulsão. (PRESS FROM, 2019)

O Pentágono afirma não se tratar de um impedimento das pessoas trans nas Forças Armadas, mas sim que pessoas trans sofrem de uma “disforia de gênero”, considerada uma patologia mental no CID 10 (Classificação Internacional de Doenças), que poderia afetar a eficiência no combate. (PRESS FROM, 2019) Em verdade, a transexualidade foi retirada da lista de doenças do CID 11 (Classificação Internacional de Doenças), passando a ser considerada “incongruência de gênero”, relacionada às condições de saúde sexual.

No entanto, a batalha política e judicial continua, uma vez que as pessoas trans estão determinadas e já provaram seu patriotismo e capacidade.

O Canadá permite a diversidade nas suas Forças Armadas. Estima-se que aproximadamente 200 pessoas nas Forças Armadas do Canadá são transexuais. Tem-se notícia que o Departamento de Defesa do Canadá pagou, entre 2008 e 2015, um total de dezenove cirurgias transgenitalizantes, com um custo total de 309 mil dólares canadenses (EFE, 2017).

Na França, segundo o Ministério das Forças Armadas, "não há proibição alguma. E na vida cotidiana, respeitamos a vida pessoal dos militares. Há regras gerais e diretrizes de não-diferenciação de acordo com as situações de cada um" (KIRSCHEN, 2017). Entretanto, se não há proibição, isso não significa que não haja problema.

A título de ilustração, cite-se o caso da francesa *Léa* (nome fictício), a qual ingressou como “homem” nas Forças Armadas, anos depois iniciou sua transição e anunciou ao seu superior que

desejava servir como mulher. E conta que sentiu **“freios de todos os tipos e pressão para resolver o problema. Por exemplo, fui aconselhada a fazer minha transição quando terminasse meu tempo de serviço. Houve uma mistura de rejeição e incompreensão”**. Seus superiores frearam, contudo, seus colegas a apoiaram e não viram objeções. Para eles, isso não mudaria nada. Foi muito difícil, mas saiu das Forças Armadas.

Léa acredita que hoje sua situação é bem melhor. Ela analisa:

Eu acho que isso realmente depende de onde estamos, se a unidade é mais ou menos tradicionalista. Se for uma unidade administrativa, pode dar certo. Se for um pouco mais operacional, pode ser mais difícil, especialmente com os preconceitos sexistas que ocorrem em unidades onde há baixa taxa de feminização. Para mim, as questões da trans-identidade estão realmente relacionadas ao sexismo que pode ser observado nas forças armadas. (KIRSCHEN, 2017)

Léa explica que tem estado em contato com pessoas transexuais e que estas querem ingressar no Exército.

“Eu digo a eles: não diga nada no começo e ingresse. Quando entrar, há o processo do exame médico, por isso, se já estiverem envolvidos num processo de transição, será visto e o médico militar pode recusar a sua entrada. Se iniciaram uma transição, será mais fácil se já tiverem os documentos correspondentes à sua identidade de gênero. É melhor ter feito a transição completamente e já estar com os documentos alterados, ou não ter feito nenhuma transição, porque o exército é muito binário”. (KIRSCHEN, 2017)

Hoje, ela entende que teria sido melhor permanecer, pois:

Não é porque um meio não é favorável que você tenha que evitá-lo. Se deixarmos esse ambiente para pessoas transfóbicas, ele permanecerá necessariamente

transfóbico. Se ficarmos, é para mudar o sistema. É um trabalho muito difícil, mas acredito em uma evolução positiva. (KIRSCHEN, 2017)

Em Israel, Ofer Ben David Erez conseguiu ser o primeiro oficial assumidamente transexual na história da Tsahal – IDF (The Israel Defense Forces). O jovem israelense, que na aparência é como os demais rapazes, teve que ir ao seu comandante da base para explicar seu caso e por que não poderia dormir no dormitório das mulheres. O comandante "um pouco surpreso", no entanto, entendeu e aceitou sua situação com bastante facilidade. Narra Erez resumidamente, sua história:

"Quando eu comecei meu serviço militar, eu estava com medo das reações dos outros. Eu só disse a verdade aos meus comandantes e, para minha surpresa, todos eles me apoiaram, me encorajaram, nenhum deles fez comentários desagradáveis.

"Na escola de oficiais, meus comandantes me encorajaram a assumir, a contar para os outros, para ser honesto. Eles me disseram que eu não tinha nada a esconder e nenhuma razão para ter vergonha. Eles realmente me fizeram querer ser eu mesmo".

"Quando a minha história saiu pela primeira vez na imprensa, recebi um telefonema do porta-voz do IDF que me disse que um jovem tinha lido o meu testemunho e queria me conhecer". "Ele também era um transexual e queria saber como servir no exército, depois outro me telefonou, e outro e assim por diante... Então percebi que algo muito maior estava acontecendo do que o meu caso pessoal.

"Trabalhei em cooperação com a diretoria de recursos humanos do IDF e, com base em minha história pessoal, estabelecemos o primeiro protocolo militar para o alistamento de soldados transexuais". "O protocolo inclui o fornecimento de uniformes adaptados para homens e mulheres, ou conceder cinco minutos de banho sozinhos(as) para proteção da privacidade.

"Graças a este protocolo, nenhum soldado que se define como uma mulher será tratado como homem porque sua carteira de identidade indica que nasceu assim, e o exército respeita a todos". "Além disso, a IDF paga

tratamento médico para soldados transexuais, como os comprimidos de testosterona. Isso representa uma situação única no mundo.

"Estou otimista porque vejo a mudança na sociedade israelense e em Jerusalém, mas a estrada ainda é longa", conclui (i24NEWS, 2018)

Ofer Ben David Erez deixou o exército no mês de janeiro de 2018, após cinco anos e meio de serviço. Desde então, ele se mudou para Jerusalém, onde assumiu a direção do "*Jerusalem Open House for Pride and Tolerance*", o centro LGBT da capital israelense: um novo desafio que ele recebeu com alegria.

Paulatinamente, a intolerância vem cedendo espaço à inclusão da diversidade nas Forças Armadas.

4. TRANSFOBIA

A sociedade em geral ainda considera a heterossexualidade como norma, em decorrência disso, discrimina toda a população LGBTI, seja em decorrência da orientação sexual, seja em razão da identidade de gênero. Felizmente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu em 2011 e 2018 que as demais formas de expressão da sexualidade também são naturais, vez que não são consideradas doenças.

Esta atitude negativa e inexplicável em relação às pessoas transgênero é direcionada a tudo ao que ela se associa, impondo o ódio, a aversão ou a discriminação de pessoas que são contrárias ao modo que a população LGBT exerce sua sexualidade. Os abusos e práticas ofensivas a moral, constrangimentos, dispensa de relação empregatícia, e agressões à integridade física, como lesões corporais e risco de homicídio, são preocupações constantes na vida de uma pessoa transgênero. (MOREIRA; VIEIRA, 2012)

A transfobia ocorre em relação às pessoas transgênero por meio do preconceito, atitudes, aversão, comportamento almejando dela retirar o orgulho e a dignidade de ser como realmente é.

Discriminar é segregar, é tratar diferente, é deixar de lado por preconceito, é desvalorizar as pessoas, inferiorizando-as.

A ignorância é quem nutre a discriminação. A família e a escola devem se empenhar na derrubada dos preconceitos, bem como os meios de comunicação. As igrejas, igualmente, não devem reforçá-los.

Por analogia, pode considerar-se referida conduta tipificada como crime, em equiparação a discriminação do crime de racismo, prática delituosa inafiançável pelo ordenamento jurídico brasileiro. (MOREIRA; VIEIRA, 2012).

A transfobia deve ser criminalizada, pois fere princípios elencados em nossa Carta Magna (dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade), sobretudo depois que o Supremo Tribunal Federal reconheceu às pessoas transgênero, ao julgar a ADI. n. 4.275 em março de 2018, o direito à adequação do nome e da menção do sexo diretamente no Cartório de Registro de Pessoas Naturais, independentemente de cirurgias, hormonização ou pareceres médicos ou psicológicos, coadunando com os objetivos constitucionais de convivência em uma sociedade livre, justa e igualitária.

Cabe ao aplicador do direito, bem como aos seus intérpretes, reprimirem as condutas discriminatórias que afetem a etnia, crença religiosa, orientação sexual, identidade de gênero em especial a prática da transhomofobia por extremistas, conduta que afronta os preceitos básicos constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

No dizer de Alexandre Bahia e Andreza Conceição,

o Estado ao negar a devida proteção e reconhecimento das pessoas trans, está a negar não só a sua condição de indivíduos, mas também está negando a sua condição de cidadãos. Nesse contexto, o reconhecimento significa assegurar que o espaço social de convivência intersubjetiva não será óbice a autorrealização, tampouco ao exercício de liberdades individuais, como a própria condição existencial das pessoas trans. Isso tem um

valor simbólico muito significativo, principalmente em um país que conta com números alarmantes de violências praticadas contra esses sujeitos, motivadas em sua maioria, por desrespeito da sua condição existencial. (2019, p.638)

O Supremo Tribunal Federal (STF) determinou no dia 13 de junho de 2019, que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passe a ser considerada um crime.

Dos onze, por 8 votos a 3, os ministros determinaram que a homotransfobia passe a ser punida pela Lei de Racismo (7716/89), que dispõe sobre os crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional". Além de ser um crime inafiançável, o racismo é imprescritível, podendo ser punido com um a cinco anos de prisão e, multa. (BARIFOUSE, 2019)

De acordo com o ministro Celso de Mello, enquanto não houver uma lei específica, que a homotransfobia seja abordada como um espécie de racismo, uma vez que o conceito se aplica à discriminação contra grupos sociais minoritários e não apenas contra negros. Não se está a criar um novo crime, mas a aplicação do conceito de racismo à discriminação contra pessoas LGBTs, com supedâneo em um entendimento anterior aplicado a um episódio de antissemitismo em 2003.

E, segundo Luis Fux:

O STF não está violando o princípio da reserva legal nem criando uma figura penal. Está fazendo uma interpretação da legislação infraconstitucional que trata do racismo. A criminalização destas condutas aumenta a autoestima destas minorias e lhes conforta, dá sensação de pertencimento à sociedade. (BARIFOUSE, 2019)

No entender da ministra Cármen Lúcia, as pessoas LGBT são desprezadas como não humanas. A identidade de uma pessoa não pode ser utilizada como motivo para a desigualdade de direitos.

Trabalhar estas questões nos campos da educação e cultura estimularia uma produção de consciência e de

valorização da diversidade, de respeito, mas medidas assim têm sido bloqueadas no Congresso. Isso mostra que outros caminhos para fazer a discussão avançar estão fechados, e é preciso dar uma resposta imediata para esta violência. (BARIFOUSE, 2019)

O país avançou em relação aos direitos das pessoas LGBTI graças à militância e a composição das últimas turmas do STF (VIEIRA, 2019), contudo ainda precisa conceber amplas políticas públicas para combater a transfobia e promover os direitos humanos dessa população.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a alteração do Registro Civil, os deveres e isenções militares regem-se segundo o gênero da pessoa. É possível que, ao usufruir do seu direito à identidade de gênero, a pessoa transgênero tenha adequado o nome e o gênero e também realizado modificação na aparência, na voz, no corpo por meio de fármacos, cirurgias etc. Essas mudanças devem ser voluntárias. Não se pode exigir a realização de cirurgias para servir às Forças Armadas, uma vez que não se deve impor uma violência física a alguém cuja vivência é profundamente incômoda, violando sua autonomia e integridade física, aprofundando sua dor e constrangimento.

Objetivando combater o preconceito, a discriminação e promover a inclusão, as Forças Armadas devem desenvolver programas contra a transfobia, uma vez que a transgeneridade não pode ser considerada um impedimento para o ingresso na corporação, pois as pessoas cisgênero e transgênero possuem as mesmas capacidades. Deve o Estado investir mais na criação de políticas públicas e programas de apoio às pessoas trans prevenindo situações de vulnerabilidade em decorrência da sua expressão de gênero, orientação sexual ou identidade de gênero.

Cumprir frisar que as pessoas trans não estão em busca de prerrogativas, apenas demandam direitos intrínsecos ao respeito à identidade de gênero e à dignidade humana. Lutar pelo acolhimento também é promover a paz entre as pessoas.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS NEWS. Homem transexual deve alistar-se, diz Ministério da Defesa. 06 fev. 2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Os números da transfobia no Brasil: a

omissão inconstitucional do país em tratar do problema. In_ Transgêneros. Tereza Rodrigues Vieira (coord). Brasília: Zakarewicz, 2019.

BARIFOUSE, Rafael. STF aprova a criminalização da homofobia. Da BBC News Brasil em São Paulo. Edição de 13 jun. 2019.

BRASIL. Alistamento Militar. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2014/02/tire-suas-duvidas-sobre-o-alistamento-militar>". Acesso em: 29 abr 2018.

EFE. Canadá responde a Trump e convida transgêneros a alistarem-se no exército. Edição de 28 jul. 2017.

EFETIVO. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/forcas-armadas> Acesso em: 02 dez. 2019.

GARCIA, J. Ordem nas Forças Armadas é expurgar LGBTs, diz criador de ONG que atende vítimas de homofobia. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/07/18/ong-atende-vitimas-de-homofobia-nas-forcas-armadas-ordem-e-para-lgbts-serem-expurgados.htm?cmpid=copiaecola> Edição de 18 jul 2018.

Guia de Orientação Sobre Alistamento Militar de Pessoas Travestis, Mulheres Transexuais e Homens Trans. ABGLT. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos. 2018.

i24NEWS Rencontre avec le premier officier transsexuel de l'histoire de Tsahal. Edição de 26 mar. 2018.

JANSEN, R. Homens transexuais deverão fazer alistamento nas Forças Armadas. Estadão. Edição de 06 fev. 2018.

KIRSCHEN, M. Personnes transgenres dans l'armée: comment ça se passe en France? BuzzFeed News, France, ed. 28 jul. 2017

MARTINELLI, Andréa. Transexuais devem ser bem-vindos nas Forças Armadas, recomenda MPF. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/01/12/transexuais-devem->

ser-bem-vindos-nas-forcas-armadas-recomenda-mpf_a_23332255/
Acesso em: 28 jan 2019.

MITOYEN, J. Donald Trump veut interdire l'armée aux transgenres. Edição de 26 jul 2017a.

MITOYEN, J. Les transgenres coûteraient cinq fois moins cher à l'armée américaine que le Viagra. 27 jul 2017b.

MOREIRA, Alexandre Magno Augusto; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Homofobia: a discriminação por orientação sexual e por identidade de gênero na relação de trabalho. In_ Minorias Sexuais. Tereza Rodrigues Vieira (organizadora). Brasília: Consulex, 2012.

NEW YORK TIMES. L'accès des transgenres à l'armée américaine temporairement refuse. Disponível em : <https://www.msn.com/fr-ca/actualites/monde/lacc%C3%A8s-des-transgenres-%C3%A0-l%E2%80%99arm%C3%A9e-am%C3%A9ricaine-temporairement-refus%C3%A9/ar-BBSBnfr>
Acesso em: 28 jan 2019.

Ouest France avec Reuters. Transgenres dans l'armée américaine. Victoire judiciaire pour Donald Trump. Edição de 04 jan. 2019.

PRESS FROM. Proibição de pessoas trans nas Forças Armadas entra em vigor nos EUA. Edição de 13 abr. 2019.

Princípios de Yogyakarta: sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 22 jul. 2017.

REBELLO, A. Ministério Público Federal quer militares transexuais nas Forças Armadas. UOL. São Paulo, edição de 12 jan. 2018.

RITO, LUCIA. Muito prazer, Roberta Close. Rio de Janeiro: Record; Rosa dos Tempos, 1998.

SENADO FEDERAL. PROJETO DE LEI DO SENADO nº 134 de 2018. Institui o Estatuto da Diversidade Sexual e de Gênero. Relator: Ataídes de Oliveira. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132701/pdf> Acesso em: 30 abr 2018.

SENRA, Ricardo. Não somos uma ameaça': a reação de uma veterana à proibição de militares trans nos EUA. BBC NEWS, Edição de 26 Jul. 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Transgêneros. Brasília: Zakarewicz, 2019.

[136] Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Docente dos cursos de Medicina, Direito e Mestrado em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense (UNIPAR). Advogada em São Paulo. E-mail: terezavieira@uol.com.br

RENÚNCIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: EUTANÁSIA E SUICÍDIO ASSISTIDO¹³⁷

Edilene Lobo¹³⁸

Suzana Oliveira Marques Brêtas¹³⁹

Resumo: O presente artigo indaga acerca da possibilidade de aplicação dos institutos explorados, eutanásia e suicídio assistido, na realidade brasileira, para aferir, sob o paradigma da dignidade da pessoa humana, qual o grau de autonomia privada lá admitido para se renunciar ao direito fundamental à vida. Ainda, é seu objetivo incursionar pelas denominadas diretivas antecipadas de vontade, testamento vital e mandato duradouro, para perquirir sua utilidade, focando a literatura, a jurisprudência e legislação aplicável.

Palavras-chave: Direito à vida; Autonomia privada; Eutanásia; Suicídio assistido; Diretivas antecipadas de vontade.

INTRODUÇÃO

Os institutos jurídicos sofrem transformações, ocasionadas por múltiplos fatores que acompanham os avanços e retrocessos das relações humanas, sempre complexas.

Nos últimos tempos, as sociedades, não só no Brasil, como no mundo, vivenciaram grandes transformações políticas, econômicas, tecnológicas e culturais. Essas mudanças influenciam o sistema jurídico, que é produto da inteligência humana e, de forma significativa, a vida, direito fundamental.

O presente trabalho tem por objetivo, nessa nave, a análise das possibilidades, ou não, de relativização do direito fundamental à

vida, filtrando-o pelos princípios da dignidade e da autonomia. Ao fazê-lo busca aferir as concepções havidas sobre eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido, bem como sobre testamento vital e mandato duradouro, examinando a legislação brasileira e alienígena para conferir se haveria base comum de aplicação e se acúmulos de outras culturas ajuda na interpretação e aplicação dos institutos na realidade local.

O referente teórico no entorno do qual gira a pesquisa é a dignidade da pessoa humana, pilar do estado democrático de direito e vetor da sociedade livre, justa e solidária, viabilizadora da autonomia de seus membros, anunciada pela Constituição do Brasil há trinta anos, desde seus artigos 1º e 3º, e que permitirá evoluir acerca da indagação posta, rumo à compreensão do significado de direito fundamental.

Lançando mão da revisão bibliográfica, jurisprudencial e legislativa como método de pesquisa, se concluirá, conforme apresentado ao final, que se tem dado especial relevância à dignidade também quando se tratar de dar final à vida – não só para sua vivência plena e boa – o que só é possível com o surgimento de institutos legais promissores, em *novel* concepção de direitos fundamentais.

1. VIDA, DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA PRIVADA

Vida é palavra dissílaba, pequena, porém com inúmeros significados que extrapolam a ciência do direito e a tornam grandiosa. É certo que seu início e término envolvem situações cujas respostas também passam pela medicina, religião e costumes.

Basta ver que o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução de nº 1.957/2010, que revogou a Resolução nº 1.358/1991, fixando normas éticas para as técnicas de reprodução assistida, estabeleceu que até 14 dias, após a concepção, o ser biológico não é pessoa, pois poderia ocorrer o seu descarte. Surpreendentemente tal regra não advém do Parlamento brasileiro, nenhum debate público mereceu ante de ser elaborada, limitada

aos técnicos, num desprestígio impressionante da soberania popular e da vida.

Muito embora, como se sabe, o artigo 4º/1 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleça que “a proteção da vida se dá desde a concepção, avançando com a proposição de uma dimensão objetiva dos direitos à vida e à saúde, assim como de uma dimensão coletiva de sua titularidade.” (SARLET, 2015, p. 228)

As religiões também possuem significados divergentes sobre a etimologia da palavra vida, que pode expressar fim, começo, mudança ou passagem.

Na ciência jurídica existem teorias construídas de acordo com as características peculiares de determinado lugar e fixam critério inicial da existência humana para fins de aquisição de direitos.

No Brasil há, basicamente, duas teorias, as natalistas e as concepcionistas. Segundo César Fiúza: “a primeira defende a tese de que o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida. A segunda, ao contrário, propugna pela tese de que a personalidade começa desde a concepção da vida no útero materno.” (FIÚZA, 2008, p. 124).

Vida é tudo que vibra e palpita, é existir, significar, vitalidade, força, fervor, ânimo, exuberância, dinamismo, vivacidade, energia, comportamento, governança, dentre outras possibilidade e sentidos (AZEVEDO, 2010, p. 1, 151, 153, 574, 682, 692).

Lado outro, não se pode falar em vida sem pensar na morte, eis que o ser vivente morre um pouco a cada dia desde o seu nascimento.

A morte pode ser negação da existência, desconhecimento, fim, termo, derradeira etapa, mudança de ação para repouso, destruição, definhamento progressivo e rápido (AZEVEDO, 2010, p. 2, 67, 142, 162, 360).

Na medicina, em passado recente, a morte era configurada com a parada cardíaca, porém, após o primeiro transplante cardíaco realizado na África do Sul, pelo médico Christian Barnard, o

Comitê da Harvard Medical School passou a definir como termo da vida a morte encefálica (SÁ; NAVES; 2011, p. 294). Nessa linha, a Resolução nº 1.480 do Conselho Federal de Medicina fixa exames e dados clínicos que deverão ser feitos e observados para a configuração da morte encefálica. De novo, na clara desestatalização do assunto, regras oriundas de órgãos técnicos, sem filtros ou controle político.

A Constituição brasileira, como paradigma essencial, consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, consoante art. 1º, inciso III, daí se podendo partir para aferição da vida e da morte sob tal orientação.

A dignidade é inerente à pessoa humana e todos a devem possuir, independentemente de credo, condição social, econômica, saúde ou sua ausência, escolaridade, raça, opção sexual ou outros fatores. A sociedade plural pressupõe respeito a todas essas diferenças.

Assim como a palavra vida, dignidade também possui várias acepções, podendo significar classe, altura, nível, talento, intelecto, inteligência, reputação, renome, condição social, grandeza, honrarias, distinção, altivez, amor-próprio, respeitabilidade, honradez, ministério e ofício (AZEVEDO, 2010, p. 71, 498, 873/878, 939, 995).

Seguindo esse mesmo pensamento é a doutrina dos autores espanhóis Rafael Junquera de Estéfani e F. Javier de La Torre Dáz, sustentando a polissemia de sentidos que o termo dignidade possui.

Assim, existe a dignidade social que está relacionada ao cargo, função e autoridade. Também, a dignidade moral, que vem a ser comportamento adequado e socialmente aceito. Por fim, a dignidade como valor inerente à pessoa humana (ESTÉFANI; DÍAS; 2014, p. 191/192).

Como bem salientou José de Oliveira Ascensão, “O homem é um ser social. Não apenas por viver em agregados, mas por que a

sua realização se faz com os outros, pelos outros e para os outros” (ASCENSÃO, 2003, p.11).

Atrelado à dignidade da pessoa humana está a autonomia privada. Autonomia é a manifestação intencional e livre de uma pessoa capaz (SIDOU, 2009, p. 88).

No ordenamento jurídico brasileiro, quando a pessoa não tem condição de se manifestar será representada ou assistida, conforme hipóteses descritas nos artigos 3º e 4º do Código Civil.

Autonomia, indubitavelmente, está relacionada à ideia de liberdade, sendo que a constituição de uma sociedade livre é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 3º, I, da Constituição.

Importante distinguir autonomia da vontade de autonomia privada. Isso porque, a autonomia teve como fonte inicial de discussão o direito das obrigações e não questões existenciais.

A autonomia da vontade tinha aspecto meramente formal, até a Constituição atual, que consagrou como inspiração maior a dignidade da pessoa humana, ao lado da função social da propriedade, dentre outros importantes direitos individuais.

Dessa forma, a autonomia deixou de ter concepção meramente formal, inspirada no positivismo, passando a ser vista como a possibilidade real e efetiva de “se autogovernar, e, por consequência, o detentor de autonomia tem a faculdade de se reger por um sistema de regras reconhecidas pelos demais”, como diz J.M Othon Sidou (SIDOU, 2009, p. 88).

Não se trata de autonomia absoluta, por suposto, eis que se vive sob o manto do Estado Democrático de Direito, no qual vigora a reserva legal. Contudo, essencial compatibilizar liberdade e legalidade, princípios constitucionais inscritos na Constituição.

De posse desse raciocínio, a autonomia deve ser observada em todas as fases da vida, inclusive naquela terminal, cuja definição será encontrada na ciência médica.

César Fiúza considera “paciente terminal, aquele que, a despeito das tentativas médicas, não responde a nenhuma medida

terapêutica aplicada.” (FIÚZA, 2009, p. 95). Nesse caso, se a pessoa não pode mais exercer sua autonomia diretamente, ela deverá ser representada, para tanto.

Na fase terminal da vida, uma das formas de exercício da autonomia é o consentimento conscientizado que implica no dever do médico de informar ao paciente sobre o seu real estado de saúde, suas perspectivas de vida, quais os tratamentos disponíveis e suas chances de cura. Essas informações devem ser dadas por meio de linguagem acessível.

A partir dessa explicação clara, objetiva e minuciosa, o paciente pode definir a que tipo de tratamento está sujeito a se submeter. O consentimento informado deve ser escrito, embora se admita a forma verbal, conforme será analisado oportunamente, quando se tratar do testamento vital e do mandato duradouro.

A vida surge ou acontece de forma involuntária. A partir do nascimento, dentro de uma situação de normalidade ou ordem natural, a lógica é a autodefesa, em busca do melhor. Partindo dessas premissas a morte deveria ser involuntária.

Todavia, há situações excepcionais, como as que aqui se comenta, em que, embora se esteja tecnicamente vivo, em razão do auxílio de aparelhos tecnológicos, já não se mantém qualquer ligação, interação ou relação sustentável com o mundo real.

Será que nestas situações excepcionais não é possível exercer autonomia e o livre arbítrio para se ter o direito de morrer com dignidade? É mesmo do Estado, em contrapartida, o dever de se imiscuir nessa esfera tão íntima, para toldá-la?

A resposta é rotunda negativa!

2. EUTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO, ORTOTANÁSIA E DISTANÁSIA

Como se espera de institutos tão complexos há divergências doutrinárias acerca das ideias e noções sobre eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia.

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, eutanásia “é a conduta, por meio da ação ou omissão do médico, que emprega, ou omite, meio eficiente para produzir a morte do paciente incurável e em estado de grave sofrimento, diferente do curso natural, abreviando-lhe a vida.” (SÁ; NAVES; 2011, p. 312)

A eutanásia pode decorrer de uma conduta ativa ou passiva. Neste último caso se está diante da ortotanásia.

Os que defendem a eutanásia argumentam que a finalidade é afastar o sofrimento da pessoa em fase terminal, além de lhe permitir que possa morrer de forma digna (v.g., há doenças que desfiguram, além de gerar dependência da boa vontade e da caridade de terceiros, o que para alguns não é aceitável e torna a existência um tormento).

Quando o doente deixa o consentimento informado, por escrito, a questão é menos complexa no que se refere ao exercício da autonomia, embora a eutanásia seja considerada ilícito criminal, em vários países.

O tema é difícil, também por isso, pois envolve o direito penal, a ciência médica, a psicologia, culturas, religiões, tradições, aspectos patrimoniais e sucessórios. Como dito:

É clara a divisão de posições em nossa sociedade. A eutanásia e o suicídio assistido são defendidos por alguns como possibilidade moral e legal em nome da dignidade da pessoa. Para outros, tais práticas são uma violação da mesma. (ESTÉFANI; DÍAZ, 2014, p. 202)

A distanásia, também denominada obstinação terapêutica, ao contrário da eutanásia, tem por objetivo prolongar a vida do paciente por meio de aparelhos artificiais e desproporcionais. A distanásia está relacionada ao desenvolvimento tecnológico e por isso deve ser examinada com cautela, uma vez que não deve ser utilizada para fins exclusivamente financeiros, tanto do ponto de vista dos médicos como do ponto de vista familiar. Eis que, muitas

vezes, a manutenção da sobrevivência de alguém pode objetivar benefício patrimonial de terceiro.

Mistanásia é a morte da pessoa que sequer chegou a ser paciente. É a morte prematura que ocorre em razão de vários fatores, quais sejam: a) precariedade dos serviços de atendimento, muito comum em países latinos e africanos, b) miséria, c) genocídio, d) erro médico, dentre outros. Por suas características não envolve maiores considerações neste trabalho.

O suicídio assistido e a eutanásia, sim. Embora sejam semelhantes, não se confundem, pois, no suicídio assistido, a conduta é praticada pelo próprio paciente.

A par da doutrina:

Diferentemente, no suicídio assistido, a morte não depende de forma direta da ação de terceiro. Ela ocorre por ato do próprio paciente, que pode ser orientado, auxiliado ou observado por médico ou terceiro. (BONTEMPO, 2011, p. 78)

Segundo doutrina de Ricardo Vergueiro Figueiredo:

Na visão do ordenamento jurídico-penal, entendemos o suicídio como a eliminação pelo homem, isto é, por suas próprias mãos, de sua vida, realizada de forma voluntária e consciente. Tal conceito, por si só, já indica de maneira implícita que o ofendido deve ter capacidade de discernimento para compreender a conduta que pratica. (FIGUEIREDO, 2001, p. 45)

O suicídio não é considerado ilícito penal no Brasil, mas seu induzimento, instigação ou auxílio, são punidos. A doutrina, como era de se esperar, diverge acerca da possibilidade ou do direito de morrer.

Ortotanásia, para alguns a eutanásia passiva, ocorre em razão da ausência de intervenção médica, não se tratando de conduta negligente. Simplesmente o médico deixa a morte ocorrer de

forma natural e espontânea. O paciente não é submetido a tratamentos que possam adiar a sua morte (distanásia).

A ortotanásia baseia-se em cuidados paliativos, implicando cuidado ativo com a doença que não mais responda a tratamentos direcionados à cura.

Ou seja, a base do tratamento envolve o controle da dor, os problemas psicológicos, sociais, espirituais e a interação do paciente com sua família e amigos, fulcrando melhor qualidade do que resta da vida.

Em geral os cuidados são feitos por equipe multidisciplinar composta por médico, fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, fonoaudiólogo, farmacêutico, biomédico, equipe de enfermagem, psicólogo e algum profissional ligado ao campo religioso como um padre ou pastor.

A finalidade é aliviar a dor do paciente e, não raro, da própria família, tocada pela situação de indignidade com tratamentos invasivos e sem chance de cura.

3. TESTAMENTO VITAL E MANDATO DURADOURO

Aqui também há divergência doutrinária no que diz respeito às nomenclaturas diretivas antecipadas, testamento vital e mandato duradouro. Parte da doutrina vislumbra diretivas antecipadas como gênero, dos quais são espécies: testamento vital e mandato duradouro. Contudo, outra parte da doutrina entende que diretivas antecipadas e testamento vital são expressões sinônimas.

Elisa Castro Cruz define testamento vital como “espécie de diretiva antecipada por meio da qual a pessoa declara os tratamentos médicos a que deseja ser submetida ou não em caso de incapacidade decorrente de doença ou acidente” (CRUZ, 2013, p.46).

O Código Civil atual não define testamento, contudo sua noção e características essenciais podem ser extraídas dos artigos 1857 e 1858.

O testamento é negócio jurídico e possui as seguintes características:

a) ato personalíssimo exclusivo do autor da herança – não se admite a confecção de testamento através de procurador;

b) negócio jurídico unilateral – se aperfeiçoa com uma única manifestação de vontade;

c) solene – somente terá validade se forem observadas todas as formalidades essenciais previstas em lei, objetivando assegurar autenticidade e liberdade do testador;

d) gratuito – testador não visa obtenção de vantagem;

e) revogável – é inválida qualquer cláusula testamentária que impeça a revogação do testamento;

f) *causa mortis* – o testamento produz efeito somente após a morte do testador.

Diante dessas características, a nomenclatura testamento vital não é a mais adequada, eis que negócio jurídico “*inter vivos*” e testamento é negócio jurídico “*causa mortis*”. As diretivas antecipadas ou testamento vital, a para da melhor doutrina, “é um documento sem qualquer cunho patrimonial” (DADALTO, 2013, p. 62).

De sorte que testamento, como regra, contém disposições patrimoniais, embora possa conter disposições não patrimoniais, tal qual estabelece o Código Civil.

O testamento típico é negócio jurídico solene, enquanto que as diretivas antecipadas ou testamento vital podem ser celebrados através das seguintes formas:

a) escritura pública celebrada no cartório de notas;

b) documento particular com firma reconhecida em cartório;

c) declaração feita ao médico assistente, registrada em prontuário e assinada; e

d) hipótese de paciente que declarou verbalmente a amigos e familiares sua resistência a esforço terapêutico. (SÁ; NAVES; 2011, p. 333/334)

O testamento vital também possui outras denominações, quais sejam: testamento biológico, diretivas antecipadas de tratamento,

declaração antecipada de vontade, declaração antecipada de tratamento e declaração prévia de vontade de paciente terminal. (ALVES, 2013, p. 427)

O mandato duradouro é modalidade de diretivas antecipadas em que o doente indica uma terceira pessoa que terá poderes para fazer escolhas de tratamentos médicos na hipótese de sua inconsciência.

4. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

A Resolução nº 1.995/2012, do Conselho Federal de Medicina, dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, no artigo 1º, e mandato duradouro, no artigo 2º. Em relação à eutanásia, no ordenamento jurídico brasileiro não há regra expressa, embora o artigo 121 do Código Penal puna o homicídio.

No §1º do artigo 121 do Código Penal há a hipótese de homicídio privilegiado, que ocorre quando o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima, o que possibilita redução da pena de um sexto a um terço.

Conforme já mencionado, o suicídio no Brasil não é ilícito criminal, contudo, o Código Penal, na norma do art. 122, pune quem induz ou instiga alguém a suicidar ou presta-lhe auxílio para que o faça.

Já a eutanásia tem tido tratamento de homicídio privilegiado.

Em relação à ortotanásia, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, de nº 1.805/2006, prevê que, na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade dele ou de seu representante legal.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.241/1999 permite ao paciente recusar tratamento doloroso ou extraordinário para tentar prolongar sua vida.

4.1 Eutanásia na legislação estrangeira

No âmbito internacional, a questão sobre eutanásia é controvertida, embora alguns países já possuam legislação mais densa e amadurecida que a brasileira.

Em recente matéria jornalística¹⁴⁰, dando conta da atualidade e importância do tema, foi noticiada a decisão tomada pelo cientista australiano, David Goodall, de 104 anos, que optou pelo suicídio assistido em razão da piora em sua qualidade de vida.

Sem sofrer qualquer tipo de doença terminal e estar em pleno gozo de suas faculdades mentais, Goodall precisou realizar o procedimento em uma clínica especializada na Suíça, *Eternal Spirit*, pois na Austrália o ato ainda não é autorizado em todo o país, apenas no estado de Victoria, onde foi legalizado no ano passado.

A lei norte-americana “The Patient Self-Determination Act (PSDA)”, de 1991, prevê três formas de se efetivar as diretrizes antecipadas, quais sejam: a) testamento vital “*living will*”; b) através de procurador regulamente investido e c) decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico. (ALVES, 2013, p. 96/97)

A lei espanhola, de nº 41/2002, em seu art. 11, trata das instruções prévias. Nesse texto “uma pessoa maior de idade, capaz e livre, pode manifestar antecipadamente sua vontade, como o objetivo de que essa vontade se cumpra no momento em que a pessoa se encontre em uma situação em que não seja capaz de expressar esta vontade pessoalmente.” (ALVES, 2013, p. 98) A legislação espanhola também prevê a possibilidade do mandato duradouro.

Na Itália, tramita projeto de lei denominado testamento biológico. O fundamento jurídico dessa legislação é o art. 32 da

Constituição italiana, preconizando que ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, a não ser por disposição de lei. (ALVES, 2013, p. 100)

A lei uruguaia nº 18.473/2009 fixa que o paciente pode se opor a determinados tratamentos médicos desde que de forma voluntária e consciente. Aí a antecipação de vontade pode ser feita por meio de escritura pública, ata notarial ou documento particular assinado pelo paciente e por duas testemunhas.

A lei holandesa é complexa, mas traz em seu nome as possibilidades de exercício da autonomia naquele Estado: “Lei de 12 de abril de 2001, relativa ao Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido e alteração do Código Penal e da Lei de Entrega do Corpo”.

Essa lei não faz menção expressa ao termo eutanásia que continua sendo ilícito criminal, mas os médicos obtiveram uma exclusão da ilicitude se a eutanásia for praticada conforme determinado, que só se aplica aos médicos. A justificativa para a eutanásia é o estado de necessidade psicológico.

Na forma legal, a execução da morte, por meio da eutanásia, deve ser comunicada ao Instituto Médico Legal daquele País.

Para que a prática da eutanásia não seja considerada ilícita, devem ser observados os seguintes procedimentos:

- a)** médico deve estar seguro de que se trata de solicitação voluntária e pensada do paciente;
- b)** o paciente deve estar consciente de sua situação;
- c)** expressa conclusão de que não havia outra solução ou saída para o paciente; e
- d)** consulta a outro médico independente.

Sob o ponto de vista ético, também na Holanda, há três formas de eutanásia:

- a)** paciente com mais de 18 anos e que não pode expressar sua vontade, mas que deixou declaração autorizando a eutanásia;

b) paciente entre 16 e 18 anos que solicitou a eutanásia, desde que os pais tenham participado da decisão;

c) paciente entre 12 e 16 anos, desde que os pais tenham concordado com a eutanásia.

A lei holandesa ainda trata das Comissões Regionais de Verificação do Término da Vida sob Solicitação e Suicídio Assistido. É sua parte mais complexa.

As Comissões são órgãos públicos que têm por objetivo verificar se a eutanásia foi praticada de acordo com a lei, compostas por número ímpar de membros, sendo um jurista, um médico e um especialista em ética.

O papel do médico legista na Holanda é verificar se a eutanásia foi ou não praticada de acordo com a lei. Se praticada de forma legal, o médico legista pede autorização ao Procurador da Coroa para se proceder ao enterro ou cremação. Se o médico que praticou a eutanásia não tiver observado a legislação, tal fato será comunicado ao Procurador da Coroa.

Esse órgão fiscal, pelo Procurador da Coroa, se concluir que o médico não observou a legislação, dará início às investigações, com comunicação ao Instituto Médico Legal e à Comissão Regional de Verificação.

A Comissão Regional concluirá se o médico agiu corretamente, hipótese em que a decisão não é levada ao conhecimento do Ministério Público, mas se houver dúvida por parte da Comissão, o médico poderá ser processado criminalmente.

4.1.1 A referência

Evidentemente que sem esgotar a legislação havida em outros Países como Bélgica, França, Inglaterra, que também fazem referência à eutanásia, diretivas antecipadas e institutos similares, já se pode constatar que o ordenamento brasileiro é restritivo e não

homenageia a autonomia de forma tão ampla como se vê pelo mundo.

Especialmente com apoio na legislação holandesa, é possível entrever outros paradigmas, em que a dignidade e a autonomia ganham vazão a ponto de ensejar relativização e renúncia do direito à vida, permitindo influxos às ofertas de modificação da realidade brasileira.

Como posto, o ordenamento brasileiro não homenageia a autonomia do paciente e nem lhe oportuniza a chance de escolher morrer com dignidade.

Com efeito, salvo as aqui referidas Resoluções do Conselho Federal de Medicina e a legislação aplicável às diretivas antecipadas, não há leis que estampem um diálogo franco e aberto com a comunidade, acerca da possibilidade de escolher como e quando morrer, revelando o tratamento do assunto sob a conjugação do binômio autonomia-dignidade.

Certamente, consoante preciosa lição de Ingo Wolfgang Sarlet, que:

No outro extremo da vida, merecem atenção diversas hipóteses que envolvam a atribuição da titularidade de direitos fundamentais àqueles que se encontram, pelas mais diversas razões, em situações limítrofes, como é o caso da manutenção artificial da vida, da capacidade de ser titular de direitos (e de quais direitos) nos casos de demência e senilidade aguda, onde a falta de consciência até mesmo de eventuais violações da dignidade e da própria condição pessoa, acaba, tal qual em outras hipóteses, implicando a discussão a respeito de um direito a uma morte digna e, em termos gerais, guarda relação íntima com todo o debate em torno das diversas formas de eutanásia e suicídio assistido. (SARLET, 2015, p. 229)

Essa atenção deve ser dada à titularidade do direito fundamental em exame, porque não sem razão, como ressaltou o Ministro Luiz Fux, no Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial nº 802.435, originário do Estado de

Pernambuco, acórdão prolatado em sessão de 19 de outubro de 2006:

(...)

10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma "morte em vida", que se caracterizou pela supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana?

11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que "a exigibilidade a qualquer tempo dos conseqüências às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a Declaração Universal inaugura seu regramento superior estabelecendo no art. 1º que 'todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos'. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.

(...) (BRASIL, 2016, online)

No derradeiro trecho do julgado colacionado avulta a indagação acerca da possibilidade de fazer valer o direito fundamental de pôr fim à vida, pelo órgão constitucional encarregado de dirimir os litígios, colocando o Judiciário no centro do debate aqui travado – muito embora este precedente trate da reparação de danos causados pela prisão injusta. Mas o raciocínio havido, para possibilitar a conclusão, é bastante oportuno para as provocações do presente trabalho.

Em situação próxima, que também tratou do direito à vida e à dignidade, o Supremo Tribunal Federal brasileiro julgou a ADPF

nº 54, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, acórdão prolatado em sessão de 11 de abril de 2012, dizendo, em suma, que

(...) a questão posta sob julgamento é única: saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde.

(...) a resposta é desenganadamente negativa.

Transpondo para igual raciocínio o tema aqui tratado, de renúncia ao direito fundamental à vida, em exercício franco e seguro da autonomia e da dignidade da pessoa, não haveria que se impor empecilhos ao seu exercício, ainda que na ausência regra expressa.

É dizer: desde que em suscitação da defesa de preceito fundamental, cabe reivindicar eutanásia e ao suicídio assistido o mesmo tratamento dado à antecipação terapêutica do feto anencéfalo, como feito na ADPF nº 54, supra colacionada porque os princípios invocados são os mesmos.

5. CONCLUSÃO

Os institutos jurídicos sofrem transformações, ocasionadas por múltiplos fatores que acompanham os avanços e retrocessos das relações humanas, e que influenciam o Direito, como se tem com a vida, que é indiscutível direito fundamental, do qual se poderia dispor.

Porém, o término da vida envolve situações cujas respostas não se encontram só na ciência do direito, mas também na medicina e na religião, embora num Estado lácio não se admita que possa realizar filtros sobre políticas públicas voltadas à implementação de direitos fundamentais.

A Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, na norma do artigo 1º, III, inerente a todas as pessoas, independentemente de credo ou condição social.

Noutro ângulo, autonomia está relacionada à ideia de liberdade que, numa sociedade livre é fundamento, conforme se prevê para o Brasil, no art. 3º, I, da Constituição.

Por isso mesmo a autonomia deve ser observada em todas as fases da vida, inclusive naquela terminal dos pacientes de doenças graves ou mesmo pelo decurso do tempo.

A despeito das divergências na conceituação da eutanásia, suicídio assistido, ortotanásia e distanásia, é fato base comum que permite a compreensão desses institutos e seus contornos jurídicos.

Os negócios jurídicos denominados testamento vital e mandato duradouro, mis exatamente o primeiro, não é a nomenclatura mais adequada, eis que se faz “inter vivos” e aquele que lhe dá o primeiro nome é negócio jurídico “*causa mortis*”.

Superadas os questionados conceitos, a legislação brasileira sobre diretivas antecipadas é relativamente moderna, comparando-se outros sistemas jurídicos, muito embora se destaque normativas oriundas de órgãos técnicos, sem filtragem pelo Parlamento, como haveria de ser diante do inciso II do art. 5º da Constituição, eis que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

O mesmo não se pode dizer da eutanásia e do suicídio assistido, enfatizando que a Holanda apresenta modelo a ser seguido, embora não se tenha esgotado a comparação.

De toda sorte, arrematando, se pode concluir que no Brasil não se admite a renúncia ao direito fundamental à vida em todas as hipóteses, ainda não oportunizando debate mais franco e sem preconceitos, acerca das práticas pelo mundo.

Malgrado isso, há importantes decisões nos tribunais superiores que já apontam para abertura da interpretação do direito fundamental em espeque, apresentando nova compreensão e

releitura do sisudo e atrasado modelo de concentração e controle estatal sobre a vida e morte das pessoas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. *A lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido e constituição holandesa*. Revista CEJ: (Brasília), Brasília, v. 13, n. 47, p. 108-117, out. 2009.

ALVES, Cristiane Avancini. *Diretivas antecipadas de vontade e testamento vital: considerações sobre linguagem e fim da vida*. Revista jurídica (Porto Alegre), Porto Alegre, RS, v. 61, n. 427, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fundamento do direito: entre o direito natural e a dignidade da pessoa*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; MOUREIRA, Diogo Luna; ALMEIDA, Renata Barbosa de. *Direito privado revisitações*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos. *Dicionário analógico da língua portuguesa: idéias afins/thesaurus*, 2ª ed. atual. e rev. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

BONTEMPO, Tiago Vieira. *A ortotanasia e direito de morrer com dignidade: uma análise constitucional*. Revista Síntese Direito de Família, v. 13, n. 68, p. 75-92, out./nov. 2011.

CRUZ, Elisa Costa. *Autonomia do processo de morrer: as diretivas antecipadas como concretização da dignidade da pessoa humana*. Revista Síntese de Direito de Família, Porto Alegre, v. 15, n. 80, p. 44-59, out 2013.

DADALTO, Luciana. *Aspectos registraes das diretivas antecipadas de vontade*. Revista Síntese Direito de Família, Porto Alegre, v. 15, n. 80, p. 60-69, out. 2013.

ESTÉFANI, Rafawl Junqueira; DÍAZ, F. Javier de la Torre. *Bioética, teologia moral y sociedade*. Comillas: Madrid, 2014.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Da participação em suicídio*. Del Rey: Belo Horizonte: 2001.

FIÚZA, César. *Direito civil curso completo*. 12^a ed. rev, atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RECUERO, José Ramón. *La eutanásia em la encrucijada. El sentido de la vida y de la muerte*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2004.

RUGER, André; RODRIGUES, Renata de Lima. Autonomia como princípio jurídico estrutural. *In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord). Direito civil da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existências*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÁDABA, Javier. *Principios de bioética laica*. Gedisa: Barcelona, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*, 2^a ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. *Autonomia para morrer. Eutanásia, suicídio assistido e directivas antecipadas de vontade*. Del Rey: Belo Horizonte, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*. 10^a ed. ver., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[137] Artigo originariamente publicado in: DIREITO civil, de família e constitucional e Gênero, sexualidades e Direito [Recurso electrónico] / Ana Gascón Marcén... [et al.] (coords.). — Zaragoza : Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019, p. 76-91. Revisto, atualizado e renomeado para esta edição.

[138] Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado e da Graduação em Direito pela Universidade de Itaúna – MG

[139] Doutora em Direito Privado pela PUC Minas. Mestre em Educação Cultura e Organizações Sociais pela Univeridade Estadual de Minas Gerais. Professora na Universidade de Itaúna-MG. Presidente da 34ª Subseção da OAB/MG. Advogada.

[140] Reportagem disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/afp/2018/05/07/cientista-de-104-anos-que-pediu-morte-assistida-vai-tomar-sedativo-cair-no-sono-e-morrer-em-1-minuto.htm>>. Acesso em 14 mai. 2018