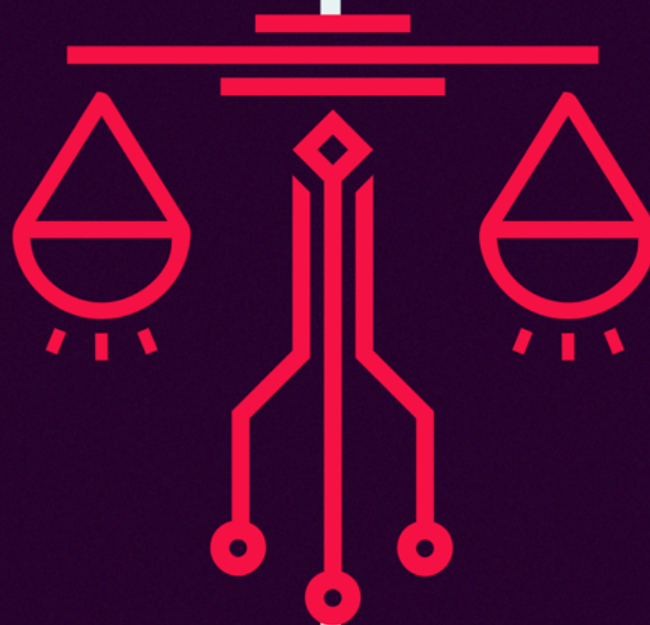


EDIÇÃO

02

REVISTA DE
DIREITO
CONTEMPORÂNEO

UNIDEP | Afva



V. 1, N. 02 - JULHO/DEZEMBRO 2022

REVISTA DE DIREITO CONTEMPORÂNEO UNIDEP

Editor

Prof. Me. Murilo Henrique Garbin, Centro Universitário de Pato Branco e Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Pato Branco – PR, Brasil.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alejandro González-Varas Ibáñez, Universidade de Zagarosa, Espanha.
Prof^a. Ma. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, Fundação Universidade de Itaúna, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Joana de Moraes Souza Machado, Centro Universitário Uninovafapi, Brasil.
Prof. Me. Lucas Bossoni Saikali, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil.
Prof^a. Dr^a. María Ángeles Guervós Maíllo, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof^a. Dr^a. María Micaela Alarcón Gambarte, Universidad Mayor de San Andres, Bolívia.
Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.
Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
Prof. Dr. Sílvio de Sá Batista, Faculdade Santo Agostinho, Brasil.
Prof^a. Ma. Vega Cortés Pérez, Universidad de Salamanca, Espanha.

Corpo de Pareceristas que atuaram nesta edição

Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro, Universidade FUMEC, Brasil.
Prof^a. Ma. Anelícia Verônica Bombana Consoli, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Ma. Andressa Zanco, Centro Universitário de Pato Branco e Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil.
Prof^a. Ma. Angelica Socca Cesar Recuero, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Ma. Cláudia de Lurdes da Silva Gonçalves, Universidade de Salamanca, Espanha.
Prof. Me. Eduardo Ernesto Obrzut Neto, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.
Prof^a. Ma. Eloa Julia de Cezaro Eidt, Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Me. Guilherme Martelli Moreira, Centro Universitário de Pato Branco e Centro Universitário Santa Amélia, Brasil.
Prof^a. Dr^a. Joana de Moraes Souza Machado, Centro Universitário Uninovafapi, Brasil.
Prof. Me. Jorge Heleno Costa, Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves, Brasil.
Prof^a. Ma. Julia Dambrós Marçal, Centro Universitário de Pato Branco e Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Brasil.
Prof. Me. Luis Renan Coletti, Universidade Federal do Paraná, Brasil.
Prof^a. Ma. Marcela Andrioli Caserta Machado, Centro Universitário de Pato Branco, Brasil.

Prof. Dr. Rafael Ademir Andrade, Centro Universitário São Lucas e Universidade Federal de Rondônia, Brasil.

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues, Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil.

Prof. Dr. Sílvio de Sá Batista, Faculdade Santo Agostinho, Brasil.

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Capa e projeto gráfico: Agência de Comunicação UNIDEP



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

ISSN-e: 2764-7587

R 454 Revista de direito contemporâneo UNIDEP. -- RDC-U -- v. 1, n. 2 (jun./Dez.. 2022) -- Pato Branco: UNIDEP, 2022.

Semestral: Publicação eletrônica

1. Direito. 2. Direito – Inovações tecnológicas. 3. Direito – Atualidades jurídicas. 4. Direito contemporâneo. I. Título.

CDD – 340

Ficha Catalográfica elaborada por: Maria Juçara Vieira da Silveira CRB-9/1359
Centro Universitário de Pato Branco – UNIDEP.

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS.....	7
(Lívia Abreu Bento e Deilton Ribeiro Brasil)	
OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DA CIDADANIA	25
(Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais e Pablo Augusto Gomes Mello)	
SAÚDE INDÍGENA E PANDEMIA NA PERSPECTIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	42
(Larissa Soares de Andrade e Julia Dambrós Marçal)	
BIOPIRATARIA E COSTUMES TRADICIONAIS DE COMUNIDADES LOCAIS	68
(Wadson Ferreira Pires e Deilton Ribeiro Brasil)	
DA JURISTOCRACIA À MINISTROCRACIA: a disfuncionalidade constitucional no Brasil	94
(Charlles de Paula Santos e Jorge Heleno Costa)	
NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO NO BRASIL – ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI 14.026/2020: avanços, desafios e preocupações	113
(Rafael Costa Freiria, Daiara Albuquerque de Araujo e Renan de Paula Silva)	
A CONCESSÃO DA GUARDA UNILATERAL À LUZ DO PRINCÍPIO	140
DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	140
(Ana Beatriz Maia de Lima, Melila Braga Alves e Silva Mendes e Rafael Ademir Oliveira de Andrade)	
DILEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: os relacionamentos afetivos e a “sacralização do humano”	161
(Kelly Margarida de Souza, Erika Tayer Lasmar, Lucas Augusto Tome Kanno e Jorge Heleno Costa)	
NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE	189
(Naiane Alves de Borba, Guilherme Martelli Moreira e Wellington Lima)	
VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER E A ADEQUAÇÃO TÍPICA DA PRÁTICA <i>STEALTHING</i> NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	212
(Emilene Aparecida dos Santos Guedes e Maurício Augusto Garbin)	

EDITORIAL

A Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) chega à segunda edição. Em suas mãos, o leitor tem um trabalho que, assim como sublinhado no editorial do primeiro número, foi desenvolvido de forma compartilhada. Envolveram-se nele, principalmente, o Curso de Graduação em Direito, a Pró-Reitoria de Pós-graduação, Pesquisa, Extensão, Inovação e Internacionalização (PROPPEXII) e a Coordenação de Pesquisa da referida instituição de ensino, bem como professores, professoras e profissionais do Grupo Afya Educacional.

Ao longo do breve mas laborioso caminho, foram se somando ao projeto professores e professoras, pesquisadores e pesquisadoras das mais diferentes áreas e expertises, tanto como membros do Conselho Editorial quanto como Pareceristas *ad-hoc*, aos quais devo sempre, em nome da RDC-U, deixar os sinceros agradecimentos pelos trabalhos prestados.

Ainda mais cientes do desafio e do trajeto para a concretização de um periódico científico de qualidade, a edição que segue nas próximas páginas consolidou-se através de muito aprendizado com as experiências do número inaugural da revista, um conhecimento adquirido que espero que se faça percebido na qualidade e relevância cada vez maiores dos artigos avaliados, aceitos e ora publicados.

Apesar de estar fechando o seu ano inaugural, novamente a edição conta com trabalhos que retratam elevado nível de pesquisa, em artigos originais e muito bem desenvolvidos.

Em nome de todos que se envolveram nessa jornada, desejo uma proveitosa leitura e investigação científica.

Prof. Me. Murilo Henrique Garbin

Editor da RDC-U

EDITORIAL

The Revista de Direito Contemporâneo UNIDEP (RDC-U) reaches its second edition. In his hands, the reader has a work that, as underlined in the editorial of the first issue, was developed in a shared way. Involved in it, mainly, the Undergraduate Course in Law, the Dean of Graduate Studies, Research, Extension, Innovation and Internationalization (PROPPEXII) and the Research Coordination of that educational institution, as well as teachers and professionals of the Afya Educational Group.

Along the short but laborious path, teachers and researchers from different areas and expertises were added to the project, both as members of the Editorial Board and as ad hoc Reviewers, to which I always owe, on behalf of the RDC-U, leave sincere thanks for the work done.

Even more aware of the challenge and the path to the realization of a quality scientific journal, the edition that follows in the next pages was consolidated through much learning from the experiences of the inaugural issue of the journal, knowledge that I hope will be perceived in the quality and relevance of the articles evaluated, accepted and now published.

Although it is closing its inaugural year, again the edition has works that portray a high level of research, in original and very well developed articles.

On behalf of all who have been involved in this journey, I wish a fruitful reading and scientific research.

Prof. Me. Murilo Henrique Garbin

RDC-U Editor

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN THE CONTEXT OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

Lívia Abreu Bento¹
Deilton Ribeiro Brasil²

Recebido/Received: 19.10.2022/Oct 19th, 2022

Aprovado/Approved: 29.11.2022/Nov 29th, 2022

RESUMO: O direito à privacidade é assegurado pela Constituição Federal, estando previsto no artigo 5º, inciso X, que dispõe sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa. Neste aspecto, não se pode deixar de assegurar o direito à privacidade, entretanto, outra norma a ser assegurada é a liberdade. A liberdade encontra-se prevista no *caput* do artigo 5º, contudo, não é absoluta, devendo existir critérios para que não prejudique terceiros. Desse modo, a hipótese que se levanta é a seguinte: como deve ser o direito à privacidade à luz da Lei Geral de Proteção de Dados? Os resultados alcançados foram no sentido pela necessidade de se compreender que os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim relativos, podendo existir confronto no conflito de interesses. O objetivo central do problema é fazer um paralelo entre a garantia constitucional da liberdade e privacidade com a legislação infraconstitucional criada pela Lei nº 13.709/18. O método utilizado é o dedutivo e como procedimentos metodológicos a bibliográfica, com consultas a doutrinas e artigos publicados na internet e pesquisa documental, fazendo-se uma pesquisa pela legislação e jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: direito à privacidade; direitos fundamentais; Lei Geral da Proteção de Dados; colisão de princípios.

ABSTRACT: The right to privacy is guaranteed by the Federal Constitution, being provided for in article 5, item X, which provides for the inviolability of intimacy, private life, honor and the image of the person. In this aspect, one cannot fail to ensure the right to privacy, however, another norm to be ensured is freedom. Freedom is provided for in the *caput* of article 5, however, it is not absolute, and there must be criteria so that it does not harm third parties. Thus, the hypothesis that arises is the following: what should the right to privacy be in the light of the General Data Protection Law? The results achieved were in the sense of the need to understand that fundamental rights are not absolute, but relative, and there may be confrontation

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna (UIT). Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9020812978911557> E-mail: livia.abreub@gmail.com

² Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1342540205762285>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7268-8009>. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

in the conflict of interests The central objective of the problem is to make a parallel between the constitutional guarantee of freedom and privacy with the legislation infraconstitutional created by Law nº 13.709/18. The method used is the deductive and as methodological procedures the bibliography, with consultations to doctrines and articles published on the internet. And documentary research, doing a search for legislation and jurisprudence.

KEYWORDS: right to privacy; fundamental rights; General Data Protection Law; collision of principles.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo apresentar o direito à privacidade à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Trata-se de um estudo com notória importância jurídica, pois, o direito à privacidade é uma garantia constitucional e que passou a ser resguardado pela Lei nº 13.709/18.

Com efeito, atualmente, com os inúmeros recursos tecnológicos, a privacidade tem sido prejudicada, principalmente em razão de busca de dados pessoais de forma ilegal. Neste diapasão, será analisado como o direito à privacidade se torna importante com base na Lei Geral de Proteção de Dados, na qual possui embasamento na Constituição Federal e no Direito Civil.

Assim, o objetivo geral é analisar o direito fundamento à privacidade à luz da Lei Geral de Proteção de Dados e, os objetivos específicos serão: apresentar o direito à privacidade e a Constituição Federal; a evolução legislativa do direito à privacidade; e a Lei Geral de Proteção de Dados e o direito à privacidade.

A hipótese levantada é no sentido de se verificar e analisar o direito à privacidade à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados. Isto porque, o direito à privacidade é uma garantia constitucional, porém, também se torna evidente necessário fazer um equilíbrio com as demais garantias constitucionais, como, no caso, da liberdade de manifestação, do direito à comunicação etc. Justamente por isso, deve existir um equilíbrio entre os princípios, de modo que o legislador dispôs sobre algumas regras a serem adotadas e que estão previstas na Lei Geral de Proteção de Dados.

O método utilizado é o dedutivo e como procedimentos metodológicos a bibliográfica, com consultas a doutrinas e artigos publicados na internet. E pesquisa documental, fazendo uma pesquisa pela legislação e jurisprudência. Ao final, serão apresentados os resultados alcançados, que é a garantia de uma pessoa não ter

sua privacidade violada em virtude dos avanços tecnológicos, respeitando o bem maior que é a dignidade da pessoa humana.

O presente artigo foi dividido em três seções, sendo elas: no primeiro tópico será analisado sobre a privacidade a Constituição Federal de 1988, no que tange ao conceito, necessidade de proteção e privacidade x liberdade. No segundo, será discorrido sobre a evolução legislativa da privacidade, fazendo uma abordagem em relação ao surgimento da Lei nº 13.709/18, dos dados pessoais e do tratamento de dados. E no terceiro tópico, serão analisados sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Direito à Privacidade, inserindo no estudo os tópicos da utilização dos dados pessoais sensíveis, da proteção de dados no mundo tecnológico e prevenção e garantia da privacidade. Ao fim, será concluído pela importância da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, pois, consiste em aplicar de forma concreta a garantia ao Direito à Privacidade.

A justificativa desta investigação se insere na busca de recursos legislativos para que possa ser aplicado de forma eficaz a garantia constitucional da privacidade, considerando que o mundo tecnológico tendo a estabelecer exigências quanto a utilização dos equipamentos, ao não permitir o uso sem antes realizar o cadastro dos dados pessoais. O método utilizado é o dedutivo e como procedimentos metodológicos a bibliográfica com consultas a doutrinas e artigos publicados na *internet*.

1 PRIVACIDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à privacidade é um atributo a ser respeitado, que corresponde a uma garantia contida na Constituição Federal de 1988, prevista no artigo 5º, inciso X, que assim dispõe: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Diante deste exemplo, é possível verificar que a privacidade está estritamente ligada ao atual avanço tecnológico, inclusive, no que corresponde ao sistema de informação propagado por aplicativos e acesso à *internet*. Por isso, devem existir regras para que sejam asseguradas as garantias constitucionais e, dentre elas, foi criada a Lei nº 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD - (BRASIL, 2018), que tem como objetivo principal proteger os direitos fundamentais de

liberdade e de privacidade. Não obstante, antes de examinar a respeito da Lei Geral de Proteção de Dados, importante acrescentar alguns tópicos sobre a garantia da privacidade, conforme a seguir.

1.1 Conceito de privacidade

Observa-se que, quando se fala na intimidade, na vida privada, na honra e imagem das pessoas, é algo que nos remete ao critério individual de cada pessoa, motivo que se torna difícil conceituar a privacidade. Neste cenário, buscam-se exemplos de fatos concretos, onde o judiciário já decidiu o que poderá ocasionar em ofensa ao direito à privacidade, conforme julgados a seguir:

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VEICULAÇÃO DE MATÉRIA. ÓRGÃO DE IMPRENSA. CONTEÚDO OFENSIVO À AUTORA. OFENSA À HONRA E À IMAGEM. CONFIGURAÇÃO. VALOR ARBITRADO. MAJORAÇÃO. Constitui ofensa à honra e à imagem a veiculação de notícias que mesmo não mencionado o nome do ofendido deixa entender que a notícia diz respeito a ele. Uma das limitações à liberdade de comunicação social é o direito à privacidade e à intimidade dos indivíduos. (TJMG. Apelação Cível 1.0702.15.045919-7/002 0459197-84.2015.8.13.0702 (1). Relator Desembargador Alberto Henrique. Órgão Julgador: 13ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13 set. 2018. Data de publicação: 21 set. 2018). (MINAS GERAIS, 2018).

Neste primeiro julgado, trata-se de uma notícia jornalística que se direciona a um fato ofensivo a determinada pessoa, prejudicando o direito à privacidade. Trata-se de uma reportagem que ultrapassou os limites da informação por noticiar uma suposta traição de um casal.

Conforme mencionado pelo voto do Relator Desembargador Alberto Henrique (2018):

A violação à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra, expressada no artigo 5º, incisos V e X da Constituição da República, obriga à indenização por dano material e moral. A Carta Magna consagrou a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, além da indenização pelo dano moral decorrente de sua violação. Constitui ofensa à imagem a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa de modo a lhe atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, devendo o responsável pela publicação responder pelos danos morais daí decorrentes, na forma do que dispõe o artigo 20, do Código Civil. Neste caso como decidiu o MM. Juiz a quo "...resta indiscutível que a emissora ré abusou da liberdade de imprensa, ao veicular matéria ofendendo a dignidade da parte autora, o que configurou abuso do direito de informação, que enseja a reparação moral pleiteada. [...]". (TJMG. Apelação Cível 1.0702.15.045919-7/002 0459197-84.2015.8.13.0702 (1). Relator Desembargador Alberto Henrique. Órgão Julgador: 13ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13 set. 2018. Data de publicação: 21 set. 2018). (MINAS GERAIS, 2018).

Assim, quando o direito à privacidade se torna violado, é caracterizada a ofensa constitucional, o que leva à reparação dos danos. Já no segundo julgado, trata-se de uma informação divulgada de exames médicos, a qual possui restrita observância ao direito de privacidade:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TEORIA OBJETIVA. MUNICÍPIO DE POMPÉU. INFORMAÇÃO DE RESULTADO DE EXAME MÉDICO DO PACIENTE A TERCEIRO. VIOLAÇÃO AO SIGILO MÉDICO. OFENSA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. INTIMIDADE E PRIVACIDADE. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. QUANTIFICAÇÃO.

- A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público é, em regra, objetiva, conforme disciplinado pelo art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988.

- Restando demonstrado nos autos que a agente comunitária de saúde da municipalidade informou a terceiro sobre o resultado de exame médico do paciente, resta caracterizada a conduta ilícita.

- Surgem os prejuízos extrapatrimoniais, em regra, da violação aos direitos da personalidade, tutelados juridicamente (imagem, nome, honra, integridade física, privacidade e outros), concretizando-se "in re ipsa". Também se verifica a sua configuração quando a conduta antijurídica, dada a sua dimensão, é capaz de romper a paz, a rotina e a tranquilidade da vida da vítima, expondo-a a intenso sofrimento psíquico e emocional, situação esta que deve ser comprovada.

- A informação de resultado médico a terceira pessoa, que não o paciente, ofende a regra do sigilo e, por conseguinte, importa em desrespeito aos direitos da personalidade da intimidade e da privacidade.

- Na mensuração do quantum reparatório por danos morais, deve o Julgador se ater aos critérios de razoabilidade e da proporcionalidade, para que a medida não represente enriquecimento sem causa da parte que busca a indenização, bem como para que seja capaz de atingir seu caráter pedagógico, coibindo a prática reiterada da conduta lesiva por seu causador. (TJMG. Apelação Cível 1.0520.13.003637-6/001 0036376-86.2013.8.13.0520 (1). Relatora Desembargadora Ana Paula Caixeta. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13 set. 2018. Data de publicação: 18 set. 2018). (MINAS GERAIS, 2018).

No caso, a agente de saúde revelou informações de exame médico, sobre o qual deveria guardar sigilo. De acordo com o voto da Relatora Desembargadora Ana Paula Caixeta (MINAS GERAIS, 2018): “[...] a agente de saúde do apelado, ao passar o recado para a vizinha da apelante, informando sobre o resultado do exame, desrespeitou a norma do sigilo médico, o que caracteriza a ilicitude do ato”. (TJMG. Apelação Cível 1.0520.13.003637-6/001 0036376-86.2013.8.13.0520 (1). Relatora Desembargadora Ana Paula Caixeta. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13 set. 2018. Data de publicação: 18 set. 2018) (MINAS GERAIS, 2018).
E continua:

No caso em apreço, a conduta antijurídica atribuída ao apelado significou flagrante desrespeito aos direitos da personalidade alusivos à intimidade e à privacidade da apelante, vez que os resultados de seu exame médico, sigilosos, como já dito, foram revelados a terceira pessoa. Houve, assim, violação à intimidade e à privacidade da apelante, verdadeiros atributos da personalidade, o que gera o dano anímico. (TJMG. Apelação Cível

1.0520.13.003637-6/001 0036376-86.2013.8.13.0520 (1). Relatora Desembargadora Ana Paula Caixeta. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Data de julgamento: 13 set. 2018. Data de publicação: 18 set. 2018). (MINAS GERAIS, 2018).

Percebe-se, nestes dois julgados, que o direito à privacidade é resguardado, o que confirma o preceito previsto no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

Com efeito, para ser preservada a privacidade, automaticamente devem ser preservados a personalidade e a intimidade. No que consiste a personalidade, Maria Helena Diniz (2005, p. 81) entende que:

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela se irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa que lhe pertence como primeira utilidade.

E no que se refere à intimidade, Paulo José da Costa Jr. (1995, p. 08) discorre, dizendo que é a:

[...] necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente prometidos pela vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada dos olhares ávidos. A intimidade corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só.

Portanto, no direito à privacidade devem ser respeitadas suas espécies, que são: o direito à personalidade e à intimidade, e, caso ofendidas, reveste-se do direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente desta violação, conforme previsto pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

1.2 Necessidade de proteção

Resta clara a necessidade de proteção da privacidade, tanto que o constituinte adotou como punição e que também se trata de uma forma de reparação, a indenização de cunho material e moral.

Quando se fala em reparação por dano material e moral, adentra-se na responsabilidade civil, devendo ser preenchidos os requisitos da conduta antijurídica, do dano e do nexo de causalidade (FINKELSTEIN; FINKELSTEIN, 2019).

Veja-se, a seguir, uma condenação em razão de ofensas ao direito à privacidade, em razão de conduta que causou danos a honra da pessoa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENVIO DE MENSAGEM DE CUNHO OFENSIVO VIA WHATSAPP. COMPROVAÇÃO. CONTEÚDO INADEQUADO E HUMILHANTE. OFENSA MORAL CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. I - São elementos essenciais da responsabilidade civil: a prática de uma conduta antijurídica, comissiva ou omissiva; a existência de um dano; e o nexo de causalidade entre um e outro (artigos 186 e 927 do Código Civil). II - O direito à privacidade, à honra e à imagem consubstancia garantias constitucionalmente asseguradas, de forma que a responsabilidade civil passível de reparação por danos morais, em casos de ofensa a tais quesitos, ocorre quando houver a intenção de injuriar, difamar ou caluniar aqueles aos quais se refere. III - Pratica ato ilícito aquele que, de forma injusta e desnecessária, por meio de mensagem escrita remetida via aplicativo do WhatsApp, agride a outrem, dirigindo-lhe palavras de cunho humilhante e constrangedor. IV - Tem direito à reparação por danos morais a vítima que recebeu mensagem escrita, de conteúdo ofensivo, capaz de abalar o seu estado psicológico. V - Na fixação do valor referente à indenização por danos morais, o julgador deve levar em conta o caráter reparatório e pedagógico da condenação, de forma a não permitir o lucro fácil do ofendido, mas também sem reduzir a verba a um valor ínfimo ou irrisório. O valor da indenização deve ser mantido se fixado mediante a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. VI - Recursos conhecidos e não providos. (TJMG. Apelação Cível 1.0000.19.168265-7/001 5005272-36.2018.8.13.0707 (1). Relator Desembargador Vicente de Oliveira Silva. Órgão Julgador: 20ª Câmara Cível. Data de julgamento: 15 abr. 2020. Data de publicação: 17 abr. 2020). (MINAS GERAIS, 2020).

No julgado em questão, houve a proteção à vítima, acarretando em punição ao ofensor por meio de dano moral indenizável, decorrente de uma conduta antijurídica, pois causou intensa dor íntima, ferindo-lhe a dignidade e abalando a imagem. Portanto, aquele que praticar danos contra a privacidade de outrem, adentrando nos preceitos da personalidade e intimidade, deve ser punido e a vítima reparada, o que justifica a necessidade de proteção (FINKELSTEIN; FINKELSTEIN, 2019).

Neste escopo, também se adentra no campo da necessidade de proteção no âmbito da internet. Conforme verifica-se no julgado acima, a ofensa foi praticada utilizando a internet, por meio do aplicativo *WhatsApp*. Confirma-se, assim, que os sistemas tecnológicos, apesar de ajudar as pessoas a estarem mais próximas umas das outras, também poderá provocar danos.

Nesta visão, acentuam Maria Eugenia Finkelstein e Claudio Finkelstein (2019, p. 288):

[...] a questão da privacidade na Internet vem cada vez mais recebendo atenção das cortes internacionais, uma vez que o seu tênue limite é cada

vez mais invadido pela tecnologia. Ademais, sempre que um usuário adentra um site, preenche formulários virtuais. E o que é pior, não se sabe se os dados fornecidos são verdadeiros nem se pode ter certeza acerca da forma de utilização desta informação. Sabe-se que na atual fase tecnológica em que a sociedade se encontra, a informação é um dos bens de maior valor. Por esta razão, a sua proteção deve ser questão de importância máxima, merecendo a atenção do legislador. Claro está que o desenvolvimento tecnológico não apresenta somente aspectos negativos. A evolução da tecnologia dos mecanismos de monitoramento proporciona uma queda no tempo e nas despesas envolvidas em buscas.

Por outro lado, além de proteger a privacidade, deve existir proteção em relação ao comércio dentro de *sites da internet*. Neste aspecto, a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) surgiu para ajudar na prevenção da troca de dados e para proteger os direitos fundamentais de liberdade e da privacidade. Nas palavras de Maria Eugenia Finkelstein e Claudio Finkelstein (2019, p. 290):

[...] a comercialização dos dados coletados pelos sites para outros fins, para empresas comerciais ou de prestação de serviços não coligadas à empresa que os coletou, merece maior atuação do Direito em defesa dos usuários e de sua privacidade. Este tipo de comércio é um claro caso de violação de privacidade, que caracteriza uma não observância aos direitos e garantias fundamentais da pessoa. Neste sentido e em resposta a esta necessidade, veio a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

E em complemento:

Para entender a necessidade de uma legislação protetiva de dados pessoais, faz-se necessário entender o ingresso da sociedade em um novo patamar de produção de bens e serviços. Nesta sociedade da informação, a geração, o armazenamento e a transferência das informações são realizados instantaneamente, sendo que as novas tecnologias agregam valor à informação. Vale dizer: a informação passou a ser considerada um produto, podendo, inclusive, vir a ser objeto de transações comerciais. Na sociedade da informação há, assim, excesso de informações e riscos relacionados ao uso indevido dos instrumentos computadorizados para desvios ou abusos relacionados aos dados coletados ou armazenados. Nesta realidade, os empresários podem obter informações fundamentais para suas operações cotidianas através da inteligência e do armazenamento de dados (FINKELSTEIN; FINKELSTEIN, 2019, p. 291).

Assim, todo o sistema de informação tecnológica passa por uma evolução, que consiste na necessidade de proteção, principalmente em relação à privacidade das pessoas, fato este que fez surgir a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA PRIVACIDADE

Nas Constituições pretéritas houve a disposição da proteção da privacidade, mas, no aspecto da inviolabilidade do domicílio e do sigilo da correspondência. Entretanto, conforme afirmam Maria Eugenia Finkelstein e Claudio Finkelstein (2019,

p. 292): “[...] apenas na Constituição de 1988 foi contemplado o direito à intimidade e à proteção privada”. E acrescentam ainda sobre a evolução legislativa da privacidade no âmbito internacional que:

No campo internacional, assim como ocorreu no Brasil, é possível perceber que a preocupação com o direito à privacidade vem aumentando conforme a modernidade do século XX. Por exemplo, na constituição Norte Americana de 1788 não havia menção expressa ao direito de inviolabilidade do domicílio, nem à intimidade. Porém, com a Quarta e Quinta emendas, e ainda, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem este direito passou a ser contemplado. Nesse sentido é interessante citar o artigo 12 da Declaração de 1948 (FINKELSTEIN; FINKELSTEIN, 2019, p. 292).

Sublinhe-se, neste passo, a transcrição do artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948): “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Em desfavor de tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei”.

Outra norma internacional que protege o direito à privacidade é a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH, 1969), conforme depreende o artigo 11:

Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

O Brasil, por força do Decreto nº. 678 (BRASIL, 1992), de 06 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH, 1969), sendo denominada também de Pacto de São José da Costa Rica (CIDH, 1969).

Por sua vez, atribuindo-se à legislação nacional, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), dispôs em suas normas o direito de acesso a suas informações pessoais, conforme previsto no artigo 43:

Artigo 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

§ 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos.

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

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no

prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

§ 6º Todas as informações de que trata o caput deste artigo devem ser disponibilizadas em formatos acessíveis, inclusive para a pessoa com deficiência, mediante solicitação do consumidor. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

Já o Código Civil de 2002, atribuiu uma proteção à vida privada, ao dispor no artigo 21 que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. No caso em vertente, a vida privada liga-se diretamente ao direito de personalidade, tanto que o artigo 21 do Código Civil encontra-se prevista no capítulo “Dos Direitos da Personalidade” (BRASIL, 2002).

E em 23 de abril de 2014, foi promulgada a Lei nº. 12.965/14 (BRASIL, 2014), conhecida como o Marco Civil da Internet. (BRASIL, 2014). Seu artigo 3º, incisos I e II, assim dispõem:

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

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade. (BRASIL, 2014).

No capítulo II, que trata dos direitos e das garantias dos usuários, a lei também é explícita quanto à proteção do direito à privacidade:

Artigo 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 2014).

A lei ainda traz explicitamente no artigo 8º que: “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (BRASIL, 2014).

Portanto, o Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014) possui normas expressas em defesa ao direito à privacidade na internet, sendo que o infrator poderá responder por sanções de advertência, multa, suspensão temporária dos serviços e de proibição das atividades (artigo 12).

Por último, surgiu a Lei nº. 13.709/18, criada em 14 de agosto de 2018, com alterações promovidas pela Lei nº 13.853/19, denominada de Lei Geral Proteção de Dados Pessoais (LGPD). No tópico a seguir, serão analisadas de forma mais específica a Lei Geral Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

2.1 O surgimento da Lei nº 13.709/18

A Lei nº 13.709/18 surgiu justamente para garantir a liberdade das pessoas, de modo a preencher uma lacuna legislativa que ainda existia no Brasil. Respectiva lei foi criada em 14 de agosto de 2018, e teve por objetivo principal proteger os direitos fundamentais da liberdade e da privacidade. É o que se extrai do artigo 1º:

Artigo 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. (BRASIL, 2018).

Assim, a Lei nº. 13.709/18 surgiu principalmente para garantir o preceito constitucional da privacidade, atribuída ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

Entretanto, deve-se deixar claro que o surgimento da Lei nº. 13.709/18 não significou a sua aplicação de forma absoluta, considerando que outros princípios devem estar em equilíbrio com o da privacidade.

Deste modo, ao analisar um plano abstrato, como é a privacidade, deve existir uma graduação entre os princípios constitucionais, justamente para não aplicar um princípio em detrimento a outro. É o que acontece, por exemplo, com a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, que se encontram previstos no artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal de 1988:

Artigo 5º [...]
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
[...]
IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Destarte, deve ser analisado sempre o caso concreto, pois, o direito à privacidade deve estar em equilíbrio a livre manifestação do pensamento e da comunicação.

Neste mesmo sentido, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988 garante: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Sobre o tema, José Gomes Canotilho e Jónatas E. M. Machado (2014, p. 132) consignam que:

[...] a liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, num compromisso crítico permanente. Com essa qualidade, ela integra o sistema constitucional de direitos fundamentais, deduzindo-se do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica. A liberdade de expressão em sentido amplo é um direito multifuncional, que se desdobra num cluster de direitos comunicativos fundamentais (Kommunikationsgrundrechte) que dele decorrem naturalmente, como seja, por exemplo, a liberdade de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação individual, de telecomunicação e comunicação em rede. As liberdades comunicativas encontram-se ainda associadas a outras liberdades, como a liberdade de profissão, a livre iniciativa econômica, de prestação de serviços e o direito de propriedade.

E arrematam, asseverando que:

[...] inerente ao direito à liberdade de expressão encontra-se uma presunção de inconstitucionalidade de todas as formas de censura, particularmente de censura prévia, seja ela pública ou privada. [...] A proibição de censura é de âmbito geral, do ponto de vista dos conteúdos expressivos, dos meios de comunicação envolvidos e dos destinatários por ela vinculados, valendo diante de qualquer entidade ou poder, de direito ou de facto, que esteja em condições de impedir a expressão ou divulgação de ideias e informações. (CANOTILHO; MACHADO, 2014, p. 128).

Quando se fala em dados pessoais, significa o nome da pessoa, apelido, filiação etc. Ou seja, é toda informação que leva a identificar determinada pessoa. Quando surgiu a Lei nº. 13.709/18, o legislador conceituou os dados pessoais da seguinte forma: “Artigo 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018).

Ao interpretar a expressão dados pessoais, significa dois paralelos distintos; a palavra “dados” pode ser compreendida por uma expressão mais genérica, que corresponde a uma série de informações (LACOMBE, 2003).

Para Francisco José Masset Lacombe *et. al.* (2003, p. 490), “dados” se refere a:

[...] um conjunto de registros sobre fatos, passíveis de serem ordenados, analisados e estudados para se alcançar conclusões. Estes dados, quando

organizados e ordenados de forma coerente e significativa para fins de compreensão e análise, são chamados de informação.

Assim, tem-se que os dados pessoais servem para direcionar a uma pessoa, ou seja, serve para identificar a pessoa natural, no que compreende a proteção baseada na Lei nº 13.709/18 (BRASIL, 2018). Contudo, existe uma outra expressão contida na legislação, que é o dado pessoal sensível. Segundo o artigo 5º, inciso II, Lei nº. 13.709/18, dado pessoal sensível é:

[...] dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

O dado pessoal sensível é mais do que o mero nome, pois, tende a buscar informações mais específicas de cada pessoa, no que também compreende a sua privacidade. Logo, quando o operador realiza o tratamento de dado sensível de determinada pessoa, estará na posse de informações mais restritas e pessoais, como, por exemplo, a origem racial, convicção religiosa, opinião política etc. E justamente por ser sensível, o tratamento do dado pessoal deve ser maior, motivo que o legislador criou um capítulo próprio para normatizar a questão, conforme se verifica no tópico a seguir.

3 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E O DIREITO À PRIVACIDADE

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira harmoniza o direito fundamental à proteção da privacidade e da intimidade com o interesse público e o uso e desenvolvimento de tecnologia aplicada à era da informação. Antes da LGPD ser promulgada, o direito à privacidade e intimidade já estavam garantidos pela Constituição Federal de 1988, que estabelecia que tais direitos deveriam prevalecer sobre quaisquer interesses públicos, ao estabelecer restrições ao acesso a determinadas informações pessoais, mas não se limitando a, informações financeiras, correspondências, conversas telefônicas conforme artigo 5º, X, XII (DONEDA, 2019; BRASIL, 1988).

Entretanto a LGPD não é aplicável, porém, nos casos em que o tratamento de dados pessoais seja feito: I) por uma pessoa física para fins privados exclusivamente e não econômica; II) exclusivamente para fins jornalísticos, artísticos e acadêmicos; III) pelo Poder Público, nas hipóteses de utilização para a promoção

da segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou IV) quando os dados têm origem fora do território nacional e não são objeto de comunicação, uso comum de dados com agentes de processamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de origem (desde que visto que o país de origem oferece um nível de proteção de dados pessoais adequado ao estabelecido (BRASIL, 2018).

Dessa forma, em consonância com o objetivo de avaliar não só os interesses dos titulares dos dados, mas também dos responsáveis pelo tratamento, a LGPD apresenta um cenário específico no domínio processual que pode ser defendido como uma autorização legal para o tratamento de dados pessoais. Assim, uma operação de tratamento de dados será legítima na medida em que seja necessária para assegurar o exercício regular de direitos em procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais (DONEDA, 2019).

Assim, na medida em que não seja necessária a identificação dos dados dos dados que participam da pesquisa, é recomendado por lei que a coleta de dados propriamente dita seja feita de forma anônima a partir de sua origem, de forma que a pesquisa seja trabalhando com análise dos resultados relativos a grupos diferentes, em vez de se concentrar em determinados assuntos de dados específicos (DONEDA, 2019).

O artigo 17 da Lei Geral de Proteção de Dados estabelece que toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, enquanto o artigo 22 preceitua que “a defesa dos interesses e dos direitos dos titulares de dados poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma do disposto na legislação pertinente, acerca dos instrumentos de tutela individual e coletiva”.

Importante ainda registrar que o artigo 52 e seguintes da Lei nº 13.709/2018 define as sanções administrativas e legais aplicáveis para quem violar qualquer artigo ou cometer infrações às normas previstas na legislação, incluindo entre as sanções a possibilidade de advertência (artigo 52, I), multa (artigo 52, II e III), suspensão parcial ou total de funcionamento ou do exercício de atividades relacionadas com o tratamento de dados (artigo 52, X, XI e XII), e, entre outras sanções, a obrigatoriedade de “eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração” (artigo 52, VI) (BRASIL, 2018).

CONCLUSÕES

Analisou-se no decorrer deste trabalho sobre a Lei Geral de Proteção de Dados e o direito à privacidade. Baseou-se em um estudo que envolveu a Constituição Federal de 1988 e as recentes regras advindas com a Lei nº. 13.709/18. Não se pode conceber que uma pessoa tenha sua privacidade violada, inclusive, diante dos apetrechos tecnológicos. Apesar de existir vários avanços tecnológicos e que ajuda no sistema de informação e segurança, o outro lado da tecnologia faz criar a possibilidade de prejudicar a privacidade e a intimidade das pessoas, no que ofende o bem maior que é a dignidade da pessoa humana.

Por isso, devem existir regras para que sejam asseguradas as garantias constitucionais e, dentre elas, criou-se a importante Lei nº. 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que teve como objetivo principal proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Nesta seara, a legislação passou a dispor sobre vários preceitos e que se destacam por proteger a privacidade das pessoas. É o caso, por exemplo, das normas dos dados pessoais e do tratamento de dados. São regras que devem ser respeitadas pelos operadores e controladores, considerando que os dados pessoais não poderão ser violados, preservando assim o consentimento da pessoa.

Por outro lado, verificou-se que o sistema de tecnologia também faz agregar a grande dissipação de dados pessoais, tanto que o desafio se torna a aplicar as regras concretamente, principalmente em relação as grandes empresas que detêm inúmeros dados pessoais.

Como resposta a hipótese constatou-se que é necessário compreender que os direitos fundamentais não são absolutos, e sim relativos, havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. É necessária uma harmonia entre o princípio da privacidade com os demais princípios da Constituição Federal de 1988 e da Lei Geral de Proteção de Dados com base nos fundamentos constitucionais, para que um direito não seja absoluto em relação ao outro.

Contudo, o mais importante é seguir as normas legais, para que o princípio da dignidade da pessoa humana também seja resguardado. Entre o avanço tecnológico e a opção de se resguardar a privacidade, deve ser sempre privilegiado o direito fundamental, mas não se opondo as inovações a serem utilizadas, mas, que devem

ser utilizadas com responsabilidade e não ofender a imagem, a intimidade e a honra de nenhuma pessoa.

A Lei Geral de Proteção de Dados não foi criada para proibir, coibir ou restringir o desenvolvimento tecnológico. Um dos seus fundamentos inclusive é o desenvolvimento econômico tecnológico e a inovação, conforme previsto em seu artigo 2º. Como também é o respeito à privacidade outro fundamento, assim como é o da autodeterminação positiva. Deve-se compreender que existe uma diferença fundamental entre a aplicação da privacidade e o uso da tecnologia, que é a limitação de certas condutas e o respeito à dignidade da pessoa humana. Por isso, é necessário construir uma cultura de proteção de dados responsável, uma vez que é um tema relativamente novo para todos, mas de uma importância fundamental para entender a vida atual.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Palácio do Planalto, 1988. **Diário Oficial da União** de 08/10/1988, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Palácio do Planalto, 1992. **Diário Oficial da União** de 06/11/1992, Brasília/DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Palácio do Planalto, 2002. **Diário Oficial da União** de 11/02/2002, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União** de 24/04/2014, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União** de 15/08/2018, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a

Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 09/07/2019, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 12/09/1990, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 22328 / RJ**. Relator Ministro Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. STF, 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14784997>. Acesso em: 08 mar. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. **Constituição e código civil brasileiro**: âmbito de proteção de biografias não autorizadas. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Márcio Gil Tostes dos. *Constituição Brasileira de 1988. Reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014.

CIDH. Convenção Interamericana dos Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. CIDH, 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. I.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia; FINKELSTEIN, Claudio. Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. **Revista de Direito Brasileira**. Florianópolis, v. 23, nº. 9, p. 284-301, maio/ago. 2019.

LACOMBE, Francisco José Masset *et. al.* **Administração princípios e tendências**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.444728-8/001 4447296-47.2020.8.13.0000 (1)**. Relator Desembargador Roberto Vasconcellos. Órgão Julgador: 17ª Câmara Cível. TJMG, 2021. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=3&totalLinhas=8&paginaNumero=3&linhasPorPagina=1&palavras=privacidade%20lei%20geral%20prote%20E7%E3o%20dados&pesquisarPor=ementa&orderB>

yData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&. Acesso em: 05 jun. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0702.15.045919-7/002 0459197-84.2015.8.13.0702 (1)**. Relator Desembargador Alberto Henrique. Órgão Julgador: 13ª Câmara Cível. TJMG, 2018. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=21&totalLinhas=133&paginaNumero=21&linhasPorPagina=1&palavras=ofensa%20direito%20privacidade&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 08 mar. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0520.13.003637-6/001 0036376-86.2013.8.13.0520 (1)**. Rel. Des. Ana Paula Caixeta. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. TJMG, 2018. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=22&totalLinhas=133&paginaNumero=22&linhasPorPagina=1&palavras=ofensa%20direito%20privacidade&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 08 mar. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0000.19.168265-7/001 5005272-36.2018.8.13.0707 (1)**. Relator Desembargador Vicente de Oliveira Silva. Órgão Julgador: 20ª Câmara Cível. TJMG, 2020. Disponível em: http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3FB8104EE132641AF93B849D699B5999.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.168265-7%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 05 maio 2022.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Declaração, 1948. Disponível em: http://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAjw9MuCBhBUEiwAbDZ-7qs_J40KziF-2NzYYu-8ue97hN01Thr1rq0FV4_t0iBK9QC7G0hNSBoCSL4QAvD_BwE. Acesso em: 09 mar. 2022.

OS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DA CIDADANIA

THE INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEMS AND THE PROTECTION OF THE HISTORICAL AND CULTURAL HERITAGE AS A GUARANTEE OF EFFECTIVE CITIZENSHIP

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais¹

Pablo Augusto Gomes Mello²

Recebido/Received: 21.10.2022/Oct 21th, 2022

Aprovado/Approved: 28.11.2022/Nov 28th, 2022

RESUMO: O presente artigo propõe uma análise sobre direitos humanos e desenvolvimento de sua proteção no âmbito internacional, mais especificamente no tangente ao patrimônio histórico e cultural. Assim, é necessário compreender os mecanismos de proteção a esses direitos para que não haja qualquer violação estatal. Ademais, a salvaguarda desses bens se mostra cada vez mais importante para o desenvolvimento da sociedade e preservação de como a contemporaneidade atingiu o ponto em que se encontra. Destaca-se ainda que os mecanismos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, funcionam como uma camada extra de garantia no cumprimento dos direitos humanos, fiscalizando o Poder Público. Portanto, o Estado deve buscar um modelo de proteção a esses bens que se adeque tanto aos preceitos constitucionais quanto aos convencionais, favorecendo assim a efetivação de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos; direitos humanos; Estado Democrático de Direito; patrimônio histórico e cultural.

ABSTRACT: This article proposes an analysis of human rights and the development of their protection at the international level, more specifically with regard to historical and cultural heritage. Thus, it is necessary to understand the mechanisms of

¹ Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho/RJ. Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2019). Especialista em Direito Público pela Universidad Castilla-La Mancha (Espanha). Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Professor da Faculdade de Pará de Minas. Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna (Mestrado e Doutorado). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4987303044300524> E-mail: marcioeduardopedrosamorais@gmail.com

² Mestrando no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas. Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna. Advogado. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6158728073732939> E-mail: pabloagmello@gmail.com

protection of these rights so that there is no state violation. In addition, the safeguarding of these assets is increasingly important for the development of society and the preservation of how contemporaneity has reached the point where it is. It is also noteworthy that international mechanisms, such as the Inter-American Court of Human Rights, work as an extra layer of guarantee in the fulfillment of human rights, monitoring the Public Power. Therefore, the State must seek a model of protection for these assets that fits both constitutional and conventional precepts, thus favoring the realization of a Democratic State of Law.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights; human rights; Rule of Law; historical and cultural heritage.

INTRODUÇÃO

A efetividade da proteção do patrimônio histórico e cultural dada pelo Estado levanta uma série de discussões sobre os mecanismos nacionais e internacionais utilizados na garantia dos direitos humanos. Assim, deve-se constituir espaço de discussão para o entendimento e harmonização da situação vigente com o que está presente tanto no texto constitucional quanto nas convenções internacionais.

Nessa conjuntura, buscar-se-á apresentar as facetas atinentes ao tema, interpretando-se os conceitos estudados sob uma perspectiva filosófica de modo a melhor compreender o caminho a ser tomado para que os direitos humanos atinentes ao patrimônio histórico e cultural sejam salvaguardados de maneira eficaz. Ademais, os conceitos tratados dizem respeito a uma garantia em diferentes setores para se prevenir qualquer desrespeito aos direitos humanos e fundamentais.

Almeja-se, assim, o aprimoramento tanto do ordenamento jurídico brasileiro quanto do internacional, com o viés de assegurar que a liberdade religiosa seja respeitada, garantindo a todos que o acesso à sua história e cultura, de maneira que se possa viabilizar bem estar dos indivíduos e resplandeça o viés constitucional democrático.

Deste modo, a proteção do patrimônio histórico e cultural é utilizada como maneira de se garantir o cumprimento legítimo dos direitos humanos? Além disso, deve-se compreender o caminho percorrido na Corte Interamericana de Direitos Humanos para que essa chegasse ao patamar atual e quais os fatores devem ser modificados e mantidos para que os direitos humanos não restem tolhidos.

Ressalta-se ainda que serão analisadas questões sobre o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, sua composição, características, peculiaridades e diferenças entre a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos

Humanos, além do estudo das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos no que diz respeito à temática.

Desse modo, o tema é atualmente relevante, tendo em vista que os bens ora trabalhados influenciam na vida de todas as pessoas e geram um impacto no funcionamento da sociedade, devendo ser estudadas recomendações internacionais sobre o tema.

No que tange ao aspecto metodológico, a pesquisa se desenvolve por intermédio de bases documentais, teóricas e bibliográficas, visando à elucidação do assunto ora mencionado, sendo realizada através do método indutivo-dedutivo, com análise inicial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dos direitos humanos referentes ao patrimônio histórico e cultural e, por fim, se estudará a relação das cortes internacionais com a proteção desses importantes bens para o desenvolvimento humano.

1 ANÁLISE ACERCA DA CORTE E COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO QUE TANGE À SUA ATUAÇÃO

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIDH) tem como órgãos componentes a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). O sistema surgiu no ano de 1948, momento no qual se adotou a Carta da Organização dos Estados Americanos, sendo aprovada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Os sistemas globais e regionais de proteção aos direitos humanos estão cada vez mais interligados, sendo essa a tendência. A *Commission to Study the Organization of Peace* produziu um relatório a respeito disso, conforme ressalta Flávia Piovesan:

Pode ser afirmado que o sistema global e o sistema regional para a promoção e proteção dos direitos humanos não são necessariamente incompatíveis; pelo contrário, são ambos úteis e complementares. As duas sistemáticas podem ser conciliadas em uma base funcional: o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto global como regional, deve ser similar em princípios e valores, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é proclamada como um código comum a ser alcançado por todos os povos e todas as Nações. O instrumento global deve conter um parâmetro normativo mínimo, enquanto que o instrumento regional deve ir além, adicionando novos direitos, aperfeiçoando outros, levando em consideração as diferenças peculiares em uma mesma região ou entre uma região e outra. O que inicialmente

parecia ser uma séria dicotomia - o sistema global e o sistema regional de direitos humanos - tem sido solucionado satisfatoriamente em uma base funcional (PIOVESAN, 2012a, p. 321).

Assim, é necessário ressaltar que o principal instrumento no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – sendo um tratado internacional responsável por reforçar a garantia de uma série de direitos, como à liberdade de expressão e à vida, não apenas prevendo-os, como também estabelecendo mecanismos de proteção, conforme resalta Norberto Bobbio (1991).¹

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a responsável no sistema pela defesa e promoção dos direitos humanos, tendo sido criada pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Essa é um órgão político e autônomo, com sede localizada em Washington, nos Estados Unidos, composta por sete membros, com mandatos de quatro anos, permitida uma recondução por igual período. (OEA, 2022) Ressalta-se ainda que:

A CIDH foi criada em 1959, reunindo-se pela primeira vez em 1960. Já em 1961 a CIDH começou a realizar visitas *in loco* para observar a situação geral dos direitos humanos em um país ou para investigar uma situação particular. Desde 1960, a CIDH foi autorizada expressamente a receber e processar denúncias ou petições sobre casos individuais, nos quais se alegavam violações de direitos humanos (SIQUEIRA; RIBEIRO, 2018, p. 115).

Noutro giro, de acordo com o art. 44 da CIDH: são legitimados para apresentarem petições com queixas ou denúncias sobre violações de direitos humanos previstos em Convenção por parte de um Estado qualquer grupo de pessoas ou qualquer pessoa individualmente, bem como entidades não-governamentais reconhecidas legalmente em um ou em alguns dos Estados membros da Organização.

Entretanto, a CIDH ainda no art. 44 explicita que devem ser cumpridos alguns requisitos para que sejam interpostas petições e realizadas comunicações perante a Comissão, como o esgotamento dos recursos cabíveis internamente na jurisdição de cada Estado parte, com base nos princípios de direito internacional. Exemplo disso é

¹ Com a Declaração de 1948 começa uma terceira e última fase em que a afirmação dos direitos é universal e positivo: universal no sentido que os destinatários dos princípios contidos já não estão apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positivo no sentido de que põe em movimento um processo em cuja culminância os direitos humanos não seriam apenas proclamados ou idealmente reconhecido, mas efetivamente protegido mesmo contra o Estado que os viola (BOBBIO, 1991, tradução livre).

que a interposição deve ocorrer no prazo de seis meses contados da data da notificação da decisão definitiva, não podendo a matéria suscitada estar pendente de solução internacional, entre outros.

As funções desempenhadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos são de extrema relevância, as quais estão previstas no artigo 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção; e g. apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (CIDH, 1969).

Desse modo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos atua como uma instância intermediária que precede à Corte. Em comparação com o direito pátrio, pode-se dizer que sua atuação é uma espécie de “juízo de admissibilidade” da questão suscitada, haja vista que o cidadão pode ingressar perante a Comissão e caso em sede de parecer final, após investigação e estudo do caso. Com isso, a Comissão pode entender que existiu violação de direitos humanos previstos na Convenção e como consequência o Estado membro pode ser demandado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já no caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos trata-se de órgão de caráter jurisdicional, composto por sete juízes, não podendo haver duplicidade de nacionalidades. No entanto, esse não é considerado um Tribunal Penal, uma vez que julga apenas causas cíveis e não matérias criminais. Assim, face à Corte Interamericana de Direitos Humanos só possuem legitimidade para a submissão de casos a Comissão ou os Estados membros, desde que seja reconhecida

anteriormente a competência da Corte por declaração ou convenção especial (MAZZUOLI, 2018).

Ressalta-se ainda que assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos, o órgão do continente americano admite a participação das vítimas durante todo o processo após a aceitação da demanda, sendo-lhes permitido apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma.

É imprescindível compreender que o alcance das competências da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem diferenciação. Apesar de ambas possuírem importância ímpar para o avanço da proteção dos direitos humanos no continente americano, a CIDH é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos, enquanto a Corte IDH tem função a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, essa é a razão pela qual recomendações são formuladas pela Comissão aos países que não ratificaram a Convenção ou aceitam a jurisdição da Corte.

Nesse giro, o professor Valério de Oliveira Mazzuoli entende sobre a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que:

No sistema interamericano de direitos humanos compete à Corte Interamericana processar e julgar um Estado-parte (na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969) por violação dos direitos humanos de pessoa sujeita à sua jurisdição. Não importa, já se viu, a nacionalidade da vítima que sofreu a violação de direitos humanos, bastando que o cidadão tenha sido violado em seus direitos no âmbito da jurisdição de um Estado-parte na Convenção Americana (que tenha aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana) (MAZZUOLI, 2018, p. 53).

Por conseguinte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui tanto a função contenciosa – relacionada à resolução dos casos a ela submetidos – quanto a executiva –determinando a reparação das consequências da violação aos direitos humanos, por meio de indenizações ou outras medidas. Ademais, a função executiva ainda engloba a função consultiva, o que se relaciona com o fato de realizar interpretações de instrumentos e Convenções internacionais de Direito Humanos, sendo uma faculdade que pode ser acionada por qualquer dos Estados parte da Organização dos Estados Americanos (MAZZUOLI, 2018).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos também desempenha um papel crucial na elaboração de jurisprudência, emissão de informes, se consagrando como protagonista na interpretação de diversos pontos controvertidos, garantindo o cumprimento efetivo dos direitos humanos e influenciando ainda a legislação pátria

de cada país. A Corte Interamericana produziu e ainda produz um marco jurídico internacional sobre os temas tratados, analisados de maneira extensiva para que não restem dúvidas sobre o cumprimento dos direitos assegurados a todos.

2 PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO-CULTURAL COMO GARANTIA DE EFETIVIDADE DA CIDADANIA

Inicialmente, é importante compreender a origem dos direitos fundamentais, em um contexto histórico de formação e desenvolvimento, uma vez que é vital para que se tenha uma visão plena da relação entre o desenvolvimento dos direitos fundamentais e o próprio Estado.

Além disso, deve-se compreender ainda as diferenças com os direitos humanos. A proteção aos direitos humanos é caracterizada pela salvaguarda de direitos pela ordem internacional diante de arbitrariedades cometidas por determinado Estado. Assim, esses direitos são o estandarte de proteção que o Estado deve fornecer à população, sob pena de ser responsabilizado em âmbito internacional (ONU, 1998).

Fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir-se ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. (Por sua vez, essa concepção inovadora aponta a duas importantes consequências: 1a) a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos – isto é, transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania, centrada no Estado, para uma concepção “kantiana” de soberania, centrada na cidadania universal; e 2a) a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direitos (PIOVESAN, 2012b, p. 42).

Nesse contexto, foi instituída a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) – desprovida de natureza normativa. No entanto, sua importância é notável tendo em vista que essa representa um conjunto de valores e anseios da sociedade internacional, bem como um estímulo para que seja observado um mínimo ético seja respeitado por todos, tendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos iniciado o ensejo à elaboração de inúmeros tratados internacionais com finalidade de proteger os direitos essenciais dos indivíduos. Com isso, ainda que não seja um tratado internacional, a DUDH apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, tendo em vista que constitui interpretação autorizada da expressão direitos humanos presente na Carta das Nações Unidas (MAZZUOLI, 2018).

É importante mencionar ainda que os direitos do homem não se baseiam apenas em grandezas invariáveis jusnaturalisticamente formuladas. Isso se dá baseado em considerações nas quais é patente sua conexão com as constelações histórico-sociais. Por isso, será acentuada a ideia da interdependência da instância filosófica jurídica dos direitos fundamentais com a instância econômica (CANOTILHO, 2001).

Na visão de Ingo Wolfgang Sarlet, esses direitos têm uma diferenciação, aduzindo o jurista que:

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” (ou similares), em que pese sua habitual utilização como sinônimas, se reportam, por várias possíveis razões, a significados distintos. No mínimo, para os que preferem o termo “direitos humanos” há que referir – pena de correr-se o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva. Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – esta ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado (e não exclusivamente – embora principalmente –, no campo dos direitos humanos e fundamentais) de um direito constitucional internacional (SARLET, 2018, p. 32).

Nesse diapasão, o processo faz com que a proteção do ser humano como tal esteja sempre presente na universalidade dos direitos humanos em meio à diversidade cultural. Deste modo, Estados de variadas orientações políticas e culturais aderiram e ratificaram tratados de direitos humanos de aplicação universal, criando-se um estandarte internacional de proteção a esses direitos.

Ademais, o estudo dos direitos fundamentais é baseado no fato de sua origem remontar aos direitos naturais dos seres humanos, sendo esses capazes de pensamento crítico e racional para desenvolver o mundo a sua volta tanto no exterior quanto na cultura do povo. Desse modo, o ser humano possuiria um direito natural pelo simples fato de existir, o que resguardaria o respeito do Estado aos direitos de liberdade e igualdade.

Com isso, resta claro que os direitos fundamentais são construções históricas específicas, datadas, criadas a partir da Revoluções Burguesas, que possuem o objetivo de proteger os indivíduos de possíveis violações de direito por parte do Estado e da Política em geral. Por conseguinte, a perspectiva de que os direitos fundamentais são contínuos desde a Antiguidade até o período atual não é correta.

Isso se dá, pois, uma Constituição formal e rígida e com o controle de constitucionalidade, respeitando-se os direitos fundamentais são uma aquisição evolutiva tipicamente moderna (OMMATI, 2019).

Assim, se mostra a importância da constitucionalização para a concretização dos direitos fundamentais, como expresso por Canotilho, ao citar Cruz Villalon, dizendo que: “Onde não há Constituição não haverá direitos fundamentais” (CRUZ VILLALON *apud* CANOTILHO, 2001, p. 375). Isso posto, para que esse processo seja devidamente implementado, deve estar presente a figura de um Estado que tem como objetivo a proteção dos direitos fundamentais de todos.

Pensar na garantia dos direitos humanos, no contexto da constitucionalidade democrática, pressupõe que se reconheça a igualdade e liberdade no que tange ao assunto. Para isso, o modelo de processo adotado pelo Estado deve constituir um modo de garantia de dignidade, além de efetivar os direitos fundamentais expressamente previstos no plano constituinte e instituinte. Nesse diapasão, entende-se que:

[...] a opção habermasiana não é a de endossar uma ou outra tradição, mas a de apresentar uma (re)construção da relação entre soberania popular e direitos humanos, superando as tradições anteriores, uma vez que leva em conta a identificação de uma relação interna entre ambos os conceitos, constitutiva do que chamará de sistema de direitos: o conjunto de direitos (fundamentais) que os membros de uma comunidade atribuem-se reciprocamente quando decidem regular legitimamente sua convivência através do Direito Positivo (PEDRON, 2011, p. 143).

Por conseguinte, a medida em que o Estado se transforma e o mundo fica mais integrado e globalizado surgem questões atinentes aos direitos difusos e coletivos que devem ser resguardados. Em parte desses casos, a problemática era previamente desconhecida, surgindo apenas com a mudança presente nas relações. Assim, o Estado se torna um garantidor da cidadania e dos elementos adjacentes à essa, consolidando assim um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, cidadania consiste em uma relação política entre um indivíduo e uma comunidade política, por meio da qual o membro deve à comunidade lealdade permanente. O estatuto de cidadão é assim a integração do indivíduo na comunidade política, adquirindo a forma de Estado nacional de direito (CORTINA, 2005).

Dessarte, a proteção ao patrimônio histórico e cultural é englobada no escopo nos moldes de amparo dos direitos humanos. Francisco Humberto Cunha Filho conceitua direito à cultura como sendo:

o direito à cultura constitui proteção contra mudanças abruptas e ilegítimas, mesmo porque as restrições a seu acesso, decorrentes, por exemplo, de segregações punitivas (prisões e outros castigos), integram o amálgama cultural que lhe dá substância (CUNHA FILHO; BOTELHO; SEVERINO, 2018. p. 51/52).

Assim, o resguardo desse patrimônio está ligado à dignidade da população, tendo em vista que a cultura é um elemento chave no conceito identitário de um povo, estando presente nos hábitos e tradições das futuras gerações. Além disso, a garantia de acesso ao patrimônio assegura que a história da formação e do desenvolvimento de um povo não sejam perdidos.

Noutro giro, o legislador infraconstitucional conceituou por meio do artigo 1º, do Decreto-Lei de nº 25 de 30 de novembro de 1937 que o patrimônio histórico e artístico nacional é o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico, etnográfico, paisagístico ou artístico (BRASIL, 1937).

Essa visão foi corroborada pela influência dos documentos internacionais, como a Convenção de Paris (1883) para a proteção do Patrimônio Imaterial e pela própria Constituição de 1988, a qual contribui fundamentalmente para que esse conceito fosse mais abrangente.

Atualmente, tem-se um conceito de patrimônio cultural alargado, compatível com o entendimento disposto no artigo 216 da Constituição Federal, incluindo, tanto bens corpóreos como incorpóreos, visto de forma individual ou coletiva e que, de alguma maneira, tenham vinculação com a identidade nacional, nesta inserida todas as manifestações das diferentes etnias formadores da sociedade brasileira, frente a existência de vários instrumentos legais de proteção, desde o tombamento, disciplinado pelo Decreto-Lei nº 25/37, passando pelas formas de registros, inventários, vigilância e, até mesmo, pelo instituto da desapropriação (RODRIGUES, 2008, p.84).

Dessa maneira, a Lei mencionada acima estabelece que alguns bens são pertencentes ao patrimônio histórico cultural nacional por equiparação, como é o caso dos sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou pela indústria humana. Os bens históricos e culturais têm seu significado retirado da importância artística, cultural, documental ou estética da sociedade. O que foi construído ou produzido pelas sociedades passadas é fonte de pesquisa e preservação da história da identidade da nação. Logo, essas são relevantes para o país em vários níveis.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a importância dos bens integrantes do patrimônio cultural. Com isso, foi gerada uma nova salvaguarda para que esse direito seja devidamente assegurado à população. O Brasil é signatário da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, logo, a proteção aos bens culturais advém tanto das normas internas quanto internacionais.

3 ANÁLISE ACERCA DOS SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA RELAÇÃO COM O PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL

Os direitos culturais estão englobados sob o escopo dos direitos humanos, regulando as relações públicas e privadas no campo da cultura e normatizando o processo de produzir, acessar ou participar de qualquer atividade ou produto ligado ao saber criativo humano. Assim, os direitos culturais são a base para assegurar aos indivíduos condições socioeconômicas para que estes construam uma compreensão própria do mundo em que vivem, conectando-os a um determinado tempo e local. Ademais, entende-se ainda que os direitos culturais devem ser entendidos como categorias de direitos relacionados à cultura (ARAGÃO, 2012).

Inicialmente, faz-se necessário o estudo sobre o que a Corte Europeia entende sobre a proteção ao patrimônio histórico e cultural. Diferentemente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Europeia tem vários casos que abordam a fundo o tema. Com isso, uma consideração importante para o aprimoramento da proteção no sistema interamericano é que:

Uma cultura de diversidade só pode se desenvolver se a democracia reconciliar o governo da maioria e os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Impondo a vontade da maioria sobre a minoria sem garantir uma proteção efetiva dos direitos tudo é incompatível com os princípios do direito constitucional europeu comum herança. Uma sociedade europeia empenhada em combinar unidade e diversidade não pode ser uma sociedade do tipo “o vencedor leva tudo”, mas deve permear a arena política com valores de igualdade e respeito mútuo. Democracia não significa simplesmente que os pontos de vista da maioria devem sempre prevalecer: um equilíbrio deve ser alcançado que assegure o tratamento justo e adequado das pessoas pertencentes à minorias e evita qualquer abuso de posição dominante (CIDH, 2021) [tradução livre].

Desse modo, o primeiro passo para proteção legítima do patrimônio histórico e cultural por meio da proteção aos direitos humanos se dá pela conciliação das diferenças entre grupos e pessoas para que se resguardem os direitos de todos. O conflito de ideias e de posicionamentos é inevitável em uma sociedade plural,

todavia não deve ser consequência desse conflito o apagamento da parte perdedora.

Por isso, deve existir um procedimento democrático propício para o debate entre diferentes visões acerca do mundo e a obtenção de um determinado entendimento, ocasionando uma ação voltada ao entendimento mútuo, que permite que diferentes coassociados sob o direito sejam, ao mesmo tempo, seus atores e destinatários. Logo, esses procedimentos e não seus conteúdos que asseguram a legitimidade, por garantirem a participação no jogo democrático e possibilitam a transformação desse poder comunicativo, oriundo da esfera pública e civil, em um poder administrativo por meio da passagem por filtros legislativos institucionalizados (POTIGUAR, 2012).

Com um diálogo entre as diferentes culturas é possível que haja a celebração de todas as culturas e suas peculiaridades e não uma destruição de uma em detrimento de outra. O patrimônio histórico e cultural se apresenta de diferentes maneiras ao longo dos lugares e para que se mantenham as tradições vivas é necessário que esses direitos sejam efetivamente protegidos.

A proteção aos bens culturais é essencial à ordem constitucional democrática, tendo em vista que a livre expressão artística é intrínseca a uma sociedade livre e justa. Desse modo, é dever do Estado assegurar a existência de um ambiente seguro para a convivência pacífica e tolerante de todas as correntes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas, permitindo a cada indivíduo a construção de sua identidade cultural de forma livre e espontânea (MIRANDA, 2006).

Outro ponto digno de nota é que por meio dos direitos culturais, nasce o dever do Estado de promover e assegurar a universalização do acesso ao fazer cultural, garantindo a todos as condições necessárias para a construção de sua identidade cultural de forma livre e espontânea. Com isso, deve prevalecer o princípio de igualdade e liberdade, especialmente quanto à liberdade de pensamento, de consciência, religião, opinião e expressão. Isso se dá uma vez que todos esses são adjacentes ao direito cultural.

Nesse diapasão, o respeito pela cultura alheia e sua liberdade em manifestar-se através de seus instrumentos, dentro de um plano de racionalidade, exige a necessária tolerância, o que não deve faltar em um mundo cada vez mais globalizado. A destruição e não preservação de culturas antigas, impetradas pelos

colonizadores é marcada pela incapacidade demonstrada de adquirir os saberes da cultura aniquilada, sem que se pudesse compartilhar e agregar as conquistas e identidades culturais de tradições e técnicas riquíssimas (GUIMARÃES, 2013).

É importante relatar ainda que a preocupação com o patrimônio histórico e cultural também está presente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Comissão destaca que:

Por sua vez, a CIDH analisou temas conexos à segurança dos cidadãos, incluindo indicadores de violência e criminalidade e análises da política pública de segurança. Nesse sentido, foi possível observar o déficit de responsabilização dos agentes públicos por violações de direitos humanos cometidas, um problema que o país enfrenta desde sua transição para a democracia. Na oportunidade, observaram-se os avanços e desafios do país para a construção de um arcabouço político-institucional que viabilize a efetivação de direitos humanos, incluindo a intrínseca correlação entre esses temas e as condições para o exercício de direitos civis e políticos (liberdade de expressão e informação, liberdade de associação e protestos, combate aos discursos de incitação ao ódio e à discriminação e participação democrática), bem como de direitos sociais, econômicos e *culturais* (como a educação e saúde)(CIDH, 2021) (*grifo nosso*).

Denota-se que para se atingir verdadeiramente a efetivação dos direitos humanos e se consolidar o Estado Democrático de Direito os direitos culturais são parte vital do desenvolvimento de uma estrutura jurídica. Ademais, a preocupação com esse tema vem tanto das cortes nacionais como internacionais.

Ressalta-se ainda que a proteção da cultura atinge outros patamares, como desmistificando os comportamentos e extinguindo preconceitos étnico-raciais. O diálogo sobre as diferenças de visão de mundo e atitudes são extremamente benéficas para que se entenda as diferenças do outro e se entenda as searas em que o comportamento é semelhante. Nesse sentido, a Corte Europeia afirma que:

Não se trata de soluções fáceis. O diálogo intercultural não é uma cura para todos os males e uma resposta a todas as perguntas, e é preciso reconhecer que seu escopo pode ser limitado. Afirma-se muitas vezes, com razão, que o diálogo com aqueles que recusam o diálogo é impossível, embora isso não elimine sociedades democráticas de sua obrigação de oferecer constantemente oportunidades para diálogo. Por outro lado, o diálogo com aqueles que estão dispostos a participar em diálogo, mas não compartilham – ou não compartilham totalmente – “nossos” valores pode ser o ponto de partida de um processo de interação mais longo, ao final do qual um acordo sobre o significado e a implementação prática dos valores da direitos humanos, democracia e Estado de direito podem muito bem ser alcançados (COUNCIL OF EUROPE, 2008) [tradução livre].

Assim, o diálogo deve ser encorajado, não forçado. A implementação de práticas de garantia dos direitos humanos é necessária para que se atinja o patamar de proteção jurídica necessária para um desenvolvimento pleno da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

Na visão de Rosemiro Pereira Leal, o processo e a democracia têm uma relação aberta a qualquer do povo, enquanto instituto de autoinclusão do destinatário normativo no sistema de operacionalidade e fruição dos direitos fundamentais também processualmente criados (LEAL, 2008). Essa visão não se difere do processo em âmbito internacional, estando os estandartes dos direitos humanos sob o escopo de discussões processuais abertas ao povo.

Os direitos culturais também são capazes de fundamentar e influenciar outros direitos em nosso ordenamento. Assim, sua influência não deixa de ser sentida, mas concorre com outros preceitos na formação dos contornos destes, variando sua influência de acordo com o caso. Logo, os direitos culturais estão intimamente ligados à liberdade de expressão, direitos autorais, o direito à comunicação, entre outros (SOUZA, 2011). Sendo assim, a cultura é um dos motores para o desenvolvimento da salvaguarda dos direitos humanos.

Portanto, a proteção dos direitos humanos está ligada intimamente ao patrimônio histórico e cultural, sendo essa parte vital do diálogo sobre os direitos protegidos. Resta claro ainda, que os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, mesmo não entrando em muitos detalhes sobre o tema, tem o patrimônio histórico e cultural em local de destaque para o desenvolvimento futuro das relações tanto interpessoais quanto de grupos entre si.

Por serem direitos interligados a grande parte dos ramos da área, o patrimônio histórico e cultural está presente em todas as relações de direitos humanos. Isso se dá uma vez que a salvaguarda da identidade de uma pessoa e seu povo é um marco para a vida em sociedade e para o futuro dessa.

CONCLUSÕES

O modelo de proteção aos direitos humanos está em constante evolução. À cada caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – além da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) – analisam mais os pontos controvertidos das situações que possam conflitar com a legítima proteção dos direitos humanos. Assim, deve o ordenamento jurídico tanto nacional quanto internacional garantir à população a devida atenção à todas as crenças e culturas, não apenas àquelas seguidas pela maioria.

Além disso, como parte dos Direitos Humanos, os direitos culturais regulam a atividade relacionada a criatividade humana. Com isso, estão englobadas as atividades artísticas, o modo de vida, o respeito a ancestralidade de cada indivíduo, o acesso as tecnologias necessárias para o desenvolvimento de sua cultura e o respeito a seu direito de expressar sua visão de mundo de maneira livre e autônoma. A amplitude do rol dos direitos culturais demonstra ainda mais a importância de seu resguardo.

No plano pátrio os direitos fundamentais englobam um conjunto amplo de normas que garantem ao indivíduo o acesso à cultura, estando embutidos a esse direito à liberdade de expressão, garantias a educação, e o direito ao reconhecimento da autoria de suas obras artísticas.

É digno de nota ainda que são assegurados como direitos constitucionais o patrimônio cultural brasileiro, a diversidade cultural brasileira, incluindo modos de vida e de expressão cultural relativas aos grupos indígenas e tradicionais, a formação, valorização e preservação da identidade brasileira, de maneira que, tem-se como obrigação do Estado a construção de políticas públicas voltadas para a cultura.

Destarte, os direitos devem ser tratados de modo a garantir um modelo de proteção condizente com a importância dos temas tratados. É digno de nota ainda que o diálogo entre as diferentes culturas possibilita um melhor entendimento da situação para todos os envolvidos.

Em conclusão, a falta de proteção das estruturas históricas e culturais representa violência contra um sistema justo e garantidor do acesso aos direitos humanos garantidos nas convenções internacionais. Denota-se na situação que a falta de equivalência entre as diferentes manifestações culturais causa um desequilíbrio no que tange à proteção desses direitos, o que não deve acontecer. Ao se ignorar determinados pontos culturais ocorre uma repressão tácita sobre garantias de suma importância para o desenvolvimento do Estado.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Ana Lúcia. **Direitos culturais, cidadania e democracia: interrelações e novos atores.** In: Anais do 1º Encontro Internacional de Direitos Culturais. Fortaleza: Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais 2012.

BOBBIO, Norberto. **El tiempo de los derechos**. Madri: Sistema, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 03 jun. 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Situação dos direitos humanos no Brasil**. Washington: Organização dos Estados Americanos, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

COUNCIL OF EUROPE (2008) **White Paper on Intercultural Dialogue: 'living together as equals in dignity'**. Strasbourg: Council of Europe. Disponível em: http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/source/white%20paper_final_revised_en.pdf. Acesso em: 05 jun 2022.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto (org.). **Direitos culturais**. vol 1. Salvador: EDUFBA Editora, 2018. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26054/1/DireitosCulturais_CulturaPensamento-EDUFBA-2018.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

GUIMARÃES, Bérqson Cardoso. Fundamentos ético-filosóficos para a preservação dos bens culturais. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza (orgs). **Patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Método, 2018.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v.47, n.1-2, Coimbra, 2006.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Resolução 53/144 da Assembleia Geral das Nações Unidas. 9 de dezembro de 1998**. Declaração sobre o Direito e a Responsabilidade dos Indivíduos, Grupos ou Órgãos da Sociedade de Promover 97 e proteger os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Universalmente Reconhecidos (Defensores de Direitos Humanos). Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/o-defensoresdh.html>. Acesso em: 19 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **O que é a CIDH?** Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther.** Belo Horizonte: Clube de Autores, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença.** Brasília: Consulex, 2012.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Patrimônio cultural: a Propriedade dos Bens Cultural no Estado Democrático de Direito.** Fortaleza: Unifor, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler; RIBEIRO, Daniela Menengoti. **Trabalho Escravo Contemporâneo: Sistema Global de Combate.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos autorais e acesso à cultura. **Revista Laboratório Interdisciplinar em Informação e Conhecimento**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2. 2011.

SAÚDE INDÍGENA E PANDEMIA NA PERSPECTIVA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

INDIGENOUS HEALTH AND THE PANDEMIC FROM THE PERSPECTIVE OF THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

Larissa Soares de Andrade¹

Julia Dambrós Marçal²

Recebido/Received: 10.11.2022/Nov 10th, 2022

Aprovado/Approved: 06.12.2022/Dec 6th, 2022

RESUMO: Busca-se analisar, dentro da perspectiva dada pela pandemia, como está sendo tratado o direito à saúde dos indígenas, sobretudo das recomendações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ao longo da história do Brasil foram desenvolvidos sistemas de tratamento de saúde voltados ao atendimento à povos indígenas, entretanto, tais sistemas apresentam falhas e desencontros com a realidade e as necessidades apresentadas por essas comunidades, particularmente durante a pandemia de covid-19. A não observância das recomendações expedidas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos demonstra como o direito à saúde indígena vem sendo violado desde os tempos coloniais, trazendo graves prejuízos à vida dos membros desses povos. Os estereótipos que moldam os povos indígenas como seres bárbaros e sem capacidade de serem sujeitos com direitos plenos, que foram atribuídos a eles para que fosse justificada a dominação exercida pela colonização, perduram até os dias atuais, cerceando seus direitos básicos. Assim, faz-se necessária uma estrutura de assistência e proteção desenvolvida para afastar qualquer forma de dano aos direitos humanos desses grupos, que são considerados especialmente vulneráveis pela Comissão Interamericana, para que a salvaguarda tenha os efeitos desejados, devendo os Estados utilizarem todos os meios necessários para efetivar essa proteção. Os autores citados demonstraram como a pandemia pode ser uma agravante para as ameaças aos direitos dos povos indígenas, que já são violados desde o período colonial. Para este estudo foi empregado o método dedutivo, através de estudo bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Indígenas; Covid-19; pandemia; saúde; Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Graduação em Bacharelado em Direito, do Centro Universitário de Pato Branco - UNIDEP (Brasil). E-mail: larissasoaresdeandrade@gmail.com

² Doutoranda em Desenvolvimento Regional pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) Campus de Chapecó-SC (2014). Pós-graduada em Direito Internacional aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI). Graduada em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina Campus de Xanxerê-SC (2012). Professora do curso de Direito do Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP), Professora conteudista da UCEFF Faculdade, Delineia Tecnologia Educacional e da Direção Concursos. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6074832059544467> E-mail: julia.marcal@unidep.edu.br

ABSTRACT: The aim is to analyze, within the perspective given by the pandemic, how the indigenous peoples' right to health is being dealt with, especially in the light of the recommendations of the Inter-American Human Rights System. Throughout the history of Brazil, health care systems have been developed to assist indigenous peoples; however, such systems present flaws and mismatches with the reality and needs presented by these communities, particularly during the covid-19 pandemic. The non-observance of the recommendations issued by the Inter-American System of Human Rights demonstrates how the right to indigenous health has been violated since colonial times, bringing serious harm to the lives of the members of these peoples. The stereotypes that mold indigenous peoples as barbarians without the capacity to be subjects with full rights, which were attributed to them in order to justify the domination exercised by colonization, persist to this day, curtailing their basic rights. Thus, an assistance and protection structure developed to prevent any form of damage to the human rights of these groups, which are considered especially vulnerable by the Inter-American Commission, is necessary for the safeguard to have the desired effects and the States must use all means necessary to effect this protection. The cited authors have demonstrated how the pandemic can be an aggravating factor for the threats to the rights of indigenous peoples, which have already been violated since colonial times. For this study, the deductive method was used, through a bibliographical study.

KEYWORDS: Indigenous; Covid-19; pandemic; health; Inter-American Human Rights System.

INTRODUÇÃO

O propósito deste estudo é compreender como a saúde indígena tem sido tratada ao longo do tempo e de que modo uma situação como a pandemia trouxe à tona os desafios e as necessidades que precisam ser adequadas para a garantia de assistência legal e prática aos indígenas, que são povos que, por vezes, vivem à margem da sociedade e não tem seus direitos respeitados. Principalmente, quais os posicionamentos adotados pelo Brasil para a proteção de seus povos nativos, em observância ao recomendado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O direito à saúde é considerado fundamental e social, devendo ser tutelado pelo Estado para que os indivíduos possam desfrutá-lo de maneira plena e sem qualquer forma de dano. Após a declaração de situação de pandemia em decorrência da covid-19 pela Organização Mundial da Saúde, no dia 11 de março de 2020, este direito foi afetado como nunca visto antes, e o mundo teve que se adaptar para que houvesse a proteção e enfrentamento à uma doença desconhecida.

O presente estudo se demonstra necessário visto às enormes mudanças causadas pela pandemia e suas consequências em todas as áreas da saúde,

especialmente no que diz respeito aos povos indígenas. Ainda que a Constituição Federal e leis esparsas se proponham a proteger o direito à saúde da população indígena, os seus efeitos práticos se mostram bem distantes de um amparo.

De forma específica, este artigo busca ocupar-se com a intervenção e pareceres do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre os desdobramentos que a pandemia causou e ainda causa no direito à saúde de povos indígenas. Tem-se em vista também, as formas que a Corte Interamericana pode adotar para que tais populações tenham essa garantia fundamental resguardada também no campo prático, e não somente em leis frias espalhadas pelo ordenamento.

Dessa forma, as perguntas trazidas pelo problema de pesquisa, a serem respondidas ao final deste artigo são: dentro da perspectiva dada pela pandemia, como está sendo tratado o direito à saúde dos indígenas no Brasil? Quais as formas de cuidado com a saúde indígena que são recomendadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Para encontrar respostas e alcançar soluções para os questionamentos apresentados, utilizar-se-á do método dedutivo, através de estudo bibliográfico, com conceituações doutrinárias e uso de referenciais teóricos.

No primeiro tópico analisar-se-á a pandemia de covid-19, seu surgimento e desdobramentos ao redor do mundo e, principalmente, nas comunidades indígenas. No segundo tópico, será estudado o contexto histórico brasileiro, da colonização aos dias atuais, compreendendo as formas de tratamento aos povos originários ao longo do tempo. No terceiro tópico, será examinada a saúde indígena e suas formas de proteção na legislação nacional, se são ou não atendidas as necessidades desses povos. Por fim, será observado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção da saúde indígena, o efetivo papel desse órgão quanto à salvaguarda dos direitos fundamentais dos povos originários.

1 A PANDEMIA DE COVID-19

Nesta primeira parte, estudar-se-á a origem e desenvolvimento da pandemia de covid-19, atingindo um panorama global e local, para compreender como tal evento teve efeitos à população mundial e principalmente, à população indígena.

Durante os últimos meses de 2019 surgiram nos noticiários, de forma discreta, as manchetes do que se tornaria a maior pandemia de todos os tempos. Era relatado que um paciente de Wuhan, na província de Hubei, na China, havia desenvolvido uma síndrome respiratória atípica, da qual não se tinha registros anteriores. Assim, ao longo de dezembro de 2019 e janeiro de 2020, através de diversas notificações e trocas de informações entre o Controle de Doenças Chinês e a OMS (Organização Mundial de Saúde), foi descoberto o local do início das contaminações: o mercado de peixes de Huanan; no entanto, não houve sucesso na identificação da fonte originária do vírus (ALMEIDA, 2021, p. 19-20).

Sobre a composição e formas de transmissão do coronavírus, especialistas da área da saúde explicam:

Os coronavírus representam uma família de vírus de RNA (Ácido Ribonucleico) envelopados que são causadores de diversas doenças entre os seres humanos, como por exemplo o Resfriado Comum. [...] apresentam um mecanismo de revisão genética replicativa, o que os impede de acumular mutações, que poderiam ser deletérias para a sua replicação, além de conferir a estes vírus resistência a diversos compostos antivirais, como, por exemplo, a Ribavirina. [...] eles recombina-se com frequência; [...] Assim, quando dois coronavírus distantes acabam parasitando uma mesma célula, estas novas recombinações são imprevisíveis do ponto de vista de transmissibilidade, patogenicidade, letalidade e, o que é mais temível, se são capazes de “saltar” para outras espécies (ALMEIDA, 2021, p. 21-23).

Com a rápida proliferação de contágios, além da falta de informações sobre a doença ou formas de prevenção e o crescimento de rumores falsos, a OMS declarou no dia 11 de março de 2020 a situação de pandemia de covid-19.

A OMS estabeleceu, então, planos estratégicos para que os países desenvolvessem formas de gestão em resposta à covid-19. Para isso, foi criado um documento com informações de conhecimento sobre o coronavírus, transformando-as em um guia dos esforços nacionais e internacionais de combate no plano prático (ALMEIDA, 2021, p. 149, tradução nossa¹).

Posteriormente, foram adotadas duas importantes iniciativas pela OMS, sendo elas, um estudo clínico internacional, para criação de um banco de dados sobre o vírus e formas de tratamento; e uma declaração de 130 cientistas,

¹ The World Health Organization established a strategic preparedness and response plan, describing public health measures so that countries could prepare and respond to Covid-19. To this end, it created a document that seeks to transform the knowledge of the coronavirus until now and translate it into a strategic action to guide the efforts of all national and international partners, and to develop national and regional operational plans. (ALMEIDA, 2021, p. 149)

financiadores e fabricantes de todo o mundo, com intuito de acelerar o processo de elaboração de uma vacina eficaz (ALMEIDA, 2021, p. 204).

No Brasil, a confirmação do primeiro caso de coronavírus aconteceu no dia 26 de fevereiro de 2020, em São Paulo. Dias antes, o Ministério da Saúde já havia declarado emergência em saúde pública de importância nacional, e começado a elaborar planos de contingência. Rapidamente o número de casos começou a atingir grandes proporções, logo superando os registros de mortes da China (CAETANO; et al., 2020, p. 2).

No que toca especificamente às contaminações de povos indígenas, o primeiro caso foi registrado no dia 25 de março de 2020, em que uma jovem da tribo Kokama, localizada em Santo Antônio do Içá, interior do estado do Amazonas, foi infectada após entrar em contato com um médico que apresentava os sintomas da doença. (APIB, [2020?]) Tal circunstância remete às diversas vezes em que povos originários passaram por pandemias subsequentes ao contato com populações não indígenas. Um exemplo dessa situação foi a epidemia de sarampo e demais doenças infecciosas que houve no povo Paiter Surui, nos estados de Mato Grosso e Rondônia, no fim da década de 1960. Dessa forma, torna-se ainda mais latente receio dos efeitos da atual pandemia para povos vulneráveis (ESCOBAR, 2020, p. 138).

Dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde demonstram que em 11 regiões de Terras Indígenas Yanomami foram realizadas testagens insuficientes, ficando clara a falta de informações apuradas sobre o coronavírus e sua disseminação pela localidade. Relatos realizados pelas lideranças atestam a grave violação de seus direitos fundamentais em tempos pandêmicos. Três mães Sanöma, subgrupo da etnia Yanomami, que tiveram seus filhos levados a hospitais por terem apresentado sintomas de pneumonia, não tiveram notícias sobre seus bebês pelo período de quase um mês. Essas crianças teriam, supostamente, morrido em decorrência da covid-19, e sido enterradas em um cemitério de Boa Vista, capital de Roraima, sem conhecimento dos genitores ou dos líderes Yanomami. Para a cultura desse povo, é inadmissível enterrar os mortos (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020).

Em relação à medicação, o governo federal, através do exército, levou para polos-base cerca de 16 mil comprimidos de cloroquina¹, além dos 33 mil comprimidos já levados para o distrito sanitário Yanomami (Dsei-Y). Esses carregamentos, realizados sob a justificativa de que auxiliariam no combate a disseminação de malária, serviram para evidenciar o contágio em grande escala da doença que ocorria na região, e que de acordo com os líderes indígenas, foi trazida pela invasão de garimpeiros (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020).

Diante essas violações, os líderes do povo Yanomami requerem que os indígenas mortos pela covid-19 sejam tratados de acordo com seus protocolos culturais, sendo higienizados, ou cremados, para que possam ser levados para suas aldeias, seguindo seus rituais. Entretanto, sem crematórios na região, não há indícios de que esses pedidos serão atendidos. Assim como ocorreu séculos atrás, os indígenas que resistiram até hoje, mesmo após a colonização e as violências por ela trazidas, se veem novamente atacados, por uma pandemia, por falta de políticas públicas eficazes, por investidas do Governo em tornar as terras indígenas acessíveis para a exploração privada (EL PAÍS, 2020).

De acordo com informações de Letícia Mori, jornalista da BBC News (2020), estudo feito pela UFMG e relatório do Fórum de Lideranças das Terras Indígenas Yanomami (TIY) apontam que a ameaça central à saúde indígena é a presença de aproximadamente 20 mil garimpeiros no território, fazendo com que eles revivam uma nova onda de invasões, carregando consigo as epidemias, como já aconteceu no passado. Por possuir depósitos de ouro, esse local é alvo de exploradores desde os anos 1970, trazendo aos povos locais várias doenças de não indígenas (BBC NEWS, 2020).

¹ Um grupo de especialistas internacionais da OMS declarou a inutilidade uso preventivo de hidroxicloroquina em casos de infecção por covid-19. Conforme essa afirmação, o anti-inflamatório não tem relevância significativa quanto às mortes e admissão em hospitais. Ainda, com nível moderado de certeza, é possível comprovar que a cloroquina não intervém nas quantidades de infecções e eventualmente aumenta o perigo de reações adversas (ONU NEWS, 2021). Conforme o repórter Raphael (CNN BRASIL 2021) o estudo realizado pelos especialistas da OMS foi publicado na revista científica The BJM. Tal publicação mostrou que a hidroxicloroquina é um imunomodulador utilizado no tratamento de artrite reumatoide e lúpus eritematoso sistêmico, e indicou que políticas públicas que realizam o tratamento de outras doenças com este medicamento possivelmente trazem empecilhos para as pessoas que necessitam da cloroquina para enfermidades em que ela é realmente eficaz. Para a realização da pesquisa, foram chamados pesquisadores, médicos, peritos em ética e metodologias de pesquisa científica, afora pacientes que sobreviveram ao coronavírus (CNN BRASIL, 2021). Conforme o disposto no estudo publicado, “We recommend against the use of hydroxychloroquine as prophylaxis in individuals who do not have covid-19 (strong recommendation; high certainty evidence)” (THE BJM, 2021).

Dário Kopenawa, líder indígena, expõe a luta pelo seu povo, que ocorre desde muito antes dele nascer. Ele indica que nos anos 1970, invasores chegaram às terras de seu povo, matando muitos, e que o projeto perimetral Norte, desenvolvido pela ditadura militar, levou a primeira epidemia para a região, protagonizada pelo sarampo. Nos anos seguintes, o número de mortos aumentou por consequência de invasões de garimpeiros, outras epidemias e assassinatos. A principal batalha enfrentada, segundo o mesmo, é contra o garimpo ilegal e as epidemias. O mesmo acontece com o coronavírus. Nos locais onde são encontrados avanços de garimpo ilegal, há também o rastro deixado por sintomas e mortes causados pela covid-19. De acordo com Dário, o sistema público de saúde é precário, sem qualidade, pois falta estrutura e equipamentos suficientes, afora a carência de medicamentos para tratar as doenças causadas. Em situações mais graves, os indígenas somente encontram atendimento na capital do estado, Boa Vista (EL PAÍS, 2020).

Isto posto, com base na conceituação dada por especialistas sobre o tema, e de acordo com os relatos de membros dos povos que estão enfrentando essa pandemia e seus efeitos devastadores na sua vida cotidiana, a situação apresenta não só grande risco à população em geral, mas, inequivocamente, representa grave ameaça aos povos indígenas, uma vez que estes sempre estiveram à margem da sociedade, com formas de suporte precárias no que toca ao atendimento e preservação de seus direitos.

No tópico seguinte serão expostos os efeitos decorrentes da inferiorização dos povos nativos, principalmente no tocante ao tratamento de sua saúde, e como a desconstrução desse estereótipo, moldurado durante a colonização e que ainda permanece na contemporaneidade, se faz necessária para que tais indivíduos tenham acesso pleno aos seus direitos.

2 CONTEXTO HISTÓRICO: DA COLONIZAÇÃO AOS DIAS ATUAIS

Para que se possa compreender as falhas no atendimento não só à saúde indígena, mas a vários de seus direitos básicos, faz-se necessário retroceder historicamente, voltando aos tempos da invasão e demonstrar como esses povos foram tratados desde então. Diante disso, neste título ilustrar-se-á como o processo colonial retirou a ontologia desses povos, tornando-os sujeitos sem direitos,

perpetuando essa imagem até os dias atuais, e como a ideia de superioridade dos povos colonizadores tem reflexos nas ações governamentais presentes.

A chegada dos europeus em terras brasileiras causou notáveis alterações em todos os sentidos da vida dos povos indígenas. As relações criadas entre colonizadores e colonizados ocasionaram profundas mudanças na forma de viver e nos hábitos dos povos indígenas, em especial no que se refere à migração, nos relacionamentos entre os indivíduos e à saúde. A dominação dos europeus no Brasil se fortaleceu com a intromissão na reprodução social, pois os indígenas começaram a ser foco de missões religiosas, escravidão e servidão, guerras, e ainda, epidemias de doenças que viriam a extinguir aldeias por completo (CARINA, 2010).

Os povos indígenas foram tomados como obstáculo para a civilização, sendo frequentemente atacados para que houvesse o povoamento e a consolidação da colonização europeia no Brasil (CARINA, 2010).

O ideal de colonização, que fundamentava as ações de brancos europeus, sustentava-se no argumento de que eles possuíam uma humanidade aclarada, divergente da humanidade obscura dos demais povos, devendo combatê-la e assim esclarecê-la. Esse fenômeno civilizatório é sustentado pela concepção de que existe uma regra de como se portar na Terra, uma verdade absoluta e correta, ou ao menos uma percepção dela, que orientou as escolhas realizadas em vários períodos históricos. Entretanto, no início do século XXI, a partir da parceria entre pensadores de diferentes culturas e pontos de vista, criou-se uma visão crítica a essa premissa original (KRENAK, 2019, p. 8).

A relação direta entre mestiçagem e cidadania, historicamente serve como alicerce da fantasia de nação na América Andina e do controle da divergência étnico-racial e colonial que a permeia. Nesta idealização, quem é merecedor de estar no comando, governar, expressar, pensar, tem sido tão somente os crioulos e os mestiços brancos; a população indígena e os de descendência africana encontram-se fora dessa concepção – e até mesmo da história – ou, no melhor dos cenários, são subalternos, considerados incapazes de adequarem-se às normas e privilégios da cidadania, inclusive no que toca à representação. Essa idealização se faz mais evidente em países em que a presença indígena é mais forte,

especificamente em momentos em que os movimentos apresentam um desafio direto à hegemonia do poder¹ (WALSH, 2006, p. 28, tradução nossa).

Aníbal Quijano (2000) se refere à colonialidade como modo de poder, destacando o uso da raça como um padrão de poder conflituoso e permanente, estabelecendo ao longo da história uma escala de identidades sociais, com a supremacia do branco europeu e a subordinação dos indígenas e negros, sendo os últimos uma massa homogênea – sem particularidades – e negativa. Esse efeito abrange também os campos do ser, com a desumanização e a ignorância da existência de alguns grupos, e os campos do saber, com a perpetuação do eurocentrismo e a ocidentalização do conhecimento, descartando completamente as formas de pensamento dos africanos e indígenas, não considerando os tratar como produtores de conhecimento intelectual (WALSH, 2006, p. 30, tradução nossa).

O cerceamento de alguns ou de todos os direitos da população nativa do “Novo Mundo”, por questões de entendimentos como lei natural, jurídica ou moral, é indubitavelmente um tema de debate dentre os teólogos do século XVI. Ginés de Sepúlveda, frei Bartolomé de las Casas e o frei Francisco de Vitoria culminaram no mesmo questionamento: podem os ameríndios serem considerados seres humanos com plenos direitos? Se sim, sob quais condições eles acessariam o conceito de sujeitos nas dimensões espirituais, legais e sociais e/ou políticas? Nestes pensadores, sem dúvida, são identificadas certas suposições que alicerçam o projeto civilizatório ocidental, da Modernidade com seu *ethos* universalizante. Esta opinião não é ocasional, em verdade, é reflexo de um intrincado processo de formação discursiva sobre a colonialidade na América, articulada por pressupostos taxativos, que retiram do indígena a qualidade de “sujeito” com direitos plenos, colocando-o em estereótipos negativos (como faz Sepúlveda) ou superpositivos (caso de Las Casas), resultando no afastamento da identidade original dos ameríndios, para os posicionar como o “outro”, negado e subordinado (MUÑOZ, 2014, p. 13-14, tradução nossa).

De acordo com Karina Ochoa Muñoz (2014, p. 14), por ser adepto do pensamento de desigualdade-inferioridade-bestialização dos indígenas, Guinés de Sepúlveda acreditava que os povos nativos americanos não agrupavam os

¹ De forma simples, conforme Ballestrin (2013), a decolonização é uma análise afastada e não utilizada pelo *mainstream* do pós-colonialismo, abrangendo diferentes dimensões que fazem parte da colonialidade do ser, saber e poder. Ainda que possua influência do pós-colonialismo, a decolonialidade nega o pertencimento a esta corrente de pensamento.

requisitos essenciais para serem tratados como seres humanos, não sendo assim assistidos pelos direitos correspondentes, estando destinados ao tratamento que um amo dispensa a um escravo. Essa condição de não humanos, sendo somente bárbaros ou bestas, os sentenciava à submissão perante os dotados de virtudes e prudência, estando subordinados àqueles que eram “sujeitos”, ou seja, aos espanhóis, ocidentais, que os conduziram no processo civilizatório. E se esses povos indígenas se negassem ao papel de cativos, somente lhes restaria o extermínio, pois sua barbárie era uma “ameaça para a civilização” (tradução nossa).

Para Quijano (2005, p. 117), o conceito atual de raça não existia antes da América. Possivelmente tenha surgido como uma forma de classificar as variações fenotípicas entre os conquistadores e os conquistados, porém o ponto central é que tal expressão foi criada como alusão a supostas diferenças estruturais biológicas entre esses agrupamentos. Tal separação teve influência na formação das relações sociais, concebendo identidades sociais novas: indígenas, negros, mestiços, além de reformular outras. Dessa maneira, expressões que antes eram somente utilizadas para indicar a procedência geográfica ou país de origem de um grupo, como europeu, por exemplo, passaram também a ter uma acepção racial. Ao passo que tais relações tornaram-se vínculos de dominação, essas identificações se converteram em hierarquias, papéis a serem desenvolvidos na sociedade, como modo de impor um padrão de dominação. Em suma, raça e identidade racial foram definidas como meios de categorização social da população.

Especialmente na América, o conceito de raça se caracterizou como maneira de conferir legitimidade à dominação imposta pela conquista. A decorrente construção da Europa como nova identidade e o crescimento do colonialismo europeu às demais partes do mundo levaram a um entendimento eurocêntrico do conhecimento, e conseqüentemente, à uma estruturação teórica do pensamento de raça como naturalização das relações coloniais, com o domínio exercido entre europeus e não europeus. Restou como legitimação histórica de um ideal antigo, com as práticas e vínculos de superioridade/inferioridade estabelecidos entre os dominantes e dominados. Raça tornou-se o critério principal para classificação da população mundial em níveis, locais e papéis a serem desempenhados na estrutura de poder da sociedade (QUIJANO, 2005, p. 118).

Essa construção tem como pressuposto primordial a universalidade da experiência europeia. Obras como as de Locke e Hegel, além de prestigiadas,

seguem esse padrão. Com a formação da ideia de caráter universal a partir de vivências particulares da história europeia, utilizando uma interpretação da totalidade do tempo e espaço da bagagem humana de uma perspectiva local, cria-se uma universalidade completamente excludente (LANDER, 2005, p. 9).

A partir deste universalismo excludente, proveniente do eurocentrismo, provém as mesmas considerações observadas por Locke, no tocante aos direitos dos povos. Ao contrário das nações que possuem históricos de razão universal, os povos bárbaros necessitam da soberania e autonomia. No ponto de vista constitucional desta colocação, os indígenas não atingem todos os requisitos para desfrutarem de direitos, sejam públicos ou privados (LANDER, 2005, p. 10-11).

Assim, durante o período colonial, os indígenas foram desconsiderados como sujeitos, em todos os sentidos do termo, não portando história ou fazendo parte do sistema social. A partir da independência, com a disseminação do iluminismo, passou-se a utilizar o paradigma de que “todos eram iguais perante a lei”, o que efetivamente induzia a um tratamento desigual. Tal postura, de ignorância às diferenças e tratamento equitativo, referencial nesta nova era, foi tão somente de maneira discursiva. A datar da metade do século XX, transformações consideráveis aconteceram, especificamente quanto aos movimentos indígenas que passaram a se assentar (PACHECO, 2017).

Criou-se um novo modelo, inicialmente de caráter integracionista, que posteriormente se tornou uma mobilização para o reconhecimento dos direitos indígenas, nacional e internacionalmente. Desta alteração resultou o capítulo inteiramente direcionado aos povos indígenas, com dois artigos 231 e 232, na Constituição Federal de 1988, além dos tratados, acordos e convenções internacionais dos quais o Brasil faz parte. Destaca-se ainda o avanço realizado pela aprovação da Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), que afirma a pluralidade das línguas e culturas dos diversos povos indígenas existentes. Entretanto, não há dúvidas de que, mesmo com os avanços legais, ainda é latente o desprezo cultural e da legislação com os nativos. Dessa forma, constrói-se um cenário de segregação e violência, uma vez que o Estado não possibilita a existência de sistemas jurídicos diversos, como ocorre com o direito dos povos indígenas e o direito nacional “não indígena”, ou o direito indigenista, criado pelo não indígena, para o indígena (PACHECO, 2017).

Diante o exposto, resta clara a forma como foi alinhada a desconsideração do indígena como sujeito ao longo do processo de colonização. Ao negar os direitos a esses povos, não só os colocou às margens da sociedade, como também legitimou a decorrente falta de acesso dos nativos aos direitos e atendimentos mais básicos, não somente no momento da invasão, mas ao longo de toda a história, até os dias presentes. A bestialização das culturas, línguas, e relações sociais dos indígenas, além da homogeneização do tratamento dos povos, desconsiderando suas particularidades, traz efeitos que afetam diretamente a vida cotidiana dos mesmos.

No tópico a seguir, será exposto de maneira ainda mais específica como é tratada a saúde indígena no Brasil, quais são os órgãos responsáveis e porque esse assunto deve ser examinado com cuidado, tendo em vista a fragilidade da observação dos direitos desses povos.

3 SAÚDE INDÍGENA E SUAS FORMAS DE PROTEÇÃO NA LEGISLAÇÃO

Como visto anteriormente, os direitos indígenas têm sido desconsiderados desde o período colonial. Tal postura possui consequências que perduram até os dias atuais. Neste tópico, estudar-se-á, especificamente, o desenvolvimento de sistemas de atendimento à saúde indígena, e qual é a forma de funcionamento atualmente. Buscar-se-á compreender também, de que modo a falta de assistência ao direito à saúde dos povos originários tem papel de importância na violação dos direitos dessa parte da população nacional, e como os efeitos dessa lacuna governamental pode gerar graves efeitos à vida cotidiana desses povos vulneráveis. De forma mais direta, a análise se debruçará sobre o contexto e aplicações do tema à situação brasileira.

Em momento anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos dos povos indígenas eram tutelados diretamente pelo Estado. Os nativos não desempenhavam nenhum papel nas decisões relacionadas às suas carências, sendo assim, a Constituição Federal de grande importância para a concretização da cidadania dos povos originários, concedendo direitos e garantias como atenção à saúde desses grupos em específico (MENDES; et al, 2018 p. 1).

A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) foi responsável pelo atendimento à saúde dos indígenas até 1991, por meio das Equipes Volantes de Saúde. Estas equipes realizavam visitas ocasionais às comunidades indígenas, aplicando vacinas

e fiscalizando o trabalho do sistema de saúde local. Este serviço tinha o apoio do Ministério da Saúde para o controle de infecções (BUCHILLET, 2007, p. 7).

A partir da Lei nº 9.836/99, foi criado o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SSI), fazendo então, parte do Sistema Único de Saúde, e sendo gerido por órgãos que regulamentam as políticas voltadas aos povos originários. Dessa forma, para que se garanta o atendimento adequado aos costumes próprios dessa parte da população, a lei dispõe que os serviços de saúde se adaptem culturalmente aos atendidos, respeitando seus comportamentos e crenças (SOLHA, 2014, p. 17).

De acordo com o artigo, é obrigatória a observação da realidade local e especificidades da cultura do povo nativo atendido, além de se considerar o modelo a ser utilizado, que deve ter fundamento em uma abordagem diversa e global, com características da assistência à saúde, saneamento, nutrição, entre outros¹.

Posteriormente, no ano de 2010, foi criada a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), que é um órgão responsável unicamente pelo suporte à saúde dessas comunidades, diferentemente do que acontecia com os outros órgãos já citados. Não obstante, persistem os problemas a serem enfrentados, como a falta de informações apuradas sobre recenseamento e dados epidemiológicos, quando em comparação com o restante da população nacional; a mortalidade materna, doenças respiratórias, parasitárias na infância, entre outras enfermidades transmissíveis, que demonstram a vulnerabilidade dos povos indígenas e seu direito à saúde (MENDES; et al, 2018 p. 2-3).

Ainda no campo das dificuldades enfrentadas no plano prático, está a falta de equipamentos e insumos, além da frequente troca de profissionais da área, fazendo com que se priorizem somente tratamentos supérfluos e emergenciais, debilitando o sistema de atenção prioritária à saúde. Essa situação também tem reflexos na implementação de “medicinas tradicionais” conjuntamente com os tratamentos oficiais, já que não se aplicam os tratamentos de forma direcionada a cada comunidade especificamente, se tornado uma estratégia estereotipada e sem

¹ Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional (Lei nº 8.080/1990).

nenhum traço originário, constituindo uma visão totalmente integracionista¹ (MENDES; et al, 2018 p. 3).

Quando o debate se limita à situação que o mundo enfrenta, com a covid-19 e sua disseminação, o atendimento à saúde indígena se mostra ainda mais frágil. Isso porque não é uma análise que se deve ser feita em isolado.

Em se tratando de povos indígenas, é necessária a constatação de que os problemas relativos à saúde se devem à desestruturação das políticas públicas de atenção ao tema, as quais vêm sendo tratadas com desinteresse há tempos, tendo uma decaída marcante a partir do ano de 2019. Esse cenário é um dos principais fatores que colocou os indígenas em uma situação ainda mais vulnerável frente à pandemia (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2020).

Ademais, juntamente com essa omissão voluntária do governo, diversos invasores recobram ou fortaleceram suas ações em vários territórios indígenas. Madeireiros e garimpeiros, em diferentes áreas nativas ao redor do país, ampliaram suas investidas como consequência da inoperância governamental. Indubitavelmente, consoante com o que sucedeu com o jovem Yanomami de 15 anos, que morreu em 09 de abril de 2020 em decorrência do coronavírus, os perigos trazidos aos povos indígenas alavancaram com a chance de contaminação levada pelos invasores. Por viverem de forma comunitária, com intenso contato presente na cultura de vários desses povos, a contaminação de um único indivíduo pode causar uma catástrofe como as já vivenciadas pelo mesmo grupo em período não tão distante da cronologia histórica (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2020).

Escobar (2020, p. 139) destaca que, o fato de algumas comunidades viverem isoladas da população nacional auxilia para que não ocorra a contaminação e proliferação da doença. No entanto, o predomínio de doenças infecciosas respiratórias, falta de água potável e desnutrição, quando somadas à falta de infraestrutura hospitalar, agravam a vulnerabilidade desses indivíduos à covid-19. Ademais, as invasões realizadas por grileiros, madeireiros, garimpeiros e missionários, reduzem drasticamente a possibilidade de não contaminação dos

¹ Quando se fala em respeitar as particularidades de cada povo indígena, muitos autores explicitam a dificuldade que a legislação e os poderes têm ao tratarem do tema. De acordo com Da Silva, Vieira e Carvalho (2020, p. 283), “o monismo jurídico acaba por impossibilitar o atendimento às plurais demandas da sociedade [...] negam-se, assim, as identidades étnicas diversas da eurocêntrica ou daquelas relativas às sociedades ocidentais dominantes, para sufocá-las na pretensa unidade nacional”.

povos indígenas pelo coronavírus, pois, mesmo com o advento da pandemia, não houveram diminuições nos relatos desses ataques.

Não somente a falta de cuidado com o atendimento à saúde implica na infecção dos povos originários. As ações governamentais devem ser mais consideradas do que as omissões, principalmente em tempos de pandemia, visto que podem representar ameaças gravíssimas aos direitos dos envolvidos nessa relação.

Em reportagem realizada por José Brito (CNN BRASIL 2021), foi apurado que no período compreendido entre 30 de junho e 5 de julho de 2020, a SESAI, órgão pertencente ao Ministério da Saúde, em ação conjunta com o Ministério da Defesa, encaminharam 100.500 comprimidos de cloroquina de 150 mg e 16.158 comprimidos de azitromicina de 500 mg e 600 mg, para aproximadamente 75 mil nativos pertencentes às comunidades de Suru-cucu, Auaris, Uiramu-ta, Flexal e Ticoça, em Roraima. Tal ato foi apontado pelos Ministérios como auxílio ao tratamento do coronavírus. Esses medicamentos, que não possuem eficácia comprovada para o combate à covid-19, eram parte das quatro toneladas de suprimentos médicos e EPIs (Equipamentos de Proteção Individual) repassados à profissionais de saúde dos Dsei-Y do estado.

Ainda segundo o jornalista (CNN BRASIL 2021), anteriormente, em abril de 2020, um estudo preliminar sobre a utilidade da cloroquina na cura de pacientes infectados pelo coronavírus, feito pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoas de Nível Superior), vinculada ao Ministério da Educação, foi interrompido após a morte de 11 pacientes. Pesquisadores notaram que altas doses deste medicamento podem causar quadros severos de problemas cardíacos.

Entretanto, a conjuntura não é totalmente negativa, haja vista que alguns esforços governamentais estão fazendo surgirem efeitos na proteção à saúde indígena. Um exemplo claro é a Lei nº 14.021/2020, que foi criada durante a pandemia, com o intuito de prevenir o contágio e a disseminação do coronavírus nos territórios indígenas. Ainda, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu um projeto de enfrentamento à pandemia em consonância com as necessidades dos povos originários (FIGUEREDO; GONÇALVES, 2021, p. 173).

Sem dúvidas o Estado prosperou com a construção de um subsistema de saúde indígena e com a criação de uma Política Nacional de Atenção à Saúde desses povos (PNASPI, 2002 apud BRITO, 2020), entretanto o direito à saúde deles

ainda tem que enfrentar outras problemáticas de hierarquia política, social e econômica, lidando com desafios estruturais, principalmente no tocante à posse e gerenciamento de terras, componente essencial na preservação da vida social das aldeias (BRITO, 2020).

Nessa conjuntura, torna-se compreensível a abrangência e arcabouço da concepção de saúde para povos nativos ao longo da história. A partir dos esforços de sistematização de uma forma de Serviço Sanitário, há aproximadamente 70 anos, até a regulamentação de assistência, elaboração legislativa e políticas de atenção à saúde desses grupos vulneráveis. No entanto, são necessárias ainda, ponderações sobre as particularidades sociais, culturais e econômicas dos variados grupos indígenas nacionais, aspectos esses que concorrem de forma direta para a vulnerabilidade no combate a uma doença que gera síndrome respiratória aguda, extraordinariamente transmissível (BRITO, 2020).

Os pequenos avanços no atendimento à população indígena demonstram a evolução das circunstâncias de proteção e cuidado. Apesar disso, ainda é preciso a adoção de estratégias mais abrangentes, compartilhamento de informações e investimento na infraestrutura dos serviços prestados. Tão somente, com a conjuntura de políticas públicas, aplicação efetiva delas e observância aos preceitos definidos no âmbito internacional, como o Sistema Interamericano, é que o país poderá mitigar a desigualdade (FIGUEREDO; GONÇALVES, 2021, p. 173).

Porém, para abolir a vulnerabilidade que se sobrepõe aos povos indígenas, é necessário levar em consideração o plano prático e suas reais necessidades, pois a mera criação de normas legais sem aplicação eficaz, não irá surtir os efeitos desejados. Tratar os povos indígenas de maneira homogênea e estereotipada, como ocorre desde a colonização, só demonstra a desconsideração da identidade e particularidade desses grupos, além de pôr em dúvida sua aptidão como sujeito, produtor intelectual e cultural, com capacidade de usufruir plenamente dos seus direitos.

4 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DA SAÚDE INDÍGENA

Neste último tópico, tratar-se-á diretamente sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e sobre sua ação direta na proteção dos direitos

humanos fundamentais de povos vulneráveis como os indígenas. Estudar-se-á decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), além de casos envolvendo a saúde indígena, que foram levados ao conhecimento deste órgão, para que se tenha a salvaguarda efetiva dos interesses dos mais vulneráveis perante o Estado.

Com a globalização e a necessidade de defesa dos direitos fundamentais, houve a criação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como é o caso do SIDH. Teve origem com a proclamação da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948. Tem como documento principal a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que foi assinada em 1969 e passou a ter vigor internacional em 1978 (MAZZUOLI, 2021, p. 103). Trata-se de um sistema criado por Estados para salvaguardar os indivíduos de abusos cometidos pelos próprios Estados, devendo assim, reinarem os argumentos jurídicos. Devida circunstância acarreta amplo esforço para que os aparelhos de proteção aos direitos humanos possam ser aperfeiçoados e usados de forma eficiente, demandando cuidado contínuo (HANASHIRO, 2001, p. 23).

A CIDH foi criada pela OEA, em 1959, com sede em Washington, D.C., e tem como objetivo a efetivação dos direitos humanos nos Estados que adotam seus tratados, com a confecção de recomendações, relatórios e solicitação de informações sobre possíveis violações aos direitos humanos. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é o órgão judicial que tem como competência julgar os casos transgressão aos direitos fundamentais que ocorram nos Estados que fazem parte da CIDH. Esta Corte foi criada pelo Pacto de São José da Costa Rica, tendo sua sede na capital da Costa Rica (ARAKAKI; VIERO, 2018, p. 190-193).

A Convenção Americana de Direitos Humanos¹ já previa o desenvolvimento de direitos econômicos, sociais e culturais, em seu artigo 26², mas somente em 1988, com a criação do Protocolo de São Salvador, é que houve a apresentação de um acréscimo no resguardo dos direitos humanos dos Estados membros. No artigo

¹ Tal Convenção também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

² Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (COSTA RICA, 1969).

10 desse Protocolo¹, está o direito à saúde, sob a forma de proteção do bem-estar físico, mental e social, com a previsão de várias ações que os Estados podem adotar para satisfazerem essa necessidade (FIGUEREDO; GONÇALVES, 2021, p. 159).

A Corte IDH julgou episódios práticos de violações ao direito à saúde, de forma indireta; porém, no ano de 2018, no caso *Poblete Vilches e outros vs. Chile*, o direito à saúde foi analisado como um direito autônomo, determinando que os Estados têm a obrigação de garantir a qualidade e acessibilidade aos serviços de saúde. Dessa forma, resta claro o avanço no reconhecimento e apoio ao direito à saúde, no âmbito internacional e regional dos sistemas de proteção aos direitos humanos (FIGUEREDO; GONÇALVES, 2021, p. 159-160).

Após a declaração de estado de pandemia dada pela OMS em 11 de março de 2020, a CIDH adotou a Resolução nº 1/2020, em 10 de abril de 2020, advertindo sobre as consequências da pandemia em grupos sociais vulneráveis, e, em especial, sobre as populações indígenas. Tal resolução indica o uso de medidas como a comunicação de informações sobre a pandemia no idioma tradicional das comunidades, respeito ao contato com os povos que vivem de forma isolada, entre outras. Um dos pontos que merece destaque nas recomendações dadas pela CIDH é o enfoque promovido na participação dos nativos na formulação e aplicação das políticas públicas propostas (FIGUEREDO; GONÇALVES, 2021, p. 164-165).

Todavia, os planos de combate à pandemia realizados pelo Ministério da Saúde vão de encontro com as orientações oferecidas pela CIDH, não satisfazendo as vicissitudes das comunidades, sendo somente medidas paliativas. A falta de informações e dados apurados se tornou um empecilho na organização da prevenção realizada pelos próprios indígenas. No que toca ao respeito ao isolamento dos povos nativos, as ações do governo brasileiro demonstram

¹ Artigo 10. Direito à saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (EL SALVADOR, 1988).

ignorância ao sugerido, flexibilizando regras de ingresso aos territórios indígenas (FIGUEREDO; GONÇALVES, 2021, p. 172).

A CIDH aprovou uma resolução no dia 10 de abril de 2020 que assevera o receio do órgão com a segurança de direitos básicos ao longo do combate à pandemia no continente americano. Em entrevista realizada pelo jornalista Felipe Betim, do El País (2020), Joel García Hernández, membro e presidente da CIDH, esclareceu:

Toda vez que políticas são desenhadas para salvaguardar o direito à saúde da população, essas políticas precisam se basear em uma perspectiva ampla de todo o conjunto dos direitos humanos, partindo do princípio de que são universais e indivisíveis.

Ainda, o jurista explicou que por ser uma situação nunca antes vivida, os direitos humanos estão sendo postos a prova, em condições extraordinárias e inexploradas (EL PAÍS, 2020).

Conquanto tenha sido promulgada a Lei nº 14.021/2020, que disciplina o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas (BRASIL, 2020), e que prevê aos povos o acesso à água potável, hospitais de campanha próximos às aldeias, distribuição de itens de higiene e testagem de possíveis casos de infecção por covid-19, não obstante, é necessário a devida aplicação desta norma, para que a sua efetividade seja visualizada. A pandemia apenas acentuou o descaso com a proteção e garantia dos direitos de grupos vulneráveis e a falta de planos assistenciais eficazes (BARROS; et al, 2021, p. 77).

Neste sentido, Figueredo e Gonçalves (2021, p. 166) afirmam que, “apesar da Covid-19 ser uma doença nova, [...] tanto no que toca aos povos indígenas como às populações urbanas, outros fatores se somam à situação das aldeias”. Tais dificuldades estão concretizadas nas deficiências presentes no sistema de saúde, nas invasões dos territórios indígenas e no fato de tais comunidades viverem, desde a colonização, à mercê da sociedade. A falta de atenção do governo nacional endossa essa perspectiva, deixando claro que há a violação dos direitos mais fundamentais dessa parte da população.

A proteção específica dedicada pelo direito internacional aos povos indígenas e comunidades tradicionais deve-se ao fato de que, diversamente das demais minorias em geral, esses grupos não tem a possibilidade de solicitar a salvaguarda restrita de direitos individuais, visto que se trata de direitos coletivos. Por sua essência e particularidade, esses povos são constantemente ameaçados por

violações preocupantes dos seus direitos, situação em que, além da defesa individual da qual é titular, é necessária a proteção dos direitos coletivos exercida pelo direito internacional, contra os ataques que possam vir a sofrer enquanto comunidade. De acordo com esse pensamento, o direito constitucional brasileiro, em conjunto com a constituição de países como Canadá, Guatemala e Nicarágua, já se aproxima da mobilização constitucional multiculturalista (MAZZUOLI, 2021, p. 248-249).

Em 16 de junho de 2020, a CIDH foi solicitada para aplicação de medidas cautelares demandadas pela Hutukara Associação Yanomami e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos, em defesa dos membros dos povos Yanomami e Ye'kwana. Conforme a solicitação, eles vivenciarão risco ocasionado pela pandemia de covid-19, sendo circunstancialmente vulneráveis pelo lapso de cuidados de saúde e presença de invasores em seu território. Atendendo ao artigo 25 de seu Regulamento, a CIDH requereu informações por parte do Estado brasileiro, recebendo relatórios nos dias 23 e 25 do mesmo mês. Após averiguar as exposições trazidas pelas partes, a CIDH declarou que os argumentos apresentados atestam a gravidade e urgência do cenário vivido pelos indígenas Yanomami e Ye'kwana, possuindo graves riscos aos direitos à vida e integridade pessoal dos mesmos (CIDH, Resolução nº 35/2020).

Posteriormente, em 17 de julho de 2020, a CIDH requisitou que o Brasil adote as medidas necessárias para salvaguardar os direitos à saúde, vida e integridade pessoal dos integrantes dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, combatendo, de maneira culturalmente apropriada, a disseminação da covid-19, afora o fortalecimento da assistência médica adequada, consoante os padrões internacionais aplicáveis. Ademais, foi exigido que o Estado brasileiro estabelecesse as medidas a serem adotadas em acordo com os beneficiários e seus representantes, relatando as condutas utilizadas, para que fosse identificados os fatos que levaram à adoção da medida cautelar, evitando assim a reiteração do ato (CIDH, Resolução nº 35/2020). A concessão dessa medida cautelar e sua implementação pelo Brasil não impedem a apresentação de uma petição frente ao Sistema Interamericano, alegando violações dos direitos protegidos nos instrumentos aplicáveis (CIDH, 2020).

Em síntese, embora o Estado e os sistemas de proteção aos direitos humanos tragam previsões sobre a necessidade de resguardo aos direitos das

populações vulneráveis, resta inexistente a aplicação eficaz dessas normas para que sejam vistos os efeitos esperados e satisfeitas as necessidades desses indivíduos. As frequentes violações dos direitos humanos desses povos demonstram que ainda é necessária a discussão e aplicação de um plano efetivo para a proteção dos mesmos, diminuindo, ainda que minimamente, os danos causados aos indígenas desde a colonização. Superada a questão de tratamento desses povos como “sujeitos”, passíveis de deter e usufruir de direitos, visto que, a depender de algumas ações estatais, tal pensamento ainda aparenta persistir nos dias presentes, resta a transferência da aplicação e proteção dos direitos do âmbito formal para o plano prático.

CONCLUSÕES

A pandemia de covid-19 afetou o mundo todo, restringindo direitos, especialmente o direito à saúde e, de forma clara, colocando em risco os grupos vulneráveis. Isto posto, os questionamentos trazidos por este estudo foram: dentro da perspectiva dada pela pandemia, como está sendo tratado o direito à saúde dos indígenas no Brasil? Quais as formas de cuidado com a saúde indígena que são recomendadas pelo SIDH?

Ao longo da pesquisa, foi possível perceber que o direito à saúde dos indígenas tem sido gravemente violado em tempos pandêmicos. O governo brasileiro, por meio de diversas ações protagonizadas por órgãos estatais, infringiu o direito à saúde das comunidades indígenas, seja com a distribuição de medicamentos ineficazes ou com a falta de insumos e profissionais adequados para gerenciar tratamentos médicos.

No tocante às formas de cuidados recomendadas pelo SIDH, foi visto que o órgão internacional busca proteger os grupos considerados vulneráveis, manifestando seus esforços por meio de resoluções e medidas cautelares para preservar os direitos ameaçados.

Os(as) autores(as) citados demonstraram como a pandemia pode ser uma ameaça aos direitos dos povos indígenas, que já são violados desde o período colonial. Ademais, resta corroborada a influência que esta parte da história ainda exerce atualmente, negando direitos básicos aos nativos. Embora atualmente sejam confeccionadas normas específicas para os povos nativos, a falta da participação

destes na elaboração delas, e a carência de aplicação destas regras no plano prático faz com que o direito à saúde desses povos ainda sofra graves ataques e necessite de proteção estatal e de órgãos internacionais.

Os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos, especialmente a CIDH, demonstram as tentativas de avanços na proteção desses grupos vulneráveis, mas ainda é necessária ponderação quanto às especificidades culturais e regionais de cada povo, para que essa salvaguarda seja eficaz e não se torne tão somente uma política integracionista. Além da proteção dos direitos humanos fundamentais, os povos devem ter respeitadas suas culturas, estilos de vida, tendo o Estado o dever de tratá-los de forma a não os diminuir a um mero estereótipo, como já ocorreu anteriormente na história.

Em conclusão, vale ressaltar o importante papel desempenhado pela CIDH na América Latina, como forma de assistência e proteção dos direitos básicos dos povos indígenas. Como um órgão internacional, suas diretrizes devem abranger a proteção dos direitos humanos de todos os povos, sem discriminações ou tratamentos diferenciados. Os Estados, como membros, devem seguir suas recomendações, evitando violações dos direitos de seus nacionais, e salvaguardando de forma mais atenta os direitos de grupos vulneráveis.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, V.S.F. E. Direito da Saúde na era pós Covid-19. In: CASEIRO, Marcos Montani. **Covid-19, o surgimento de uma pandemia: determinantes e vulnerabilidade**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. 9786556271620, p. 19-32. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271620/>. Acesso em: 2021 ago. 28.
- ARAKAKI, F.F. S.; VIERO, G. M. **Direitos humanos**. Porto Alegre: Grupo A, 2018. 9788595025370. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595025370/>. Acesso em: 2021 ago. 21.
- ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). **Povo que teve primeiro caso de Covid-19 confirmado no Brasil, os Kokama agora registram o maior número de mortes**. Emergência indígena. [s. d.]. Disponível em: <https://emergenciaindigena.apiboficial.org/povo-que-teve-primeiro-caso-de-covid-19-confirmado-no-brasil-os-kokama-agora-registram-o-maior-numero-de-mortes/>. Acesso em: 07 set. 2021

BALLESTRIN, Luciana. **América Latina e o giro decolonial**. Revista Brasileira de Ciência Política [online]. 2013, n. 11, pp. 89-117. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>. Acesso em 02 dez. 2022

BETIM, Felipe. **Presidente da CIDH: “Coronavírus pode ser desculpa para limitar ainda mais os direitos dos mais vulneráveis”**. El País, São Paulo, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-04-19/presidente-da-cidh-coronavirus-pode-ser-desculpa-para-limitar-ainda-mais-os-direitos-dos-mais-vulneraveis.html>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 19 set. 1990. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.021 de 7 de julho de 2020**. Dispõe sobre medidas de proteção social para prevenção do contágio e da disseminação da Covid-19 nos territórios indígenas; cria o Plano Emergencial para Enfrentamento à Covid-19 nos territórios indígenas; estipula medidas de apoio às comunidades quilombolas, aos pescadores artesanais e aos demais povos e comunidades tradicionais para o enfrentamento à Covid-19; e altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, a fim de assegurar aporte de recursos adicionais nas situações emergenciais e de calamidade pública. Brasília, 7 jul. 2020. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14021.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRITO, Carolina Arouca G. de. **A história da saúde indígena no Brasil e os desafios da pandemia de Covid-19**. Casa de Oswaldo Cruz, 20 abr. 2020. Disponível em: <http://coc.fiocruz.br/index.php/pt/todas-as-noticias/1779-a-historia-da-saude-indigena-no-brasil-e-os-desafios-da-pandemia-de-covid-19.html>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRITO, José. **Governo enviou cloroquina a indígenas Yanomami para tratar Covid-19**. CNN, São Paulo, 25 mai. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/governo-enviou-cloroquina-a-indigenas-yanomami-para-tratar-covid-19/>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRUM, Eliane. **Mães Yanomami imploram pelos corpos de seus bebês**. El País, 24 jun. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-24/maes-yanomami-imploram-pelos-corpos-de-seus-bebes.html?prm=copy_link. Acesso em: 26 out. 2021.

BUCHILLET, Dominique. **Bibliografia crítica da saúde indígena no Brasil (1844-2006)**. Quito: Abya-Yala, 2007. *Livro*. Disponível em: https://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers14-09/010041779.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

CAETANO, Rosângela et al. **Desafios e oportunidades para telessaúde em tempos da pandemia pela COVID-19: uma reflexão sobre os espaços e iniciativas**

no contexto brasileiro. Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 36, n. 5. e00088920. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00088920>>. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00088920>. Acesso em: 6 set. 2021.

CARINA, Ana Almeida et al. **O impacto da colonização e imigração no Brasil meridional**: contágios, doenças e ecologia humana dos povos indígenas. Tempos Acadêmicos, n. 6, 2010. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/historia/article/view/431/440>. Acesso em: 09 nov. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Resolução nº 35/2020, de 17 de julho de 2020**. Medida Cautelar nº 563-20. Washington D.C., Estados Unidos, 2020. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2020/35-20mc563-20-br-pt.pdf>. Acesso em: 26 out. 2021.

CORACCINI, Raphael. **OMS**: Hidroxicloroquina não funciona contra Covid-19 e pode causar efeito adverso. CNN Brasil, 02 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/oms-cloroquina-nao-funciona-contr-a-covid-19-e-pode-causar-efeitos-adversos/>. Acesso em: 21 nov. 2021.

ESCOBAR, Ana Lucia. **A interiorização da pandemia**: potenciais impactos em populações em situação de vulnerabilidade na Amazônia. Revista NAU Social, ISSN - 2237-7840, v. 11, n. 20, p. 137 – 143, Maio/Out 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/ns.v11i20.36614>. Acesso em: 21 ago. 2021.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**. São Paulo: EdUSP, 2001. Livro. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4314601/mod_resource/content/0/O%20sistema%20Interamericano%20de%20Prote%20%C3%A7%C3%A3o%20aos%20Direitos%20Humanos%20-%20Han.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

JUCÁ, Beatriz. **“Meus antepassados morreram pelo mesmo que eu tô enfrentando**: o garimpo ilegal e a epidemia”. El País, São Paulo, 14 jul. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-14/meus-antepassados-morreram-pelo-mesmo-que-eu-to-enfrentando-o-garimpo-ilegal-e-a-epidemia.html?prm=copy_link. Acesso em: 08 nov. 2021.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. Companhia das Letras, 2019. Livro. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5727070/mod_resource/content/1/ideias-para-adiar-o-fim-do-mundo-1-34.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

LANDER, Edgardo. **Ciências sociais**: saberes coloniais e eurocêtricos. In: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, 2005. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624092356/4_Lander.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530993320. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993320/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

MENDES A. M.; LEITE M. S.; LANGDON E. J.; GRISOTTI M. **O desafio da atenção primária na saúde indígena no Brasil**. Rev Panam Salud Publica. 2018;42:e184. ISSN: 1680 5348 versão *online*. Disponível em: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2018.184>. Acesso em: 21 ago. 2021.

MORI, Letícia. **Covid avança em aldeias**: um em cada três índios Yanomami e Ye'kwana foi exposto ao coronavírus. BBC News, São Paulo, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54995063>. Acesso em: 26 out. 2021.

MUÑOZ, Karina Ochoa. **El debate sobre las y los amerindios**: entre el discurso de la bestialización, la feminización y la racialización. El Cotidiano, ISSN: 0186-1840, n. 184, p. 13-22, Março/Abril 2014. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/325/32530724005.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"). San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **CIDH emite medidas cautelares em favor dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana**. Comunicado de Imprensa, 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2020/168.asp>. Acesso em: 26 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais** ("Protocolo De San Salvador") San Salvador, El Salvador, 1988. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos. **Indígenas, Colonialidade, Criminalização e Cárcere**: Alguns Apontamentos a Partir do Caso Kaiowá Ambrosio Arcibide. In: DA SILVA, Coord. Isabella Miranda; DUARTE, Evandro Charles Piza. IV Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão. Disponível em: http://andhep.org.br/anais/arquivos/4SIPP/GT22/gt22_Rosely.pdf. Acesso em: 14 nov. 2021.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. In: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, 2005. Disponível em:

http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 09 nov. 2021.

RAMOS, André.de. C. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553616633. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616633/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

SANTOS, Gilberto Vieira Dos. **Os povos indígenas em tempos de pandemia**. Conselho Indigenista Missionário, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/06/povos-indigenas-tempos-pandemia/>. Acesso em: 24 out. 2021.

SOLHA, R.K.D. T. **Sistema Único de Saúde: Componentes, Diretrizes e Políticas Públicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788536513232. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536513232/>. Acesso em: 2021 ago. 21.

TERRA, Marina; e PAIXÃO, Evilene. **Tragédia anunciada: contaminações por Covid-19 disparam na Terra Yanomami**. Instituto Socioambiental, São Paulo, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/tragedia-anunciada-contaminacoes-por-covid-19-disparam-na-terra-yanomami>. Acesso em: 26 out. 2021.

WALSH, Catherine E. **Interculturalidad y (de) colonialidad: diferencia y nación de otro modo**. Catherine Walsh Livro da Academia da Latinidade. p. 27–43. Textos & Formas Ltda, 2006. Disponível em: <http://www.ram-wan.net/restrepo/decolonial/18-walsh-interculturalidad%20y%20decolonialidad.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BIOPIRATARIA E COSTUMES TRADICIONAIS DE COMUNIDADES LOCAIS

BIOPIRACY AND TRADITIONAL CUSTOMS OF LOCAL COMMUNITIES

Wadson Ferreira Pires¹

Deilton Ribeiro Brasil²

Recebido/Received: 20.10.2022/Oct 20th, 2022

Aprovado/Approved: 22.11.2022/Nov 22th, 2022

RESUMO: A pesquisa tem como tema a biopirataria e os costumes tradicionais de comunidades locais, apontando-se como razão para essa delimitação a preocupação em se produzir um conhecimento científico para a discussão de questões acerca da tutela jurídica do acesso a biodiversidade e a apropriação indevida de seus elementos - a biopirataria. A biopirataria é um tema novo, ainda não regulamentado, sem uma definição específica. Busca proteção indiretamente nas leis esparsas como na Lei 9.605/98 que trata dos Crimes contra o Meio Ambiente, especificamente nos Crimes contra a Fauna e a Flora e na Constituição Federal através da proteção da biodiversidade, bem como na Convenção sobre a Diversidade Biológica. O problema proposto consiste na análise da necessidade de se criminalizar a biopirataria. Indaga-se em que medida a tutela penal poderá representar um mecanismo jurídico eficiente à proteção da biodiversidade brasileira e se a exploração de comunidades locais do bioma brasileiro constitui o crime de biopirataria. Como resultado, verificou-se que criminalização da biopirataria, bem como a adequação de tipos penais e sanções já existentes são instrumentos importantes no combate à apropriação ilícita da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, já que a norma penal incriminadora exerce papel não apenas de controle, mas também de prevenção do surgimento de condutas lesivas a bens jurídicos relevantes. Como metodologia, foi utilizada a dedutiva e como procedimentos metodológicos a pesquisa histórico-jurídica, a jurídico-interpretativa e a jurídico-propositiva que buscou analisar, interpretar e compreender a biopirataria e os costumes tradicionais de comunidades locais.

PALAVRAS-CHAVE: Biopirataria; comunidades locais; costumes tradicionais; tutela penal.

ABSTRACT: The research has as its hardcore biopiracy and the traditional customs of local communities, pointing out as a reason for this delimitation the concern to produce scientific knowledge for the discussion of questions about the legal

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna (UIT). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2418836941827623> E-mail: wadsonpires@outlook.com

² Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1342540205762285>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7268-8009>. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

protection of access to biodiversity and the misappropriation of its elements - biopiracy. Biopiracy is a new topic, not yet regulated, without a specific definition. It seeks protection indirectly in scattered laws such as Law 9.605/98 which deals with Crimes against the Environment, specifically in Crimes against Fauna and Flora and in the Federal Constitution through the protection of biodiversity, as well as in the Convention on Biological Diversity. The proposed problem consists of analyzing the need to criminalize biopiracy. The question is to what extent criminal protection may represent an efficient legal mechanism for the protection of Brazilian biodiversity and whether the exploitation of local communities in the Brazilian biome constitutes the crime of biopiracy. As a result, it was found that the criminalization of biopiracy, as well as the adequacy of existing criminal types and sanctions, are important instruments in the fight against the illicit appropriation of biodiversity and associated traditional knowledge, since the incriminating criminal norm plays a role not only of control, but also to prevent the emergence of harmful conduct to relevant legal interests. As a methodology, the deductive was used and as methodological procedures the historical-legal research, the legal-interpretative and the legal-propositional research that sought to analyze, interpret and understand biopiracy and the traditional customs of local communities.

KEYWORDS: Biopiracy; local communities; traditional customs; criminal guardianship.

INTRODUÇÃO

O objetivo proposto para a realização da presente pesquisa pauta-se em estudar acerca da tutela penal na legislação brasileira no combate à biopirataria, a partir da tutela penal da biodiversidade e a sua responsabilização.

A presente pesquisa tem como tema a biopirataria e os costumes tradicionais de comunidades locais. A biodiversidade é um dos elementos que compõem o equilíbrio do meio ambiente e que, ao mesmo tempo, poderá servir como um fator diferencial para o Brasil na realização do seu próprio desenvolvimento.

A biopirataria é um tema recente no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não regulamentado, sem uma definição específica. Busca proteção indiretamente nas leis esparsas que trata dos Crimes contra o Meio Ambiente, especificamente nos Crimes contra a Fauna e a Flora e na Constituição Federal através da proteção da biodiversidade, bem como na Convenção sobre a Diversidade Biológica (BRASIL, 1988).

A problemática proposta consiste na análise da necessidade de se criminalizar a biopirataria e as condutas lesivas a bens jurídicos relevantes. Indaga-se em que medida a tutela penal poderá representar um mecanismo jurídico

eficiente à proteção da biodiversidade brasileira e se a exploração de comunidades locais do bioma brasileiro constitui o crime de biopirataria?

O presente estudo tem como premissa de investigação a legitimidade da intervenção penal para criminalizar a biopirataria, bem como, se os costumes e as tradições de comunidades locais se enquadram neste crime, uma vez que se considera esse processo como um passo importante e decisivo à efetiva proteção jurídica da biodiversidade.

Assim, o primeiro tópico trata da biopirataria e o uso da biotecnologia, com uma abordagem em seus aspectos históricos, conceito, o conceito de biotecnologia e sua evolução, bem como a revolução biotecnológica com a aplicabilidade e riscos. No segundo verbete será tratado acerca da regulamentação jurídica do acesso à biodiversidade e a apropriação de seus elementos, os instrumentos jurídicos nacionais do acesso aos recursos naturais e genéticos da biodiversidade.

Por último, no terceiro tópico será estudado a tutela penal da biodiversidade e a biopirataria, com uma abordagem no direito penal e a sociedade de risco, a proteção penal da biodiversidade e criminalização da biopirataria, a biodiversidade na Constituição Federal de 1988.

Para a realização da pesquisa utilizou-se o método dedutivo e como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental, consistindo em reunir as informações e dados que servirão de base para a construção da investigação proposta, possibilitando uma cobertura muito mais ampla do que aquela que poderíamos pesquisar diretamente, utilizando-se como apoio e base de contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a doutrinas, artigos científicos e legislação. A pesquisa possui fins descritivos e natureza qualitativa, utilizando-se de estudo bibliográfico e compêndio dos principais trabalhos científicos sobre o tema escolhido, que abrange doutrinas, artigos de revista, jornais, jurisprudências entre outros.

1 A BIOPIRATARIA E O USO DA BIOTECNOLOGIA

1.1 Conceito de Biopirataria

O vocábulo é formado pelo prefixo grego *bio*, que significa vida, e pela palavra pirataria, que designa o ato de piratear, ou seja, apossar-se ilegalmente, pelo uso da

força, de bens de outrem (WANDSCHEER, 2007). A palavra biopirataria foi utilizada pela primeira vez (com a conotação que se tem hoje) em 1993, em documento elaborado pela *Rural Advancement Foundation International* – Ong RAFI, atualmente denominada ETC Group (2014), que assim define a biopirataria à apropriação de conhecimento e recursos genéticos de comunidades de agricultores e indígenas por indivíduos ou instituições que procuram o controle exclusivo do monopólio (patentes ou propriedade intelectual) sobre estes recursos e conhecimentos. A ETC Group organização civil internacional dedicada à conservação e ao avanço sustentável da diversidade cultural e ecológica e dos direitos humanos, acredita que a propriedade intelectual é predatória sobre os direitos e conhecimentos de comunidades rurais e povos indígenas.

A finalidade, ao se buscar uma palavra que pudesse expressar a apropriação ilícita da biodiversidade, era alertar para o fato de que recursos biológicos e conhecimentos tradicionais têm sido apropriados e patenteados por instituições científicas e multinacionais, sem que haja a devida autorização do país de origem, de cujo território esses recursos são retirados. Além disso, as comunidades tradicionais acabam não participando dos resultados da pesquisa, já que não há repartição de benefícios. Tal fato dificulta e, na maior parte das vezes, inviabiliza o desenvolvimento sustentável das comunidades, propiciando e impulsionando a degradação ambiental e vulgarizando o conhecimento tradicional (WANDSCHEER, 2007).

Santilli define a biopirataria como:

[...] a atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos de um determinado país ou aos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos genéticos (ou a ambos) em desacordo com os princípios estabelecidos na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB): a soberania dos Estados sobre os seus recursos genéticos e o consentimento prévio e informado dos países de origem dos recursos genéticos para as atividades de acesso, bem como a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização (SANTILLI, 2007, p. 121).

Na tentativa de também conceituar a biopirataria, o Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento - IDCID assim a define:

Biopirataria consiste no ato de aceder a, ou transferir recursos genéticos (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem expressa autorização do Estado de onde for extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos. A biopirataria envolve, ainda, a não repartição justa e equitativa – entre Estado, corporações e comunidades tradicionais – dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos (IDCID, 2007).

Segundo David Hathaway, a biopirataria configura, propriamente, o roubo,

[...] de materiais biológicos, genéticos e/ou dos conhecimentos comunitários associados a eles em desacordo com as normas sociais, ambientais e culturais vigentes, e sem o consentimento prévio fundamentado de todas as partes interessadas (HATHAWAY, 2004, p. 40).

Miranda (2005, p. 116) considera a biopirataria como o “[...] desvio ilegal das riquezas naturais (flora, fauna e águas) e do conhecimento das populações tradicionais sobre a utilização dos mesmos”. Ainda segundo o autor, a biopirataria consiste em mal que enfraquece e abate o Brasil, terminando por ignorar sua soberania.

Dessa forma, pode-se entender por biopirataria como sendo a exploração e utilização de recursos naturais ou de conhecimento tradicional de comunidades locais de forma de forma ilegal. O comércio de animais, a extração de princípios ativos e a utilização dos saberes das populações tradicionais sem a autorização do Estado.

1.2 Conceito de Biotecnologia e sua Evolução

O vocábulo biotecnologia é composto pelas palavras gregas *bio* (que significa vida), *techno* (que designa tecnologia) e *logos* (que corresponde a estudo). (OLIVEIRA, 1995).

De maneira um pouco mais precisa, a biotecnologia pode ser definida como a tecnologia que pressupõe o uso de organismos vivos, ou suas partes, com a finalidade de resolver problemas ou proporcionar o desenvolvimento de produtos novos e úteis (KREUZER, 2002, p. 17).

De acordo com o artigo 2º da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), biotecnologia (*apud* OLIVEIRA, 1995, p. 66) “[...] significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”. Assim sendo, a biotecnologia é a tecnologia responsável por viabilizar processos biotecnológicos, que permitam o uso de “[...] matéria viva para degradar, sintetizar e produzir outros materiais.”

Embora pareça ser uma tecnologia nova, há indícios de que o homem vem domesticando plantas e animais há mais de 10.000 (dez mil) anos. Pequenos microrganismos (leveduras e bactérias) já eram utilizados na preparação de

alimentos de grande valia, como pão, queijo, iogurte e vinho. Babilônicos e egípcios, por exemplo, costumavam utilizar-se da fermentação de cereais para produzir bebidas. Desde o século XIX, os micro-organismos são usados na agricultura para o combate de pragas; e bactérias fixadoras de nitrogênio têm sido aplicadas para tratamento do solo, com a finalidade de ampliar o rendimento das colheitas. Vacinas são desenvolvidas por meio da utilização de vírus e bactérias vivas, cujo potencial ofensivo é atenuado com a aplicação da biotecnologia. Ademais, a biotecnologia (por meio da manipulação de micro-organismos) é utilizada na fabricação de antibióticos, vitaminas e xaropes, além de estar presente em processos totalmente distintos, como no fabrico de jeans desbotado (KREUZER, 2002).

Para Valois (1998, p. 21), em termos de biodiversidade, a biotecnologia exerce papel importantíssimo. Isso porque, segundo o autor, no ano de 2030, a população mundial poderá chegar a 9 bilhões, o que pode provocar a escassez de produtos agrícolas, não só em função do aumento da população mundial, mas também pelo acréscimo da demanda de alimentos (em países como a China, por exemplo), que deverá triplicar nos próximos quarenta anos. O autor acrescenta que, tendo em vista este cenário, são esperadas quatro funções básicas da biotecnologia, segundo Valois (1998, p.21) quais sejam: a) contribuir para o aumento da produtividade; b) reduzir os custos de produção; c) influenciar a implantação de sistemas de produção sustentáveis; e d) criar novas alternativas metodológicas para a conservação, caracterização, avaliação e utilização de recursos genéticos e naturais.

Aliado a esses fatores, não se pode deixar de mencionar que a biotecnologia também representa, como atividade econômica, elemento-chave no interesse de investidores que procuram por lucros certos e exorbitantes. Reis explica por que se dá esse fenômeno:

Bactérias que se duplicam a cada meia hora, fornecendo produtos como a insulina, da qual são dependentes milhões de pessoas no mundo, é a linha de produção dos sonhos de qualquer especulador. Operárias mudas que nunca formarão sindicatos. Células cancerosas que se multiplicam, imortais, fornecendo anticorpos, para várias linhas de aplicações terapêuticas e testes diagnósticos. Embriões humanos como meio de cultura menos alergênico para a fabricação de vacinas, essas commodities de consumo tornadas obrigatórias para a quase totalidade das populações – um mercado mais amplo se comparado à indústria bélica ou automotiva (REIS, 2004, p. 30).

No contexto da biotecnologia e biodiversidade, surge o desenvolvimento tecnológico. De acordo com o que dispõe o art. 1º, inc. XI, da Lei nº 13.123 de 2015, entende-se por desenvolvimento tecnológico:

[...] trabalho sistemático sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado, baseado nos procedimentos existentes, obtidos pela pesquisa ou pela experiência prática, realizado com o objetivo de desenvolver novos materiais, produtos ou dispositivos, aperfeiçoar ou desenvolver novos processos para exploração econômica (BRASIL, 2015).

Portanto, percebe-se que, no desenvolvimento tecnológico, o conhecimento tradicional, a biodiversidade e o material genético nela contidos são utilizados como recursos para o descobrimento de novos produtos que tenham aproveitamento comercial.

2 A REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA DO ACESSO À BIODIVERSIDADE E A APROPRIAÇÃO DE SEUS ELEMENTOS

2.1 Instrumentos Jurídicos Nacionais do Acesso aos Recursos Naturais e Genéticos da Biodiversidade

O Decreto nº 65.057, de 26 de agosto de 1969, dispunha sobre a concessão de licença para a realização de expedições científicas no País, e atribuía ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq a responsabilidade de autorizar e fiscalizar tais expedições científicas (ou outras atividades vinculadas à exploração, coleta, levantamento, filmagem ou gravação de material científico). As expedições poderiam ser executadas por instituições brasileiras, em colaboração com estrangeiras, e também por pessoas físicas ou instituições particulares nacionais. Era necessário o prévio exame e arrolamento, caso o material coletado a ser exportado fosse colhido por estrangeiros, devendo o CNPq receber duplicatas das coleções adquiridas, bem como amostras, fotos, desenhos, cópias e modelos do material adquirido (BRASIL, 1969).

A partir da década de 80, grandes esforços foram empreendidos com o fim de adequar os mecanismos existentes às realidades econômicas e sociais do Brasil e do mercado internacional, no que concerne ao acesso à biodiversidade brasileira para fins de pesquisa e desenvolvimento de produtos. (DENARI, 2008). A própria Constituição Federal de 1988 revelou essa preocupação ao incumbir (em seu artigo

225, § 1º, inc. II) ao Poder Público o dever de “[...] preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.

Nesse sentido, desde 1990 alguns instrumentos legais, de origem nacional e internacional, foram criados, tendo por fim a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Tais instrumentos legais serão objeto de análise nos subtópicos seguintes.

2.1.1 Decreto nº 98.830/90

O Decreto 98.830 de 15 de janeiro 1990 dispõe sobre a coleta de dados e materiais científicos no Brasil por estrangeiros, sendo regulado pela Portaria n. 55, de 14.03.1990, do Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT. Todas as atividades realizadas em território nacional por pessoa natural ou jurídica estrangeira que têm por finalidade coletar dados, materiais, espécimes biológicos e minerais, peças integrantes da cultura nativa e cultura popular, e sejam destinadas ao estudo, à difusão ou à pesquisa – desde que impliquem o deslocamento de recursos humanos e materiais – estão sujeitas às disposições do decreto supramencionado (BRASIL, 1990).

Ao MCT cabe a responsabilidade de avaliar e autorizar tais atividades, bem como fiscalizar e analisar os resultados obtidos. O uso comercial do material coletado e a sua cessão a terceiros dependerão de acordo prévio a ser firmado pelos interessados com o MCT. De igual modo, a remessa para o exterior de qualquer material coletado (ainda que seja apenas de reprodução por meio de fotografias, filmes ou gravações) só poderá ser efetuada após prévia autorização do MCT, devendo o interessado assegurar, também, que o material será utilizado em atividades exclusivamente de estudos, pesquisas e difusão (BRASIL, 1990).

Estrangeiros portadores de visto de turista, ou de outro tipo que não seja compatível com a natureza dos trabalhos a serem desenvolvidos em território nacional, não poderão exercer qualquer atividade de coleta de materiais ou dados encontrados no País (DEL NERO, 2008).

Os pedidos de autorização para a coleta devem ser encaminhados ao MCT, e instruídos com toda a documentação exigida pelo item 20 da Portaria MCT n. 55, com informações que indiquem, detalhadamente, a instituição de pesquisa, o

pesquisador, os objetivos e metas que se pretendem alcançar com o material ou dado a ser coletado, o plano de trabalho (com a descrição de metodologia, referências bibliográficas e justificativa), os roteiros dos percursos a serem realizados dentro do território nacional (precisando as datas para o início e término da permanência em cada parte do País), a discriminação e quantificação aproximada do tipo de material ou dados a coletar (bem como a demonstração de seu uso e destino), a indicação de todos os participantes estrangeiros, bem como dos equipamentos e materiais a serem internados no País, a descrição das fontes de financiamento e apresentação do *curriculum vitae* dos principais responsáveis, tanto pelo lado brasileiro como estrangeiro. A responsabilidade pela emissão de parecer técnico-científico sobre os pedidos apresentados é do CNPq, devendo, para esse fim, recorrer aos Comitês Assessores ou a consultores *ad hoc* (DEL NERO, 2008).

O Decreto nº 98.830/90 prevê, ainda, sanções para aqueles que violarem as disposições nele contidas, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal, que também poderão incidir, dependendo do caso. As sanções previstas serão estipuladas de acordo com a gravidade do fato, e podem constituir-se em: suspensão da atividade em curso por período determinado; cancelamento da autorização concedida; declaração de inidoneidade do infrator (impedindo-o, temporária ou permanentemente, de empreender ou patrocinar pesquisa científica no País); comunicação da infração cometida ao dirigente da entidade a que o infrator esteja vinculado; apreensão e perda do equipamento utilizado nos trabalhos, bem como do material coletado (BRASIL, 1990).

Embora o Decreto nº 98.830/1990 tenha por escopo a proteção da biodiversidade brasileira e dos conhecimentos tradicionais associados (já que procura estabelecer critérios para a coleta de dados e materiais científicos no País por estrangeiros), não é, nem de longe, capaz de impedir que atos de biopirataria sejam aqui praticados. Primeiro porque, como visto anteriormente, a biopirataria pode ocorrer de inúmeras formas. Em segundo, burocratizar o processo de coleta de dados e materiais científicos daqui extraídos não impede e nem desestimula a prática da biopirataria. Terceiro, as sanções previstas para o caso de descumprimento dos preceitos do decreto são ineficientes e incapazes de coibir a prática da biopirataria (BRASIL, 1990).

Logo, verifica-se que o Decreto nº 98.830/90, parece ter sido direcionado apenas a instituições de pesquisa e pesquisadores que desejam coletar material para pesquisa dentro dos limites estabelecidos pela legislação brasileira e não a quem o fizer de maneira ilegal. Por consequência, acaba não alcançando os biopiratas, que continuam agindo à margem da lei (DEL NERO, 2008; BRASIL, 1990).

2.1.2 Decreto nº 2.519/98 (Convenção sobre Diversidade Biológica)

O Decreto 2.519 de 16 de março de 1998 foi responsável por promulgar a Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB, assinada no Rio de Janeiro, em 05.07.1992. Sendo hoje considerada um dos mais importantes instrumentos na proteção e no acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético, a CDB foi assinada por 168 países – e ratificada por 188 (BRASIL, 2006) –, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento –CNUMAD-92, também denominada Rio-92 ou Eco-92, ocorrida no Rio de Janeiro, no período de 5 a 14.06.1992. A CDB simboliza a preocupação e o esforço dos Estados signatários na busca de uma melhor maneira de harmonizar a proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados ao desenvolvimento econômico e social (VARELLA, 1998).

Importante pontuar que a Convenção sobre Diversidade Biológica se caracteriza por ser uma convenção-quadro, porque se limita a traçar princípios, metas e objetivos gerais, cabendo a cada país-membro a responsabilidade de implementá-la, por meio de instrumentos jurídicos específicos, protocolos e programas de trabalho (MILARÉ, 2004).

A Convenção, em seu artigo 1º, estabelece que tem por objetivos principais: a) conservar a diversidade biológica; b) utilizar, de maneira sustentável, os componentes da biodiversidade; c) repartir, justa e equitativamente, os benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos. A repartição dos benefícios deverá implicar a necessária e adequada transferência de tecnologias, levando em Consideração todos os direitos que recaiam sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento apropriado (BRASIL, 2006).

Outra grande inovação trazida pela CDB foi a adoção do princípio da soberania dos Estados sobre seus recursos genéticos e biológicos. A importância do

estabelecimento do direito de soberania dos Estados sobre seus recursos como um princípio da Convenção está no fato de que, anteriormente, se tinha a concepção de que os recursos biológicos e genéticos dos Estados constituíam patrimônio da humanidade. De acordo com Santilli (2007), países ricos em biotecnologia, como os Estados Unidos e Japão (que até hoje não ratificaram a CDB), por exemplo, defendiam o livre acesso aos recursos biológicos e genéticos encontrados em outros países, contrariando, veementemente, os interesses de países como o Brasil, Colômbia, Venezuela, México, Peru, Equador, Costa Rica, Quênia, África do Sul, China, Madagascar, Malásia, Congo, Filipinas, Índia e Indonésia, que representam, juntos, 70% (setenta por cento) da biodiversidade mundial.

Para a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), os recursos não renováveis devem ser compartilhados por toda a humanidade, tendo, assim, a natureza de patrimônio comum da humanidade. Assim, a proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos. Entretanto, com o advento da CDB, esclareceu-se que o que passa a ser “comum à humanidade” – de acordo com o preâmbulo da Convenção – não são os recursos biológicos e genéticos; mas a preocupação com a conservação da diversidade biológica (SANTILLI, 2007).

Para Varela, Fontes e Rocha, a proteção à biodiversidade é direito humano fundamental, motivo por que, segundo os autores,

[...] a CDB acaba por veicular normas de direitos humanos. Dessa feita, tendo sido ratificada pelo Congresso Nacional, a Convenção passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio, aumentando o rol de direitos e garantias já constitucionalmente consagrados por via de norma de extensão, consoante estabelece o artigo 5º, § 2º, da Constituição (VARELA; FONTES; ROCHA, 1998, p. 27).

Ademais, seus preceitos têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988) e são alcançados pela intangibilidade do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal – considerando-se que o sistema jurídico constitucional deve ser interpretado de maneira teleológica e que a dignidade da pessoa humana é alicerce do Estado de Direito Ambiental (KISHI, 2004).

2.1.3 Decreto nº 4.339/2002 (Política Nacional da Biodiversidade)

O Decreto nº 4.339 de 22 de agosto de 2002 é responsável por instituir princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade –PNB, exigindo-se, para tanto, a participação dos governos federal, distrital, estaduais e municipais, bem como da sociedade civil.

Dessa forma, o objetivo geral da Política Nacional da Biodiversidade consiste em promover, de maneira integrada, a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável de seus componentes por meio da justa e equitativa repartição dos benefícios advindos do uso dos elementos da biodiversidade e seus recursos genéticos, bem como dos conhecimentos tradicionais de comunidades locais e povos indígenas (BRASIL, 2002)

Quanto aos objetivos específicos estabelecidos no que se refere ao acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados, e à repartição dos benefícios deles advindos, destacam-se:

Identificar as necessidades e os interesses de povos indígenas, quilombolas e comunidades locais, bem como de proprietários de terras, empresas tecnológicas nacionais, agentes econômicos, órgãos governamentais, instituições de pesquisa na regulamentação do sistema de acesso e da justa e equitativa repartição de benefícios oriundos da utilização de recursos genéticos e componentes do patrimônio genético; - definir as normas e os procedimentos para a coleta, o armazenamento e a remessa de recursos genéticos e de componentes do patrimônio genético para pesquisa e bioprospecção;
Estabelecer contratos de exploração econômica da biodiversidade (mediante cadastro e homologação do Governo Federal), com cláusulas de repartição de benefícios aos detentores dos recursos genéticos, dos componentes do patrimônio genético e dos conhecimentos tradicionais associados;
Apoiar ações para implementação de infraestrutura, recursos humanos e materiais em conselhos e órgãos colegiados que tratam da gestão de patrimônio genético, inclusive o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (BRASIL, 2002).

Após a edição do Decreto nº 4.339/2002, aprovou-se o Decreto nº 4.703, de 21.05.2003, que dispõe sobre o Programa Nacional da Diversidade Biológica (Pronabio) e a Comissão Nacional da Biodiversidade. O Pronabio tem por objetivos principais:

Orientar a elaboração e a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, mediante promoção de parceria com a sociedade civil para o conhecimento, a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica e a repartição justa e equitativa dos benefícios;
Implementar os compromissos assumidos pelo Brasil junto à CDB e orientar a elaboração e apresentação de relatórios nacionais perante a Convenção;
Articular ações para implementação dos princípios e diretrizes da Política Nacional da Biodiversidade no âmbito do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, na sociedade civil e em órgãos e entidades de todos os entes da Federação;

Promover a integração de políticas setoriais para aumentar a sinergia na implementação de ações direcionadas à gestão sustentável da biodiversidade; e) promover ações, projetos, pesquisas e estudos com o fim de produzir e disseminar informações e conhecimentos sobre a biodiversidade;

Estimular a capacitação de recursos humanos, o fortalecimento institucional e a sensibilização pública para a conservação e o uso sustentável da biodiversidade; g) orientar o acompanhamento da execução das ações previstas para implementação dos princípios e diretrizes da Política Nacional da Biodiversidade, inclusive mediante a definição de indicadores adequados (BRASIL, 2002).

O problema maior na regulação do acesso à biodiversidade está em tentar conciliar a fragilidade econômica e política dos países provedores de biodiversidade com o poderio econômico e científico dos países detentores de biotecnologia. Cabe ao Estado reduzir os efeitos nocivos que advêm dessa disputa de poder, determinando metas de fiscalização, controle, prevenção e punição, capazes de garantir a integridade da diversidade biológica do Brasil e fazer valer os direitos de povos indígenas e populações locais na participação dos resultados advindos do uso da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais a ela associados (KISH, 2004).

3 A TUTELA PENAL DA BIODIVERSIDADE E A BIOPIRATARIA

3.1 Direito Penal e a Sociedade de Risco

A noção de sociedade de risco só pode ser, de fato, compreendida a partir do esclarecimento do que vem a ser a “modernização reflexiva”, que não se traduz (ao que, a princípio, pode dar a entender) por uma modernidade que reflete sobre si mesma, mas por uma modernidade que já não se reconhece na antiga sociedade industrial, cujos modelos institucionais não estão preparados para lidar com os novos desafios surgidos (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

Assim sendo, a situação de risco é caracterizada quando uma ação pode conduzir a inúmeros resultados possíveis, mas a probabilidade de cada um é possível prever. Por outro lado, a incerteza ocorre quando se desconhecem as probabilidades do resultado. Dessa feita, a indeterminação do risco no presente é representada pela “reflexividade da incerteza”, exigindo da sociedade a rediscussão de modelos de segurança, controle, responsabilidade, redução de riscos, bem como repartição dos resultados e das consequências dos danos.

Os riscos e incertezas trazidos pelas novas tecnologias – principalmente pela biotecnologia – passaram a fazer parte da vida do ser humano. Por conseguinte, toda a incerteza provocada pelo risco acaba exigindo a tutela de determinados bens e interesses para o fim de preservá-los de eventuais lesões e ameaças que venham a sofrer como resultado do uso de tecnologias (BECK; GIDDENS; LASH, 1997).

Dessa maneira, o Direito Penal surge como instrumento para o Estado Democrático de Direito no atendimento às expectativas sociais de segurança e às demandas da sociedade na proteção contra os novos riscos. Nesse sentido, todo o fenômeno do risco – vislumbrado por Beck; Giddens; Lash (1997) – tem sido incorporado ao debate jurídico-penal e utilizado pela dogmática não somente para analisar importantes tendências existentes no sistema penal a partir da noção de risco, mas também na fundamentação de propostas para o que se passou a denominar de Direito Penal na sociedade de risco.

Diante desses fatos, a indeterminação e instabilidade proporcionadas pela ausência de segurança e a possibilidade iminente de dano – ocasionado em virtude das atividades de risco da pós-modernidade – trazem para o Direito Penal a responsabilidade de tutelar os direitos lesados como forma de manter a eficácia do ordenamento jurídico. Na seara dos novos riscos, constatam-se tendências de política criminal cuja finalidade comum é propor estender a intervenção estatal sancionadora para utilizá-la como instrumento, a fim de impedir a ocorrência do maior número possível de resultados indesejáveis. De acordo com Machado:

Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas – algumas vistas como excepcionais no passado – mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção em face dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva (MACHADO, 2005, p. 23).

No que se refere às questões relacionadas à biotecnologia, Minahim (2005, p. 48) assevera que o Direito Penal “[...] é, naturalmente, convocado para emprestar sua adesão e sua coercitividade na tutela de bens e interesses que se deseja preservar das lesões e ameaças produzidas pela biotecnologia [...]”, não apenas em razão da importância que esses bens representam, mas em função, também, da “[...] gravidade dos ataques”.

Conforme a autora, todas as inéditas situações trazidas pela biotecnologia, bem como a velocidade e rapidez com que ocorrem, acabam, por sua vez,

surpreendendo o Direito Penal, desestabilizando suas bases teóricas tradicionais e exigindo que se adapte às novas realidades.

Desse modo, pondera a Minahim:

Na verdade, o direito penal é confrontado não apenas com as questões postas pela Bioética, mas, de forma geral, com o problema relativo ao oferecimento ou não de tutela a outras situações postas pela sociedade pós-moderna, nas quais é demandado para funcionar como um sistema eficiente de gestão de riscos. Pode-se dizer que, hoje, esse ramo do direito encontra-se em face de um dilema: manter-se fiel ao paradigma do Iluminismo ou expandir-se e reformular-se para fazer face às ameaças da sociedade pós-industrial, ainda que sob o perigo de perder a própria forma ou, ao menos, a forma segundo a qual vem procurando legitimar-se (MINAHIM, 2005, p. 48-49).

Analisando-se, especificamente, a questão ambiental na sociedade de risco, tem-se que os riscos ambientais tendem a ser não só maiores como mais danosos do que aqueles vislumbrados na sociedade industrial. Ao comentar as observações de Beck sobre os riscos ecológicos da pós-modernidade, Goldblatt esclarece:

Juntamente com essas ameaças de efeitos tóxicos progressivos, Beck assinala efetivamente um segundo conjunto de riscos ecológicos que, sem exagero, podem ser genuinamente descritos como catastróficos no seu potencial. Os perigos ecológicos colocados por acidentes nucleares em grande escala, pela liberação de químicos em grande escala, e pela alteração e manipulação genética da flora e da fauna do Planeta, colocam a possibilidade de autodestruição (GOLDBLATT, 1988, p. 232).

Sob esse enfoque, o Direito Penal passa a tutelar bens jurídicos supraindividuais, com a finalidade, acima de tudo, preventiva. Por esse motivo, Machado (2005, p.201) explica que cresce o emprego de incriminações de mera conduta, ao mesmo tempo em que se lança mão “[...] do adiantamento da tutela penal proporcionado pelos tipos de perigo abstrato”. Elucidando melhor a questão, Machado comenta:

Ao lado disso, são utilizados critérios bem mais flexíveis de interpretação de certas categorias e regras de imputação penal de responsabilidades, contexto em que se inserem a mitigação da certeza na identificação do nexo de causalidade, a proliferação dos tipos omissivos e culposos e a responsabilização penal de pessoas jurídicas. Dessa forma, desapegado do pressuposto de que apenas a lesão aos bens individuais autoriza a sua intervenção e sem as rígidas exigências de prova, de individualização de condutas e de observância aos princípios de garantia iluministas, o aparato penal adquire, em determinados setores de regulação, um modo de atuação muito semelhante ao dos órgãos da administração: passa a atuar na gestão global dos riscos, muito mais do que na repressão de condutas singulares (MACHADO, 2005, p. 201).

Dessa feita, nota-se que o vislumbramento dos fenômenos advindos da sociedade de risco exerce enorme influência na configuração de uma política criminal que esteja direcionada ao controle desses fenômenos. Em virtude das

novas necessidades e exigências de proteção surgidas, passa-se a considerar uma possível modificação da racionalidade punitiva do Direito Penal liberal, de maneira que passe então a funcionar como instrumento de defesa da sociedade contra os novos riscos tecnológicos (MACHADO, 2005).

3.2 Criminalização da Biopirataria: a tutela penal como Instrumento de Combate à Apropriação Ilícita da Biodiversidade

O fenômeno da constitucionalização de bens jurídicos indica que o Direito Penal deve buscar na Constituição aqueles bens dignos de receber a sua proteção. Portanto, a indicação constitucional expressa (artigo 225) de conferir ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras – bem como a previsão para que condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitem seus infratores a sanções penais (artigo 225, § 3º) – torna clarividente o fato de que o Direito Penal está autorizado a tipificar condutas que causem danos ao meio ambiente.

Com efeito, a biodiversidade – ao tempo em que constitui e integra o meio ambiente – está consagrada na Constituição Federal de 1988, sendo considerada bem jurídico relevante e, portanto, credora de tutela penal. Assim, a criminalização da biopirataria seria justificável em razão do bem jurídico fundamental que se pretende proteger: a biodiversidade genética e os conhecimentos tradicionais a ela associados (BRASIL, 1988).

3.2.1 Identificação do bem jurídico tutelado no crime de biopirataria

A biopirataria está atrelada à apropriação de elementos da biodiversidade, já que se constitui de atividade que envolve o acesso aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais a eles associa-os, em desacordo com os dispositivos expressos na Convenção de biodiversidade (SANTILLI, 2007).

Por conseguinte, a biodiversidade integra o meio ambiente, de maneira que não há biodiversidade sem meio ambiente, nem tampouco existirá meio ambiente se ausentes os elementos essenciais que compõem a biodiversidade. Portanto, ao se buscar tutelar a biodiversidade, está-se, na verdade, almejando proteger o meio

ambiente enquanto direito humano fundamental, constitucional e internacionalmente reconhecido (SANTILLI, 2007).

Nessa seara, surge o que Castro (1992, p. 27-29) denomina de humanismo ecológico, que “[...] prega a exploração racional, equitativa e humanizada dos recursos naturais necessários à sadia continuidade das espécies terrestres, a fim de que não se comprometa a biodiversidade e a sobrevivência das gerações do amanhã”. O humanismo ecológico reconhece, então, que “[...] o homem é parte integrante e insuprimível da natureza, e que sua vida depende do solo, das águas e do ar que a todos cercam”.

Garantir, portanto, a manutenção de processos vitais – como a biodiversidade – que viabilizem a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio à qualidade de vida, corresponde a permitir, de forma fundamental, a existência de um direito humano extremamente importante para a humanidade. Assim, o direito de todos ao meio ambiente equilibrado está umbilicalmente atrelado também à defesa e preservação da biodiversidade. Por isso, Castro (1992, p. 29) conclui que “[...] a engenharia humana deve aprender a respeitar e a proteger o meio ambiente como condição de subsistência da flora, da fauna e da humanidade”.

A consagração da vida, pela ordem constitucional, como bem maior não se refere à vida apenas no seu aspecto biológico, mas à existência de uma vida com dignidade e qualidade, indicando que a relação estabelecida entre o homem e o meio ambiente não se deve pautar pelo desprezo à biodiversidade e sua completa destruição (PEREIRA, 2004).

Nesse sentido, verifica-se pelo papel que representa na manutenção da qualidade de vida e saúde humanas, a biodiversidade é considerada bem jurídico que merece receber a devida proteção do Direito Penal. Como consequência disso, tem-se que o bem jurídico a ser tutelado, no crime de biopirataria, é a biodiversidade, compreendida por todos os elementos naturais (dimensão material) e conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético que a constituem (dimensão imaterial) (PEREIRA, 2004).

Portanto, a criminalização da biopirataria tem por fim proteger a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais a ela associados, coibindo condutas que visem à apropriação indevida desse patrimônio genético e dos conhecimentos dos povos tradicionais referentes à biodiversidade em desacordo com os preceitos estabelecidos na norma internacional regulamentadora (SANTILLI, 2007).

3.2.2 Normas penais em branco e a tipificação da biopirataria

Na esfera da criminalização de novos riscos, o Direito Penal tende a sancionar condutas que estejam em desacordo com o determinado em normas administrativas ou em atos e procedimentos estabelecidos pela Administração, como no caso das licenças e autorizações, por exemplo. Isso ocorre em função de dois fatores principais, conforme explica Machado (2004, p. 171): a) existência de uma infinidade de ações passíveis de causar risco ou dano, o que não permite a adoção de um padrão geral de condutas por poder conduzir a um casuísmo exagerado e, ainda assim, ineficiente; b) impossibilidade de a norma penal regular todas as situações de risco advindas do processo tecnológico, já que ficaria sujeita às constantes mudanças decorrentes das novas descobertas e inovações técnicas, o que não se compatibiliza com a necessária estabilidade dos regramentos penais

Dessa maneira, a regulação jurídico-penal de setores como o meio ambiente, os quais são condicionados por fatores histórico-sociais exigindo constante e variável atividade normativa, dá-se mediante a aplicação das denominadas normas penais em branco (PRADO, 2009).

No mesmo sentido, Prado (2009, p. 83) esclarece que, na lei penal em branco, o complemento proibido vem apenas enunciado ou indicado, sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade. No entanto, o autor lembra de ser essencial que o preceito fixe, com clareza, os limites de sua integração por outro diploma legal.

Por esse motivo, tem sido muito frequente o uso da técnica legislativa das normas penais em branco em matéria ambiental. Portanto, a constante utilização das normas penais em branco em tipos que visem à proteção ao meio ambiente justifica-se pela complexidade e difícil determinação que caracterizam o bem ambiental, em que as agressões a ele cometidas acabam assumindo as mais diversas formas, dificultando a tarefa do legislador na elaboração de tipos penais (PRADO, 2000, p. 91).

Ao pensar na tipificação da biopirataria, deve-se ter em mente a dificuldade encontrada pelo legislador: a) na definição de termos técnicos específicos que porventura estejam relacionados à biopirataria; b) na pormenorização de todas as situações de risco que venham atingir a biodiversidade, mormente no que diz

respeito à apropriação de seus elementos e dos conhecimentos tradicionais a ela associados, o que justificaria o uso das normas penais em branco, nesses casos (PRADO, 2009).

Assim, a tentativa de criminalização da biopirataria, bem como a adequação de tipos penais e sanções já existentes são instrumentos importantes no combate à apropriação ilícita da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, já que a norma penal incriminadora (em função da ineficiência de outros meios menos gravosos) exerce papel não apenas de controle, mas também de prevenção do surgimento de condutas lesivas a bens jurídicos relevantes (MINAHIM, 2010).

3.3 O Crime de Biopirataria e os costumes Tradicionais de Comunidades Locais

A noção de conhecimento tradicional associado à biodiversidade encontra-se definida pela Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015, como:

II - Conhecimento tradicional associado - informação ou prática de população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético (BRASIL, 2015).

Bessa Antunes (2002) anota os aspectos fundamentais do referido inciso da Lei nº13.123/2015, enumerando em primeiro lugar, que o sujeito tutelado, neste caso, não é uma pessoa física ou jurídica, mas uma comunidade e em segundo lugar, aponta como característica marcante do conhecimento tradicional, ser este tipo de conhecimento de natureza coletiva, que não pertence, portanto, individualmente a ninguém, já que é fruto de uma atividade coletiva. Em terceiro lugar, o doutrinador adverte que o termo comunidades tradicionais não deve ser equiparado indevidamente a comunidades pobres ou marginalizadas, pois representa qualquer população que pratique um modo de vida tradicional, a exemplo das comunidades locais ou indígenas (BRASIL, 2015).

Acerca do conceito de populações tradicionais Antunes discorre:

[...] aquelas que, em princípio, encontram seus habitats em florestas nacionais, reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável, ou seja, os grupos que são conhecidos como povos da floresta, caiçaras ou outros que, reconhecidamente, tenham uma forma de vida peculiar e característica, distinguindo-os na comunidade nacional (ANTUNES, 2002, p. 118-119).

Santilli conceitua os conhecimentos tradicionais, a seguir:

[...] vão desde técnicas de manejo de recursos naturais até métodos de caça e pesca, conhecimentos sobre os diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorizações e classificações de espécies de flora e fauna utilizadas pelas populações tradicionais (SANTILLI, 2005, p. 85).

No que diz respeito às populações tradicionais e seus conhecimentos associados, a Política e Programa Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos reconhece as práticas populares de uso de plantas medicinais e remédios caseiros e a repartição dos benefícios derivados do uso dos conhecimentos tradicionais associados e do patrimônio genético, cabendo enfatizar ainda a promoção da inclusão da agricultura familiar nas cadeias e nos arranjos produtivos das plantas medicinais, insumos e fitoterápicos (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Acerca dos costumes tradicionais das comunidades locais a Política e Programa Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos tem o seguinte posicionamento:

O Brasil é reconhecido por sua biodiversidade. Essa riqueza biológica torna-se ainda mais importante porque está aliada a uma sociodiversidade que envolve vários povos e comunidades, com visões, saberes e práticas culturais próprias. Na questão do uso terapêutico das plantas, esses saberes e práticas estão intrinsecamente relacionados aos territórios e seus recursos naturais, como parte integrante da reprodução sociocultural e econômica desses povos e comunidades (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Nota-se que quanto aos costumes tradicionais de comunidades locais em explorar a riqueza biológica, não se caracteriza crime de biopirataria, pois são práticas intrínsecas a elas que por tradição cultural eles se valem dos recursos terapêuticos naturais, tanto para o seu uso próprio como para o comércio.

A própria Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos os reconhece e incentiva as práticas populares de uso de plantas medicinais e remédios caseiros, reconhecendo, ainda como uma forma, mesmo que tímida, de combate a biopirataria (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

CONCLUSÕES

A biopirataria remota da dominação dos colonizadores para com os povos colonizados, já com a descoberta países subdesenvolvidos do Sul. Os lusitanos que aqui chegaram não vieram para admirar a beleza e grandiosidade da biodiversidade brasileira. Seu interesse era explorar a terra e seus recursos naturais, retirando

daqui tudo o que de valor fosse encontrado, subjugando e escravizando os detentores originais da terra, de que se apropriaram

Por biopirataria, entende-se que consiste no desvio ilegal das riquezas naturais (flora, fauna e águas) e do conhecimento das populações tradicionais sobre a utilização dos mesmos. Este mal enfraquece e abate o Brasil, com a perda de um imprescindível patrimônio genético e biosférico, ainda longe de ser mensurável do ponto de vista econômico, mas que já é explorado pela ganância internacional.

A pesquisa apontou para a existência de um processo de dominação que continua sendo exercido pelos países desenvolvidos e, no momento histórico recente, é representado pela biopirataria, por meio da qual esses países desenvolvidos se apropriam da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais das populações locais, sob a proteção jurídica dos direitos de propriedade intelectual.

Ao mesmo tempo em que o ser humano, com as suas tecnologias, pode dominar o meio em que vive e explorar de forma cada vez mais eficiente os recursos naturais do planeta, percebe-se que esses recursos não são mais inesgotáveis e que o próprio ser humano, com a sua atitude individualista, já causou um desequilíbrio que pode ser irreversível. Além disso, o progresso tecnológico, ao contrário de aumentar a distribuição de renda, acabou por concentrar a riqueza nas mãos de um número reduzido de pessoas, fazendo-se crescer a pobreza mundial.

Considerando-se que a biopirataria tem como elemento propulsor o aspecto econômico, representado na biodiversidade, inferiu-se que tal aspecto econômico serve, de um lado, para fomentar a biopirataria e garantir o processo de exploração levado a efeito pelos países desenvolvidos através de suas empresas transnacionais de biotecnologia e, de outro lado, esse mesmo aspecto econômico pode ser o diferencial para uma política nacional e sub-regional de desenvolvimento sustentável.

Verificou-se que as normas incriminadoras que tutelam a biodiversidade brasileira não possuem aptidão para impedir a apropriação do patrimônio biogenético e dos conhecimentos tradicionais a ele associados. Isso porque, a legislação nacional que cuida do assunto é incapaz de desestimular, eficazmente, a prática de atos de biopirataria já que as sanções previstas na Lei de Crimes Ambientais, além de muito brandas, despendem o mesmo tratamento legal tanto ao caboclo (que possui o costume de abater animais silvestres para consumo próprio), quanto ao traficante de animais silvestres e aquele que se apropria da

biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais e os encaminha para pesquisa em laboratórios estrangeiros, que patenteiam esses produtos sem respeitar os preceitos previstos na CDB (BRASIL, 2006).

Assim, torna-se imperiosa a existência de tutela penal efetiva que contribua para a preservação e adequada utilização de elementos da biodiversidade, a fim de tipificar condutas ainda não vislumbradas ou inadequadamente apenadas pela Lei dos Crimes Ambientais. Isso, porque não se pode esquecer que o Direito Penal exerce papel fundamental na intimidação e prevenção de crimes, contribuindo para melhor tutelar bens jurídicos considerados de grande relevância.

No que diz respeito às populações tradicionais e seus conhecimentos associados, a Política e Programa Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos reconhece as práticas populares de uso de plantas medicinais e remédios caseiros e a repartição dos benefícios derivados do uso dos conhecimentos tradicionais associados e do patrimônio genético (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Notou-se que, no que diz aos costumes tradicionais de comunidades locais em explorar a riqueza biológica, não se caracteriza crime de biopirataria, pois são práticas intrínsecas a elas que por tradição cultural eles se valem dos recursos terapêuticos naturais, tanto para o seu uso próprio como para o comércio. A própria Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos os reconhece e incentiva as práticas populares de uso de plantas medicinais e remédios caseiros, reconhecendo, ainda como uma forma, mesmo que tímida, de combate a biopirataria. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2016).

Por fim, destaca-se a necessidade de uma maior proteção dos conhecimentos tradicionais das populações locais e indígenas e a repartição de benefícios decorrentes de seu uso que ainda não estão assegurados de maneira explícita na normativa nacional que trata sobre o tema de proteção à diversidade e combate à biopirataria vez que não contou com a consulta livre, prévia e informada conforme exige a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Diversidade biológica e conhecimento tradicional associado**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na nova ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Legislação da Presidência da República. **Diário Oficial da União** de 24/08/2001, Brasília/DF. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=MPV&numero=2186-16&ano=2001&ato=e5cUTU610MNpWT417>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.974, de 5 de janeiro 1995. Palácio do Planalto, 2015. **Diário Oficial da União** de 06/01/1995, Brasília/DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. **Convenção sobre Diversidade Biológica Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança**. Curitiba - março 2006. Disponível em: <https://www.cbd.int/cop/cop-presidency/cop-08-presidency-report-pt.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. Decreto 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05.06.1992. **Diário Oficial da União** de 17/03/1998, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Decreto 4.339, de 22 de agosto de 2002. Institui princípios e diretrizes para a implementação da Política Nacional da Biodiversidade. **Diário Oficial da União** de 23/08/2002, Brasília/DF. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=4339&ano=2002&ato=a8ecXSq5UNNpWTa69>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Decreto 4.703, de 2 de maio de 2003. Dispõe sobre o Programa Nacional da Diversidade Biológica - PRONABIO e a Comissão Nacional da Biodiversidade, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 03/05/2003, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4703.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Decreto 65.057, de 26 de agosto de 1969. Dispõe sobre a concessão de licença para a realização de expedições científicas no Brasil e da outras providências. **Diário Oficial da União** de 27/08/1969, Brasília/DF. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=65057&ano=1969&ato=fffUTQE9kejRVt18>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Decreto 8.772, de 11 de maio de 2016. **Diário Oficial da União** de 12/05/2016, Brasília/DF Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8772.htm#art119. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. Decreto 98.830, de 15 de janeiro de 1990. Dispõe sobre a coleta, por estrangeiros, de dados e materiais científicos no Brasil, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 16/01/1990, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d98830.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da União** de 25/03/2005, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015. **Diário Oficial da União** de 21/05/2015, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm#art50. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** de 13/02/1998, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Diário Oficial da União** de 08/11/1988, Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Direito ambiental e o novo humanismo ecológico. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, 44, p. 27-40, 1992.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Biotecnologia**: análise crítica do marco jurídico regulatório. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ETC Group. - **Action Group on Erosion, Technology and Concentration**. ETC Group, 2014. Disponível em: <http://www.etcgroup.org/en/issues/biopiracy>. Acesso em: 13 mar. 2022.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Tradução de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

HATHAWAY, David. A biopirataria no Brasil. In: ROTANIA, Alejandra Ana; WERNECK, Jurema (Orgs.). **Sob o signo das bio**: vozes críticas da sociedade civil. Reflexões do Brasil. Rio de Janeiro: E-papers Serviços Editoriais, 2004.

IDCID. **Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento**. IDCID, 2007. Disponível em: <http://www.idcid.org.br/>. Acesso em: 13 mar. 2022.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Proteção da Biodiversidade: um direito humano fundamental. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado. **Desafios do Direito Ambiental no século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2004.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. Tutela jurídica do acesso à biodiversidade no Brasil. **Meio Ambiente**. Série Grandes Eventos da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, vol. 1, p. 1-13, 2004.

KREUZER, Helen; MASSEY, Adrienne. **Engenharia genética e biotecnologia**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

MACHADO, Maíra Rocha. Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena. **Coleção Direito GV**. São Paulo: Ed. 34/ Edesp, 2004.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência e glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. Tipificação da biopirataria. In: SILVA, Solange Teles da; CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Coords.). **Código Florestal**: desafios e perspectivas. São Paulo: Fiuza, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política e Programa Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos**. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_programa_nacional_plantas_mediciniais_fitoterapicos.pdf. 2016. Acesso em: 06 jun. 2022.

MIRANDA, Jorge Babot. **Amazônia**: área cobiçada. Porto Alegre: AGE, 2005.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética**. O sétimo dia da criação. São Paulo: Moderna, 1995.

PEREIRA, Maria Fernando Pires de Cravalho. Sobre o direito à vida e ao meio ambiente frente aos princípios da dignidade humana e da razoabilidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. **Proteção penal do meio ambiente**: fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REIS, Ana Regina. A engenharia da vida: elementos para uma reflexão sobre o biopoder e o controle social. In: ROTANIA, Alejandra Ana; WERNECK, Jurema (Orgs.). **Sob o signo das bio**: vozes críticas da sociedade civil. Reflexões do Brasil. Rio de Janeiro: E-papers Serviços Editoriais, 2004. vol. 1.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTILLI, Juliana. Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos. In: BARROS, Benedita da Silva et al. (Orgs.). **Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi e Centro Universitário do Pará, 2007.

SANTILLI, Juliana. Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos. In: MATHIAS, Fernando; NOVIUON, Henry de (Org.). **As encruzilhadas da modernidade**: debate sobre biodiversidade, tecnociência e cultura. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005.

VALOIS, Afonso Celso Candeira. Biodiversidade, biotecnologia e propriedade intelectual (um depoimento). **Cadernos de Ciência & Tecnologia**. Brasília, vol. 15, especial, p. 21-31, 1998.

VARELLA, Marcelo Dias; FONTES, Eliana; ROCHA, Fernando Galvão da. **Biossegurança e biodiversidade**: contexto científico e regulamentar. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Reflexões sobre a biopirataria, biodiversidade e sustentabilidade. In: SILVA, Leticia Borges da; OLIVEIRA, Paulo Celso de (Coords.). **Socioambientalismo**: uma realidade. Homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2007.

DA JURISTOCRACIA À MINISTROCRACIA: a disfuncionalidade constitucional no Brasil

FROM JURISTOCRACY TO MINISTROCRACY: constitutional dysfunctionality in Brazil

Charlles de Paula Santos¹

Jorge Heleno Costa²

Recebido/Received: 19.10.2022/Oct 19th, 2022

Aprovado/Approved: 09.01.2023/Jan 9th, 2023

RESUMO: O presente artigo tem o condão de demonstrar como a atuação do Supremo Tribunal Federal tem impactado no jogo democrático, por meio do conceito de juristocracia de Ran Hirschl, que, ao ser aplicado no sistema constitucional brasileiro, parece ir além da questão normativa ou opção política de transferência de poderes das elites políticas ao judiciário. Partindo da juristocracia de Ran Hirschl, passa-se ao conceito de ministocracia, que pode ser considerada uma face mais acentuada de todo poder da mais alta Corte jurídica dada à investidura de cada ministro. Para o desenvolvimento deste estudo, foi utilizada uma revisão bibliográfica com obras relacionadas ao tema. Evidenciou-se que a juristocracia “à brasileira” é guiada pelo ativismo judicial criando uma Corte Constitucional *sui generis* em estados democráticos de direito. O Supremo Tribunal Federal ganhou o poder pelas mãos das elites políticas, afastou-se do direito, e seus ministros tornaram-se membros ativos dessas elites, sendo todo o poder do Estado distribuído pelos onze porta-vozes da juristocracia brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: juristocracia; ministocracia; elites políticas; freios e contrapesos; constitucionalismo.

ABSTRACT: This article has the power to demonstrate how the performance of the Federal Supreme Court has impacted the democratic game, through Ran Hirschl's concept of juristocracy, which, when applied in the Brazilian constitutional system, seems to go beyond the normative issue or political option transfer of powers from political elites to the judiciary. Starting from Ran Hirschl's jurisprudence, we move on to the concept of ministocracy, which can be considered a more accentuated face of all the power of the highest juridical court given to the investiture of each minister. For the development of this study, a literature review was used with works related to the theme. It was evidenced that the “Brazilian” juristocracy is guided by judicial activism creating a *sui generis* Constitutional Court in democratic states of law. The Federal Supreme Court gained power at the hands of political elites, moved away

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). E-mail: charlescav@gmail.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6969040143289289>

² Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Professor universitário no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Advogado. E-mail: jorleno23@yahoo.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0877262646764607> Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2272-1522>

from the law, and its ministers became active members of these elites, with all state power distributed among the eleven spokespersons of Brazilian juristocracy.

KEYWORDS: juristocracy; ministocracy; political elites; checks and balances; constitutionalism.

INTRODUÇÃO

O formato de uma democracia está atrelado à cultura do povo ou da região geográfica do estado que a adota como regime político. Desde suas conceituações clássicas até as atuais, a democracia vem sofrendo alterações no que tange a seu formato e a sua aplicação para com o povo, mas sem perder sua essência. A etimologia da palavra democracia, em grego *demokratia*, expressa a relação entre povo (*demo*) e poder (*kratia*) ainda mantida nas mais diversas formas de organização de estado.

Um regime democrático é, em suma, oposto a regimes totalitários, autocráticos, oligárquicos, e como pauta deste artigo, a democracia é contrária também a um regime juristocrata. O termo juristocrata é adjetivo de um estado que tem a juristocracia, termo cunhado por Ran Hirschl, como regime político. Consiste em um fenômeno no qual ocorre transferência de poderes do executivo e do legislativo para o judiciário. Nesse contexto, podem ocorrer o advento de uma nova constituição, revisões de constituições vigentes ou ativismo judicial. Traçando um paralelo de conceitos, enquanto na democracia o poder é do povo, na juristocracia a ordem política é regida por juízes.

A juristocracia está presente no Brasil, sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) e seus ministros, juntamente com as elites políticas, os fiadores deste fenômeno. O STF, sob o manto do neoconstitucionalismo, com atuação ativista e deliberado arbítrio de uma hermenêutica principiológica, rompe com o campo técnico do direito quando, além de expandir com a jurisdição constitucional, extrapola suas funções constitucionais e ingressa na arena política como mais um ator da elite política colocando em risco o preceito da independência e harmonia entre os Poderes e a democracia representativa.

Nesse cenário, o país fica imerso em uma “juristocracia 2.0” para além do que Ran Hirschl nos apresentou em suas obras, do mesmo modo que a Corte vem sendo utilizada como estratégia de oposição governamental ou via legiferante para

organismos políticos sem representação no legislativo promovendo o estamento juristocrata.

A acentuação de poder do judiciário ganha destaque com a teoria da ministocracia, um conceito criado por Arguelhes e Ribeiro (2018) que deixa claro que o poder da Corte se dividiu para cada um de seus membros monocraticamente. Continuando na linha dos autores, essa “política constitucional se torna errática, criando problemas para a justificação do poder do tribunal em um regime democrático” (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 13).

Nesse contexto, este trabalho pretende demonstrar como a atuação do STF tem impactado no jogo democrático, ao criar um “estado juristocrata” e, gerando tensões no cenário político e jurídico que beiram a rupturas institucionais. Trata-se de uma temática recente e atual que merece uma atenção especial de ramos do direito, principalmente na filosofia do direito, teoria do estado, ciência política e no ramo principal, direito constitucional.

A importância do trabalho se apoia nos trilhos da Constituição junto com decisões e posicionamentos do STF que fomentaram o debate público e acadêmico no que tange à separação dos poderes e a sensação de insegurança jurídica que paira no ordenamento. Nesse cenário, a pesquisa visa atingir um público-alvo de acadêmicos e pesquisadores jurídicos e, assim, contribuir com a discussão acadêmica relativa ao tema no Brasil.

No capítulo sobre a *práxis* da juristocracia é mencionado o funcionamento do estado juristocrata com um breve histórico de sinais deste fenômeno identificados em épocas remotas.

Já no capítulo da jurisdição constitucional juristocrata é discorrido o tema sob ditames constitucionais elaborados e calculados para uma finalidade de supremacia política da corte constitucional brasileira.

Do poder é o título de um capítulo que tenta esclarecer a relação entre os atores detentores do poder estatal e utilização do sistema judiciário constitucional como meio para atingirem seus objetivos políticos.

E no capítulo derradeiro de desenvolvimento, tendo como título os ministros como membros da elite política, é explorado a confusão funcional de ministros da corte que muitas vezes se manifestam como políticos, sejam sob a toga e a caneta em suas decisões ou em seus mais diversos e constantes pronunciamentos públicos.

Para o desenvolvimento deste estudo será utilizada uma revisão bibliográfica a partir de publicações em livros, artigos, dissertações e teses acadêmicas relacionadas direta ou indiretamente com o tema.

O tema será analisado a partir da teoria da juristocracia (HIRSCHL, 2020), da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com destaque para as alterações constitucionais responsáveis por mudanças significativas nas atribuições e competências inerentes ao poder judiciário, em especial a Suprema Corte.

Os materiais serão selecionados a partir da variável de interesse. Posteriormente, será realizada uma leitura exploratória de todo o conteúdo selecionado para determinação das fontes que abordem o conteúdo a ser pesquisado de forma que possibilitem a obtenção das respostas ao problema de pesquisa.

1 A PRÁXIS DA JURISTOCRACIA

Os ministros do STF atuam com desprezo pela vontade do povo e pelos ditames constitucionais e levam o país para mais próximo do absolutismo de Thomas Hobbes do que para a democracia liberal consolidada desde a Convenção Constitucional da Filadélfia (1787). De uma maneira velada, o modelo Hobbesiano de Estado é ressuscitado, alimentado e estimulado por meio da interpretação de parte dos “constitucionalistas” que defendem a existência de Constituições dirigentes (SACOMAN, 2018).

No período absolutista, o poder do rei era sustentado com fulcro no direito natural, em que o soberano era visto como uma divindade dotada de poderes absolutos concedidos por Deus. Hoje, sob o manto do neoconstitucionalismo, os “reis” contemporâneos usam togas e se apoiam em teses fundamentadas no arbítrio de uma interpretação ilimitada do texto constitucional sob a máscara da hermenêutica. Muitas vezes decidem de forma monocrática questões nacionais e interferem em outros poderes como um “método de perseguir objetivos políticos” (HIRSCHL, 2020, p. 30).

Destarte, o conjunto de direitos de primeira geração, também chamados de direitos negativos, base do constitucionalismo, teria que ser a régua para medir o tamanho de uma corte constitucional em uma democracia, embora não ocorra na

prática. O surgimento dos direitos de segunda, terceira, quarta e até mesmo quinta geração apresenta uma carga prestacional no rol constitucional que, à luz da realidade estatal, é impraticável. Esses pacotes de direitos trazidos e defendidos pelos neoconstitucionalistas acarretam uma expansão do judiciário não só no direcionamento de políticas públicas, mas em todo o campo político, pois muitas vezes são mandamentos constitucionais sem objetividade, que formam um campo aberto de atuação para os interpretativistas progressistas. Sobre a estrutura de uma constituição e seu reflexo futuro na sistemática de aplicação do direito, temos o ensinamento de Bonavides (2019):

As constituições concisas ou breves resultam numa maior estabilidade do arcabouço constitucional, bem como numa flexibilidade que permite adaptar a Constituição a situações novas e imprevistas do desenvolvimento institucional de um povo, as suas variações mais sentidas de ordem política, econômica e financeira, a necessidades, sobretudo, de improvisar soluções que poderiam, contudo, esbarrar na rigidez dos obstáculos constitucionais (BONAVIDES, 2019, p. 91).

Diversos autores têm notado a disparidade do judiciário contra os outros dois poderes. Segundo Barbosa (2019, p. 21), a juristocracia que tem se fortalecido em democracias ocidentais entra em choque com o constitucionalismo liberal e fragiliza as Constituições, “tornando-as disfuncionais e incapazes de assegurar o equilíbrio de poderes, a defesa de direitos e conter o abuso do poder estatal”.

O conceito de juristocracia de Ran Hirschl (2020), ao ser aplicado no sistema constitucional brasileiro, parece ir além da questão normativa ou opção política de transferência de poderes ao judiciário. A juristocracia “à brasileira” é inflada pelo ativismo judicial criando uma Corte Constitucional *sui generis* em estados democráticos de direito.

Braga (2021, p. 63) estende o conceito de juristocracia para além de um “governo de juízes” e adiciona outros atores, como aplicadores da lei, jurisconsultos, acadêmicos, educadores e reguladores morais. Assim, políticos (geralmente os ligados à ideologia progressista), OAB e imprensa tradicional também fazem parte do que se conceitua como uma oligarquia contemporânea, pois esta não se compõe apenas por juízes, mas por toda elite jurídico-política.

Nesse sentido, basta ver o tratamento de grande parte da imprensa tradicional para com o STF, dentre tantos veículos de mídia do *mainstream* é difícil encontrar qualquer crítica à Corte. O mais comum são as bajulações e endossos, principalmente se as decisões forem ao encontro dos ideais progressistas.

A juristocracia parece ter tomado o lugar da democracia no Brasil a partir do momento em que atores políticos delegaram seus poderes para a Suprema Corte como uma saída para frear as consequências da perda de apoio popular em relação à hegemonia ideológica e potenciais perdas de controle sobre a arena majoritária de representação política (HIRSCHL, 2020).

Segundo os autores Barbosa e Carvalho (2016), no Brasil, não há um processo de judicialização no ordenamento jurídico brasileiro, mas de representação política pelo exercício judicial. É salutar ressaltar que não compete ao STF a prerrogativa de representar o cidadão na esfera política, muito menos se aliar a organismos políticos de fácil e contínuo trânsito na Corte.

Nessa abordagem de coexistência entre executivo, legislativo e judiciário “a teoria da tripartição dos poderes, formulada por Montesquieu em meados do século XVIII, tem sido relativizada, não só pela delegação legislativa ao poder executivo em casos especiais, mas especialmente pela judicialização da política” (SACOMAN, 2018, p. 8).

Em Rumo à Juristocracia, no Capítulo IV, Ran Hirschl (2020) faz uma análise sistemática quantitativa e qualitativa jurisprudencial das cortes supremas dos países Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul até o ano de 2002. Considerando a contemporaneidade das “revoluções constitucionais” desses quatro países com a promulgação da Constituição brasileira, seria impraticável a realização de um mesmo estudo jurisprudencial sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal em um único capítulo ou até mesmo em um único volume literário, haja vista os fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e da politização do judiciário que incham a pauta das decisões monocráticas, das turmas e do plenário com os mais diversos temas, muitos sem caráter constitucional.

Os ministros do STF parecem não se contentar com a investidura jurídica e as prerrogativas que a constituição lhes garante e tendem a fazer política com suas decisões. Pelo grau de holofotes sobre a corte, a toga não mais representa juízes e está mais próxima de um traje que identifica a cúpula da elite política nacional. Segundo Bittar (2018, p. 674), com o apoio de atores da elite política podemos observar que “o discurso jurídico pode servir como elemento ideológico e significar a contenção de ideais de liberdade, quando o direito se torna instrumento do poder descaracterizando-se de sua função”.

2 DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL JURISTOCRATA

Pode-se dizer que no Brasil houve dois momentos normativos de afirmação da juristocracia: a promulgação da Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional nº 45. A Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988), na transição do Governo militar (1964 - 1985) para o Estado constitucional atual, possuía uma parcela pouco significativa de representantes do espectro liberal e conservador na sua composição política. Essa guinada progressista pavimentou o caminho da hipertrofia do poder judiciário deixando um traçado para a juristocracia com um fortalecimento ab incunabulis do judiciário. Nesse cenário, uma possível mudança representativa majoritária logo após a promulgação da constituição em muitos assuntos constitucionalizados poderia não estar em sintonia com a vontade das elites políticas. Nessa linha, o jurista Amauri Feres Saad (2021) observa que existia a intenção de transferência de maiores poderes ao judiciário logo na Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Nesse sentido, de acordo com Ran Hirschl (2020, p. 26),

no caldeirão ideológico da Constituinte, a elite patrimonialista do centro se uniu à esquerda, e deu ao Brasil uma constituição absolutamente adequada para a instalação da juristocracia. O judiciário era mais previsível (e controlável) do que o eleitorado. O resultado é que não há política pública ou ato do executivo, no Brasil, em qualquer área, que não possam ser afetados pelo judiciário. E hoje a juristocracia já está tão escancarada que nem certos limites da própria constituição de 1988 são mais respeitados.

A elite política, representante do poder constituinte originário na promulgação da Constituição de 1988, bem como a sucessão dos membros das elites em mandatos eletivos e funções comissionadas espalhadas por nossa estrutura estatal burocrata, já criava o trono para o Judiciário reinar e tornar-se referência de poder para a concretização dos objetivos políticos deste grupo dominante. Um dos fatores determinantes que ajudaram a moldar a constituição, canalizando no STF praticamente todas as decisões nacionais, ocorreu quando as elites políticas perceberam que pelo sufrágio universal estariam na iminência de perda de poder, ainda que por alternância de mandatários (essência da democracia), sendo que estas elites temiam sair, segundo Barbosa (2019, p. 11), “derrotadas nas urnas por candidaturas mais identificadas com a vontade e os interesses da maioria”. Ainda segundo o autor, tal situação é oportunizada “quando candidaturas populares, usando das regras da democracia representativa que tradicionalmente beneficiou as

elites, deixa de funcionar em proveito desses mesmos grupos” (BARBOSA, 2019, p. 11).

Nessa linha, Ran Hirschl diz que a instalação de uma juristocracia consiste em um método de perseguir objetivos políticos e administrar negócios públicos, sendo endossada e defendida por acadêmicos, juristas e ativistas (HIRSCHL, 2020).

No caso brasileiro, o STF, além das competências e atribuições que lhe foram conferidas pela Carta Magna, apoia-se no neoconstitucionalismo e no ativismo judicial promovendo uma expansão da jurisdição constitucional. Esse cenário ainda é fortemente alimentado pelos legitimados a acionarem a corte diretamente quando sofrem derrotas nas arenas políticas. Ainda como *players* políticos na judicialização da política, ministros da corte atuam estrategicamente nos rumos de decisões de competências exclusivas dos outros dois poderes. Nesse sentido, a Suprema Corte definiu os limites de sua própria atuação nessa nova configuração constitucional (LUNARDI, 2020).

Existe uma corrente doutrinária, abafada no meio acadêmico e político, que defende uma constituição mais sintética, nos moldes da Constituição dos Estados Unidos da América. Uma constituição menos prolixa tende a diminuir o campo do ativismo judicial e pode evitar a manutenção de uma juristocracia. Frédéric Bastiat em 1850 na obra *A Lei* identificou uma virtude constitucional da América que perdura nos dias atuais, dizendo: “Trata-se do país do mundo em que a Lei mais permanece em seu papel, que é garantir a cada um sua liberdade e sua propriedade. [...] a ordem social parece repousar sobre as bases mais estáveis” (BASTIAT, 2019, p. 21).

Desse modo, o jurista brasileiro Amauri Saad (2021, p. 23) ensina sobre a virtude constitucional americana:

O exemplo de sucesso no mundo do constitucionalismo é o dos EUA, cuja constituição, promulgada em 1787 (e com apenas 27 emendas) permanece válida até hoje, sendo um verdadeiro sinônimo de identidade nacional naquele país; o exemplo oposto, da instabilidade, apesar de haver muitos outros, é o da França, que promulgou dezesseis constituições no período entre a revolução (1789) e 1958 - quase uma por década. O Brasil não é o melhor aluno da sala, nem o pior: está no meio do caminho, com oito constituições (até o momento, note-se bem).

O oposto às teorias constitucionais de sucesso mencionadas é a Constituição Brasileira que adotou uma espécie de panconstitucionalismo, uma doutrina do direito que defende a constitucionalização em excesso. Um exemplo de panconstitucionalização além da CRFB “é a expressão, já utilizada pelo Supremo

Tribunal Federal brasileiro, de ‘estado de coisas inconstitucional’, a justificar a intervenção da corte constitucional sobre situações que não sejam aquelas idealizadas na utopia sonhada pela Constituição” (BRAGA, 2020, p. 127).

No percurso da vigência da CRFB, as elites políticas na canalização de poderes ao judiciário continuaram atuando em reformas constitucionais. Foram promulgadas algumas emendas com forte carga de mudança constitucional, seja por relevância de matéria ou por volume de alterações, com destaque para a Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 30 de dezembro de 2004. Essa emenda trouxe novidades ao ordenamento jurídico, as quais ampliaram ainda mais o desequilíbrio de poderes em prol do judiciário, tanto que a doutrina nomeou a EC 45 como “Reforma do Judiciário”.

O custo político de uma Emenda Constitucional é alto devido ao quorum de aprovação, ao rito procedimental e às negociações políticas. Entretanto, contemporâneo a essa reforma estava em andamento um dos maiores esquemas de corrupção e de compra de votos de parlamentares, publicamente tratado como “mensalão”. A Ação Penal 470, de 2007, foi instaurada para tratar das denúncias contra inúmeras autoridades que envolveram estatais para manobrar recursos públicos em prol de apoios políticos nas votações de interesse do governo da época. Esse *modus operandi* de aprovação de matérias legislativas no mesmo momento da promulgação da EC 45 levanta suspeitas sobre um “judicialismo de coalizão” corroborando com a tese de Hirschl (2020) da transferência de poderes das elites políticas para o judiciário. Após treze anos de tramitação, desde 26 de março de 1992, a EC 45 foi promulgada no mesmo momento em que eram praticadas as manobras para aprovação de matérias legislativas citadas na Ação Penal 470, juntamente com uma política de governo denominada “presidencialismo de coalizão”.

A amplitude da EC 45 pode ser percebida pela quantidade de dispositivos constitucionais modificados nos artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, bem como acrescentou os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A.

Em se tratando de hipertrofia do poder judiciário, houve ampliações indiretas dos poderes da Corte não pelo aumento de competências ou prerrogativas, mas pelo acréscimo de legitimados com acesso ao STF. Ou seja, o número de vias para

acesso ao Pretório Excelso vai na linha da teoria da juristocracia, canalizando cada vez mais na Corte não só os temas de constitucionalidade como também os de legalidade e as decisões de cunho político.

Outra característica juristocrata da EC 45 é o advento da Súmula Vinculante contida no art. 103-A da CRFB. Sob o pretexto de normalização jurisprudencial, criou-se com esta emenda constitucional um instituto jurídico para a Corte ter mais um caráter legiferante na conjuntura política. Esse canal legislativo do STF, muito utilizado pelas elites políticas, ficou comprovado quando a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 19 de outubro de 2021 tratou de uma matéria interna em seu conselho pleno, com relação à atuação de advogados pareceristas e insegurança jurídica, e, ao invés de motivar o poder legislativo federal, já que a atividade da advocacia é regulamentada por lei federal, preferiu propor uma edição de súmula vinculante ao Supremo. A OAB como um dos órgãos mais importantes do direito nacional, sendo seus representantes sabedores do ordenamento jurídico, ignora o devido rito pelo processo legislativo e pode ser considerada um dos maiores fiadores da juristocracia, como diz Braga (2021), a OAB faz parte de uma tecnocracia jurídica juntamente com quem vai decidir e apoiar seus intentos. Assim Oscar Vilhena Vieira (2008) diz:

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal, superando a fase em que as chaves de acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo só eram conferidas ao Procurador Geral da República. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa (VIEIRA, 2008, pp. 7-8).

Esse volume de ações e processos poderia ser reduzido se melhor fosse utilizado o instituto do controle difuso de constitucionalidade, mecanismo de defesa da supremacia da Constituição, no qual jurisdições inferiores não puramente constitucionais, mas geralmente com juízes de carreira, aplicam a interpretação constitucional como filtragem para que demandas indevidas sejam evitadas na mais alta Corte. Em suma, “a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno” (VIEIRA, 2008, p. 7).

Vale destacar que a forma de controle de constitucionalidade adotada na Constituição de 1988 é um dos principais fatores dessa constante ampliação da jurisdição constitucional e conseqüentemente da sobreposição do judiciário ante os

outros dois poderes, principalmente o Executivo, que não dispõe de subterfúgio baseado na teoria dos Freios e Contrapesos para fazer frente às intromissões do STF. Assim, pode-se dizer que “a adoção do *Judicial Review* no contexto das Constituições Sociais traz elevado risco à democracia” (SACOMAN, 2018, p. 10).

O arcabouço normativo constitucional e institucional positivado que outrora foi decidido na Assembléia Constituinte fornece uma base à atuação da Suprema Corte muito além do controle de constitucionalidade. A Corte ainda possui como *longa manus* o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), este último órgão criado na EC 45.

3 DO PODER

Aqui vale esta exposição sobre poder, pois nota-se que, além da via de transferências de poderes ao judiciário com a promulgação da Constituição de 1988 e alterações constitucionais e legislativas subsequentes, o Poder Judiciário ampliou o campo de atuação e limites dos seus próprios poderes.

Nesse sentido, importante é ilustrar o quanto são abandonados princípios basilares constitucionais e limites de competências de cada autoridade quando, “embriagados pelo poder de criar normas constitucionais, os tribunais constitucionais tampouco exitam em alterar a Constituição, a pretexto de ‘atualizá-la’, conferindo a si próprios um verdadeiro Poder Constituinte Reformador” (BRAGA, 2020, p. 128).

Esse cenário de superforça do judiciário dá novos contornos políticos, inclusive de tensionamentos ao preceito constitucional da harmonia e independência entre poderes, quando atores políticos transferem para o STF divergências que deveriam ser resolvidas no próprio âmbito político, no momento em que percebem que seus posicionamentos tendem à derrota nas disputas políticas de caráter majoritário. À vista disso, quem se apodera de um ramo de poder tende a deixar o oponente mais fraco, mas, neste estudo de relação de poderes constituídos, temos o STF à frente de todas as questões nacionais. Ran Hirschl (2020, p. 89) traz luz ao assunto afirmando que “a retirada do poder sobre políticas públicas das legislaturas e dos executivos e sua transferência aos tribunais pode se tornar atrativa para os detentores do poder político quando a disputa for indesejada como debate público”.

Ao atingir esse protagonismo decisório como o Poder mais forte nas questões nacionais, o STF, com o apoio de elites políticas, tende a não recuar nas suas

incursões, adentrando nas searas dos outros Poderes, sem uma medida constitucional eficaz como a teoria dos freios e contrapesos. Assim, Montesquieu (2000, pp. 166-167) descreve sobre os detentores de poder:

Trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.

Para evitar os abusos dos detentores dos poderes, as constituições se assemelham a contratos. Guardadas as devidas proporções destes institutos jurídicos, as constituições explicitam obrigações e delimitam as ações dos autores pela legalidade. Mas, caso ocorra uma sobreposição de um poder aos outros, a ordem constitucional consequentemente será substituída por uma nova, ou seja, quebra-se o pacto constitucional anterior e assina-se outro (SAAD, 2021, pp. 22-23). Essa nova ordem constitucional pode acontecer sem o acionamento de um poder constituinte originário por meio de emendas via poder legislativo ou de forma mais acintosa, via interpretativismo do STF. São os juristocratas que aos poucos vão impondo esse novo regime.

Esse desequilíbrio entre poderes e a manutenção da juristocracia torna os modelos de mecanismos de controle sobre a atuação do Judiciário muito frágeis, o que potencializa as possibilidades de abuso do poder (BARBOSA, 2019, pp. 14-15).

Uma forma de manutenção e ampliação de poder é uma modalidade conhecida na doutrina como Mutação Constitucional. Trata-se de uma prática fundamentada no neoconstitucionalismo, não prevista na constitui o, mas que   adotada pela nossa Corte para alterar um dispositivo legal dando-lhe um novo sentido sem alterar a forma literal. Este método de mudança da constitui o leva a um interpretativismo desenfreado.

Este interpretativismo ganha apoio na doutrina e ocupa as cadeiras do STF. Santos (2018), no artigo Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico de Dimitri Dimoulis desmascara aquele que pode ser considerado o mensageiro do neoconstitucionalismo no Brasil ou, como diz o autor, o “expoente máximo” da teoria neoconstitucionalista, o ministro Luís Roberto Barroso. No momento em que o ministro escreve sobre o termo “força normativa da constitui o” de Konrad Hesse, pode-se perceber que o que Barroso difere totalmente do que diz o autor originário, quando “Hesse diz X, Barroso reafirma o que Hesse diz como sendo Y” (SANTOS, 2018, p. 32-33).

Com o atual *status* juristocrata, sem freios e contrapesos e com apoio das elites políticas, Barroso e seus pares transformam-se em “uma oligarquia encarregada de decifrar as verdades reveladas e ocultas da Constituição” (BRAGA, 2021, p. 68). Essas verdades em decisões são muitas vezes postas por um jogo de palavras e poder com fins opostos à aplicação do direito, a exemplo do que diz o personagem da obra de Lewis Carrol:

“Quando eu uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty num tom bastante desdenhoso, “ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos”. “A questão é”, disse Alice, “se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes”. “A questão”, disse Humpty Dumpty, “é saber quem vai mandar – só isto (CARROLL, 2013).

4 OS MINISTROS COMO MEMBROS DA ELITE POLÍTICA

Somado ao arcabouço constitucional positivado, tem-se o ativismo judicial como prática decisional em grande parte dos membros da Corte que gozam das competências que lhes são atribuídas e o apoio de uma elite política que, como estratégia para sucesso de suas aspirações políticas, escolheu direcionar para o judiciário os debates da arena política, pois sabe que para as suas pautas, as decisões oriundas da Corte são mais previsíveis quanto aos seus interesses.

O termo “elites políticas” é citado comumente no estudo da juristocracia. Segundo Hirschl (2020), sob a perspectiva de uma organização política de um estado, atores políticos pertencentes a estas elites delegam poderes para as Cortes Constitucionais buscando blindagem a uma possível perda de poder. A utilização da Corte como canal político está cada vez mais comum, tanto que o próprio ministro Marco Aurélio durante julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.529/DF, que tinha como questionamento um decreto presidencial sobre a Agência Brasileira de Inteligência (ABIn), reconheceu tal sistemática antidemocrática praticada e alimentada na Corte: “O Supremo está sendo utilizado pelos partidos de oposição para fustigar o governo. Isso não é sadio. Não sei qual será o limite” (PIRES, 2020).

Para Hirschl (2020), nessa linha que o ministro Marco Aurélio expõe, um judiciário que seja abertamente contrário a um legislativo atual pode anular legislação aprovada em legislaturas anteriores ou na atual, produzindo, assim, considerável instabilidade jurídica. Além dessa relação judiciário-legislativo, se

considerarmos a relação com o executivo, este Poder fica de joelhos perante a Corte, mesmo com todo apoio majoritário. Se no primeiro caso de relação de poder temos como produto no mínimo uma insegurança jurídica, quanto ao executivo teremos, um judiciário “administrando” o Estado, ou até mesmo se “coligando” com partidos políticos em oposição a um governo, podendo configurar uma espécie de “judicialismo de coalizão”.

A função típica jurisdicional não pode ser contaminada pela política, tanto que:

os membros do Judiciário, via de regra, não detém a legitimidade das urnas, e tampouco respondem politicamente ao eleitorado pelos seus atos, provocando uma disfunção no modelo tripartite de funcionamento do Poderes estatais, no qual a voz do Povo estaria representada no conteúdo das normas aprovadas pelo governo eleito. O deslocamento da definição do conteúdo do direito, do Legislativo ao Judiciário, enfraquece aquele e fragiliza o equilíbrio preconizado pelos *checks and balances*, comprometendo assim essa que é uma das funções clássicas das Constituições liberais, qual seja, o equilíbrio no exercício do poder (BARBOSA, 2016, pp. 13-14).

Nesse sentido de divisão de tarefas de pessoas públicas no formato republicano, vale o ensinamento de Barbosa (2016, p. 14) o qual destaca que “o magistrado não sofre as mesmas restrições que possui o agente público político na gestão de políticas públicas”. Por este motivo, quando entram em conflito funções precipuamente constitucionais expressas, fica difícil fazer uma separação de quando se atua como um ministro de corte constitucional ou de quando se está exercendo ativismo judicial sob uma toga. Por isso, não se deve confundir a missão constitucional de cada ator, já que

legisladores e juízes têm motivações e restrições distintas no que tange às políticas públicas, aos direitos que por meio dela se realizam e ao reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, e não há razão específica para se acreditar que os juízes possuam uma ética peculiar de correição diferente daquela dos agentes políticos ou dos atores privados (BARBOSA, 2016, pp. 14-15).

Como já citado por Montesquieu (2000, p. 166), o detentor do poder tende a cometer abusos até encontrar um limite, mas, partindo de um ordenamento juristocrata, quais seriam esses limites para os ministros do STF?

No 9º Fórum Jurídico realizado em Lisboa em 16 de novembro de 2021, o ministro do STF Dias Toffoli disse que “nós já temos um semipresidencialismo com um controle de poder moderador, que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal”. Neste curto pronunciamento, o ministro contraria diretamente o sistema de governo adotado na Constituição e endossado pelo povo por meio de um plebiscito.

O ministro cria um poder moderador que não existe em nosso ordenamento. É tamanha a gravidade da sua fala no momento em que ele passa de guardião para um editor ilegítimo da Constituição e afronta princípios como o art. 2º da CRFB.

O poder além do disposto na constituição vem sendo usurpado por ministros do STF há tempos. O Ministro Eros Grau em julgamento da ADI nº 3.3671/DF de 13 de abril de 2005, que questionava a inconstitucionalidade da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) via EC 45, menospreza o que está positivado em nossa Carta Magna com os seguintes dizeres: “não existe a Constituição de 1988 [...] o que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”.

Ministros do STF com esse *modus* parecem menosprezar os outros dois poderes, e, com base no direito como ciência, julgam-se mais técnicos que os co-poderes para decidirem todos os assuntos, ainda que vedados pela própria Constituição. Como se pode notar no caso recente da criminalização da homofobia por decisão da corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 usurpando a competência privativa do poder legislativo conforme art. 5º, XXXIX da CRFB: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ou seja, o STF fere continuamente princípios basilares de um estado democrático de direito.

Em muitos casos levados ao STF, os ministros poderiam enquadrar o pedido como decisão a ser proferida por outro poder, mas preferem ter na pauta da Corte, configurando uma clássica conduta de ativismo judicial. Tanto que o Ministro Marco Aurélio de Mello, mediante o Ofício nº 1/2020-GBMA de 04 de maio de 2020 encaminhado ao presidente da Corte, sugeriu que decisões contra outros poderes deveriam ser decididas pelo plenário do STF e não por decisões monocráticas que têm gerado atritos entre os poderes, pois deve-se “preservar a harmonia preconizada constitucionalmente, surgindo, de qualquer forma, com grande valor, o princípio da autocontenção” (PIRES, 2020).

Não é o objetivo e nem é prudente que retomemos o brocardo *in claris cessat interpretatio* como forma de aplicação da lei pelos magistrados, mas o mínimo de balizamento junto à norma positivada garante maior segurança jurídica mesmo sabendo que existe uma expansão do papel do intérprete e da discricionariedade judicial.

CONCLUSÕES

Uma vez que as competências constitucionais de cada poder são definidas pela Constituição sob a ordem da teoria dos freios e contrapesos objetivando um equilíbrio nos moldes do preceito de harmonia e independência entre os poderes, esse artigo buscou demonstrar como a atuação do STF impacta a democracia, por meio da juristocracia, ocasionando tensões no cenário político e jurídico que beiram a rupturas institucionais.

Com esse intuito, foi realizada uma revisão bibliográfica a partir de publicações em livros, artigos, dissertações e teses acadêmicas relacionadas direta ou indiretamente com o tema para contribuir com a discussão acadêmica relativa ao tema no Brasil.

Analisando essa questão, observou-se que os preceitos de direitos negativos e não-intervencionismo vêm perdendo espaço por meio de uma mutação constitucional de desvalorização desses embriões do constitucionalismo alimentada pelo ativismo judicial de uma justiça distributiva e politização da Corte.

Com a predominância da juristocracia frente à democracia representativa prevista no artigo inaugural, parágrafo único da Carta Magna, estamos muito mais próximos da evocação do novo poder constituinte originário do que uma estabilidade constitucional e da paz social. Ocorre que os mecanismos de freios e contrapesos, ainda que subsidiários, sob uma disfunção constitucional poderiam trazer um ar de harmonia e independência entre os poderes conforme positivado na Constituição. Contudo, esta alternativa dependeria do voluntarismo dos membros do STF na lida com os limites de seus próprios poderes.

Diante do exposto, foi possível observar que a Corte adota como praxe o ativismo judicial e se distancia cada vez mais da Constituição fomentando insegurança jurídica com este descompasso entre ativismo e autocontenção tendo como resultado os constantes conflitos entre os poderes.

Nessa perspectiva, o povo, por meio do sistema representativo democrático e as normas constitucionais positivadas, deve ser o propulsor da diretriz constitucional. As vozes de milhões não podem ser distorcidas por onze ministros de suprema corte com roupagem política. A toga é do direito e o mandato é reservado aos políticos. Se um dos maiores problemas do Estado é a corrupção no sentido *lato*, o ativismo judicial pode ser considerado uma prática corrupta, pois ministros do supremo são

confundidos com políticos não só nas suas decisões, mas nos seus posicionamentos públicos quando deturpam a literalidade constitucional. A parcialidade dos ministros ao adotarem suas vontades ideológicas contra o que está previsto na Constituição já é sentida na sociedade, e a repulsa ao ativismo na corte tem sido tema recorrente em manifestações cívicas.

Pôde-se perceber que, sob o ponto de vista da teoria da juristocracia com base no papel (in)constitucional desempenhado pela Corte ultimamente, ela integra o rol das “elites políticas” como o poder mais forte, estabelecendo, assim, uma juristocracia. Observa-se ainda uma mutação mais gravosa da teoria da juristocracia chegando à ministrocracia, em que uma decisão monocrática tem o mesmo poder e efeito de uma decisão de toda a Corte. O Supremo ganhou o poder pelas mãos das elites políticas, afastou-se do direito, e seus membros tornaram-se membros ativos dessas elites, sendo todo o poder do estado distribuído pelos onze porta-vozes da juristocracia brasileira. Se o estado constitucional está disfuncional, a democracia está em risco.

Assim, convém destacar que este artigo não busca encontrar soluções para o problema da juristocracia no país como um todo, mas aprofundar o debate acerca do tema. Ainda há muito a ser pesquisado e explorado com relação à separação dos poderes e à sensação de insegurança jurídica que paira no ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25207>. Acesso em: 7 out. 2021.

BARBOSA, Claudia Maria. A juristocracia no Brasil e o futuro da Constituição. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 14, n. 2, p.1-24, maio./ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article%20/view/34100>. Acesso em: 1 jul. 2021.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz; CARVALHO, Ernani. Ativismo Judicial: entre o mito e a juristocracia velada. **Revista Política Hoje**, Pernambuco, v. 25, n.2, p.7-20, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/download/8661/14658>. Acesso em: 6 fev. 2022.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. 1. ed. São Paulo: LVM Editora, 2019.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme A.. **Curso de Filosofia do Direito**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRAGA, Ricardo Peake. **Juristocracia e o fim da democracia: como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder**. 1.ed. Londrina: EDA. 2021.

BRAGA, Ricardo Peake. Panconstitucionalismo, democracia e juristocracia. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, Santa Catarina, ano X, n. 20, p.125-135, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/341499437_PANCONSTITUCIONALISMO_DEMOCRACIA_E_JURISTOCRACIA. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 33671/DF**. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= AC&docID=363371>. Acesso em: 25 fev. 2022.

CARROLL, Lewis. **Alice através do espelho e o que ela encontrou por lá**. 4. ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: As origens e consequências do novo constitucionalismo**. 1.ed. Londrina: EDA, 2020.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **O Espírito das Leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SAAD, Amauri Feres. **O art. 142 da Constituição de 1988: ensaio sobre a sua interpretação e aplicação**. 1.ed. Londrina: EDA, 2021.

SACOMAN, Cleiton. **Juristocracia: o exercício judicial do poder como ameaça à democracia**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Internacional UNINTER, Curitiba, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/handle/1/588>. Acesso em: 5 jul. 2021.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo: a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008. Disponível em:

<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/supremocracia>. Acesso em: 5 jul. 2021.

PIRES, Silvana. Marco Aurélio Mello diz que STF está sendo usado por partidos para "fustigar o governo". **Gauchazh**, Rio Grande do Sul, 19 ago. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2020/08/marco-aurelio-mello-diz-que-stf-esta-sendo-usado-por-partidos-para-fustigar-o-governo-cke1e6m6b002f013g6m2wa555.html>. Acesso em: 25 fev. 2022.

**NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO NO BRASIL –
ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI 14.026/2020: avanços,
desafios e preocupações**

**NEW LEGAL FRAMEWORK FOR SANITATION IN BRAZIL - CHANGES ARISING
FROM LAW 14.026/2020: advances, challenges and concerns**

Rafael Costa Freiria¹

Daiara Albuquerque de Araujo²

Renan de Paula Silva³

Recebido/Received: 25.10.2022/Oct 25th, 2022

Aprovado/Approved: 15.12.2022/Dec 15th, 2022

RESUMO: O estudo discute as mudanças que envolvem o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, analisando e questionando as mudanças e suas principais metas estabelecidas, sustentado na concepção da água como direito fundamental do ser humano, entendido como direito à vida. Foram levantados dados referentes à disponibilidade e consumo hídrico no Brasil e o acesso ao saneamento em cada região do país, através do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS), para comparação das mudanças na legislação baseada nos indicadores sobre a prestação dos serviços de água, esgotos, manejo de resíduos sólidos e manejo de águas pluviais dos prestadores que operam no país. Por meio de revisão bibliográfica e análise de conteúdo das principais legislações e políticas públicas relacionadas, é discutido o histórico do saneamento básico no Brasil, bem como as legislações que abordam o assunto até ser desencadeado no Novo Marco do Saneamento, para analisar os avanços, desafios e preocupações que a sua promulgação acarretam, questionando se a concessão à iniciativa privada dos serviços de saneamento é a solução que melhor se adequa à cultura e interesses do país.

PALAVRAS-CHAVE: novo marco do saneamento; saneamento básico; direito ambiental; políticas públicas; direito humano de acesso à água.

¹ Pós-Doutor em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Universidade de Alicante, Espanha (2013). Doutor em Saneamento e Meio Ambiente pela Universidade de Alicante, Espanha (2013). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela UNESP (2002/2005). Especialista em Direito Público (2001). Graduado em Direito pela UFPR (1995-1999). Professor efetivo na UNICAMP na área ambiental da Faculdade de Tecnologia. Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas Ambientais (LAPPA/FT/Unicamp) e Pesquisa Líder do Grupo de Pesquisa do CNPq em Direito e Políticas Públicas Ambientais. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9073019243607999> E-mail: rafaelcf@unicamp.br

² Graduada em Engenharia Ambiental pela UNICAMP (2016-2022). Técnica Ambiental pela ETEC Parque Belém (2013-2015). E-mail: daiara24.alb@gmail.com

³ Graduado em Engenharia Ambiental pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Pós-Graduando em Engenharia de Saúde e Segurança no Trabalho. E-mail: renan0714h@gmail.com

ABSTRACT: The study discusses the changes that involve the New Legal Framework of Basic Sanitation, analyzing and questioning the changes and their main established goals, based on the conception of water as a fundamental right of the human being, understood as the right to life. Data were collected regarding water availability and consumption in Brazil and access to sanitation in each region of the country, through the National Sanitation Information System (SNIS), to compare the changes in legislation based on indicators on the provision of water, sewage, solid waste management and stormwater management of providers operating in the country. Through bibliographic review and content analysis of the main laws and related public policies, it is discussed the history of basic sanitation in Brazil, as well as the legislation that addresses the subject until it is triggered in the New Sanitation Framework, to analyze the advances, challenges and concerns that its promulgation entails, questioning whether the concession to the private initiative of sanitation services is the solution that best appropriates culture and interests of the country.

KEYWORDS: new sanitation framework; basic sanitation; environmental law; public policy; human right of access to water.

INTRODUÇÃO

O direito à água é um direito fundamental a todo ser humano, que pode ser entendido como desdobramento do direito à vida, transcendendo a categoria de direito fundamental difuso, de terceira geração, logo, se transmutando em um direito inalienável do ser humano (MORAES, 2011). No Brasil, é direito fundamental garantido pela Constituição Federal, sendo de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a implementação de políticas públicas para a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico no Brasil.

O saneamento é um dos mais importantes aspectos da saúde pública mundial e fundamental para o exercício do direito humano de acesso à água, justificando-se todos os esforços e pesquisas para que sejam discutidas alternativas e soluções no sentido da sua universalização. Isto porque estima-se que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa de mortalidade em todo o mundo decorrem da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado (ALLAIS apud ANTUNES, 1996, p. 259), consistindo um importante problema de interesse público.

No Brasil consome-se em média 154 Litros/Habitante/Dia, e em média 83,6% da população tem acesso a abastecimento de água, e 53,2% tem acesso ao esgotamento sanitário, isso representa quase 24% da população sem acesso à água tratada. Essa porcentagem se torna ainda mais desigual quando comparada a municípios rurais do norte (10% de esgotamento sanitário e 57,1% abastecimento de

água) e nordeste (28% de esgotamento sanitário e 74,2% abastecimento de água), em clara manifestação de contexto de injustiça ambiental. Cabe ressaltar ainda, que em 2018 houve investimento de R\$4,74 bilhões para esgotamento sanitário e R\$5,75 bilhões para sistemas de água (SNIS, 2018).

Diante dessa lacuna no setor do saneamento, com argumento preponderante de que o orçamento público não tem recursos para cumprir com tais responsabilidades, justificou-se a aprovação do novo Marco Regulatório do Saneamento no Brasil, por meio da Lei 14.026/2020, e institui como importante meta que 99% da população brasileira tenha acesso à água potável com objetivo de alcançar a universalização dos serviços de saneamento até 2033, tratamento e à coleta de esgoto, reduzindo os despejos *in natura* em bacias e mares (SENADO, 2020).

A nova legislação, que altera principalmente aspectos da Política Nacional de Saneamento, Lei n. 11445/2007, apresenta dentro de suas alterações, modificações também que impactam nos serviços de gestão e manejo de resíduos sólidos, no âmbito urbano, e para os resíduos de atividades comerciais, industriais e de serviços que sejam equiparados a resíduos domésticos. Uma das principais alterações foi a prorrogação do prazo para os fins dos lixões a céu aberto até 2024.

Dentre as preocupações com a aprovação do novo Marco Legal do Saneamento está a de que as modificações na lei possam propiciar a criação de cartéis privados, uma vez que as privatizações dos sistemas de distribuição e tratamento de água seriam direcionadas aos grandes municípios brasileiros, com mais de 50 mil habitantes, enquanto pequenos municípios, por sua vez, seriam atendidos pelas companhias estaduais de água e esgoto, logo, populações rurais e comunidades afastadas podem ser prejudicadas pela nova lei, visto que tais regiões abrigam o maior déficit em relação aos serviços públicos de saneamento e teriam menor potencial de retorno tarifário (MORAES, 2020).

Em contrapartida, a aprovação do novo marco passa a ser uma oportunidade importante para a modernização do sistema, sendo necessário aperfeiçoar as tecnologias de coleta e tratamento de esgoto para assim possibilitar a melhoria da qualidade dos corpos hídricos e redução na proliferação de doenças sanitárias (MIERZWA, 2020).

Dentro desse cenário, de grandes desafios para as políticas públicas ligadas ao saneamento básico no Brasil, o presente artigo, por meio de revisão bibliográfica

e análise de conteúdo das principais legislações e políticas públicas relacionadas, tem como principal objetivo analisar, numa abordagem interdisciplinar, as principais alterações advindas com a Lei 14.026/2020, por meio de ponderações sobre possíveis avanços, desafios e preocupações na implementação desse novo marco regulatório do saneamento.

1 ANÁLISE DO SANEAMENTO NO BRASIL NA PERSPECTIVA DA DISPONIBILIDADE HÍDRICA

O Brasil é privilegiado na disponibilidade de recursos hídricos, sendo um dos países mais ricos em água do mundo, com cerca de 12% de toda a água doce do planeta. A posse desse título vem principalmente das bacias hidrográficas (que são um conjunto de terras drenadas por um rio principal, seus afluentes e subafluentes) São Francisco, Paraná e cerca de 60% da bacia amazônica. O Brasil tem uma vazão média de aproximadamente 260 mil m³/s de água que escoam pelo território brasileiro (ANA, 2019).

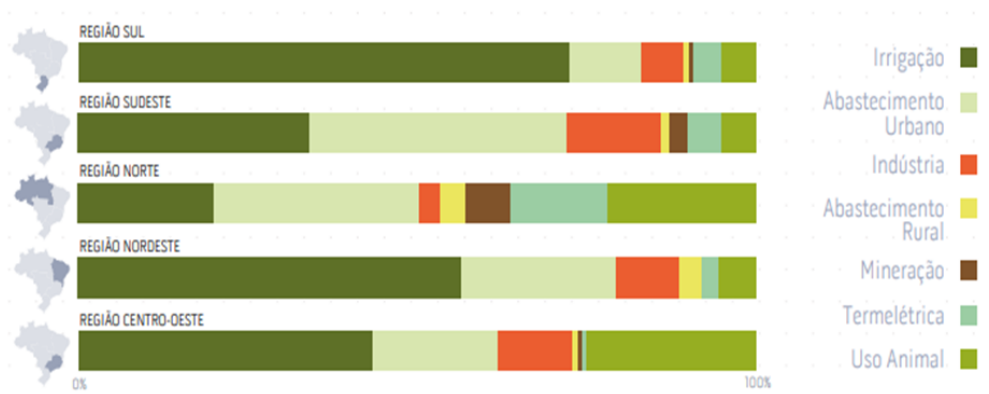
Apesar da abundância, aproximadamente 80% da vazão escoada no território brasileiro se encontra na bacia Amazônica, onde a população residente é menor se comparada a outras áreas, e conseqüentemente a demanda hídrica também é menor, o que causa uma desigualdade na distribuição hídrica pelo país e conseqüentemente há a necessidade de gerir melhor os usos dos recursos hídricos.

Nessa linha, foi estabelecida a Lei nº 9.433/97, que se refere à Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), focada na gestão dos recursos hídricos, tendo como um de seus propósitos o estabelecimento de bacias hidrográficas como unidade territorial para planejamento e desenvolvimento dos recursos hídricos. O órgão no qual se articulam as políticas públicas relacionadas aos recursos hídricos é o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), que por sua vez adotou um sistema de subdivisão das bacias do Brasil em regiões hidrográficas (NICOLODI, *et al.*, 2009).

No Brasil, o consumo médio de água é de 153,9 litros por habitantes por dia, com aproximadamente 40% de perdas de água potável não contabilizada na distribuição. Além disso, estima-se que 170,8 milhões de habitantes são atendidos com disponibilidade de água, aproximadamente 83% da população (SNIS, 2019).

O principal uso de água no Brasil é para irrigação, no ano de 2018 consumiu-se aproximadamente 730 m³/s na irrigação e 100 m³/s para abastecimento urbano, que é o segundo maior consumo do país (ANA, 2019). Pode-se verificar os usos de água na Figura 1, a seguir:

Figura 1 – Usos de água por região geográfica



Fonte: ANA (2018).

Estima-se um aumento na demanda por uso de água do Brasil nas últimas duas décadas de aproximadamente 80% no total retirado de água, sendo que a evolução das formas de uso da água está estreitamente relacionada com o desenvolvimento econômico. As regiões de maiores demandas do Brasil são a sudeste, se destacando pelo uso destinado ao abastecimento urbano, e a região sul, onde grandes lavouras e irrigações demandam um alto consumo. A região nordeste, por sua vez, demonstra uma demanda significativa, considerando sua disponibilidade hídrica (ANA, 2019).

Não se deve considerar apenas a disponibilidade hídrica para analisar o desenvolvimento regional. As reservas hídricas do Brasil remetem mais à potencialidade do que a disponibilidade, esta segunda noção é fortemente influenciada por questões antrópicas sobre o sistema natural, sendo necessário atender um conjunto de requisitos anteriormente para se atingir a qualidade e disponibilidade da água, sendo o processo de aprimoramento das políticas de saneamento fundamental para esse propósito. (LIBÂNIO, *et al.*, 2005).

2 PANORAMA ATUAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Sabe-se que no Brasil, aproximadamente 170,8 milhões de habitantes são atendidos com disponibilidade de água, além disso, aproximadamente 92,1% dos

brasileiros (192,1 milhões) são atendidos com coleta domiciliar de resíduos sólidos. Em contrapartida, apenas 54,1% da população (110,3 milhões de habitantes) são contemplados com redes de esgoto, totalizando apenas 49,1% de esgoto tratado no país (SNIS, 2019).

A existência ou não de saneamento de qualidade remete muito mais ao desenvolvimento econômico regional do que à própria disponibilidade do recurso natural. No Brasil, as condições sanitárias precárias, aliadas aos lançamentos desordenados de esgotos não tratados e má destinação de resíduos, acabam resultando em uma degradação generalizada das bacias hidrográficas e dos elementos naturais, diminuindo a qualidade de vida. Percebe-se que estados com piores indicadores sociais (menores expectativas de vida) possuem menores índices de cobertura sanitária (LIBÂNIO, *et. al.*, 2005).

A figura 2 abaixo, apresenta o índice de atendimento total de esgoto, de atendimento da população com coleta domiciliar, sobre o sistema de drenagem urbana e índice de atendimento total de água.

Figura 2 – Indicadores de Saneamento no Brasil



Fonte: SNIS (2019).

Nota-se que, nas regiões onde há maior disponibilidade hídrica, como o norte, por exemplo, são as que possuem as condições mais precárias para coleta e tratamento de esgoto. Isso significa 354,3 km de extensão de rede e 34,6 milhões de

ligações de esgoto. A maior parte da população é atendida por coleta de resíduos, diferente do que ocorre no esgotamento sanitário. Além disso, 38,7% dos municípios têm coleta seletiva e com cerca de 31,5 mil catadores envolvidos. Estima-se ainda que cerca de 13% dos resíduos ainda são destinados a lixão, indo em desacordo com as legislações ambientais vigentes.

Ainda há um longo caminho a percorrer, visto que 45,7% dos municípios não tem plano para drenagem e manejo de águas pluviais. É importante salientar que 66,1% dos municípios não possuem mapeamento das áreas de inundação, e 3,5% dos municípios estão sujeitos a risco de inundação.

Além disso, 105,1 mil pessoas foram desabrigadas devido a eventos hidrológicos impactantes. Por fim, 83,7% da população brasileira tem acesso a abastecimento de água, representando 680,4 mil km de extensão de rede e 59,1 milhões de ligações de água (SNIS, 2019).

Todos esses dados ressaltam os grandes desafios das políticas públicas ligadas ao saneamento no Brasil, bem como a importância de se analisar de forma crítica e interdisciplinar as alterações advindas com a Lei 14.026/2020, que instituiu o chamado novo marco legal do saneamento.

Na sequência será apresentada análise dessas principais alterações seguida de ponderações sobre possíveis avanços, desafios e preocupações na implementação desse novo instrumental regulatório.

3 PANORAMA SOBRE O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO NO BRASIL – ALTERAÇÕES ADVINDAS COM A LEI 14.026/2020

O Novo Marco do Saneamento alterou dispositivos fundamentais de sete leis que regulavam o setor no país, constituindo, historicamente, a intervenção mais radical já realizada no setor desde o Planasa¹ em 1970 (SOUSA, 2020).

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, atualiza o marco legal do saneamento básico e introduz significativas alterações na Lei nº 11.445/07, por meio da qual se estabelecem as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

¹ Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), definidor das quatro áreas do saneamento para efeitos de direcionamento das políticas relacionadas (Tratamento e distribuição de água potável; Coleta e tratamento de esgoto, Drenagem urbana das águas pluviais; Coleta e destinação correta dos resíduos sólidos.) e que tinha à sua frente o BNH – Banco Nacional de Habitação, criado pelo Decreto-lei n. 949/1969, e operado regionalmente pelas Companhias Estaduais de Água e Esgoto – CEAEs.

Além disso, promoveu alterações nas seguintes leis:

- Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico;
- Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos;
- Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal;
- Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar de prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;
- Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação a Unidades Regionais;
- Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

Na sequência serão apresentadas as principais alterações advindas com a Lei nº 14.026/2020 na Política Nacional de Saneamento, Lei nº 11.445/07, sempre acompanhadas de uma análise sobre possíveis avanços, desafios e preocupações relacionadas com a implementação da nova regulação das questões da saneamento, com intuito de trazer contribuições para o processo de implementação.

3.1 Mudanças de Titularidade e Política Pública

Os Municípios e o Distrito Federal são titulares dos serviços de saneamento, quando se trata de interesse local. Aglomerações urbanas, regiões metropolitanas e microrregiões, fundadas por lei complementar estadual, terão a titularidade coordenada por Estados e municípios, exercendo a titularidade conjunta no caso de interesse comum. O exercício de titularidade também poderá ser feito por gestão associada, por meio de convênio de cooperação ou consórcio público.

A política pública de saneamento básico será ordenada pelo titular dos serviços, e deve conter:

- O planejamento e elaboração dos planos de saneamento básico, estipulando metas e indicativos de desempenho;

- A forma do serviço prestado, se vai ser feito a partir de concessão ou não, definindo as entidades responsáveis pela regularização do processo;
- Parâmetros que devem ser analisados e atendidos para que a população garanta o atendimento essencial à saúde;
- Direitos e deveres dos usuários;
- Implantar um sistema de informações sobre os serviços de saneamento vinculado à algumas instrumentos regularizadores nacionais, como o Sinir (Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos), o Singreh (Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos) e o Sinisa (Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento Básico);
- Os instrumentos e procedimentos de controle social;
- Presumir a intervenção e retomada de serviços delegados, quando indicados pela entidade reguladora, nas prestações previstas nos contratos e legislações vigentes (TCESP, 2021).

Tabela 1 – Mudanças na Titularidade e Política Pública

Mudanças na Titularidade e Política Pública	
Avanços	<ul style="list-style-type: none"> - As políticas públicas de saneamento básico devem conter: direitos e deveres dos usuários, parâmetros pré-estipulados a serem atendidos, e indicativos de desempenho; - Implantar um sistema de informações sobre os serviços de saneamento vinculado a alguns instrumentos regularizadores nacionais.
Desafios	<ul style="list-style-type: none"> - Tempo relativamente curto para planejar as políticas públicas voltadas para o acesso da universalização dos serviços de saneamento básico; - O Brasil precisa de políticas públicas voltadas ao saneamento básico para os cidadãos com baixo poder aquisitivo, que são os mais impactados pela ineficiência do serviço prestado desde o modelo Planasa nos anos 80, que criou uma lacuna no setor de saneamento básico.

<p>Preocupações</p>	<ul style="list-style-type: none"> - A titularidade conjunta poderá ser feita por meio de consórcio público ou convênio de cooperação. O modelo propõe que os Municípios questionem se as empresas privadas querem assumir os serviços de água e esgoto e, caso haja interesse, o processo deve ser feito por meio de licitação. Isto posto, observa-se claramente a concretização da privatização que vinha acontecendo de forma gradual desde a década de 90, do saneamento no Brasil. O modelo propõe que os Municípios questionem, concorrencialmente, se as empresas privadas querem assumir os serviços de água e esgoto, e caso haja interesse, o processo deve ser feito por meio de licitação. - Falta de especificações na Lei de como serão subsidiadas as taxas para as populações de baixa renda, visto que taxas de serviços de asseio urbano também poderão integrar as concessões.
----------------------------	--

Fonte: elaborado pelos autores (2022).

3.2 Mudanças das formas de prestação dos serviços públicos de saneamento básico

A partir do novo marco, quando os serviços públicos de saneamento prestados não forem por parte integrante da administração do titular, dependerão de contratos de concessão nos moldes das Leis nº 8666/93 (até o final da sua vigência em 1º abril de 2023), 8987/95 e novidades aplicáveis advindas com a Lei nº 14.133/2021, sendo ainda vedada a sua disciplina por instrumentos jurídicos de natureza diversa.

Vale ressaltar a modificação ocasionada pela Lei nº 14.026/20 na Lei nº 11.107/05, que incluiu no Art. 13 o § 8º, estabelecendo que os contratos de prestação de serviço público de saneamento deverão estar de acordo com o Art. 175 da Constituição Federal, vedando assim a possível formalização de contratos para a mesma finalidade. Referente aos contratos regulares em vigência é disposto pela ordem legal que eles permaneçam em vigor até seu término.

Aos consórcios públicos se aplica a proibição de celebrar contratos de programas societários de empresa pública ou sociedade de economia mista, além disso o substabelecimento do serviço prestado pela autarquia intermunicipal, que foi criada para prestar serviços aos elementos consorciados, necessita de processo licitatório.

De acordo com a mudança, os serviços públicos de saneamento básico deverão ser realizados por um destes modelos:

- a) Diretamente, exclusivamente pelo titular, a partir de departamentos, por exemplo;
- b) Indiretamente, a partir de autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas;
- c) A partir de autarquia intermunicipal, no qual a titularidade é gerida de forma associada (consórcio);
- d) Por entidade que não consista na administração da titularidade, por meio de contrato de concessão nos seus três tipos: comum, patrocinada e administrativa.

O regulamento da concessão está baseado, no âmbito federal, pelas Leis nº 8.987/95 (concessão comum), nº 11.079/04 (concessão patrocinada e administrativa, concebidas na forma de parcerias público-privadas), nº 9.074/95 que “estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”.

Para prestação regionalizada dos serviços públicos, têm-se no escopo a geração de lucros de escala e garantir a universalização e viabilidade técnica, econômica e financeira dos serviços prestados, que é a premissa fundamental do novo sistema.

Os Estados terão que definir as unidades regionais de saneamento, sendo que, caso contrário, a União, a partir de subsídios, deve estabelecer blocos de referência para prestar os serviços públicos nas regiões (TCESP, 2021). Nos termos do disposto no art. 8º-A da Lei nº 11.445/07, a partir da nova redação composta na Lei nº 14.026/20, “é facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada”.

Tabela 2 – Mudanças das Formas de Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico

Mudanças das Formas Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico

Avanços	<ul style="list-style-type: none">- Obrigatoriedade de estipular metas para universalização do acesso;- Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas e com planos diretores dos municípios em que estiverem inseridos, ou com os planos de desenvolvimento urbano integrado das unidades regionais por eles abrangidos.
Desafios	<ul style="list-style-type: none">- Prazo relativamente longo para adicionar as metas de universalização nos contratos que ainda não possuem.
Preocupações	<ul style="list-style-type: none">- “Entregar” a administração e execução de um órgão público a outrem. Com a nova legislação também há a possibilidade de compra das empresas estatais, que serão convertidas em empresas privadas. A concessão a iniciativas privadas, poderia acarretar em um monopólio natural, visto que os investimentos são altos e, os contratos para este tipo de serviço são longos (20 a 35 anos);- A regionalização do serviço será feita de forma a gerar lucros de escala e garantir a universalização e viabilidade técnica, econômica e financeira dos serviços prestados. Portanto, incluir os municípios que são deficitários e que utilizam boa parte da modicidade tarifária não seria interessante para a regionalização e, dessa forma, estes municípios passariam a ser administrados pelos órgãos públicos. Isso aponta no sentido contrário à universalização, pois os municípios que não possuem viabilidade econômico-financeira para custear os serviços não serão alvo de interesse, comprometendo a prestação do serviço de forma regionalizada, o que agrava ainda mais as diferenças na qualidade e na cobertura dos serviços de saneamento, penalizando a população mais pobre.

	- O cumprimento do plano regional de saneamento básico apesar de recomendável, não é obrigatório. (TOJAL, 2020).
--	--

Fonte: elaborado pelos autores (2022).

3.3 Mudanças dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico

Como supracitado, deve constar nos contratos metas para garantir a universalização do atendimento, contendo 99% da população com água potável e 90% com coleta e tratamento de esgoto, com o prazo de até 31 de dezembro de 2033.

Os contratos que estão em vigência e ainda não possuem essas metas deverão inseri-las. Contratos concedidos a partir de processos licitatórios que possuem várias metas devem permanecer inalterados, o titular pelo serviço será responsável por encontrar alternativas para atingir tais metas de universalização, mediante licitação complementar, integralização e revisão de contratos que já foram licitados, englobando o saldo econômico-financeiro do processo e a partir de prestação direta da parcela remanescente.

Consta nos incisos I a V do Art. 11 da Lei nº 11.445/07, as condições que validam contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico:

- I - a existência de plano de saneamento básico;
- II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;
- III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;
- IV - a realização prévia de audiência e de consultas públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato; e V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico (BRASIL, 2007).

Caso estudos sobre a licitação regionalizada indicarem a impossibilidade econômico-financeira do atingimento das metas, este prazo pode ser prorrogado até 1º de janeiro de 2040, com a anuência antecipada pela agência reguladora, nos moldes do princípio da modicidade tarifária. Para que os contratos em vigor e os novos viabilizem a universalização, ficam condicionados à verificação do alcance econômico-financeiro da contratada, tanto por recursos próprios quanto por contratação de dívida. O método de comprovar a capacidade econômico-financeira

deverá ser regulamentada e decretada pelo Poder Executivo Federal (TCESP, 2021).

Tabela 3 – Mudanças dos Contratos de Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico

Mudanças dos Contratos de Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico	
Avanços	<ul style="list-style-type: none">- Realização de audiências e consultas públicas sobre o edital de licitação, permitindo que a população possa contribuir com a decisão para a concessão da administração do saneamento baseada em interesses sociais, como a saúde pública e o meio ambiente;- Existência de plano de saneamento básico.
Desafios	<ul style="list-style-type: none">- Os estudos que comprovem a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação de serviço para os municípios deficitário é um desafio, pois aqui pode abrir oportunidade para a oferta de serviços de qualidades distintas ou mesmo inferiores para populações de baixa renda, sob o argumento da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços.

<p>Preocupações</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Prazo longo (até 2040) para que os contratos que ainda não possuem metas de universalização adicionem-as. Ou seja, os prazos estipulados em Lei para a obtenção da universalização estão, em princípio, subordinados à obtenção do lucro, motivo pelo qual conta, desde já, com a previsão de inviabilidade; - Com os novos contratos, as empresas de saneamento ficam na gestão do saneamento da cidade entre 20 a 30 anos, diferentemente do que acontecia antes, que a gestão era trocada de acordo com o interesse público para ajustes e correções, nas eleições de 4 em 4 anos; - O saneamento rural também foi muito prejudicado com a supressão parcial do Art. 10, que permitia a contratação de operadores comunitários por meio de convênio ou termo de parceria. Trechos que permitem ao prestador utilizar métodos alternativos e descentralizados em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da cobrança, reforçam a preocupação quanto à adoção de métodos menos seguros de oferta dos serviços justamente onde concentra-se o déficit de acesso. Dessa forma, há a preocupação que o saneamento rural seja ainda mais prejudicado (ABES, 2020).
----------------------------	--

Fonte: elaborado pelos autores (2022).

3.4 Mudanças das formas de remuneração pela prestação dos serviços

A remuneração de alguns serviços relacionados à saúde pública como abastecimento de água e esgotamento sanitário, drenagem e manejo de águas pluviais será feita na forma de tarifas, taxas e outros preços públicos, conforme a prestação do serviço. Se o serviço for realizado nos moldes de concessão, os preços públicos e de tarifas serão arrecadadas de modo facultativo, no caso de taxas, pelo prestador a partir do usuário.

A Lei também prevê que a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento pode ser atingida de outras maneiras, como a

partir de subsídios ou subvenções. Neste sentido, o titular do serviço terá um ano, a partir da vigência do marco, para ofertar o auto de cobrança pelos serviços prestados, na condição de não cumprimento, se configurará a renúncia de receita com as implicações previstas no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

A sustentabilidade econômico-financeira da prestação dos serviços deverá ser demonstrada pelo titular do serviço ao longo dos estudos que subsidiaram a contratação, assim como será comprovada, no respectivo processo administrativo, a existência de recursos financeiros para o pagamento dos valores incorridos na delegação (TCESP, 2021).

Tabela 4 – Mudanças das Formas de Remuneração pelos Serviços Prestados

Mudanças das Formas de Remuneração pelos serviços prestados	
Avanços	- A sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento pode ser atingida de outras maneiras.
Desafios	- Monitorar a cobrança de taxas e/ou tarifas do prestador perante os usuários;

<p>Preocupações</p>	<p>- Os municípios e o Distrito Federal passarão a cobrar tarifas sobre outros serviços de asseio urbano, como poda de árvores, varrição de ruas e limpeza de estruturas de drenagem de água da chuva, e com a possibilidade da aplicação de taxas pelos serviços prestados, uma preocupação é a forma que será subsidiada a população de baixa renda, pois anteriormente, os municípios com superávit ajudavam a bancar as operações nos deficitários. Além disso, o serviço público não é voltado para o lucro, diferente do que ocorre com a iniciativa privada, que tem por finalidade a geração de capital;</p> <p>- A autonomia do prestador para estabelecer uma tarifa a ser cobrada na forma de taxa, no caso de concessões, sobre os usuários (população), alegando viabilidade econômico-financeira deixa aberta a porta para a oferta de serviços de qualidades distintas ou mesmo inferiores para populações de baixa renda, sob o argumento da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços. Evidentemente para viabilizar a sua auto sustentação, haverá um aumento nas tarifas nos municípios. O resultado é que a periferia será obrigada a pagar as tarifas mais altas, pois como já discutido anteriormente, as empresas estatais ficarão com a gestão do serviço.</p>
----------------------------	---

Fonte: elaborado pelos autores (2022).

3.5 Mudanças dos planos de saneamento básico

Segundo o Art. 52, o Plano será elaborado sob a coordenação do Ministério do Desenvolvimento Regional e terá revisão periódica, em prazo não superior a 10 anos:

I - o Plano Nacional de Saneamento Básico, que conterà: a proposição de programas, projetos e ações necessários para atingir os objetivos e as metas da política federal de saneamento básico, com identificação das fontes de financiamento, de forma a ampliar os investimentos públicos e privados no setor;

§ 1º O Plano Nacional de Saneamento Básico deverá:

- III - contemplar programa específico para ações de saneamento básico em áreas rurais;
- IV - contemplar ações específicas de segurança hídrica; e
- V - contemplar ações de saneamento básico em núcleos urbanos informais ocupados por populações de baixa renda, quando estes forem consolidados e não se encontrem em situação de risco (BRASIL, 2020).

Serão considerados planos de saneamento básico os estudos que fundamentam a concessão ou a privatização, desde que contenham os requisitos legais necessários (BRASIL, 2020). Os planos de saneamento básico deverão ser revisados em até 10 anos, municípios com população inferior a vinte mil habitantes poderão divulgar planos simplificados, com menos detalhes. Quando houver plano regional, não será necessária a elaboração de planos municipais, o plano regional deve contemplar o(s) município(s) atendido(s) e os serviços de saneamento a serem prestados.

Vale ressaltar que a Lei nº 14.026/20 incluiu o parágrafo 4º ao Art. 19, o qual dispõe que a periodicidade de revisão do plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos será de no máximo 10 (dez) anos (TCESP, 2021).

Tabela 5 – Mudanças dos Planos de Saneamento Básico

Mudanças dos Planos de Saneamento Básico	
Avanços	<ul style="list-style-type: none"> - O Plano Nacional de Saneamento Básico conterá a proposição de programas, projetos e ações necessários para atingir os objetivos e as metas da política federal de saneamento básico, com identificação das fontes de financiamento; - Plano Nacional de Saneamento Básico e seus deveres, como contemplar programas específicos para saneamento em áreas rurais;

<p>Desafios</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Universalização do acesso para pequenos municípios, municípios afastados e regiões rurais; - Os lixões ainda são uma realidade no Brasil. Dados de 2018 e 2019 mostram que 1493 municípios, distribuídos em todas as regiões do país, depositam os resíduos e/ou rejeitos em lixões. O nordeste tem 844 municípios nesta situação. Em 2019, existiam aproximadamente 3 mil lixões no Brasil, a lei vigente na época previa o prazo máximo para erradicação de lixões em 2014 (quatro anos após a lei sancionada). Agora, com o novo marco, há prazos diferentes para os municípios a depender da quantidade de habitantes, chegando ao prazo de até 2024. Ou seja, 10 anos a mais que a legislação anterior. Vale ressaltar que a taxa média da redução da disposição final adequada por ano no Brasil é de 0,72%, se esse cenário fosse mantido tem-se o encerramento de todos os “lixões” somente daqui a 55 anos (ABRELP, 2020). Dessa forma, é evidente que os prazos são incoerentes e irrealis, considerando o cenário atual é inviável que no prazo máximo de 5 anos todos os municípios regularizem a disposição final ambientalmente adequada.
<p>Preocupações</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Os planos de saneamento poderão ser revisados em até 10 anos; - Municípios com população inferior a vinte mil habitantes poderão divulgar planos simplificados, com menos detalhes; - Atingimento das metas do Plano Nacional de Saneamento Básico nos pequenos municípios; - Uma das preocupações é atingir a meta para redução de perdas de água, pois dados do SNIS indicam maior nível de perda de água em iniciativas privadas (48,7%), quando comparada ao setor público (39%). Além disso, dados também indicam que os serviços prestados pela iniciativa privada são mais caros (R\$4,72 tarifa média <i>per capita</i>), se

	<p>comparado ao setor público (R\$3,76 tarifa média <i>per capita</i>). O setor privado investiu R\$377 <i>per capita</i>, enquanto o setor público investiu R\$405 <i>per capita</i> (SNIS, 2018). De fato, os próprios dados demonstram que a participação do setor empresarial é mais cara, menos efetiva e opera com menor nível de investimento.</p> <p>Na capital do Amazonas, os serviços foram privatizados na virada do século, em que uma empresa assumiu, repassou a outra, que repassou a outra. Desde a metade de 2018 quem controla as operações é a Aegea, uma empresa privada, e o índice de perda de água durante o tratamento é de 74,6%, um dos mais altos do país.</p>
--	--

Fonte: elaborado pelos autores (2022).

3.6 Mudanças da regulação e fiscalização

Já na sua ementa a Lei nº14.026/2020 traz algumas mudanças em relação à antiga legislação, tais como:

- a) A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) passa a editar normas de referência sobre o serviço de saneamento;
- b) Altera o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos;
- c) Veda a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal;
- d) Aprimora as condições estruturais do saneamento básico no País;
- e) Trata dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos;
- f) Estende seu âmbito de aplicação às microrregiões; e
- g) Autoriza a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. (BRASIL, 2020).

A ANA passa a ser uma entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Singreh e responsável pela instituição

de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, estabelecendo regras para sua atuação, sua estrutura administrativa e suas fontes de recursos. Além disso, é uma autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Regional.

O Art. 4ºA, regula que a ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

- I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;
- II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;
- III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;
- IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos;
- V - critérios para a contabilidade regulatória;
- VI - redução progressiva e controle da perda de água;
- VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;
- VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007;
- IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;
- X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;
- XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;
- XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico;
- XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico (BRASIL, 2020).

Foram criados cargos de Especialista em Recursos Hídricos, cujas atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia são asseguradas para promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário, o

auxílio de força policial federal ou estadual, em caso de desacato ou embaraço ao exercício de suas funções.

Outra criação importante para o Saneamento Básico no país é o Comitê Interministerial de Saneamento Básico (Cisb). O Art. 53 cria o Cisb, o qual, sob a presidência do Ministério do Desenvolvimento Regional, tem a finalidade de assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico. Dessa forma, compete ao Cisb:

- I - coordenar, integrar, articular e avaliar a gestão, em âmbito federal, do Plano Nacional de Saneamento Básico;
- II - acompanhar o processo de articulação e as medidas que visem à destinação dos recursos para o saneamento básico, no âmbito do Poder Executivo federal;
- III - garantir a racionalidade da aplicação dos recursos federais no setor de saneamento básico, com vistas à universalização dos serviços e à ampliação dos investimentos públicos e privados no setor;
- IV - elaborar estudos técnicos para subsidiar a tomada de decisões sobre a alocação de recursos federais no âmbito da política federal de saneamento básico; e
- V - avaliar e aprovar orientações para a aplicação dos recursos federais em saneamento básico (BRASIL, 2020).

Tabela 6 – Mudanças da Regulação e Fiscalização

Mudanças da Regulação e Fiscalização	
Avanços	<ul style="list-style-type: none">- Criação do Comitê Interministerial do Saneamento Básico (Cisb), assegurar a implementação da política federal de saneamento básico e de articular a atuação dos órgãos e das entidades federais na alocação de recursos financeiros em ações de saneamento básico;- Criação do cargo de especialistas cuja atribuições de natureza fiscal ou decorrentes do poder de polícia, são asseguradas para promover a interdição de estabelecimentos, instalações ou equipamentos, assim como a apreensão de bens ou produtos, e de requisitar, quando necessário;- A ANA realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas.

Desafios	<ul style="list-style-type: none"> - A ANA passa a ser uma entidade federal de implementação, controle, regulação além da Política Nacional de Recursos Hídricos também da de Saneamento.
Preocupações	<ul style="list-style-type: none"> - Com os novos contratos, há a possibilidade de criar monopólios naturais, pois as empresas de saneamento ficam na gestão do saneamento da cidade entre 20 a 30 anos, diferentemente do que acontecia antes, que a gestão era trocada de acordo com o interesse público para ajustes e correções, nas eleições de 4 em 4 anos; - É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico. Ou seja, permitem ao prestador utilizar métodos alternativos e descentralizados em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da cobrança, reforçam a preocupação quanto à adoção de métodos menos seguros de oferta dos serviços justamente onde concentra-se o déficit de acesso.

Fonte: elaborado pelos autores (2022).

3.7 Mudanças das fontes de financiamento

Segundo os Arts. 13 e 14 da Lei nº 14.026/20, o legislador procura incentivar a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento com apoio financeiro e técnico da União, estabelecendo normas de adequação ao novo sistema e para situações de alienação de controle de ações de sociedade de economia mista ou empresa pública.

Tabela 7 – Mudanças das Fontes de Financiamento

Mudanças das Fontes de Financiamento	
Avanços	<p>- A destinação dos recursos federais e financiamentos da União será elaborada conforme a política federal de saneamento básico e seus planos de saneamento, projetando alcançar indicadores de desempenho do prestador no âmbito técnico, econômico e financeiro dos serviços de saneamento básico prestados, no que diz respeito à sua eficácia e eficiência (TCESP, 2021).</p>
Desafios	<p>- O Plano Nacional de Saneamento deverá conter identificação das fontes de financiamento, de forma a ampliar os investimentos públicos e privados no setor. Fato é que interessaria à iniciativa privada investir em municípios superavitários, deixando os municípios mais pobres com as concessionárias públicas, criando uma lacuna desigualitária no setor do saneamento, assegurada pela viabilidade técnico, econômico e financeiro dos serviços de saneamento básico prestados.</p>
Problematizações	<p>- Como já supracitado, os estados e municípios, deverão obrigatoriamente demonstrar a sustentabilidade econômico-financeira e comprovar, no respectivo processo administrativo, a existência de recursos suficientes para o pagamento dos valores incorridos na delegação. Dessa forma, o legislador procura incentivar a prestação regionalizada de serviços públicos de saneamento com apoio financeiro e técnico da União. Portanto, o Estado alega seu necessário afastamento, mas na realidade assume responsabilidades, de antemão, com a possível ausência de efetividade do sistema privado, já que é o fiador por excelência do “negócio”, oferecendo garantias ao capital quanto aos ganhos de lucratividade.</p>

Fonte: elaborado pelos autores (2022).

CONCLUSÕES

Resgatando de forma sintética os principais tópicos apresentados, no sentido de apresentar ponderações sobre possíveis avanços, desafios e preocupações na implementação do novo marco regulatório do saneamento, tem-se que historicamente, desde antes do modelo Planasa, sabe-se que não é fácil atender às populações mais carentes com saneamento básico no Brasil.

A lei preza pela universalização do acesso, mas não oferece tais estímulos para questões específicas que são de interesses de empresas que visam lucro, o que talvez possa ser justificado pela complexidade de alinhar objetivos tão diferentes, como a busca pelo lucro na privatização e a tarifa social para populações carentes. Esse talvez seja um dos principais desafios a serem superados no processo de implementação do marco legal do saneamento, cujos papéis dos órgãos de regulação e fiscalização serão decisivos para a superação.

Em contrapartida, em termos de avanços, o que pode ser destacado é que a aprovação do novo marco passa a ser uma oportunidade importante para a modernização do sistema, com a possibilidade de, via investimentos privados, se possa aperfeiçoar as tecnologias de coleta e tratamento de esgoto para assim possibilitar a melhoria da qualidade dos corpos hídricos e redução na proliferação de doenças sanitárias, contribuindo para o grande objetivo de universalização dos serviços de saneamento e seus inúmeros benefícios socioambientais associados.

Por isso e tudo mais que já foi apresentado no desenvolvimento, é inquestionável como a agenda de saneamento ganhou mais importância nos últimos tempos e todas as discussões, em várias dimensões e interesses, decorrentes da publicação do novo marco são exemplos disso.

O importante é que as principais preocupações de aumento tarifário, ineficiência e baixa qualidade dos serviços prestados por concessionárias, igualdade de importância para as agendas de drenagem e gestão de resíduos, atingimento com sustentabilidade das metas de universalização, sejam superadas com regulação, segurança jurídica, e papel ativo e determinante da atuação das agências reguladoras nacionais e estaduais dos serviços de saneamento.

Isso tudo para que se prevaleça a inquestionável oportunidade histórica de modernização dos sistemas e aumentar a oportunidade para empresas, sejam

públicas ou privadas, atuarem de forma responsável e se desenvolverem no ramo, contribuindo para resolver de forma efetiva, competente e sustentável o “déficit” no saneamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABES, Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental. **Roda de conversa “Lei 14:026 e o Saneamento Rural”**. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cPx8VJew0JA&app=desktop>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ANA - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. **Relatório Conjuntura**, publicado no ano de 2019. Disponível em: http://www.snirh.gov.br/portal/snirh/centrais-de-conteudos/conjuntura-dos-recursos-hidricos/conjuntura_informe_anual_2019-versao_web-0212-1.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.

ANA - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. **Manual de Estudos de Disponibilidade Hídrica para Aproveitamentos Hidrelétrico**. Publicado em 2009. Disponível em: [ManualdeEstudosdeDisponibilidadeHidrica.pdf](#) (ana.gov.br) Acesso em: 22 abr. de 2022.

ALLAIS, Catherine. O estado do planeta em alguns números. In: MARTINE, Barrire (Org.). **Terra: patrimônio comum**. [S.l.]: [s.n.], 1992. p. 250 apud ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 259.

BARROSO, Luis. **Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios**, 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/762/R153-19.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 25 out. 2021.

KIPNIS, Bernardo. **Elementos de pesquisa em esporte escolar**. – 1. ed. –Brasília: Universidade de Brasília, Centro de Educação a Distância, 2005.

BRASIL. **Lei 14.026/2020, Novo Marco do Saneamento Básico**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Aceso em: 21 abr. 2021.

FRANCEYS, R.; PICKFORD, J.; REIED, R. **Guía para el desarrollo del saneamiento in situ**. OMS, 1994.

LIBÂNIO, et. al., A dimensão da qualidade de água: avaliação da relação entre indicadores sociais, de disponibilidade hídrica, de saneamento e de saúde pública. **Eng. Sanit. Ambient.** v.10 n.3 Rio de Janeiro jul./set. 2005. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522005000300006&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 17 abr. 2022.

MIERZWA, J. C. “Novo Marco do Saneamento Básico pode modernizar sistemas de tratamento”. **JORNAL DA USP**, 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/novo-marco-do-saneamento-pode-modernizar-sistemas-de-tratamento/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, L. R. S. “Novo Marco do Saneamento Básico não atende municípios menores”. **JORNAL DA USP**, 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/novo-marco-do-saneamento-basico-nao-vai-atender-os-municipios-menores-e-nem-a-populacao-do-campo/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

NICOLODI, et. al., Integrated Management of River Basins and Coastal Zone in Brazil: Implications to the Amazon Hydrographic Region. **Revista da Gestão Costeira Integrada**. vol. 9, núm. 2, 2009, pp. 9-32. Lisboa, Portugal. Disponível em: [Redalyc.Gestão Integrada de Bacias Hidrográficas e Zonas Costeiras no Brasil: Implicações para a Região Hidrográfica Amazônica](http://www.redalyc.org/Gestao_Integrada_de_Bacias_Hidrograficas_e_Zonas_Costeiras_no_Brasil_Implicacoes_para_a_Regiao_Hidrografica_Amazonica). Acesso em: 20 abr. 2022.

SENADO. **Senado aprova novo marco legal do saneamento básico**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/24/senado-aprova-novo-marco-legal-do-saneamento-basico>. Acesso em: 26 out. 2020.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE O SANEAMENTO. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2018/Diagnostico_AE2018.pdf. Acesso em 24 out. 2021.

SOUSA, A. **O que esperar do novo marco do saneamento?**, 2020. Disponível em: [SciELO - Saúde Pública - O que esperar do novo marco do saneamento? O que esperar do novo marco do saneamento?](http://scielo.org.br) (scielosp.org). Acesso em: 13 maio 2022.

TCESP - Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **“O Novo Marco Legal do Saneamento Básico”**. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/Manual%20Saneamento%20B%C3%A1sico%20-%20TCESP.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.

TOJAL, S.B. de B. **Começamos mal a experiência do novo marco do saneamento**. Consultor Jurídico, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-16/sebastiao-tojal-comecou-mal-marco-saneamento>. Acesso em: 17 nov. 2022.

A CONCESSÃO DA GUARDA UNILATERAL À LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

THE GRANTING OF UNILATERAL GUARD IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE IN THE BEST INTEREST OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Ana Beatriz Maia de Lima¹

Melila Braga Alves e Silva Mendes²

Rafael Ademir Oliveira de Andrade³

Recebido/Received: 19.10.2022/Oct 19th, 2022

Aprovado/Approved: 22.11.2022/Nov 22th, 2022

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da concessão da guarda unilateral, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, um princípio constitucional presente também no Estatuto da Criança e do Adolescente. Para isso, foram abordados aspectos doutrinários e a legislação brasileira acerca do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, em seguida explanou-se acerca do poder familiar, no âmbito da conceituação, evolução histórica, titularidade, relação jurídica, direitos e deveres e suas formas de extinção, suspensão e perda. Além de tratar sobre a guarda unilateral e o direito de convivência, foi realizada pesquisa acerca das decisões da guarda unilateral em face do melhor interesse da criança e adolescente. Para o seu desenvolvimento utilizou-se a metodologia bibliográfica expondo os principais argumentos doutrinários e a legislação brasileira. Diante disso, se conclui que deve ser priorizada de forma absoluta o melhor interesse da criança, pois se trata da vulnerabilidade do menor, que necessita de proteção integral de seus direitos, visando sempre o seu bem-estar.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda unilateral; melhor interesse; proteção.

ABSTRACT: This article aims to study the granting of unilateral custody, based on the principle of the best interest of the child and adolescent, a constitutional principle also present in the Statute of the Child and Adolescent. For this, doctrinal aspects and Brazilian legislation were examined regarding the principle of the best interest of the child and adolescent, then an explanation was given about family power, within

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia (FARO). E-mail: anabeatrizmaia@outlook.com.br

² Doutora em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas). Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia (FARO/IJN). Graduada em Letras/Inglês pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Professora da Faculdade de Rondônia (FARO/IJN). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7104433273036652> E-mail: 000734@ijn.faro.edu.br

³ Sociólogo. Mestre em Educação e Doutor em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Rondônia. Professor no Centro Universitário São Lucas de Porto Velho. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3790116411091463> Endereço eletrônico: profrafaelsocio@gmail.com

the scope of conceptualization, historical evolution, ownership, legal relationship, rights and duties and its forms of extension, suspension and loss. In addition to dealing with unilateral custody and the right to live together, research was carried out on unilateral custody decisions in the best interest of the child and adolescent. For its development, the bibliographical methodology was used, exposing the main doctrinal arguments and the Brazilian legislation. In view of this, it is concluded that the best interest of the child must be prioritized absolutely, as it is the vulnerability of the minor, who needs full protection of his rights, always aiming at his well-being.

KEYWORDS: One-sided guard; best interest; protection.

INTRODUÇÃO

A guarda é uma ação de cuidado, proteção e vigilância que o responsável deve ter com a criança ou adolescente. A guarda é aplicada quando por algum motivo os genitores não convivem juntos.

O presente estudo trata sobre a concessão da guarda do filho na modalidade unilateral, fundamentada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Assim, para a realização desta pesquisa buscou-se refletir sobre a seguinte indagação;

A concessão da guarda unilateral pode ultrapassar os limites do Código Civil, tendo em vista o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente?

O juiz ao decidir sobre qual modalidade de guarda que deve ser aplicada, analisa o genitor que detém melhor condição de ser o guardião no âmbito material, educacional, moral e psicológico, que é fundamental no seu desenvolvimento.

A guarda do filho vai muito além de um vínculo financeiro, são direitos e deveres dos genitores em prol do bem-estar do filho. Acontece que nem todos os pais são aptos a receber a guarda, isso ocorre na inaptidão de um dos genitores para o exercício do poder familiar.

Segundo o Código Civil vigente no artigo 1.583 e 1.584, o poder judiciário pode conceder a guarda unilateral baseada em duas exceções, a primeira é quando um dos pais renúncia a guarda e a segunda é quando o genitor não é apto a receber o poder familiar. O poder familiar é uma atribuição dos pais em face do filho, no qual são responsáveis por cuidar de um conjunto de direitos e deveres, tendo como o objetivo proteger o filho enquanto durar a menoridade ou até a emancipação.

Os julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do estado de São Paulo, em relação à guarda unilateral estão sendo baseados no princípio do melhor

interesse da criança e do adolescente, um princípio constitucional que visa a pessoa com melhor condição de dar assistência educacional, material e emocional.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está elencado no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, tem como finalidade proteger de forma integral e com absoluta prioridade seus direitos fundamentais como à dignidade, à saúde, à alimentação, à educação e entre outros.

O objetivo geral do trabalho é estudar através da análise da legislação e dos entendimentos doutrinários a guarda unilateral e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para alcançar a finalidade, será analisado tópicos específicos de forma isolada. O primeiro objetivo é estudar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O segundo objetivo é conceituar na forma da lei e na visão doutrinária poder familiar e guarda unilateral. E por fim, serão analisadas decisões que concederam a guarda unilateral através do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A metodologia da pesquisa é dialética, objetivando verificar os efeitos da guarda unilateral à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Os resultados serão apresentados pelo método qualitativo, desenvolvido pelas fontes primárias e secundárias. A pesquisa possui como principal referencial teórico os doutrinadores Paulo Lôbo, Flávio Tartuce e Rodrigo da Cunha Pereira.

1 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade (LÔBO, 2021, p.36).

A Organização das Nações Unidas aprovou em 1989 a convenção internacional sobre os direitos para a criança, na qual especifica: a) não discriminação; b) melhor interesse da criança e do adolescente; c) sobrevivência e desenvolvimento; d) respeito a opinião da criança. A convenção constitui um

documento importante nos direitos humanos. Em seguida em 1990, a convenção incorporou o Estatuto da Criança e do Adolescente com a Lei de nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que trata da proteção integral constitucionalmente estabelecida no artigo 227 da Constituição Federal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente resguarda a proteção integral e considera criança quem tem idade de zero a doze anos, bem como adolescente que tem a idade de doze a dezoito anos. O enfoque é a prioridade absoluta na vida do menor, visando o seu bem-estar. Para o presente trabalho serão destacados três princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente. O primeiro, é o princípio da prioridade absoluta, elencado no seu artigo 4º, que determina que a população infanto-juvenil tenha tratamento prioritário pela sociedade e pelo Poder Público, nas ações do governo e nas políticas públicas. O segundo é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente no artigo 3º, que visa a proteção no desenvolvimento e formação de personalidade gerando um processo sadio visando sua proteção integral. E por fim, o princípio da municipalização no artigo 8º, I, no qual facilita o atendimento dos programas assistenciais, sendo um papel fundamental do Município.

A Constituição Federal dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, s/p).

A proteção integral da criança e do adolescente, elencada na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, menciona que o princípio do melhor interesse do menor é a base para a proteção de sua vulnerabilidade, e deve sobrepor aos interesses dos adultos, sua finalidade é proteger a criança em seus direitos para um desenvolvimento pleno.

2 PODER FAMILIAR

O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres de responsabilidade dos pais em relação ao filho, visando o melhor interesse da criança e do adolescente.

A origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu

nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da potestade dos pais quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, ou por meio da sua emancipação pelos progenitores ou pelo juiz no caso de tutela e para tanto ouvido o tutor (CC, art. 5º, parágrafo único) (MADALENO, 2020, p.251).

2.1 A evolução do Pátrio Poder para o Poder Familiar

No antigo Código Civil de 1916, usava-se a expressão pátrio poder, pois naquela época o modelo de família era patriarcal, no qual o poder de ordenar pertencia ao chefe da casa, ou seja, ao pai. Dessa forma, a responsabilidade de direitos, deveres e decisões pertencia ao pai, não havendo igualdade entre o pai e a mãe em face da criança no seu desenvolvimento.

O Código Civil de 2002 alterou o termo pátrio poder, pois nessa modalidade somente o pai poderia exercer o poder sobre o filho, excluindo a mãe de qualquer decisão na vida do filho. E trouxe a expressão poder familiar, que é um conjunto de direitos e deveres dos genitores de forma recíproca em face do filho, considerando a igualdade prevista na Constituição Federal de forma universal e equitativa aos cidadãos brasileiros. Essa alteração da igualdade de ambos os genitores, decorre do texto constitucional brasileiro em seu artigo 226, § 5º, que determina que o homem e a mulher exercem em conjunto direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Dessa forma, a participar da mãe foi incluída nas decisões referente ao desenvolvimento do filho, sem imposições e decisões unilaterais. A igualdade gera um conjunto de responsabilidade de ambos os genitores em face do filho, tendo como finalidade a proteção da criança ou do adolescente.

2.2 Titularidade no Poder Familiar

A titularidade no poder familiar é dos pais independentemente da situação matrimonial dos genitores, pois esse poder vem do vínculo de filiação e não de posição matrimonial.

No caso do filho que não tem a paternidade reconhecida, o poder familiar é da mãe e o pai não está submetido ao poder pela falta de reconhecimento de

parentesco. Do mesmo modo, quando a maternidade não é reconhecida ou que não seja capaz de exercer, será designado um tutor para proteger a criança ou adolescente.

Essas hipóteses estão elencadas no CC/02 (BRASIL, 2002):

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.

O instituto do poder familiar trata de um conjunto de direitos e deveres que os pais têm em face do filho desde o seu nascimento, independentemente do tipo de guarda o poder familiar permanece.

Essa responsabilidade perdura até a maioridade ou até a emancipação. E cessada também, através de adoção, falecimento dos pais ou do filho, bem como, em casos de perda motivada por conduta nociva dos pais.

2.3 Relação jurídica

O poder familiar está ligado à filiação, independente da relação entre os pais, o filho precisa dos seus genitores para dar a assistência necessária, essa responsabilidade se trata de um poder *múnus público* e não pode ser renunciado.

Relativamente à autoridade parental ou poder familiar, o ECA aplica-se conjuntamente ao CC/2002. A matéria é tratada em várias passagens do ECA:

a) no capítulo dedicado ao direito à convivência familiar e comunitária, arts. 21 a 24; b) no capítulo dedicado aos procedimentos, relativamente à perda e à suspensão da autoridade parental, arts. 155 a 163, que estabelecem regras próprias, uma vez que a legislação processual é apenas supletiva; c) no capítulo destinado às infrações administrativas (multa) (LÔBO, 2021, p. 142).

Esse poder está elencado na Constituição Federal “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” (BRASIL, 1988). No Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Art.21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurando a

qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1988, s/p)

No Código Civil elenca “Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.” (BRASIL, 1988)

O exercício do poder familiar começa com o nascimento do filho, e não pode ser transferido a outro, não pode ser vendido, não pode ser cedido, não se pode renunciar e não prescreve é conhecida como *múnus público*, pois o Estado que fixa as normas.

2.4 Direitos e deveres dos genitores no Poder Familiar

Os pais exercem poderes e competências privados, mas direitos vinculados a deveres e cumprem deveres cujos titulares são os filhos. Por exemplo, os pais têm o direito de dirigir a educação e a criação dos filhos e, ao mesmo tempo, o dever de assegurá-las. Enquanto estreitamente funcionalizado ao interesse do menor e à formação de sua personalidade, o exercício do poder familiar evolui no curso da formação da personalidade. À medida que o menor desenvolve sua própria capacidade de escolha, a autoridade parental reduz-se proporcionalmente, findando quando atinge seu limite temporal (LÔBO, 2021, p. 144).

O limite temporal pode ocorrer de duas formas: a primeira é quando ocorrer a maioridade, e a outra hipótese e no caso de emancipação do filho seja por vontade própria ou pelo casamento.

Sendo assim, os direitos e deveres dos pais no poder familiar em face do filho se encerra com a maioridade ou até a emancipação do filho.

O responsável pelo poder familiar é o pai e a mãe, o Código Civil traz hipóteses que elenca os deveres e os direitos que o pais tem em relação ao filho (BRASIL, 2002):

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo lhes o consentimento;
VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Na hipótese de casamento precisa da autorização dos pais, mesmo que a guarda esteja de forma unilateral precisa da autorização de ambos, pois a autorização do casamento vem do exercício do poder familiar. Assim como viajar para o exterior, mudança permanente para outro estado ou município, é um atributo do poder familiar.

O último inciso trata de obediência e respeito, essa atribuição não pode ultrapassar seus limites, pois configura o abuso de direito e gera responsabilidade civil. Podendo ter como consequência a suspensão ou destituição da autoridade familiar. Além disso, se for comprovado maus-tratos os pais podem ser responsabilizados por indenização de danos morais.

A responsabilidade dos pais por danos cometidos pelos filhos sofreu intensa evolução em nosso direito. Inicialmente, a responsabilidade era subjetiva, devendo a vítima comprovar a culpa dos pais. Na fase seguinte, converteu-se em presunção de culpa, invertendo-se o ônus da prova: tinham os pais de provarem que não agiram com culpa, que era presumida. Após o CC/2002, transformou-se em responsabilidade sem culpa: os pais são responsáveis, ainda que comprovem que não agiram com culpa. São requisitos: o dano, a conduta do filho menor, a imputação da responsabilidade aos pais (LÔBO, 2021, p.149).

Dessa forma, é dever dos pais estar com seu filho, a criança/adolescente é vulnerável e depende de sua proteção, independente se os pais estão convivendo juntos ou não, as responsabilidades permanecem.

2.5 Extinção do Poder Familiar

A extinção é a interrupção definitiva da autoridade parental. As hipóteses legais (CC, art. 1.635) são taxativas, não se admitindo outras, porque implicam restrição de direitos fundamentais: morte dos pais ou do filho, emancipação do filho, maioridade, adoção e perda da autoridade parental. A ocorrência real dessas causas leva à extinção automática. A extinção não se confunde com a suspensão, que impede o exercício do poder familiar durante determinado tempo, e com a perda.

Esta última leva à extinção, ainda que por causas distintas, de rejeição do direito, ao contrário da extinção propriamente dita (LÔBO, 2021, p. 145).

A extinção do poder familiar é a interrupção definitiva do exercício do poder familiar é aplicada nas situações que são elencadas pelo o Código Civil em seu artigo 1635. A primeira ocorre quando pela morte dos pais ou do filho. Em caso de morte de um dos genitores, a responsabilidade fica a encargo do outro.

Dentre as funções do exercício do poder familiar consta a prerrogativa de escolher quem deva tomar conta dos filhos menores no caso de morte dos pais, nomeando-lhes tutor na ocorrência de falecimento de ambos os genitores. A nomeação de tutor pode ser feita por meio de testamento ou documento autêntico, ou seja, escrito público ou particular, cuja autoria possa ser assegurada, só valendo a nomeação se o outro genitor não sobreviver, ou se sobrevivo não puder exercer o poder familiar (MADALENO, 2020, p. 256).

A segunda forma de extinção do poder familiar através da emancipação em casos de casamento, na conclusão do ensino superior, tem emprego público efetivo ou qualquer relação de emprego e que tenha renda própria.

A emancipação é o ato de vontade dos pais para que o filho maior de 16 anos e menor de 18, atinja e exerça a plenitude da capacidade negocial. A emancipação se faz por instrumento público, sem necessidade de homologação judicial. Só é possível se houver concordância dos pais, uma vez que não há emancipação apenas em face de um deles. A lei também prevê a emancipação por sentença do juiz (LÔBO, 2021, p. 145).

A terceira forma se dar através da maioridade civil, ou seja, quando o filho atinge os dezoito anos completos. A quarta forma de extinção se dar por adoção quando o genitor natural transfere o adotante.

E por fim, a quinta hipóteses de extinção se dar através de decisão judicial, conforme as hipóteses elencadas no artigo 1.638 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que:

I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão;

II – praticar contra filho, filha ou outro descendente:

a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher;

b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.”

Por fim, ainda quanto à extinção, o pai ou a mãe que contrair novas núpcias, ou estabelecer união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar (art. 1.636 do CC). Em relação ao seu exercício, por razões óbvias, não haverá qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. A mesma regra vale para o pai ou a mãe solteiros, que tiverem filhos sob poder familiar e que casarem ou estabelecerem união estável (art. 1.636, parágrafo único, do CC) (TARTUCE, 2021, p.490) e deve-se considerar ainda a paternidade/maternidade socioafetiva ou mesmo a dupla paternidade/maternidade enquanto fenômenos sociais e jurídicos relevantes na compreensão do tema.

2.6 Suspensão do Poder Familiar

A suspensão ocorre de forma temporária, pode ser de forma total ou parcial, através de uma decisão judicial.

São cinco as hipóteses legais expressas de suspensão da autoridade parental dos pais, a saber:

a) descumprimento dos deveres a eles (pais) inerentes; b) ruína dos bens dos filhos; c) risco à segurança do filho; d) condenação em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão; e) ato de alienação parental. As hipóteses legais não excluem outras que decorram da natureza da autoridade parental. Não é preciso que a causa seja permanente. Basta um só acontecimento, que justifique o receio de vir a se repetir no futuro com risco para a segurança do menor e de seus haveres, para ensejar a suspensão. Por exemplo, quando o pai, tendo bebido, quis matar o filho, ou quando, por total irresponsabilidade, quase levou à ruína os bens do filho (LÔBO, 2021).

Os pais podem retornar ao seu poder, quando o motivo que levou a suspensão for finalizado, ou por restrições determinadas pelo poder judiciário.

2.7 Perda do Poder Familiar

A perda do poder familiar ocorre através de atitudes severas dos pais em relação ao filho. A perda e a suspensão não se confundem, pois a primeira é permanente já a segunda é temporária.

Por sua gravidade, a perda da autoridade parental somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade do filho. A perda depende sempre de ato judicial. A suspensão da autoridade parental ou a adoção de medidas eficazes devem ser preferidas à perda, quando houver possibilidade de recomposição ulterior dos laços de afetividade. A perda é imposta no melhor interesse do filho; se sua decretação lhe trazer prejuízo, deve ser evitada. O CC/2002 (art. 1.638) enumera as seguintes hipóteses: castigo imoderado, abandono do filho, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, prática reiterada das hipóteses de suspensão e entrega irregular do filho a terceiro para fins de adoção. A Lei n. 13.715, de 2018, introduziu parágrafo único ao CC, art. 1.638, acrescentando as seguintes hipóteses de perda do poder familiar, inclusive por atos contra o outro titular do mesmo poder familiar (atual ou anterior cônjuge ou companheiro), ou contra filho, filha ou outro descendente: homicídio, feminicídio, lesão corporal grave, menosprezo ou discriminação à condição de mulher, estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito a pena de reclusão (LÔBO, 2021, p.146).

Em casos de adoção as crianças só serão adotadas quando os pais biológicos perdem o poder familiar, assim os pais substitutos exercem esse poder familiar de forma plena. A adoção irregular também caracteriza perda do poder familiar.

A perda da autoridade parental ou poder familiar deve se dar, judicialmente, sempre, quando o titular for condenado, seja como autor, seja como coautor, “nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente” (CP, art. 92, II, com a redação dada pela Lei n. 13.718/2018), sendo este um dos efeitos da pena criminal. Por força do Código Penal, está vedada a volta ao exercício da autoridade parental, da tutela ou da curatela em relação ao filho, tutelado ou curatelado contra o qual o crime tenha sido cometido. No mesmo sentido, e por lesão aos deveres de manutenção, segurança e saúde do filho, perde o poder familiar quem for

consumidor contumaz de bebidas alcoólicas ou viciado em drogas, que levam a condutas contrárias à moral e aos bons costumes. O ECA mostra todo o procedimento no Poder Judiciário para a homologação da destituição (LÔBO, 2021, p. 147).

O procedimento para a afastar o poder familiar dos pais se iniciar pela provocação do Ministério Público ou por quem tenha legitimidade, e realizado através do meio processual que segue os procedimentos do Código Civil e do Código do Processo de Processo Civil, por meio de uma petição que deve seguir requisitos, conforme o Estatuto da criança e do adolescente elenca:

Art. 156. A petição inicial indicará:

I - a autoridade judiciária a que for dirigida;

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público;

III - a exposição sumária do fato e o pedido;

IV - as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos.

Nos casos em que a criança necessite de proteção para evitar risco maiores, ocorre a suspensão como uma medida de proteção para que fique sobre a guarda de pessoa idônea, até o julgamento definitivo. A decisão ocorre em até cinco dias, e a conclusão do processo será em até cento e vinte dias. A declaração de perda ou da suspensão é decretada por sentença e averbada no registro de nascimento do filho.

3 GUARDA

A guarda é um direito e dever dos pais, quando o progenitor tem filho menor e ocorre ruptura conjugal, acontece uma indecisão sobre qual genitor dever deter a guarda, essa indecisão pode ser sanada de forma extrajudicial ou de forma judicial nos casos que houver conflitos. Abaixo iremos apresentar as formas e modelos da Guarda prevista em Lei.

3.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral é atribuída apenas a um genitor, mas não desconstitui o poder familiar do não guardião, este não se altera com a guarda unilateral.

A guarda unilateral, até o advento da lei n. 11.698, de 11 de junho de 2008, era a mais frequente, já que não havia a regulamentação legal da guarda compartilhada. Esta estabeleceu, com natureza preferencial, a guarda compartilhada, ao modificar o art. 1.584, § 2º, do Código Civil, e dispôs que sua aplicação deve ocorrer sempre que possível, e a lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014, manteve a mesma preferência, ao alterar esse mesmo dispositivo legal e estatuir que a guarda compartilhada deve ser fixada desde que ambos os genitores estejam aptos ao exercício do poder familiar (SILVA, 2016, p.423).

É assegurada a autoridade parental de pais separados ou que tiveram os filhos fora dessas uniões familiares. Ainda que a guarda esteja sob a detenção de um, a autoridade parental continua sob a titularidade de ambos os pais. O que não detém a guarda tem direito não apenas a visita ao filho, mas a compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito. A ele também se aplica o recurso ao juiz para solução do desacordo, a exemplo dos critérios a serem observados para a educação do filho. A criança é um sujeito e não objeto do acordo dos pais em litígio. Esse é o marco fundamental que o juiz deve levar em consideração para decidir sobre as modalidades de exercício da autoridade parental e de convivência (LÔBO, 2021, p. 143).

O Código Civil dispõe “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. §1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que substitua [...]” (BRASIL, 1988).

O direitos e deveres da criança fica responsável apenas por um dos pais, entretanto não dispensa o outro não guardião a dar suporte moral, psicológico e a saúde física. Conforme o Código Civil em seu artigo 1.583 § 5º:

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

A legislação brasileira traz duas hipóteses de aplicação de guarda unilateral: a primeira é quando um dos genitores não desejar obter a guarda, a segunda é quando um dos pais não possuem condições psicológicas ou morais para se responsabilizar pelo filho. Na última hipótese o poder judiciário designa outra pessoa para exercer a guarda, no qual prioriza o grau de familiarização e a relação da

pessoa com a criança, sendo aplicada tal hipótese apenas quando ambos não podem exercer tal função.

O § 5º do art. 1.584 do CC/2002 oferece alguns elementos para decisão judicial, especialmente o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, que também devem ser observados na dissolução da união estável. Certamente o parente mais próximo presume-se mais indicado para assumir a responsabilidade pela guarda exclusiva, mas suas condições e aptidão deverão de ser confirmadas, podendo-se chegar à conclusão de que o mais distante deve ser o escolhido. Afinidade, para o fim de guarda exclusiva, não significa parentesco afim (o que se instaura com os parentes do outro cônjuge), mas inclinação e aptidão para cuidar e conviver com criança, ou seja, de proximidade afetiva. Afetividade é a demonstração de relação de afeto que efetivamente existe entre a criança e a pessoa que assumirá a guarda. A afetividade deve gozar de preferência até mesmo em relação ao parente próximo. Um tio pode ter mais aptidão e afeição para cuidar da criança do que o avô. O padrasto ou a madrasta (são parentes por afinidade de seus enteados) pode apresentar melhores condições afetivas que um parente consanguíneo próximo (LÔBO, 2021, p. 93).

No poder judiciário o motivo da ruptura conjugal não importa na decisão da guarda, qualquer decisão acerca da vida da criança ou do adolescente deve prevalecer o Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Quando a criança precisa de necessidades especiais, a guarda unilateral será decidida ao genitor que tenha melhor condição de cuidar em seu desenvolvimento moral, educacional e psicológico visando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

3.2 Guarda unilateral e o Direito de Convivência

Esse direito gera conflito entre os pais, quando ambos desejam a guarda. O direito de convivência é de ambos os pais e reconhecido pela Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Como também é reconhecido pelo Código Civil:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes (BRASIL, 2002).

De acordo com Narder (2016, p. 396)

A guarda, conforme a boa doutrina, não é da essência do poder familiar, pois este pode subsistir sem aquela. O fato se patenteia quando os genitores se separam, seguindo-se a guarda única, não compartilhada. Um deles fica com as atribuições de guarda, e o outro, com o poder de visita (NARDER, 2016, p. 396).

A fiscalização ou supervisão do exercício da guarda, por parte do não guardião, é direito e dever, no superior interesse do filho. A manutenção diz respeito a tudo o que envolve as necessidades vitais do filho, como nutrição adequada, cuidados com a saúde física e mental, lazer e brinquedos. A fiscalização abrange não apenas o efetivo emprego dos valores correspondentes aos alimentos, cuja obrigação assumiu o não guardião, mas o que compete ao guardião, de acordo com os rendimentos deste. A educação inclui a escola e a educação doméstica, como agregação de valores necessários à formação integral do filho. Constatando que o guardião não desempenha a contento as funções que assumiu com a guarda exclusiva, pode o outro requerer ao juiz que o destitua desta e a transfira para si (LÔBO, 2021, p.93).

O genitor não guardião tem o direito e o dever de visitar seu filho, porém essa visita não pode ser imposta contra a vontade do menor. O não guardião pode fiscalizar o exercício da guarda e no caso de irresponsabilidade do guardião da criança o juiz pode transferir a guarda para outra pessoa.

4 DECISÕES DE GUARDA BASEADAS NO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A análise das decisões é para mostrar a supervalorização do princípio do melhor interesse da criança nas demandas de guarda nos Tribunais de Justiça.

A decisão a ser relatada é sigilosa e por isso o número do processo não é divulgado, porém de forma resumida foi publicada no site do STJ no dia 06/08/2020 às 07:45.

Trata-se de um processo no qual o pai requereu a guarda da filha alegando à prática de alienação parental. A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça considerou o princípio do melhor interesse da criança e manteve o acordão do Tribunal de Justiça de São Paulo que determinou a guarda paternal, embora tenha fixada a guarda compartilhada, a decisão foi respaldada no fato que a mãe se recusou em submeter a tratamento psicoterápico uma condição a ampliação do seu direito de convivência, a disputa entre os pais em relação a guarda da filha em declarações de profissionais afirma que a filha preferia ficar com o pai, pois relatava tratamento inadequados.

Os genitores apelaram da sentença, somente o recurso do pai foi acolhido reconhecendo a guarda unilateral. A mãe recorreu através do recurso especial fundamentado nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, o qual dispõe que somente teria duas exceções à guarda compartilhada, a primeira é quando um dos pais não desejar obter a guarda, e a segunda é quando um dos genitores não é capaz de exercer o poder familiar.

O Ministro Villas Bôas Cueva afirmou que a Lei 13.058/2014 trouxe novos parâmetros acerca da aplicação da guarda, já em relação ao recurso especial relata que a guarda unilateral será firmada quando um dos pais não for apto, hipóteses que pode ocorrer de inúmeras formas. Afirma também que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem uma função importante na interpretação da lei.

Embora a regra seja a guarda compartilhada, na ausência de acordo entre os genitores, o STJ ultrapassou esse paradigma tendo como fundamentação o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A segunda decisão a ser apresentada é do Tribunal de Justiça do DF, está em segredo de justiça, trata-se de uma ação de guarda unilateral no qual atendeu ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

2. Embora a guarda compartilhada seja preferencial e a melhor forma de proteger os interesses do menor e de tornar a separação de seus genitores um evento menos gravoso, deve-se instituir a guarda unilateral quando há animosidade entre pais que possa comprometer o bem-estar e o desenvolvimento psíquico e emocional da criança.³ Inviabilizada a adoção da guarda compartilhada, a definição do responsável pela guarda unilateral deve observar o princípio constitucional da proteção integral e do melhor interesse da criança.⁴ Para a definição da guarda, conquanto relevante a opinião da criança sobre a quem a deseja ver deferida, tendo em vista a sua condição de pessoa em desenvolvimento, deve ela, no seu melhor interesse, ser analisada em conjunto com as demais provas produzidas nos autos, em especial, a prova técnica, realizada por equipe multiprofissional

especializada, especialmente porque não é incomum que os menores sejam influenciados pelo genitor que detém sua guarda no momento em que são ouvidas.⁵ Na hipótese em concreto, do exame do conjunto probatório, constata-se que deve prevalecer a conclusão da prova técnica produzida nos autos, tendo em vista que, aliada à oitiva dos menores em audiências, é a que melhor atende às necessidades físicas, psíquicas e emocionais das crianças, sendo, inclusive, a única opção, que, no momento, possibilita o convívio fraterno.⁶ Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 07028372820188070020- Segredo de Justiça 0702837-28.2018.8.07.0020, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 23/09/2020, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no Pje: 02/10/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Foi esta nova concepção sobre crianças e adolescentes que provocou alterações no conteúdo das decisões judiciais sobre guarda de filhos. Sabe-se hoje que uma boa mãe ou um bom pai, pode não ser um bom marido ou boa esposa. Em outras palavras, as funções conjugais são diferentes das funções parentais, e devem ser diferenciadas para que se faça um julgamento justo sobre guarda e convivência de filhos. [...] (PEREIRA, 2021, p.89)

A última decisão a ser apresentada trata-se de uma ação de modificação de guarda visando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

I. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revela melhores condições para exercê-la mais aptidão para propiciar afeto, saúde, segurança e educação (Art. 158, § 2º, do Código Civil), levando-se em conta a proteção integral e o interesse superior da criança ou do adolescente. II. Uma vez decretada, a guarda pode ser revistada a qualquer tempo. Contudo, a modificação da situação fática na vida dos menores deve ser medida excepcional, sendo possível apenas quando plenamente comprovados motivos relevantes. III. Não caracterizada a síndrome de alienação parental e demonstrada a convivência harmoniosa da filha com a genitora há mais de nove anos, bem como a existência de outras condições favoráveis, recomenda-se a manutenção da guarda unilateral exercida pela apelante, por representar medida que melhor atende ao interesse do menor. IV. Negou-se provimento ao recurso.” (Doc.8, fl. 55) Nas razões do apelo extremo, sustenta preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos artigos 1º, III, 5º, LV e 227 da Constituição Federal. O Tribunal a quo negou seguimento ao recurso extraordinário por entender que os dispositivos constitucionais não foram prequestionados. É o relatório. DECIDO. O agravo não merece prosperar. O Tribunal de origem afastou a caracterização de alienação parental e conclui que a guarda unilateral em favor da genitora, atualmente, é a solução recomendada ao caso concreto e que visa atender ao melhor interesse da criança envolvida, restando, por ora, inviabilizada a guarda compartilhada. Assim, para divergir do entendimento firmado pelo Tribunal a quo seria necessário o incursionamento no conjunto fático-probatório dos autos. Não se revela cognoscível, em sede de recurso extraordinário, a insurgência que tem como escopo o incursionamento no contexto fático-probatório engendrado nos autos, porquanto referida pretensão não se amolda à estreita via do apelo extremo, cujo conteúdo se restringe à discussão eminentemente de direito, face ao óbice erigido pela Súmula 279 do STF. Sob esse enfoque, ressoa inequívoca a vocação para o insucesso do apelo extremo, por força do óbice intransponível do referido verbete sumular, que veda a esta Suprema Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicarem matéria fática. Por oportuno, vale destacar a preciosa lição de Roberto Rosas acerca da Súmula 279 do STF: “Chiovenda nos dá os limites da distinção entre

questão de fato e questão de direito. A questão de fato consiste em verificar se existem as circunstâncias com base nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata (Instituições de Direito Processual, 2ª ed., v.I/175). (STF – ARE: 1065104 DF – DISTRITO FEDERAL 0000702-242012.8.07.0011, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 30/08/2017, Data de Publicação: DJe200 05/09/2017)

Nesse sentido, é possível observar que o insucesso de um diálogo entre os pais em relação à guarda, induzem a procura do Poder Judiciário para resolver o conflito.

Essa divergência não é saudável para os filhos, e para o Juiz chegar a uma conclusão e definir quem deve ser o guardião, é necessário analisar aspectos do âmbito objetivo e subjetivo, isto é, o ambiente físico e psíquico e o comportamento dos genitores. Exceto se, no próprio contexto do fato ficar nítido que o ambiente ou a conduta de um dos genitores que deseja a guarda é inadequado para a criança.

O aplicador do direito mesmo com a assessoria do suporte judiciário, e a emissão de laudos psicossociais, ao decidir quem é o genitor com mais aptidão para ser o guardião e cuidar de todo o desenvolvimento do menor até a maioridade ou até emancipação, requer uma grande responsabilidade, pois estamos falando do futuro de uma criança que depende de alguém para dar todo o suporte material, educacional e psicológico.

De feliz modo, podemos observar que os critérios para a decisão da guarda estão muito além do querer dos pais. O que se zela na decisão é a dedicação, o cuidado com filho, o que se menciona no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor, no qual deve prevalecer sobre os demais, com absoluta prioridade, e a vontade do pais fica em segundo plano.

CONCLUSÕES

A presente pesquisa científica abordou a questão da guarda unilateral à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Neste trabalho possui tópico de relevante questão, dentre eles, o princípio do melhor interesse da criança, poder familiar e guarda unilateral.

Primeiramente foi feito um levantamento sobre o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, acerca do conceito e a sua evolução, até a sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surgiu logo após a Constituição Federal de 1988, através da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o qual dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, assim como elenca direitos e deveres do Estado e das pessoas responsáveis pelo menor.

Num segundo momento desta pesquisa, abordou-se sobre o poder familiar, a sua evolução histórica, abolindo o termo pátrio poder passando a utilizar o termo poder familiar, em seguida explanou-se sobre a conceituação, evolução histórica, titularidade, relação jurídica, direitos e deveres e suas formas de extinção, suspensão e perda. Logo após, foi abordado sobre a guarda unilateral levou-se em consideração, para tanto, o estudo da legislação vigente acerca do assunto e doutrinas.

O Código Civil traz duas hipóteses para a concessão da guarda unilateral, a primeira hipótese é quando um dos pais declara que não deseja a guarda, a segunda é quando um dos pais não é apto a exercer o poder familiar. Os julgados da guarda unilateral nos Tribunais de Justiça está ultrapassando esse entendimento e as decisões estão sendo baseada no princípio constitucional elencado no artigo 227, que trata do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o entendimento dos Tribunais estar sempre no enfoque do interesse do menor o qual prevalece sobre os demais.

E por fim, foi apresentado às decisões dos Tribunais a respeito da guarda unilateral e a aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, dessa forma foi possível analisar o amparo jurídico na proteção dos vulneráveis as crianças e os adolescentes.

Em suma, ao analisarmos minuciosamente a aplicação do princípio, as decisões apresentadas são claras que a guarda deverá ser analisada conforme o fato é fundamentado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Além disso, a guarda não tratar o melhor interesse dos pais mas visa em primeiro lugar o melhor interesse do filho, então cabe ao julgador analisar todo o conjunto dos fatos e designar um genitor responsável pela a guarda unilateral para assumir a responsabilidade na criação e no cuidar do filho, para dar assistência no seu desenvolvimento para uma boa estrutura educacional, moral e psicológica. Assim

pode-se concluir que a guarda unilateral em relação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente nas decisões tomada acerca do futuro dos filhos, deve respeitando o princípio do melhor interesse do menor consagrado na Constituição Federal o qual traz uma reflexão e um novo olhar sobre a proteção do vulnerável.

REFERÊNCIAS

Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. **Nações Unidas, Convenção dos direitos da Criança, de 1989.**

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 de Abril de 2021. BRASIL.

FREITAS, Daniele. **Princípio do melhor interesse da criança.** Jusbrasil, 2015. Disponível em

:<<https://danielecsf.jusbrasil.com.br/artigos/198144998/principio-do-melhor-interesse-dacrianca#:~:text=O%20referido%20princ%C3%ADpio%20n%C3%A3o%20nasceu,1959%20e%20ratificada%20pelo%20Brasil.>>. Acesso em: 20 de março de 2021.

Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 31 de Março de 2021. BRASIL.

Lôbo, Paulo. **Direito civil - volume 5: famílias** / Paulo Lôbo. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. e-book Bibliografia 1. Direito civil – Brasil. 2. Direito de família – Jurisprudência - Brasil. 3. Direito de família – Legislação - Brasil. I. Título.

M151m Madaleno, Rolf. **Manual de Direito de Família** / Rolf Madaleno. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Nader, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família** / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

P495d Pereira, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias** / Rodrigo da Cunha Pereira; prefácio Edson Fachin. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Princípio do melhor interesse da criança impera nas decisões do STJ. OAB Santo

Anastácio, 2010. Disponível em:

<https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/principio-do-melhorinteresse-da-crianca-impera#:~:text=Princ%C3%ADpio%20do%20melhor%20interesse%20da%20crian%C3%A7a%20impera%20nas%20decis%C3%B5es%20do%20STJ,-Quando%20se%20trata&text=12.010%2F2009%20prev%C3%AA%20a%20%E2%80%9Cga+rantia,devem%20prevalecer%20sobre%20os%20demais.> Acesso em: 21 de março de 2021.

Silva, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil, 2 : Direito de família** / Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva. – 43. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

STJ considera melhor interesse da criança e mantém decisão que deu guarda unilateral ao pai. IBDFAM, 2020. Disponível em:<<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7593/STJ+considera+melhor+interesse+da+crian%C3%A7a+e+mant%C3%A9m+decis%C3%A3o+que+deu+guarda+unilateral+ao+pai>>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

Superior Tribunal Federal STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 00007002-24.2012.8.07.001 DF – DISTRIO FEDERAL **0000702-24.2012.8.07.0011**. Jusbrasil, 2017. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/873995241/recurso-extraordinario-comagravo-are-1065104-df-distrito-federal-0000702-2420128070011>>. Acesso em: 20 de abril de 2021.

Terceira Turma considera melhor interesse da criança e mantém decisão que deu guarda unilateral ao pai. Superior Tribunal de Justiça, 2020. Disponível em:<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/06082020-TerceiraTurma-considera-melhor-interesse-da-crianca-e-mantem-decisao-que-deu-guarda-unilateralao-pai.aspx#:~:text=2020%2018%3A21-,%20Terceira%20Turma%20considera%20melhor%20interesse%20da%20crian%C3%A7a%20e%20mant%C3%A9m,deu%20guarda%20unilateral%20ao%20pai&text=O%20entendimento%20foi%20reafirmado%20pela,uma%20crian%C3%A7a%20para%20o%20pai>>. Acesso em: 19 de abril de 2021.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF: 0702837-28.2018.8.07.0020 – Segredo de Justiça **0702837-28.2018.8.07.0020**. Jusbrasil, 2020. Disponível em:<<https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/938100253/7028372820188070020-segredo-de-justica0702837-2820188070020>>. Acesso em: 18 de abril de 2021.

DILEMA JURÍDICO CONTEMPORÂNEO: os relacionamentos afetivos e a “sacralização do humano”

CONTEMPORARY LEGAL DILEMMA: affective relationships and the “sacredness of the human”

Kelly Margarida de Souza¹

Erika Tayer Lasmar²

Lucas Augusto Tome Kanno³

Jorge Heleno Costa⁴

Recebido/Received: 19.10.2022/Oct 19th, 2022

Aprovado/Approved: 16.11.2022/Nov 16th, 2022

RESUMO: O contrato de namoro e a proteção do patrimônio - sua eficácia e validade como forma hábil de gerar direitos e obrigações, frente à manifestação expressa de vontade das partes e ante a constatação de possíveis elementos caracterizadores da união estável. O artigo fez uma breve contextualização histórico-social do conceito de “a sacralização do humano” do filósofo Luc Ferry (2012), englobando os contornos da doutrina do Direito de Família até os tempos atuais, demonstrou o conceito de União Estável estabelecido pelo CC/2002 e suas limitações em face das relações afetivas, por fim fez um estudo sobre o contrato de namoro na esfera doutrinária e jurisprudencial. A pesquisa justifica-se para a sociedade, pois contribui diariamente com uma lógica de prevenção e com a garantia de um direito natural, ademais o contrato mostrou-se de extrema importância como meio de prova. Através dos métodos teórico-dogmático e dedutivo, chegou à consideração de que o direito natural de casar-se, de constituir uma união estável ou não, está ligado à ideia universal de justiça, pois se trata de direito natural. Considerando a pouca diferenciação entre os namoros e as uniões estáveis, sobretudo àqueles que têm relacionamentos públicos, contínuos e duradouros, chegou à proposta de solução baseada na eficácia e validade do contrato de namoro, tornando-o forma hábil de gerar direitos e obrigações na vida

¹ Acadêmica do curso de Graduação em Bacharelado em Direito, do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). E-mail: kellymarg.souza@gmail.com

² Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professora universitária no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Advogada. Mediadora Judicial. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3025296529742792> E-mail: erika.lasmar@uniptan.edu.br

³ Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Professor universitário no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8627363568695864> E-mail: kannoa1803@gmail.com

⁴ Doutorando em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires (UBA). Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC. Professor universitário no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Advogado. E-mail: jorleno23@yahoo.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0877262646764607> Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2272-1522>

civil; bastando, para que seja alcançada a proteção dos direitos do casal, realizarem declaração e renúncia expressa de sua intenção, de forma livre, espontânea e sem vícios, registrada em cartório, com prazo determinado de validade.

PALAVRAS-CHAVE: contrato de namoro; proteção do patrimônio; namoro; união estável; Direito Civil.

ABSTRACT: The dating contract and the protection of assets - its effectiveness and validity as a skillful way of generating rights and obligations, in front of the express expression of the parties' will and before the realization of possible elements characterizing the stable union. The article provides a brief historical-social contextualization of the concept of "the sacralization of the human" of the philosopher Luc Ferry (2012), encompassing the contours of the doctrine of Family Law until the present times, It demonstrated the concept of Stable Union established by CC/2002 and its limitations in the face of affective relations, finally made a study on the dating contract in the doctrinal and jurisprudential sphere. The research is justified for society, because it contributes daily with a logic of prevention and the guarantee of a natural right, in addition the contract proved to be extremely important as a means of proof. Through theoretical-dogmatic and deductive methods, he came to the consideration that the natural right to marry, to constitute a stable union or not, is linked to the universal idea of justice, because it is natural law. whereas there is little differentiation between dating and stable unions, especially those with continuous and lasting public relationships, the proposal for a solution based on the effectiveness and validity of the dating contract has been reached, making it a skillful way to generate rights and obligations in civil life; suffice, for the protection of the couple's rights to be achieved, to make an express declaration and renunciation of their intention, freely, spontaneously and without vices, registered in the registry office, with a fixed period of validity.

KEYWORDS: dating contract; asset protection; dating; stable union; Civil Law.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a ausência de regulamentação da matéria e a dissensão dos profissionais do direito acerca da factibilidade do contrato de namoro, ante a possibilidade de discussão em face da constatação de possíveis elementos caracterizadores de uma união estável, na forma da Lei, o presente trabalho demonstrou a necessidade da utilização do contrato de namoro nos tempos atuais - uma vez que não existem critérios objetivos para configuração ou desconfiguração da união estável, pois se as partes determinarem sua real intenção, o dilema é solucionado, aparentemente.

Para tanto, abordou o conceito de "a sacralização do humano", cunhado pelo filósofo francês Luc Ferry (2012) e per fez uma contextualização histórico-social no que se refere às mudanças paradigmáticas e estruturantes nas relações afetivas

ocorridas desde o sec. XIX até os tempos atuais, bem como abordou os contornos da doutrina do Direito de Família.

Outrossim, apresentou o conceito de União Estável estabelecido pelo CC/2002 e suas limitações em face das realidades da época presente, especialmente a falta de objetividade e clareza para delimitar e classificar as relações afetivas: namoro (prolongado ou qualificado), união estável e casamento.

Por fim, realizou um estudo específico sobre o contrato de namoro propriamente dito, examinando-o nas dimensões doutrinária e jurisprudencial da seguinte forma:

O trabalho trouxe como marco teórico doutrinadores desfavoráveis ao Contrato de Namoro, como: Maria Berenice Dias (2005), Silvio de Salvo Venosa (2003) e Luiz Felipe Brasil Santos (2015) e, em contraposição, trouxe precedente e doutrinadores favoráveis ao contrato de namoro como a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva (2016), o jurista Zeno Veloso (2016) e a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Nesse sentido, para a construção do artigo foram utilizados os métodos teórico-dogmático e dedutivo, isto é, partindo-se da formulação dos problemas gerais, foram buscadas posições científicas que os sustentassem ou os negassem, para ao final ser apontada a prevalência da hipótese elencada.

Em síntese, a justificativa para a presente pesquisa encontra-se em seus possíveis benefícios para a sociedade, pois o Contrato de Namoro pode ser utilizado como importante meio de prova admitida em Direito e de forma a contribuir diariamente com uma lógica de prevenção, sendo este uma forma de estabelecer previamente as regras que regerão as relações afetivas. Ademais, para que a sociedade tenha por garantido seu direito natural, qual seja: o direito de valer-se da “sacralização do humano” (FERRY, 2012) – do novo humanismo, do sagrado amor entre as pessoas.

Isto porque, o direito nasce dos fatos, e considerando que o namoro qualificado ou prolongado revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impõe-se à ciência jurídica, longe das críticas e dos estigmas, apenas adequar-se à realidade social.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL

No século XIX, conforme Mary Del Priore (2005), os casamentos se baseavam em conchavos terrenos, familiares ou políticos para atender ao interesse de pais ambiciosos. Naquele tempo, as mulheres que se expunham na janela de casa eram denominadas “amostras de balcão” e não possuíam serventia, senão através de seu dote. O casamento era negócio, portanto, consolidava-se dentre as elites e não envolvia gosto e nem vontade pessoais. Os futuros cônjuges eram escolhidos por conveniência, na mesma paróquia, família ou vizinhança. Neste sentido, ritos sociais passaram a organizar o encontro de casais muito jovens que geralmente não namoravam por mais de três meses e o noivado se dava também em igual período. Assim, partiam, sem intermediários e sem ao menos se conhecerem adequadamente, ao casamento.

Um cenário: o sobrado humilde, dando para a rua de pedras, como tantos que se agarravam às ladeiras do morro de Santa Teresa, no Rio de Janeiro. Por trás da janela, um rosto, um olhar. Impossível não fixar a imagem desconhecida e bela. Um diálogo entre mãe e filha: “— Vai para a janela, Aurélia [...] tu és tão bonita, Aurélia, que muitos moços se te conhecessem haviam de apaixonar-se. Poderia escolher então algum que te agradasse”. Ao que a jovem responde, “— Casamento e mortalha no céu se talham, minha mãe”. A época? Primeira metade do século XIX. Sim, leitor, a história é do escritor José de Alencar. O romance? Senhora. Nele, a heroína pobre, enriquece e vinga-se comprando o marido que a descartara por um casamento melhor. Melhor significava, nessa época, uma noiva mais rica, cheia de patacas, opulenta. Beleza, como a de Aurélia, não punha mesa nesses tempos. O que contava era o dote! Nunca talhado no céu, conforme o ditado. Casamentos baseavam-se, então, nos arranjos bem terrenos, fossem eles familiares ou políticos, de pais ambiciosos. Sem dinheiro, “amostras de balcão” — como se chamava a exposição da moça à janela — não davam em nada.

Entra em cena, pela pena de Alencar, aquele que será um dos personagens principais da história do amor nesse período: o casamento por interesse. Considerado um negócio tão sério que, como já vimos, não envolvia gostos pessoais, ele se consolida entre as elites. As esposas eram escolhidas na mesma paróquia, família ou vizinhança. Ritos sociais organizavam, então, o encontro de jovens casais que logo chegam ao casamento. Namoro: pouco ou nenhum. Noivado, rápido (DEL PRIORI, 2005, p. 119).

Nesta conjuntura, o filósofo francês Luc Ferry (2012), quando entrevistado pelo psicanalista Jorge Forbes sobre as transformações vivenciadas no mundo contemporâneo, onde as referências tradicionais de família, relacionamento, casamento, não são mais as de antes e onde a conquista da liberdade veio acompanhada de insegurança e desorientação; acredita vivenciar o surgimento de um novo humanismo, em que consideramos sagrado o amor às pessoas, o que ele chama de “a sacralização do humano”.

Em síntese, o filósofo diz que é o amor que dá sentido às vidas de todos. Que os grandes historiadores da Idade Média ensinaram três coisas importantes sobre a história da família: a primeira é que na Idade Média nunca se casava por amor, casava-se pelas três seguintes razões, a transmissão do sobrenome e do patrimônio ao filho mais velho, além das razões biológicas e econômicas, citando Montaigne (1533-1592) para demonstrar o pensamento da época, que disse:

Senhores, jamais se casem com vossas amantes. A amante é aquela que amamos com amor-paixão. A esposa, nós não a amamos, ela é apenas a mulher ao lado da qual administramos a fazenda. Amamos loucamente a amante. Casar-se com ela, casar-se com a mulher que amamos com amor-paixão, equivale a defecar em uma cesta antes de colocá-la sobre a cabeça (MONTAIGNE, 1533-1592, apud FERRY, 2012).

A segunda coisa que ensinam os grandes historiadores, segundo o filósofo, é que na Idade Média não se casava, mas se era casado. Era-se casado pelos pais e pela aldeia. O casamento era a oportunidade de reconciliar famílias, era a chance de juntar parcelas de terreno e assim cultivá-las mais facilmente. Não se pedia a opinião dos noivos. Como exemplificação, até o sec. XVIII na Europa, em alguns países como a França, os jovens que se casavam sem a autorização dos pais eram passíveis de pena de morte.

E o terceiro ensinamento é de como surgiu o casamento por amor, como nasceu o casamento escolhido pelos jovens, por amor e pelo amor: nasceu, curiosamente, graças ao capitalismo moderno, pela invenção do trabalho assalariado, pois a jovem que ia à cidade trabalhar como operária era favorecida por uma nova liberdade: ter um salário, uma autonomia financeira, uma autonomia material. Isso a permitiu que pudesse negar o fato de ser casada por obrigação e poder optar (ou não) por este casamento.

Segundo Luc Ferry (2012), foi assim que se tornou regra, progressivamente, a “sacralização do humano” e com ela o casamento por amor. O que trouxe grandes consequências, como a invenção do divórcio e a constituição de diferentes tipos de relacionamento, pois, se fundadas as relações afetivo-amorosas no sentimento, estas estarão baseadas em algo imensurável, frágil, variável. No sentido de que, amar e ser mortal são angustiantes. E esta fragilidade, no entender do filósofo, causa sofrimento ao ser. Desse modo, pode morrer em um segundo, pois de uma fragilidade inacreditável, mas, ao mesmo tempo, são capazes de um amor tão inacreditável quanto à fragilidade que os habita.

Ademais, é trivial que em um primeiro momento, a constituição das famílias se deu à base dos dogmas da Igreja Católica e sob as amarras da monarquia. Sendo assim, os ditames religiosos predestinavam uma forma tradicional de modelo familiar. Havia o esquecimento, a anulação e o detrimento das variadas formas de constituição de família, que somente se projetavam com a axiologia constitucional (SOARES, 2011). Em suma, pode-se dizer que a família surgiu através de sua vinculação à crença e assim permaneceu, diferenciando-se na sua constituição, em cada época, pela distinção através dos tempos de valores sócio-culturais e políticos. Assim alude Helder Martinez Dal Col (2005):

A família existe desde tempos imemoriais, constituída sob as mais variadas formas, segundo os costumes de cada povo e influenciada pelos valores sócio-culturais, políticos e religiosos de cada época (DAL COL, 2005).

Também neste sentido, Maria Berenice Dias (2016), enfatizou a construção das famílias na área rural deste período (famílias extensas, hierarquizadas e patriarcais), de modo que se estimulava o matrimônio e à concepção de filhos, pois as famílias representavam, *per se*, uma força econômica e produtiva.

Garcia (2018) corrobora e complementa o pensamento de Luc Ferry e Maria Berenice Dias, ao destacar que 1) a partir do fenômeno da industrialização (que culminou na ida das famílias para os centros urbanos), bem como, 2) no ingresso das mulheres no mercado de trabalho e ademais, 3) o cenário de guerra - as famílias começaram a se modificar estruturalmente. Neste ínterim, passaram a ser nucleares (formadas por mãe, pai e filhos) e, sobretudo, as mulheres passaram a exercer a função produtiva, mormente à função reprodutiva. Daí as organizações familiares passaram a conviver em espaços urbanos e reduzidos o que trouxe maior proximidade entre seus membros e, conseqüentemente, o estreitamento dos laços afetivos o que se findou em relações familiares baseadas na afetividade.

Atualmente, em decorrência desse estreitamento dos laços afetivos, que se pode ler o surgimento do novo humanismo e “a sacralização do humano” de Luc Ferry (2012), as relações amorosas, como regra, se dão conforme uma escalada de afeto decorrente de um processo de convivência que tem início com o namoro, isto é, uma aproximação física e psíquica, recíproca, que aspira à continuidade. Nesse contexto, corrobora Euclides de Oliveira (2006):

Passo importante na escalada do afeto ocorre se o encontro inicial revela o início de uma efetiva relação amorosa. Dá-se então, o namoro, já agora um compromisso assumido entre homem e mulher que se entendem gostar um do outro. Pode ser paixão à primeira vista, embora nem sempre isso

aconteça, pois o amor vai se consolidando aos poucos, com encontros e desencontros do casal embevecido. Do latim *in amoré*, o namoro sinaliza situação mais séria de relacionamento afetivo (OLIVEIRA, 2006, apud TARTUCE, 2011, p. 256).

Assim, esse namoro que antes não passava de três meses de convivência monitorada entre pais ambiciosos e os futuros cônjuges, hoje possui maior grau de intimidade e utiliza-se da sua verdadeira função, qual seja: um conhecimento empírico entre os parceiros para que optem ou não pela constituição de um relacionamento estável ou conjugal, isto é, uma futura constituição de família. Destacando-se, portanto, que a convivência de enamorados é um marco da atualidade, visto que outrora não era permitido.

Com essa breve contextualização histórico-social, percebe-se que houve uma grande transformação nas referências tradicionais de família, relacionamento, casamento, até o alcance da família contemporânea, especialmente aquela que se encontra disciplinada nos moldes do Direito Brasileiro, com uma amplitude nunca antes reconhecida pelo Estado.

Com o surgimento de novas formas de constituição familiar (com a existência de critérios objetivos para sua caracterização, ou não), o ordenamento jurídico brasileiro abriu ensejo a uma nova era de direitos da personalidade, reafirmando a dignidade da pessoa humana como valor fonte. Assim, tudo passou a convergir para a pessoa, que é a razão de ser do próprio Direito.

Porém, atualmente, grande parte da população não tem interesse na prática de casar-se de forma civil ou religiosa (em desuso por razões sociológicas), igualmente, há casais que não elegem como opção à realização de escritura pública de união estável, pela carência do objetivo intrínseco da constituição de família, mesmo que em projeto futuro.

Sobre esse fato, segundo os números apresentados, no ano de 2019, foram registrados cerca de 1,02 milhão de casamentos no Brasil, cerca de 28,8 mil a menos do que em 2018, o que representa uma queda de 2,7%. Foi à quarta vez seguida que o número de casamentos caiu. Este levantamento mostrou também que houve queda no número de casamentos entre pessoas do mesmo sexo na passagem de 2018 para 2019. Dos cerca de 1,02 milhão de casamentos formalizados no país, 9,05 mil foram entre pessoas do mesmo sexo, cerca de 500 a menos que no ano anterior, o que corresponde a uma queda de 4,9% no período. Outros dados apontados pelo IBGE mostram que, a cada ano, os casamentos

duram menos. Em 2018, a média de duração da união era de 17,6 anos. Já em 2019, essa média caiu para 13,8 anos (IBGE, 2019, p. 1-8).

Conforme espõe a oficiala de registro civil Márcia Fidelis (IBGE, 2019, p. 1-8), presidente da Comissão de Notários e Registradores do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, as variações estatísticas acerca de relacionamentos afetivos tendem a acompanhar de perto o ordenamento jurídico do momento, bem como o contexto sócio-econômico-cultural.

Ressaltou, ainda, a abrangência exagerada que vem sendo dada ao uso de um instrumento declaratório de união estável de forma equivalente aos efeitos que tem uma certidão de casamento. Pois, apesar da união estável e casamento serem entidades familiares juridicamente reconhecidas para todos os fins de proteção que merecem todas as famílias, caracterizam-se institutos diferentes. Diferentes, ainda mais, daquelas relações amorosas de casais que ainda não pretendem a constituição de uma família, pois se encontram no início da escalada do afeto, isto é, quando inexiste o efetivo compartilhamento de vidas, com apoio moral e material restrito.

Nesse cenário, questiona-se a preocupação do Estado com o namoro, que também possui fatores comuns ao casamento e à união estável como a publicidade, continuidade e a estabilidade, se tratando de uma realidade social consolidada massivamente nessa geração, em decorrência da necessidade de uma escalada de afeto para a objetivação de possível constituição familiar, consequência da contemporaneidade, da mudança dos costumes, da flexibilidade e facilidade das relações informais, o que em tese merece adequada atenção Estatal e maior segurança quanto aos seus aspectos patrimoniais.

2 UMA PRINCIOLOGIA PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

As relações afetivo-amorosas que ocorrem no seio da sociedade são objeto de regulamentação legal, pois uma vez que o Estado entende que tal relação amorosa é tida como entidade familiar, a mesma recebe proteção especial do Estado e conseqüentemente acarretam direitos e obrigações.

Segundo os autores Pereira e Fachin (2021), a partir dos princípios fundamentais da Constituição da República, especificamente o da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), é que o Direito de Família teve que

romper definitivamente com as velhas concepções: a suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais e o casamento como única forma de se constituir e legitimar a família. De modo a se ligar intrinsecamente a esses princípios.

Assim, a maioria das grandes discussões deste ramo do Direito tornou-se uma questão de Direitos Humanos, pois a elas está ligada a ideia de inclusão ou exclusão na ordem social e jurídica (cidadania), sendo assim, a palavra de ordem da contemporaneidade. Neste sentido, concluíram pela construção de um Direito principiológico, ou seja, um Direito vivo e em consonância com a realidade (2021):

Não mais se aceita um Direito adstrito a concepções meramente formais, enclausurado em uma moldura positivista. É necessário ultrapassar esta barreira e visualizar que só é possível a construção de um Direito vivo e em consonância com a realidade, se tivermos em mente um Direito principiológico (PEREIRA E FACHIN, 2021, p. 82).

Portanto, é possível o entendimento de que isto significa a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, o respeito a todos os vínculos afetivos, a todas as diferenças e também aos traços da contemporaneidade. De certo, o Direito de Família busca a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade, ou seja, igual dignidade para todas as entidades familiares e relações afetivas. Pois, dos fatos nascem o direito. Por isso, pode-se dizer que a ordem imperativa deste comando constitucional é despir-se de preconceitos, de modo a se evitar tratar de forma indigna toda e qualquer pessoa humana, principalmente no âmbito do Direito das Famílias, que tem a intimidade, a afetividade e a felicidade como seus principais valores e objetivos.

3 A CONCEITUAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL (ART. 1.723, CC/2002)

Isto posto, adentra-se a união estável, que Segundo Pereira e Fachin (2021, pág. 179): “(...) está intrinsecamente ligada ao conceito de família, já que é uma das formas de constituição de família elencadas, exemplificativamente, no art. 226, §3º, da Constituição da República, ao lado do casamento e das famílias monoparentais.” Importante salientar que em 2011, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento das Ações do Controle Concentrado de Constitucionalidade, ampliou o conceito de união estável para estendê-la às uniões entre pessoas do mesmo sexo.¹

¹ STF – RE: 687432 MG, Rel.: Min. Luiz Fux, 1ª Turma, pub. 02.10.2012.

A problemática se dá quando o Estado interfere na liberdade dos sujeitos de viver relações de natureza diferente daquelas já instituídas e desejadas. De modo que, se em tudo se equipara união estável e casamento, significa que não teremos mais duas formas de constituição de família, mas apenas uma. Ademais, neste entender, há uma crítica relevante: a união estável, nas palavras de Mário Luiz Delgado (2016), se trata de um verdadeiro casamento forçado, trazendo a reflexão de que o Estado, ao atribuir direitos e deveres às uniões de fato, estaria descaracterizando-as no seu prisma fundamental de união livre ou união informal, para transformá-las, na prática, em um *tertium genus*, isto é, a combinação de dois regimes jurídicos diversos, formando um terceiro tipo de casamento:

Até que ponto a atribuição de direitos e deveres às uniões de fato, cuja constituição teria sido supostamente presidida pelo desejo de não submissão às formalidades sacramentais do casamento, não estaria descaracterizando-as no seu prisma fundamental de união livre ou união informal, para transformá-las, na prática, em um *tertium genus* de casamento.

Um casamento com menos formalidades, mas com os mesmos direitos e os mesmos deveres recíprocos. Um casamento imposto pelo Estado contra a vontade dos nubentes (DELGADO, 2016, nº 1, 1349-1371, pág. 1).

Para o Doutor, esta orientação jurisprudencial e doutrinária pelo igualitarismo das entidades familiares está se sobrepondo, isto é, agindo em detrimento, à própria liberdade daqueles que optaram pela relação informal, exatamente por não desejarem se submeter ao regime tão formal do casamento, o que resulta, em última análise, tornar ineficaz a parte final do §3º, art. 226 da CR/88, que foi aquela a impor ao legislador infraconstitucional facilitar a conversão da união estável em casamento. Em suas palavras, concluindo que o legislador, tampouco o judiciário, poderiam impor aos companheiros unidade aos cônjuges:

Não compete ao legislador, nem muito menos à jurisprudência, regulamentar a união estável a ponto de atribuir-lhe direta e autoritariamente os efeitos da sociedade conjugal, o que implica, na prática, transformar a união estável em casamento contra a vontade dos conviventes, aos quais estar-se-ia impondo um verdadeiro “casamento forçado” (DELGADO, 2016, nº 1, 1349-1371, pág. 1).

Neste mesmo sentido, Gagliano e Xavier (2020), com um pensamento humanista e fazendo lembrar o conceito da “sacralização do humano” de Luc Ferry (2012) supra-abordado, criticam a conceituação de União Estável desde o código civil de 1996, por se tratar de uma conceituação “muito vaga, muito nebulosa”. Ressaltando que a sociedade mudou de modo que, esta conceituação de União estável trazida pelo Código Civil (art.1723, CC/2002): convivência pública, contínua,

duradoura e com o objetivo de constituição de família, que dava conta das relações de 1994-1996, pois cercados de tabus familiares, atualmente não consegue, com clareza, diferenciar as relações afetivas de união estável (em regra, equiparadas a casamento) e namoro prolongado ou qualificado.

Ademais, trouxeram a ideia de que o legislador, atualmente (código civil de 2002), não especificou um lapso temporal específico para que se considere a união estável, objetivando a não ocorrência de possíveis injustiças, com acerto. Entretanto, razão pela qual, dificulta-se ainda mais a distinção pelo intérprete, no caso concreto, das mencionadas relações afetivas.

4 O NAMORO PROLONGADO OU QUALIFICADO E A UNIÃO ESTÁVEL

Em suma, Horácio (2017) traz o resumo das ideias apresentadas anteriormente em contexto histórico, que é fundamental para compreender a ideia de namoro qualificado adiante aduzido:

A origem da palavra namoro deriva do latim *in amore* que significa uma relação amorosa, séria, com cumplicidade, respeito, objetivos em comum. Essa relação é de conhecimento de familiares, amigos e da sociedade, ou seja, um laço público. Os termos da relação no contexto atual, difere-se daquele argumentado outrora, pois a sociedade evoluiu, com isso os casais começam a vida sexual cada vez mais cedo e a convivência de enamorados também é um marco da atualidade, visto que não era permitido (HORÁCIO, 2017, p. 36).

Salienta-se que atualmente, de maneira revolucionária na legislação brasileira, o casal poderá optar entre o casamento, a união estável e também pela confecção do contrato ou declaração de namoro. Sendo, por meio deste último, considerados, juridicamente, eternos namorados, fenômeno denominado pela doutrina de “namoro qualificado”, que resguarda, *in casum*, a possibilidade de um simples relacionamento ainda que residam juntos, possuam uma convivência pública, contínua e duradoura, pois ausente no subjetivo daquele casal a vontade pela constituição familiar.

O namoro qualificado, portanto, seria um estágio intermediário entre o namoro simples e a união estável, onde não há a intenção de constituir família. Dessa forma, o ato se vincula as partes na proporção que não os enlaça em níveis de comprometimento afetivo/familiar para os quais não tenham vontade ou não estejam preparados.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça¹, representado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, em sede de acórdão, compreendeu que o propósito de constituir família, alçado pela atual Lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável (a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado namoro qualificado), não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É, portanto, mais abrangente. Para o referido Ministro a intenção de constituição de família deve se afigurar presente durante toda a sua convivência, a partir do “efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros”. Assim, a família deve, de fato, restar constituída.

Ademais, entendeu ainda que a coabitação, por si, não evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), isso porque este comportamento, no entender do Ministro Relator, é certo e revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, apenas adequar-se à realidade social.

Assim também entende a Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POST MORTEM - UNIÃO ESTÁVEL - REQUISITOS NÃO ATENDIDOS - NAMORO QUALIFICADO - PRECEDENTES DO STJ - SENTENÇA MANTIDA.

Para o reconhecimento da união estável é necessária à comprovação dos requisitos elencados no art. 1.723 da Lei Civil, quais sejam: convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

O STJ já enunciou que "o propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável - a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado "namoro qualificado" -, não consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vida, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída". (Resp. 1.454.643/RJ - Relator Min. Marco Aurélio Bellizze - Terceira Turma - Dje.: 10/03/2015)

Embora se trate de uma relação duradoura, pública e contínua, pelo acervo probatório dos autos, não há prova de que existia o objetivo de constituir família, mas apenas um plano futuro e hipotético de casamento, o que é comum à maioria dos relacionamentos, pelo que se trata de um namoro qualificado e não de uma união estável, devendo ser mantida a sentença de improcedência.

Recurso conhecido e não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0177.14.000338-1/002, Relator(a): Des.(a) Fábio Torres de Sousa , 8ª

1 Resp nº 1.454.643 - RJ 2014/0067781-5, p. 1.

CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/11/2021, publicação da súmula em 14/12/2021)

No referido acórdão o Relator Desembargador Fábio Torres de Sousa, assim enfatizou:

Sem dúvida, o intuito de constituir família é o requisito principal para caracterização da união estável. E não poderia ser diferente, pois se a Constituição Federal confere status de entidade familiar à união estável, gozando, por conseguinte, de especial tutela estatal, não poderão ser admitidos como tais os relacionamentos livres (e, até mesmo, duradouros), mas desprovidos da intenção de criar laços familiares.

A respeito do *affectio maritalis*, que nada mais é que a intenção de viver como casados fossem, esclareceu que o companheirismo é qualificado pela dedicação, colaboração e aplicação do homem e mulher nas tarefas da comunhão de vida, e, em especial, considerou que a sua ausência impede a caracterização da união estável, mesmo que presentes outros requisitos caracterizadores.

Isso posto, Diniz (2011, 2008) determina do que se trata a União Estável, destacando características como a vivência ou não sob o mesmo teto, a ausência de vínculo matrimonial e o objetivo de constituição de família:

[...] convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condições de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convalidação (DINIZ, 2011, 2008, p. 368).

Nesse sentido e em síntese, é possível a compreensão de que, embora a diferença entre namoro qualificado e união estável seja tênue, neste último tipo de relação o casal vive como se casados fossem, o que implica na existência de assistência moral e material recíproca e irrestrita, com esforço conjunto para a consecução de objetivos comuns e ajuda mútua na resolução dos problemas de cada companheiro.

Já o namoro qualificado apresenta a maioria dos requisitos também presentes na união estável. Porém, trata-se, na prática, da relação amorosa e sexual madura, entre pessoas maiores e capazes que, apesar de apreciarem a companhia uma da outra, não têm o objetivo de constituir família e não vivem no presente como se casados fossem. Assim corroboram Maluf e Dabus (2013):

No namoro qualificado, embora possa existir um objetivo futuro de constituir família, não há ainda essa comunhão de vida. Apesar de se estabelecer uma convivência amorosa pública, contínua e duradoura, um dos namorados, ou os dois, ainda preserva sua vida pessoal e sua liberdade. Os seus interesses particulares não se confundem no presente, e a assistência moral e material recíproca não é totalmente irrestrita (MALUF E DABUS, 2013, p. 371-374).

Ficou a cargo do intérprete, então, distinguir a união considerada estável da não estável. Isso foi feito pela doutrina e pelas Leis nº 8.971/1994 e 9.278/1996, bem como pelo Código Civil. Entretanto, é extremamente difícil para o intérprete julgador, *in casu*, encontrar as diferenças entre a união estável e o namoro qualificado. Pois, o que os diferencia é o objetivo precípua de constituir família (algo meramente subjetivo, anímico, um elemento interior) - presente na união estável e ausente no namoro prolongado ou qualificado. Assim, muito embora as semelhanças existentes entre ambos, para a constituição da união estável, o casal deve manifestar a sua vontade de constituir família ou o contrário: no namoro qualificado o casal deve manifestar sua vontade de não constituição de família - o que poderá ser feito mediante o pacto do Contrato de Namoro.

5 A NECESSIDADE DO CONTRATO DE NAMORO

Como escreve Perelman citando K.F. Bruner (2002, p. 20): “diga-me primeiro por que devo incomodar-me com isso, então ouvirei”. Sabe-se que o instituto Jurídico só tem validade e faz sentido se existe anteriormente uma necessidade. Esta necessidade, seria que o namoro, depois da revolução industrial e sexual, com todos os ares da contemporaneidade, trouxe realidades e relacionamentos afetivos em que há uma confusão entre o que seria um namoro qualificado ou prolongado e uma união estável – atualmente equiparada ao casamento, sendo este namoro não abarcado e delimitado pela proteção do Estado. Nesse sentido, vem à possibilidade de ser compactuada uma relação jurídica entre as partes, que firme que elas efetivamente vivem um relacionamento afetivo, mas que na realidade aquele relacionamento afetivo não trará repercussões existenciais e patrimoniais, que poderiam ser lidas caso se entendesse por uma união estável, isto se baseando na declaração expressa da vontade presente daquele casal (âmbito subjetivo) em não constituir uma família, mesmo que em projeto futuro.

A priori o entendimento seria de que essa proteção a cerca de seus reflexos existenciais e patrimoniais, viria de um bom advogado que faria: 1) uma escritura pública de união estável, 2) um testamento afastando aquela pessoa e então 3) um regime de separação total de bens. E, neste sentido, ao invés de optarem por um contrato de namoro ainda não consolidado pela doutrina, com insegurança a cerca

de sua aceitabilidade pelo judiciário no que concerne sua validade e eficácia, a advocacia se afastava de tal possibilidade.

Todavia, qual seria a problemática deste advogado ao optar pelo afastamento do contrato de namoro e optar apenas por esta mencionada proteção convencional?

Primeiramente pode-se cogitar que, para a jurisprudência, a caracterização da união estável (apesar de não possuir um prazo certo na legislação vigente), já foi declarada no prazo próximo de um relacionamento de três meses de namoro, com a frequência de um à casa do outro, ao menos duas vezes na semana, rápido demais para qualquer pensamento acerca da opção ou não pela realização da união estável e da necessidade de uma definição de regime de bens entre esses namorados.

Sequencialmente é possível cogitar que, ao se optar pela realização da união estável, não se sabe ao certo, se o companheiro é ou não herdeiro necessário. Sendo que, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o regime jurídico sucessório para o companheiro, não pode ser regido pelo art. 1790 do Código Civil e aplicar-se-ia em seu lugar o artigo 1829¹ do mesmo diploma legal, utilizado para o casamento, equiparando-se estes dois institutos. Desta feita, resta a dúvida do que se deve aplicar: apenas o art. 1829? Ou se aplicaria todo o regime sucessório típico do casamento? Pois, ao utilizar-se essa interpretação maior, o companheiro se torna também herdeiro necessário, tendo aquela pessoa o dever de reservar a ele a legítima, ou seja, a divisão do patrimônio conquistado.

Ademais, se reforça o mencionado acima, pois de acordo com tese fixada pelo colendo STF, em que "é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002". Ainda, de acordo com o artigo 1.829, do Código Civil, na ausência de ascendentes e descendentes, o companheiro do de cujus será o único herdeiro dos bens deixados pelo autor da herança, afastando-se os colaterais.

¹ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais. *Como consequência, no citado artigo 1.829, onde se lê “cônjuge”, dever-se-á ler e compreender “cônjuge ou companheiro”.

Assim entende a jurisprudência do ano de 2022 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INVENTÁRIO DE BENS - UNIÃO ESTÁVEL - INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIMES SUCESSÓRIOS ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS - AUSÊNCIA DE ASCENDENTES E DESCENDENTES - EXCLUSÃO DE COLATERAIS - RECURSO DESPROVIDO. De acordo com tese fixada pelo colendo STF, "é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002". De acordo com o artigo 1.829, do Código Civil, na ausência de ascendentes e descendentes, a companheira do de cujus será a única herdeira dos bens deixados pelo autor da herança, o que impõe a manutenção da decisão que excluiu os herdeiros colaterais. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.011578-6/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Aleixo , 4ª Câmara Cível Especializada, julgamento em 06/10/2022, publicação da súmula em 07/10/2022)

Resta esta proteção, portanto, ineficiente para aquele casal que deseja manter apenas um relacionamento, sem que seja criado um vínculo jurídico mais profundo, isto é, para aquelas pessoas que não objetivam a constituição de uma família e se encontram ainda em processo de escalada de afeto.

Bastando, para que seja alcançada a proteção de seus direitos – dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade – realizarem declaração e renúncia expressa de sua intenção de não constituição de família, de forma livre, espontânea e sem vícios, registrada em cartório, com prazo determinado de validade. Isso porque, uma vez que não existe nenhum critério objetivo para configuração ou desconfiguração da união estável, se as partes deixarem por determinada sua real intenção, aparentemente, o dilema é solucionado.

5.1 O contrato de namoro

O conceito de contrato está contido na doutrina. Segundo Diniz (2008), surge da vontade bilateral, conforme a lei, para adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas patrimoniais, salvo os de adesão:

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinada a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2008, p. 30).

Todavia, como anteriormente posto, ainda não há jurisprudência consolidada sobre os contratos de namoro e nem mesmo os doutrinadores convergem a respeito, havendo quem os aceite como expressão da autodeterminação e

autonomia da vontade das partes e quem entenda que esses contratos não podem impedir a incidência das Leis que disciplinam a união estável (NIGRI, 2021, p. 20).

O requisito fundamental para a validade de todos os contratos está na parte geral do Código Civil: o consentimento recíproco das partes e a declaração manifestada de forma livre e espontânea, sem vícios ou qualquer espécie de fraude, requisitos que devem também, portanto, ser observados no contrato de namoro.

Neste íterim, apesar da falta de unanimidade acerca da validade dessas declarações, vem ganhando força a teoria de que as pessoas maiores e capazes devem ter o poder de decidir qual é o *status* de seus relacionamentos, sem que isso seja imposto por terceiro ou pelo próprio Estado. De modo que, se livremente assinaram um contrato de namoro, essa declaração deverá ser levada em consideração no arcabouço probatório caso haja um litígio judicial, não podendo ser, se legítima for, ignorada pela Lei e pelo poder judiciário.

Importante destacar que não há nada na Lei que impeça a celebração de contratos de namoro, desde que suas cláusulas não violem normas de ordem pública e a sua declaração reflita a verdade, pois pode ocorrer sua utilização como mecanismo para burlar a norma. Nesse contexto, a pessoa pode estar tentando evitar a incidência de um regramento da união estável do qual já visualiza a sua existência, já estando esta, portanto, constituída. E, este é o principal motivo para a objeção ao contrato de namoro. Todavia, acerca deste risco, da utilização fraudulenta do instituto jurídico, prioriza-se a utilização do princípio da primazia da realidade. Assim delimitado por Freire e Pretti (2021):

O princípio da primazia da realidade é o instrumento capaz de viabilizar o confronto entre aquilo que se encontra disposto no contrato e aquilo que de fato ocorre no dia a dia (...).

Neste sentido, se houver a constituição de um contrato de namoro fraudulento, esse não poderá prosperar no judiciário. Sugerindo-se para tanto, a retroatividade em casos de comprovada fraude naqueles negócios jurídicos em que não se utilizaram da conformidade da Lei e Súmulas, à época, para sua realização, atentando aos terceiros de boa fé.

Em síntese, o que verdadeiramente se objetiva, por meio dessa declaração, é definir, de forma absolutamente clara, que a relação do casal é apenas de namoro qualificado ou prolongado e que não há a intenção de os namorados constituírem família. Pois, em geral, a união estável só é reconhecida judicialmente quando o

relacionamento termina. E caso isso ocorra, o regime de bens a reger aquela relação será o da comunhão parcial, regra no ordenamento jurídico.

Por isso, a importância de prevenir por meio do contrato de namoro a ocorrência deste errôneo reconhecimento, quando demonstrada expressamente a real intenção do casal (o mais relevante). Ademais, podem estes incluir também nos contratos de namoro, conforme a opção atual de proteção patrimonial adotada pela advocacia em geral, à previsão de que, caso fique configurada a união estável, o regime de bens adotado pelo casal será o da separação total de bens, quando, ao menos, na hipótese de dissolução do relacionamento, cada um sairá, exclusivamente, com seu patrimônio particular.

O ponto seria, para a sociedade, contribuir diariamente com uma lógica de prevenção. Sendo o contrato de namoro uma forma de estabelecer previamente as regras que regerão aquelas relações.

Assim sendo, a opção por esses contratos está na problemática de que os namoros contemporâneos e a união estável possuem como distinção uma linha tênue e meramente subjetiva, qual seja: o objetivo de constituição de família. Desta forma, esses podem vir a ser confundidos facilmente pelo intérprete magistrado, com os consequentes reflexos jurídicos desse reconhecimento.

Entretanto, resta atualmente no cenário jurídico brasileiro ineficaz o Contrato de Namoro, uma vez que mesmo diante da legítima manifestação expressa da vontade das partes, parte majoritária da doutrina parte da alegação acrítica de que essas espécies de negócio jurídico seriam nulas por terem como intuito fraudar a Lei.

Nesse sentido, o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, ao julgar a Apelação Cível n. 70006235287 do Tribunal de Justiça do RS em 06/08/2015, alertou para o fato de a Justiça “casar de ofício” quem não o fez por vontade própria e criticou os contratos de namoro:

Esses abortos jurídicos que andam surgindo por aí, que são nada mais que o receio de que um namoro espontâneo, simples e singelo, resultante de um afeto puro, acaba se transformando em uma união com todos os efeitos patrimoniais indesejados ao início.

Compreende-se que para o desembargador, o contrato de namoro é mera declaração de existência de uma relação afetiva, um indiferente jurídico, sendo esse contrato ou declaração inexistente e incapaz de produzir qualquer efeito.

Assim também corrobora o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2011), afirmando que esses contratos seriam uma tentativa de invalidar a previsão legal acerca da união estável, regulando o amor e protegendo o patrimônio da parte que o tem em detrimento daquele que não o tem com nítida ofensa aos princípios da dignidade humana e do Direito de Família.

Ainda, com um ponto de vista mais específico, Sílvio de Salvo Venosa (Venosa, 2003) lembra que enquanto o casamento é um negócio, a união estável, diferentemente, é um “fato jurídico”. Por isso, não se poderia reconhecer validade a um contrato que pretendesse afastar o reconhecimento da união estável, cuja regulação é feita por normas cogentes, de ordem pública, indisponíveis pela simples vontade das partes. Tratando-se, portanto, de contrato nulo, pela impossibilidade jurídica do objeto.

Igualmente, Maria Berenice Dias (2005) que se posicionou da seguinte forma, também a corroborar com os mencionados doutores ao classificar o contrato de namoro como sem valor, entendendo-o como destinado a monetarizar as relações afetivas e como fonte de enriquecimento ilícito:

(...) esta avença, com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de monetarizar as relações afetivas. Não há como previamente afirmar incomunicabilidade quando se segue um longo período de vida em comum, no qual são amealhados bens pelo esforço comum. Nessa circunstância, pretender o reconhecimento de eficácia à avença firmada no início do relacionamento é fonte de enriquecimento ilícito.

Para a autora não se pode olvidar que, mesmo no regime da separação total, vem à jurisprudência reconhecendo a comunicabilidade dos bens adquiridos durante o período de vida em comum. E justifica que o regime é relativizado para evitar enriquecimento injustificado de um dos consortes em detrimento de outro. Nesse sentido, para prevenir o mesmo mal, cabe idêntico raciocínio ao namoro seguido de união estável, negando-se eficácia ao contrato de namoro.

Em suma, tais doutrinadores têm como verdade tácita a intenção fraudulenta dos contratantes, entretanto, tal presunção é contestável e não pode ser considerada verdade absoluta, isso porque se compreende a máxima de que a boa-fé deverá sempre estar presumida no caso concreto, enquanto a má-fé deverá ser comprovada. Neste sentido, rotular todos os contratos de namoro como nulos ou inexistentes fere diretamente a Teoria Geral dos Contratos e seus princípios fundamentais, em especial ao princípio da boa-fé.

Bem como, determinam a invalidade do contrato de namoro, pelo fato da união estável se regulamentar em normas cogestes e de ordem pública que, nesta lógica, é indisponível pela vontade das partes. Neste prisma, tem-se que a união estável é um relacionamento conjugal não adúlterino, não eventual, com a finalidade de constituir uma família, sem o vínculo formal e solene do casamento, por isso a proteção do Estado por se tratar de matéria de ordem pública. Todavia, o que se dispõe a comprovar por meio do contrato de namoro é, essencialmente, a não finalidade de constituir família, vontade, algo plenamente subjetivo e que compete às partes da relação contratual, por meio deste, comprovar e não ao Estado. É, portanto, anterior à possível violação de norma cogente, pois se utilizado para o que se destina, presumindo-se a boa-fé, não há que se falar em união estável. Ademais, cabe ressaltar que, se utilizado de forma viciada e caracterizada a união estável, tal contrato, em razão do princípio da primazia da realidade e conforme a Teoria Geral dos Contratos, perde sua validade de forma tácita.

Neste contexto e em contraposição, a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva (2016), defende o que ela chama de “declaração de namoro” e ressalta que este instrumento serve para provar o que efetivamente existe, ou seja, relação de afeto sem consequências jurídicas:

Há quem diga que a celebração do equivocadamente chamado “contrato de namoro” configura ato ilícito. Porém, quem faz esse tipo de afirmação esquece de que a declaração de namoro serve para provar o que efetivamente existe, ou seja, relação de afeto sem consequências jurídicas. Essa declaração somente pode ser tida como ilícita se falsear a verdadeira relação que existe entre aquelas duas pessoas, ou seja, declararem que há namoro quando, na verdade, o que existe é união estável.

O jurista Zeno Veloso (2016), exemplo de doutrinador favorável ao contrato de namoro, entende que este contrato surge de uma declaração bilateral de pessoas maiores, capazes, guarneçadas de boa-fé e liberdade, isto é, sem pressões, coações ou induzimento (possíveis vícios do negócio jurídico), que confessam seu envolvimento amoroso, e que este envolvimento amoroso se limita unicamente a um namoro - sem nenhuma intenção de constituir família, sem o objetivo de estabelecer uma comunhão de vida, sem a finalidade de criar uma entidade familiar – e este relacionamento não tem qualquer efeito de ordem patrimonial.

Tenho defendido a possibilidade de ser celebrado entre os interessados um “contrato de namoro”, ou seja, um documento escrito em que o homem e a mulher atestam que estão tendo um envolvimento amoroso, um relacionamento afetivo, mas que se esgota nisso, não havendo interesse ou vontade de constituir uma entidade familiar, com as graves consequências pessoais e patrimoniais desta (VELOSO, 2016).

Segundo o autor, se os parceiros estão apenas namorando, embora um namoro de pessoas adultas, com aspectos próprios da modernidade (como o fato de um passar dias e noites na casa do outro ou até mesmo coabitando, de frequentarem bares, restaurantes, festas, viajarem juntos, etc.), quem os vê de fora, e considerando, *in casu*, uma convivência pública, contínua, duradoura, pode concluir que está diante de uma união estável. Quando, outrora, não é o caso, pois, apesar da aparência, falta àquele relacionamento um requisito capital, primordial, essencial, anímico e intrínseco: o compromisso, o objetivo, a vontade de constituir uma família. Não se trata de uma união estável, mas de namoro prolongado ou qualificado.

Por fim, ademais, persevera em seu entendimento de que: nada na Lei veda que os interessados celebrem tal contrato. E ressalta: em muitos casos ele pode ser de enorme utilidade, evitando delicadas questões futuras que recairão sobre os intérpretes.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. 1107192/PR, assim dispõe: “Os arranjos familiares concernentes à intimidade e à vida privada do casal não devem ser esquadrihados pelo direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88”.

Para a jurisprudência favorável, a exemplo o julgado proferido pelo TJSP: Apelação Cível n. 9103963-90.2008.8.26.0000, o contrato de namoro pode ser utilizado como meio de prova para resoluções de casos concretos de difícil distinção entre o que se caracterizaria namoro qualificado/prolongado ou união estável:

Verifica-se que os litigantes convencionaram um verdadeiro contrato de namoro, celebrado em janeiro de 2005, cujo objeto e cláusulas não revelam ânimo de constituir família [...] A defesa da autora alegou em seu recurso que a relação, de quatro anos, acabou por causa do temperamento agressivo do ex-namorado. Argumentou que eles têm um filho, além de citar as provas, como fotos do casal e do relacionamento ser de conhecimento público. Logo, a autora teria direito à partilha de bens e fixação de alimentos [...] Pesou na decisão do desembargador o fato deles só terem vivido juntos durante 6 meses. No mais, viviam em casas separadas, como ficou provado, só vivendo juntos durante os finais de semana. O desembargador também entendeu que a autora não dependia economicamente do ex-namorado, pois já trabalhou anteriormente, mostrando ser apta ao trabalho e por fim, utilizou-se do contrato de namoro como meio de prova [...].

Conclui-se, portanto, que para a doutrina e jurisprudência favorável, o contrato de namoro não tem, *per se*, o condão de afastar os efeitos da união estável, contudo trata-se de uma declaração bilateral de pessoas maiores, capazes,

guarnecidas de boa-fé e liberdade, que atesta o que efetivamente existe. Ademais é perfeitamente lícito e tem sido considerada uma importante prova para demonstrar que o relacionamento se trata apenas de um namoro (qualificado ou prolongado), ou seja, relação de afeto sem consequências jurídicas.

Por sua vez, Helder Martinez Dal Col (2005), posiciona-se entre as duas vertentes de pensamento, pois defende a validade relativa desses contratos, entendendo que a vontade manifestada pelas partes deve ser respeitada se ambos os contratantes insistirem na ausência de qualquer vínculo, senão o de simples namoro, conforme estabeleceram em pacto, em especial, quando ausente alguma das condições exigidas para o reconhecimento pleno e incontestado da união estável.

Sobretudo, nota-se comum em cada um dos entendimentos apresentados, ainda que conflitantes entre si, a indispensabilidade da consciência jurídica que deve levar em conta o delicado balanço entre a liberdade individual e o governo das Leis - a Justiça.

CONCLUSÕES

Em suma é importante compreender que nem sempre é fácil para o intérprete julgador distinguir a união estável do namoro prolongado ou qualificado, que também se apresenta informalmente no meio social. Ressalta-se que numa feição moderna, aberta, liberal, especialmente se entre pessoas adultas, maduras, muitas vezes que já vêm de relacionamentos anteriores, eventualmente com filhos dessas uniões pretéritas, este namoro implica, igualmente, convivência íntima, pública, que pode ou não ser duradoura, que demonstra para os de seu meio social ou profissional a presente afetividade e seu relacionamento amoroso. E quanto a esses aspectos, ou elementos externos e objetivos, a situação pode se assemelhar muito a uma união estável.

Ademais, é necessário compreender que aquilo que os diferencia habita na intimidade daquele casal, no âmbito subjetivo daqueles namorados. Assim, ao passar pela análise do julgador o que distinguirá uma da outra é, apenas, a falta de um elemento imprescindível da entidade familiar, um elemento interior, anímico, meramente subjetivo: ainda que o relacionamento seja prolongado, consolidado, e por isso tem sido chamado de “namoro qualificado” pela doutrina e jurisprudência, os namorados, por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não

querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível do que os doutrinadores do passado chamavam de *affectio maritalis* (Veloso, 2018, p. 313), muita das vezes focados no futuro educacional e profissional ou ainda, por encontrarem-se em processo de escalada de afeto, de modo que há restrição no apoio moral e material do casal, bem como inexistente o efetivo compartilhamento de vidas.

Nesse ínterim, a insegurança e desorientação citada pelo Filósofo Luc Ferry (2012), posto como referencial teórico, é provocada por essa legislação extremamente vaga e subjetiva, somada à dinâmica dos namoros contemporâneos, que tornam urgente a busca por mecanismos que permitam que as pessoas apenas namorem, sem que esses relacionamentos possam vir a se transformar em fonte de divisão de bens, pensão alimentícia ou, até mesmo, direito à herança. Isso considerando a pouca diferenciação prática e a enorme diferenciação jurídica entre os namoros e as uniões estáveis, sobretudo àqueles que têm relacionamentos públicos, contínuos e duradouros, elementos externos presentes em ambos os casos.

Sabemos, entretanto, que a vida é dinâmica, e as relações muitas vezes evoluem. Portanto, mesmo que no momento da assinatura do documento o casal não tenha objetivo de constituir família, esse contrato não terá o poder de protegê-los se este interesse futuramente se modificar, passando a constituir uma verdadeira união estável. Neste caso, irá preponderar sempre a realidade fática que pode ser comprovada por todos os meios de prova. Aproximando-se o direito de família cada vez mais da responsabilidade civil.

A chave para a não descaracterização do contrato de namoro e conseqüente caracterização de uma união estável estará no comportamento do casal, que deverá agir no cotidiano como namorados, isto é, por exemplo, não possuir conta conjunta com seu namorado, não declará-lo como companheiro para nenhum fim: ser dependente do plano de saúde ou mesmo para entrar em clube associado sem gastar a cota de visitantes, não declará-lo como seu dependente no imposto de renda, não assumir compromissos financeiros para com ele, pois tudo isso irá além do namoro qualificado.

Em síntese, resta evidenciado que o contrato de namoro respeita e cumpre todos os requisitos estabelecidos pela Teoria Geral dos Contratos: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa

em lei. No entanto, se havendo provas incontestáveis da existência do objetivo intrínseco de constituição familiar por parte dos contratantes, reincinde-se este contrato tacitamente e encerram-se seus efeitos no mundo jurídico, conforme estabelece o princípio da primazia da realidade.

Diante todo o exposto, a proposta de solução baseia-se na eficácia e validade do contrato de namoro, tornando-o forma hábil de gerar direitos e obrigações na vida civil. Bastando, para que seja alcançada a proteção dos direitos do casal – dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade – realizarem declaração e renúncia expressa de sua intenção de não constituição de família, de forma livre, espontânea e sem vícios, registrada em cartório, com prazo determinado de validade.

Todavia, é certo que ainda não existe um fim para as discussões acerca da validade e eficácia dos contratos de namoro, pois não há entendimento consolidado pela doutrina. Tampouco previsão do momento em que o Estado passará a preocupar-se com o namoro em paridade ao seu acolhimento pela união estável e casamento. Entretanto, pode-se reconhecer e adequar, para o aduzido contrato, o raciocínio aristotélico que remete a uma interpretação nova da ideia de natureza: a natureza humana é variável e sujeita a uma indeterminação essencial, sociológica. Sendo assim, em “conformidade com a natureza” não se pode pensar em termos de universalidade, mas antes de variabilidade. Em suma, o direito natural não deve ser compreendido como uma “universalidade separada”, sobre o modo platônico de uma supernatureza, mas antes como aquilo que acompanha a variabilidade do humano. Pois, o Direito Natural nasce do próprio ser e é superior ao Estado, ligado a princípios e, por isso, a necessidade de respeitá-lo, acima de qualquer preconceito e estigma, através da construção de um Direito principiológico, ou seja, um Direito vivo e em consonância com a realidade, por conseguinte, a consciência jurídica deve levar em conta o delicado balanço entre a liberdade individual e o governo das Leis - a Justiça.

Na antiguidade era possível perceber claramente que o namoro tratava-se de uma fase em que o casal iria se conhecer, bem superficialmente, objetivando em fim o casamento, pois à época era a única forma de constituir-se uma família (código de 1916) e ainda a eles não havia escolha quanto à pessoa da qual iriam compartilhar suas vidas. Hoje o namoro não tem essa função exclusiva de preparação para um futuro casamento e, tampouco, existe imposição sobre a pessoa a quem se deve

casar ou sobre a necessidade do próprio casamento. Sobretudo não mais se restringem as relações amorosas e afetivas a aspectos meramente patrimoniais.

A união estável foi reconhecida como família desde 1988. Em 1994, foram conferidos os primeiros direitos aos companheiros. Em 1996, foram estipuladas as regras que se adota nos dias atuais (com exceção da herança). Sendo assim, é possível notar uma mutação ao decorrer dos tempos no comportamento das pessoas. Há 20 anos, não se cogitava de namorados residirem juntos sem uma prévia constituição de família. Hoje a coabitação entre namorados é corriqueira, costumeira, habitual. Pode-se dizer que os costumes contemporâneos criaram a necessidade do contrato de namoro que serve para delimitar aquele relacionamento, para que não gere efeitos patrimoniais não desejados, em razão da semelhança do namoro atual com a união estável.

Ademais, ressalta-se que o namoro para muitas pessoas é um fim em si mesmo, em especial no âmbito das famílias reconstituídas, das famílias mosaico e das famílias recompostas. Neste íterim, a nebulosidade da união estável, nos relacionamentos atuais, é impeditiva à garantia de direitos naturais, em *stricto sensu*, para que muitos casais deixem de se amar. Por isso, a relevância do contrato de namoro para que essas pessoas tenham por garantido esse direito, qual seja: o direito de valer-se da “sacralização do humano” – do novo humanismo, do sagrado amor entre às pessoas, em *latu sensu*, à Liberdade.

E, por fim, para que os casais possam utilizar-se, com segurança jurídica e patrimonial, da verdadeira e atual utilidade do namoro, uma escalada de afeto para uma possível ou não constituição de família, com a pessoa da qual escolheram e que de fato conhecem, que possuem um grau de intimidade e proximidade capaz de determinar o elemento subjetivo que falta para a constituição da união estável e o consequente compartilhamento de vida, respeitando, para tanto, a autonomia da vontade, princípio jurídico típico do Direito Civil.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **RE Nº 1.454.643** - RJ (2014/0067781-5) p. 1. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça de Minas Gerais, **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.22.011578-6/001**, Relator Des. Pedro Aleixo, 4ª Câmara Cível Especializada,

juízo em 06/10/2022, publicação da súmula em 07/10/2022. Acesso em: 15 de nov. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – **RE: 687432** MG, Rel.: Min. Luiz Fux, 1ª Turma, pub. 02.10.2012. |Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL, Tribunal de Justiça do RS, **Apelação Cível nº 70064783335**, Oitava Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 06/08/2015. Acesso em: 06 abr. 2022.

DAL COL, H. M. União estável e contratos de namoro no Código Civil de 2002. **Revista Jus Navigandi**, ano 10, n. 759, 2 ago. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7100/uniao-estavel-e-contratos-de-namoro-no-codigo-civil-de-2002>. Acesso em: 11 abr 2022.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005. Acesso em: 04 out. 2022.

DELGADO, Mario Luiz. **O paradoxo da União Estável**: um casamento forçado. Ano 2, 2016, nº 1, 1349-1371. Online. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_1349_1371.pdf. Acesso em: 24 fev. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Contrato de namoro**, 2005. Online. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/noticia/2373#!>. Acesso em: 25 abr. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das Famílias**. 11.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 34.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

EUCLIDES DE OLIVEIRA, 2006 apud TARTUCE, Flávio. **Direito de Família: Namoro – Efeitos Jurídicos**. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRY, Luc e FORBES, Jorge. **A filosofia para um novo tempo**. 2012. Online. Disponível em: <https://vimeo.com/89308526>. Acesso em: 24 fev. 2022.

FREIRE, Agatha Giovanna. PRETTI, Gleibe. **Princípio da Primazia da Realidade**. 2021. Online. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93146/principio-da-primazia-da-realidade>. Acesso em: 14 mar. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze e XAVIER, Marília Pedrosa. **Contrato de namoro**, 2020. Online. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=l2WLMvZH89Q&t=1493s>. Acesso em: 28 fev. 2022.

GARCIA, F. Z. S. A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade. **IBDFAM**, 3 maio 2018. Online. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1273/A+evolucao+do+direito+das+familias+e+da+conducao+de+seus+conflitos:+novos+desafios+para+a+sociedade#_ftn1. Acesso em: 14 mar. 2022.

HORÁCIO, Eduarda Marcon. **A tênue linha distintiva entre união estável e namoro qualificado**. 2017, p.36. Online. Disponível em <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/5768/1/Monografia%20-%20Eduarda.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Registro Civil 2019**. Est. Reg. civ., Rio de Janeiro, v. 46, p. 1-8, 2019 Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2019_v46_informativo.pdf. Acesso em: 04 out. 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; Maluf, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2013, pág. 371-374. Editora Saraiva. p. 371-374. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598117/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml!%5D!/4/2%5Bcover%5D/2%4050:77>. Acesso em: 12 mar. 2022.

NIGRI, Tânia. **Contrato de Namoro**. Editora Blucher, 2021. E-book. 2021, pág. 20. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555062052/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcover%5D!/4/2/2%4051:37>. Acesso em: 12 mar. 2022.
PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito das Famílias**. Editora Forense: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992996. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992996/>. Acesso em: 15 mar. 2022.

PERELMAN, C; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado de argumentação: a nova retórica**. Tradução M. E. GALVÃO. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Contrato de namoro**. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/contrato-de-namoro/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

SOARES, R. B. Novas perspectivas para o Direito de Família brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias. **IBDFAM**, 4 abr. 2011. Online. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/721/Novas+perspectivas+para+o+Direito+de+Fam%C3%ADlia+brasileiro:+um+olhar+voltado+-+para+o+Estatuto+das+Fam%C3%ADlias>. Acesso em: 14 mar. 2022.

VELOSO, Z. É namoro ou união estável? **IBDFAM**, 20 jul. 2016. Online. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6060>. Acesso em: 11 abr. 2022.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Família e Sucessões**. v.5. Atlas. Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559773039. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773039/>. Acesso em: 11 abr. 2022.

NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE

LEGAL NATURE OF THE DOCTOR AND PATIENT RELATIONSHIP

Naiane Alves de Borba¹

Guilherme Martelli Moreira²

Wellington Lima³

Recebido/Received: 19.10.2022/Oct 19th, 2022

Aprovado/Approved: 16.11.2022/Nov 16th, 2022

RESUMO: A natureza jurídica da relação médico-paciente é objeto de discussão, pois há divergência no que concerne a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor nas demandas judiciais decorrentes da responsabilização civil pessoal do médico, e é nesse ponto que advém a problemática acerca desse estudo. O objetivo principal é chegar a um denominador comum diante do antagonismo relacionado à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou do Código Civil e do Código de Ética Médica nesses vínculos, para tanto, a análise doutrinária e jurisprudencial mostra-se indispensável para concluir o adequado enquadramento jurídico das ações judiciais entre médico e paciente, que por ora é questionável. Assim, diante da relevante questão, surge o propósito de estudo e análise científica. Como resultado, extrai-se o entendimento de que é plenamente cabível, tratar da natureza da relação entre médico e paciente, como demanda de cunho puramente cível, afastando para estas o Código de Defesa do Consumidor, valendo-se do conceito doutrinário e da caracterização desses institutos, quais serão devidamente abordadas no presente artigo. Para tal, utilizar-se-á o método hipotético dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: relação médico-paciente; relação de consumo; responsabilidade civil; médico profissional liberal; relação médico-paciente no Código de Ética Médica.

ABSTRACT: The legal nature of the doctor-patient relationship is an object of discussion, as there is a divergence regarding the applicability or not of the Consumer Protection Code in lawsuits arising from the physician's personal civil liability, and it is at this point that the problem arises about this study. The main

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Graduação em Bacharelado em Direito, do Centro Universitário de Pato Branco - UNIDEP (Brasil). E-mail: borbanaiane@gmail.com

² Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-graduado em Direito Tributário Empresarial e Processual Tributário na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado. Professor de Direito Tributário e Direito Processual Constitucional no Centro Universitário Santa Amélia (UNISECAL). Professor de Direito Tributário no Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1820888758307120> E-mail: guilherme@mabadvogados.com

³ Doutor, Mestre e Especialista em Odontologia. Especialista em Direito Médico. Graduado em Odontologia. Graduado em Direito. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3385113122273104> E-mail: wellington.lima@unidep.edu.br

objective is to reach a common denominator in the face of the antagonism related to the application of the Consumer Defense Code or the Civil Code and the Code of Medical Ethics in these bonds, for that, the doctrinal and jurisprudential analysis proves to be indispensable to conclude the appropriate legal framework of lawsuits between doctor and patient, which for now is questionable. Thus, in view of the relevant question, the purpose of study and scientific analysis arises. As a result, the understanding is extracted that it is fully appropriate to deal with the nature of the relationship between doctor and patient, as a purely civil demand, moving away from the Consumer Defense Code, using the doctrinal concept and characterization of these institutes, which will be duly addressed in this article. For this, the hypothetical deductive method will be used.

KEYWORDS: doctor-patient relationship; consumer relationship; civil responsibility; liberal professional physician; doctor-patient relationship in the Code of Medical Ethics.

INTRODUÇÃO

A relação médico e paciente traz diversos questionamentos no mundo jurídico, principalmente no que se refere à natureza jurídica da relação. A presente pesquisa surgiu com o intuito de tratar a lacuna normativa existente, em que se mostra relevante por abordar, especialmente no que diz respeito a aplicabilidade, ou não, da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor nas demandas judiciais decorrentes da responsabilização civil pessoal do médico.

Desta forma, o objetivo da presente pesquisa é analisar qual a natureza jurídica da relação médico e paciente, se de natureza civil ou de natureza consumerista.

Embora a maioria dos doutrinadores e da jurisprudência entenda que a natureza da relação jurídica médico e paciente seja consumerista, há, também, parcela doutrinária que diverge e defende a aplicação do Código Civil e do Código de Ética Médica nas relações de direito médico. Nesta discordância exsurge a pertinência desta pesquisa, na medida em que se pretende indicar o Código mais adequado para solucionar conflitos do tema ora abordado.

Para alcançar o objetivo proposto de determinar qual a natureza jurídica da relação médico e paciente, foram traçados os seguintes objetivos específicos: identificar os elementos caracterizadores da relação de consumo; analisar a relação médico e paciente sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor; analisar a relação médico e paciente sob o enfoque do Código Civil e Código de Ética Médica; e por fim, analisar a natureza jurídica da relação médico e paciente.

Para tanto, a pesquisa é classificada como exploratória, utilizando-se o método hipotético dedutivo, com a finalidade de solucionar o problema ora apresentado, assim, será conduzida através da utilização de referências bibliográficas, bem como por meio do uso de doutrinas, legislação, artigos científicos, jurisprudências e revistas científicas.

No primeiro tópico, abordar-se-á a análise dos elementos caracterizadores da relação de consumo, a fim de identificar, sob o ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor, quando ocorre a configuração da relação de consumo, tendo em vista que para a incidência do CDC nessas relações é imprescindível a identificação de três elementos básicos, quais sejam: o consumidor, o fornecedor e o objeto.

No segundo tópico, far-se-á um apanhado das razões que fundamentam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente, em que se apresenta doutrina, jurisprudência e também as críticas a esta corrente.

No terceiro item, estudar-se-á a relação médico e paciente no Código Civil e no Código de Ética Médica, visando compreender o vínculo jurídico estabelecido por esses institutos nas relações entre os privados (médico e paciente), no que concerne à sua responsabilidade, para isso, é necessário compreender o que dispõem tais legislações a respeito da temática, bem como sua adequada aplicabilidade em conformidade com o entendimento doutrinário.

Ao final, concluir-se-á a ideia central da pesquisa, que consiste em indicar qual a natureza jurídica da relação médico e paciente, vez que já explanado quando uma relação pode ser considerada de consumo, bem como demonstrado quando se aplica à essa relação o Código Civil e o Código de Ética Médica.

1 OS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O objetivo do presente item é analisar os elementos caracterizadores necessários para a configuração de uma relação de consumo sob o ponto de vista do Código de Defesa do Consumidor (CDC), visto que para a sua aplicação nas relações, inclusive entre médico e paciente, é imprescindível a presença dos seguintes elementos: o consumidor, o fornecedor e o objeto.

Inicialmente, destaca-se que nas relações de consumo existem dois elementos distintos: o subjetivo e o objetivo. No primeiro estão os sujeitos da relação, quais sejam: o consumidor e o fornecedor. Já no segundo, encontram-se o

produto e o serviço, ambos vinculados ao objeto como meio material (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 73).

Pois bem, quanto ao elemento subjetivo da relação, observa-se que o legislador brasileiro se preocupou em delinear o que via como consumidor logo no início da Lei nº 8.078/90, dispondo este conceito no artigo 2º e parágrafo único, em que caracteriza como consumidor, tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, na condição de destinatário final, a considerar também os consumidores equiparados (BRASIL, 1990).

Percebe-se que tal conceito adotado pelo CDC possui caráter econômico, cuja tutela engloba sujeitos ou que adquirem ou que utilizem produtos ou serviços como destinatário final, em que direciona o dispositivo legal em face de uma necessidade própria do consumidor, afastando a aplicação ao desenvolvimento de outras atividades negociais (GRINOVER; et al., 2019, p. 22).

As atividades negociais ou econômicas entendidas pelo CDC são as desempenhadas dentro de uma empresa e exercidas com a finalidade de se obter o lucro (BERENSTEIN, 2019, p. 24-25), isso significa que consumidor é o destinatário final e não o meio receptivo do produto ou serviço para repasse econômico.

Sucedese que, embora o artigo 2º do CDC discipline que o consumidor destinatário final da obrigação não visa o lucro, mas o consumo ou a utilização do objeto, existem três teorias em relação a intenção do destinatário da obrigação: a teoria maximalista ou objetiva, a teoria finalista ou subjetiva e a teoria mista ou finalismo mitigado aprofundado.

A primeira teoria, maximalista ou objetiva, apresenta o destinatário como aquele que retira o produto ou recebe o serviço, sem importar com a sua finalidade, tampouco a aferição de lucro, assim, se aplica a toda sociedade consumerista, inclusive àqueles que utilizam de insumo para a cadeia produtiva (BESSA, 2021, p. 7).

Já a corrente finalista ou subjetiva defende que o destinatário final é o sujeito que adquire o produto ou faz o uso dos serviços, sem fins lucrativos, apenas para suprir suas necessidades individuais ou privadas (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 73).

Por sua vez, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu e através do conceito de consumidor por equiparação previsto no artigo 29 do CDC, adotou a teoria mista, também conhecida como finalismo mitigado aprofundado, cujo enfoque consiste em ampliar o conceito de consumidor a fim de alcançar a pessoa

jurídica, ainda que esta não seja destinatária final do produto ou serviço, mas, que se encontrem em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, face o fornecedor (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 105).

Nesse sentido, observa-se que o consumidor destinatário é tanto aquele que recebe o objeto para implementar na cadeia produtiva, como aquele que recebe o objeto para satisfazer as próprias necessidades.

Compreendido a caracterização do consumidor, o CDC em seu artigo 3º, apresenta o segundo elemento básico de uma relação de consumo: o fornecedor, afirmando que:

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, percebe-se que em comparação conceitual com consumidor, o fornecedor é também toda pessoa física ou jurídica. Entretanto, aqui, a redação submete os fornecedores inclusive como provedores de produtos e de serviços públicos e estatais, em conformidade com o artigo 22 do CDC, vez que estes, são obrigados a fornecer serviços adequados e eficientes.

Para conceituar fornecedor, algumas características lhe são atribuídas, trazendo-lhes uma ideia de atividade profissional habitual e com fins econômicos, assim, é determinado ao fornecedor serviços que o remetem a obtenção de fins lucrativos, ou seja, um fornecedor é todo aquele que pratica atividade profissional, eis que o próprio artigo os define como aquele que monta, cria, constrói, transforma, importa, exporta, distribui ou comercializa produtos ou serviços (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 91).

Humberto Theodoro Junior (2021, p. 15) define fornecedor como aquele que desenvolve atividades profissionais com certa habitualidade, recebendo em troca do fornecimento do produto ou da prestação de serviços uma remuneração.

Tem-se ainda, a observância da distinção relevada na redação do artigo 3º, do CDC, pois, existem os fornecedores de produtos e os prestadores de serviços, e para compreender melhor ambos, é necessário analisar o objeto da relação de consumo.

Para tanto, observa-se o último elemento básico da relação de consumo, o objeto, previsto nos §§ 1º e 2º, do artigo 3º do CDC, tendo o legislador criado uma divisão, a fim de conceituar ambos os objetos, sendo eles: o produto e o serviço.

Art. 3º [...]

§1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 1990).

Importante para a compreensão, distinguir a prestação de serviços e o fornecimento de produtos, pois, a prestação de serviços caracteriza-se como uma obrigação de fazer, enquanto o fornecimento de produtos seria uma obrigação de dar (MARQUES; et al., 2021, p. 26-27).

No §2º, do artigo 3º do CDC, há o conceito de serviço, cuja descrição é toda atividade fornecida no mercado que gera remuneração, salvo as relações trabalhistas, qual tem regulamentação especial (BRASIL, 1990).

Desta forma, compreendido os elementos caracterizadores da relação de consumo, percebe-se o liame entre o primeiro elemento da relação: o consumidor e o segundo elemento da relação: o fornecedor, vinculados por um objeto, produto ou serviço consumido, adquirido ou prestado.

Nesse sentido, Bessa (2021, p. 6) ensina que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo é condicionada pelo vínculo jurídico entre o consumidor e o fornecedor no âmbito mercantil, tendo por objeto, ainda que indiretamente a compra e venda de produtos ou a prestação de serviços.

Portanto, extrai-se que para configuração da relação de consumo, é imprescindível que os requisitos elementares básicos supra elencados retem caracterizados, pois, se ausente alguns dos elementos, não se pode caracterizar a natureza da relação jurídica como sendo consumerista.

2 A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste tópico, far-se-á um apanhado das razões que norteiam a aplicação do CDC nas demandas judiciais decorrentes da responsabilização civil pessoal do médico (profissional liberal), trazendo posicionamento doutrinário, jurisprudencial e críticas a esta corrente.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o CDC não define expressamente o que é uma relação de consumo, no entanto, conceitua elemento subjetivo e objetivo o que torna possível delinear essa relação. Nesse sentido, o doutrinador Eduardo Dantas (2014, p. 30) entende que a partir dos conceitos de consumidor, fornecedor e de serviço, previstos pelo CDC, é provável observar uma relação de consumo intrínseca quando da prestação de serviços médicos.

Embora Dantas (2014, p. 30) mencione a existência de uma intrínseca relação de consumo, inexistente normativa expressa que define a natureza jurídica da relação médico e paciente, razão pela qual a doutrina se divide em duas correntes, a primeira se posiciona favorável a aplicação do CDC, a segunda, ao seu turno, e que será devidamente abordada no próximo item, entende que o enquadramento de lei específica prevista no Código Civil e Código de Ética Médica é o mais adequado.

Acerca da origem do enquadramento consumerista da avença estabelecida entre o médico e o paciente, Miguel Kfoury Neto (2018, p. 94) menciona que ante a ausência de um consenso quanto a aplicabilidade da natureza jurídica dessa relação, é reconhecida a semelhança entre um contrato de locação de serviços e um contrato de serviços médicos.

Desta forma, Miguel Kfoury Neto (2018, p. 95) explica que a atividade desenvolvida pelo profissional liberal é definida mediante uma contratação, seguida de um pagamento. Isso significa que, uma vez contratado o profissional, este executará os serviços e receberá sua remuneração, assim, é possível caracterizar uma relação de consumo.

Ao caracterizar esse vínculo jurídico consumerista, justifica o doutrinador Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 121), que a responsabilidade civil dos profissionais liberais é de natureza subjetiva, culposa, e, portanto, se considera por força da aplicação de lei especial, que o Código de Defesa do Consumidor se sobrepõe em face do Código Civil.

Não é diferente o entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 109) que defende a possibilidade da aplicação do CDC, pois entende que a responsabilidade do médico é de caráter subjetiva, o qual permite a inversão do ônus da prova ao consumidor/paciente, conforme disposto no artigo 6º, inciso VIII do

CDC¹, até porque o profissional médico possui condições superiores de trazer à tona nos autos elementos a provar sua responsabilidade.

Assim, é o entendimento apresentado no Agravo em Recurso Especial nº 2001746 SP 2021/0326390-7 (2022), do Superior Tribunal de Justiça, qual o recorrente alegou violação aos artigos 6º, inciso VIII e 14, §4º ambos do CDC, de que não poderia ter sido invertido para si (médico profissional liberal), o ônus que incumbe ao autor, visto que sua responsabilidade civil é subjetiva. Em decisão ao recurso, o Ministro Relator Raul Araújo aplica o CDC ao caso, e ensina o que segue:

[...] Verifica-se que o Tribunal a quo, ao distribuir de forma dinâmica o ônus da prova, de modo que recaia sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas deste caso em que se discute possível erro médico, decidiu em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, também, é no sentido de que “a *responsabilidade subjetiva do médico (CDC, art. 14, §4º) não exclui a possibilidade de inversão do ônus da prova, se presentes os requisitos do art. 6º, VIII, do CDC [...]*”. (BRASIL, 2022, on-line).

Ademais, a 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, entendeu pela aplicação do CDC, quanto a responsabilidade civil do profissional liberal, em razão de que: “os artigos 951 do Código Civil e 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor adotaram a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade civil dos profissionais liberais, a exemplo dos médicos [...]” (BRASIL, 2019, on-line).

No trecho extraído do acórdão nº 07141342020178070003, julgado pela 6ª Turma Cível do TJDF, foi compreendido que: “[...] na relação jurídica entre o paciente e o médico aplica-se as regras do CDC. O médico figura na condição de prestador de serviços e o paciente na qualidade de adquirente dos serviços prestados [...]”, desta forma, o relator Alfeu Machado, a teor do que dispõe os artigos 2º e 3º da Lei 8.078/90, entendeu pelo enquadramento do caso no conceito de fornecedor e consumidor (BRASIL, 2019, on-line).

Em conformidade, o doutrinador Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2017, p. 151) afirma que quando for possível identificar como autor e réu, o consumidor e o fornecedor, em que ambos transacionam produtos e/ou serviços, restará configurada uma relação de consumo, por força da aplicação dos artigos 2º e 3º do CDC.

¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990).

É também este o entendimento jurisprudencial, consolidado na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conforme a ementa a seguir:

[...] Erro médico. *Aplicabilidade do CDC na relação entre médico e paciente.* Inversão do ônus da prova. Possibilidade no caso concreto. Notória hipossuficiência técnica da agravada. Decisão agravada mantida, exceto quanto ao dever se comprovar a existência e extensão dos danos morais suportados. [...] (BRASIL, 2019, on-line).

Assim, vê-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que possui entendimento semelhante, aplica-se o CDC, bem como a inversão do ônus da prova em casos que restar configurada a hipossuficiência técnica do paciente. Portanto, configuram a relação de consumo, pelo fato de comparar o médico ao fornecedor, o paciente ao consumidor e os serviços médicos ao objeto.

Acontece que, ao enquadrar a relação dicotômica médico-paciente ao consumo, algumas consequências processuais são apontadas, como: a jurisdição competente para propositura da ação; o prazo de prescrição; a inviabilidade de cláusulas excludentes de indenização, em caso de danos; e a inversão do ônus da prova (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015, p. 754).

Em relação ao prazo prescricional do artigo 27 do CDC¹, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 844197 de 2016, entendimento preponderante que manteve a decisão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços médicos, o que causa uma diferença de dois anos a mais, em comparação à prescrição do Código Civil, que é de três anos, entendimento desfavorável ao ato médico (BRASIL, 2016, on-line).

Critica Alessandro Timbó Nilo (2019, p. 70) que o entendimento de que a ampla definição legal trazida no CDC, é o principal fundamento para enquadrar a relação médico-paciente à essa norma. Prossegue, que é incompatível determinar como relação de consumo a atividade médica, em razão da sua própria imposição ética-profissional, visto que a saúde do ser humano não é uma mercadoria, ou seja, não se enquadra no conceito de objeto, visto que o objeto principal é o tratamento do paciente e não a prestação de serviço que visa o lucro.

Não seria possível crer que um paciente conceberia sua própria vida a uma contraprestação, um objeto de troca comercial, pois, o lucro desta relação não pode

¹ Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. (BRASIL, 1990).

ser comparado a finalidade da atividade empresarial. O valor recebido pelo médico é um meio secundário, pois a finalidade é o tratamento do paciente e a preservação da vida (NILO, 2018, p. 114).

Deste modo, Sérgio José Cavalieri Filho (2021, p. 465), defende a ideia de que a assistência médica possui natureza de contrato *sui generis* e não de mera locação de serviços, visto que o médico não se limita a prestar serviços técnicos, como também assume um papel de conselheiro, protetor e guarda do enfermo, o que seria oponível ao conceito trazido pelo CDC.

Superado os apontamentos que fundamentam a aplicação do CDC nas relações entre o profissional médico e o paciente, bem como as críticas a esse posicionamento, cumpre ressaltar a imprescindibilidade da existência dos elementos caracterizadores do direito do consumidor, isso pois, se ausente algum desses, não existirá relação de consumo, devendo ser, ao caso, aplicado outro instituto jurídico, como, será abordado no próximo tópico.

3 A RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Neste item, estudar-se-á a relação médico e paciente no Código Civil e no Código de Ética Médica, a fim demonstrar o vínculo desses institutos com a relação médico e paciente no que concerne à sua responsabilidade civil, assim, será analisado o disposto em tais legislações, bem como sua aplicabilidade em conformidade com o entendimento doutrinário.

De início, é importante ressaltar que, não existe uma legislação específica para amparar a relação jurídica entre o médico e o paciente, o que por consequência causa uma lacuna normativa, a qual abre margem para uma discricionariedade judicial. Desta forma, as relações destes privados são inseridas em um contexto, a fim de localizar o devido enquadramento.

Segundo Udelsmann (2002, p. 173), para que seja possível definir se a atuação do médico enseja em responsabilidade civil, bem como se o ato praticado por este é legal ou não, se faz necessária a análise do caso em apreço perante o Código Civil, e demais legislações e entendimentos jurisprudenciais.

Assim, o Código Civil brasileiro de 2002, disciplina em seu artigo 927 a temática da obrigação de reparar o dano causado por meio de ato ilícito em face de

terceiro, bem como em seu parágrafo único dispõe que: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa [...] ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002).

Tal conceito e interpretação define a responsabilidade civil como uma obrigação de suportar o castigo, qual provém da obrigação de reparar danos cometidos com ou sem culpa do agente, ou com quem este mantenha uma relação jurídica, originando-se desta, duas obrigações: (i) a de fazer; e (ii) a de restaurar o dano ou submeter-se a pena, em razão da violação da lei (ROSENVALD, 2017, p. 29-30).

Assim, para que reste configurada a responsabilidade civil é imprescindível a presença de alguns elementos, quais sejam: (i) a existência de conduta omissiva ou comissiva, decorrente de ato ilícito; (ii) a presença de um dano patrimonial ou moral contra terceiro; e por fim, (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta perpetrada pelo agente (COIMBRA et al, 2019, p. 60).

Ainda, os doutrinadores trazem um quarto elemento indispensável para caracterizar a responsabilidade civil - (iv) a culpa, a qual faz parte do liame entre o ato praticado e o dano ocasionado, passando pela culpa do agente (MODRO, 2016, p. 13).

Nesse sentido, ainda que preenchidos os requisitos supracitados, para aferir a culpa é necessário observar suas modalidades dispostas no artigo 186, do Código Civil de 2002, quais sejam: negligência, imprudência, ou imperícia, direcionadas a presença de culpa, fundamento basilar da responsabilidade civil (GONÇALVES, 2020, p. 46).

Gonçalves (2020, p. 46) prossegue o entendimento de que para existir responsabilidade, é preciso que haja culpa, pois, a reparação decorre da prática do ato ilícito, no qual, sem prova de culpa, inexistirá a obrigação de indenizar, exceto quando se tratar de responsabilidade objetiva, em que a culpa é presumida.

Para Venosa (2021, p. 380), a culpa na responsabilidade civil é a “inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e observar”, ou seja, a ação ou omissão praticada pelo agente contrário ao dever de cuidado imposto pela legislação, produzindo um resultado indesejado e danoso, porém que poderia ser previsível caso o agente observasse as normas.

Cabe também, diferenciar a responsabilidade civil subjetiva e objetiva, na qual a primeira (subjetiva) decorre de algum ato culposos ou doloso praticado que gere a obrigação de reparar o dano, em que cada indivíduo responde por sua culpa; e a segunda (objetiva), decorre da responsabilidade do agente em reparar o dano, mesmo que não tenha o praticado diretamente, mas por um terceiro no qual mantém relação jurídica, presumindo-se então, a culpa, em razão do dever geral de vigilância (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 17).

Há ainda, que apontar a distinção entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, pois, a compreensão desses conceitos auxiliará na determinação da aplicação dos mesmos dentro das relações entre o médico e o paciente.

Para Cavalieri Filho (2020, p. 34 e 319), a responsabilidade civil contratual é aquela que decorre da quebra de um dever ajustado entre as partes, mediante vontades preexistentes, de cunho obrigacional, previsto nos artigos 389¹ e 395², ambos do Código Civil de 2002. Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual ou também conhecida como aquiliana decorre da quebra de um dever jurídico imposto pela lei, este encontra-se guardado nos artigos 186³ e 187⁴ combinados com o artigo 927, todos do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, importante destacar três diferenças básicas dessas duas modalidades, mormente em seus aspectos práticos, quais sejam: as fontes que promanam; o ônus da prova em relação à culpa; a repercussão quanto à capacidade do agente lesante (PEREIRA, 2010, p. 152).

Em que pese tais diferenças pragmáticas, a dicotomia é de propriedade legislativa, já que o Código Civil adotou este dualismo, entretanto, no âmbito da aplicação privada, destaca-se que a responsabilidade, em termos gerais incide a aplicação do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil (TARTUCE, 2021, p. 32).

¹ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

² Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Para Gonçalves (2021, p. 205) a responsabilidade dos profissionais médicos é contratual, em razão da formação de um autêntico contrato entre o médico e o paciente, quando este o atende. Em conformidade, Cavalieri Filho (2021, p. 465) aduz que, em se tratando de responsabilidade contratual o que importa é saber se a obrigação é de resultado ou de meio, no primeiro caso a responsabilidade é objetiva com culpa presumida, no segundo a culpa precisa ser provada.

Assim, o fato de a relação ser considerada como contratual, a responsabilidade médica não tem condão de presumir a culpa, visto que, o fato de não obter a cura do paciente, não importa no reconhecimento da inadimplência contratual, isto porque o objeto não é diretamente a cura, mas a prestação de cuidados para obtê-la.

Deste modo, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no REsp 992.821-SC (2012):

Médico – Responsabilidade pessoal – Exigência de comprovação da culpa – O insucesso do tratamento – clínico ou cirúrgico – não importa automaticamente o inadimplemento contratual, cabendo ao paciente comprovar a negligência, imprudência ou imperícia do médico – O erro culpável precisa ter relação de causa e efeito com o dano, devendo ser avaliado com base em atuação de médico diligente e prudente.

Assim, Sergio Cavalieri Filho (2021, p. 465) aduz que quando o paciente adere aos serviços médicos, caracteriza-se uma obrigação de meio, pois, o profissional médico assume a responsabilidade ética em que na medida do possível e da técnica adotada trate/cure o paciente, porém se o resultado produzido não for esperado, não poderá, por si só, o paciente ou familiar alegar o inadimplemento contratual.

Sobre o tema, o Código de Ética Médica (CEM), no inciso IX, bem como no artigo 1º, tratam que:

O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.
É vedado ao médico: [...] Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Neste íterim, Alessandro Timbó Nilo (2018, p. 110) preocupou-se com o enquadramento consumerista na relação jurídica entre médico e paciente, pois este possibilita transformar um ato obrigacional de meio em uma obrigação de resultado,

ainda afirma que seria incompatível com a materialidade de meio da obrigação médica.

Por sua vez, a Resolução CFM nº 2217 de 22 de setembro de 2018 - Código de Ética Médica (CEM) possui uma essência deontológica, contrária ao enquadramento consumerista, quando tratado da relação entre médico e paciente. Assim é o previsto no capítulo I, inciso IX, qual dispõe que: “a medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio”. Além disso, em conformidade é o artigo 58, do mesmo diploma legal, cujo texto expressa: “é vedado ao médico o exercício mercantilista da medicina”.

Destaca-se também, o inciso XX, capítulo I, do CEM, no qual: “a natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”. É sabido, que nas relações mercantis, a finalidade é o lucro, conforme explanado no primeiro tópico deste artigo, no entanto, ressalta-se que, a saúde do paciente é um direito constitucional e fundamental, em que a finalidade é o tratamento e não o lucro, visto que a saúde do paciente não é um mero objeto contratual.

Ademais, dentre os princípios do CEM, presente no inciso X, é exatamente o que se trata: “o trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa”. Cabe esclarecer ainda, conforme a redação do artigo 40 do CEM, é vedado ao profissional, se aproveitar de situações decorrentes relação médico-paciente para obter vantagem financeira.

Para aprofundar o entendimento, a Lei nº 12.842 do ano de 2013, denominada “Lei do Ato Médico”, dispõe sobre o exercício da medicina, e em seu artigo 2º, traz que “o objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano [...]”, demonstrando contrariedade expressa aos valores da relação consumerista.

Desta forma, essa incompatibilidade do exercício da medicina com o mercantilismo é dada em razão do objeto da atividade. Ressalta-se que a saúde é um direito fundamental que merece a devida proteção jurídica, não merecendo ser banalizada a ponto de submeter-se ao sistema econômico mercantil como um objeto de negociação que visa principalmente a remuneração dos profissionais médicos.

Portanto, é observado a possibilidade de enquadrar a relação jurídica médico e paciente na natureza civilista, tendo em vista que, o próprio CEM orienta a vedação da atividade médica como relação de consumo, além de afirmar ser

incompatível tal atividade com a finalidade lucro, objeto principal da relação consumerista.

4 A NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO MÉDICO E PACIENTE

Neste tópico, será abordada a ideia central da pesquisa, que consiste em indicar qual a natureza jurídica da relação médico e paciente, vez que já explanada quando uma relação pode ser caracterizada como de consumo, bem como quando se enquadra no Código Civil e no Código de Ética Médica.

Destaca-se inicialmente, que para configurar uma relação jurídica, tanto cível, como de consumo, é imprescindível a presença dos elementos caracterizadores de cada uma, e na ausência de algum dos elementos, implica no afastamento da incidência da norma analisada.

O principal motivo pelo qual se enquadra a relação médico-paciente à natureza consumerista, é a equiparação do médico como fornecedor de serviços, do paciente como consumidor, e do objeto, como a prestação de serviços médicos que visam ao lucro. De outro modo, quando compreendida como relação cível, a análise recai sobre os elementos da responsabilidade, quais sejam, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa, considerando se tratar de uma obrigação de meio.

Nesse aspecto, explana-se diretamente a divergência doutrinária dessa temática, em que para Nilo e Aguiar (2018, p. 107) a incompatibilidade do enquadramento mercantil à atividade médica, se dá em razão do objeto do exercício profissional da medicina, além da expressa exigência ética, visto que, o lucro não é o objeto principal da relação.

Além disso, o médico tem o dever legal de prestar seus serviços com os devidos cuidados, consciente e atento, observando as normas e protocolos da profissão, mas não de assumir a obrigação de curar ou salvar o paciente de um estado terminal. Logo, como a obrigação assumida pelo médico é de meio, caso o seu serviço não produza o efeito esperado, não há como dizer que ocorreu um descumprimento contratual, nesse sentido, a responsabilidade médica, embora contratual é subjetiva e sua culpa deve ser provada (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 411).

A finalidade da qual é tratada a natureza da relação médico e paciente tem a ver com a sua atividade, na prática vislumbra-se que o ser humano não é uma

mercadoria, jamais podendo ser caracterizado como objeto de consumo, até mesmo porque a atividade desenvolvida pelo médico não visa o lucro como objeto principal, mas uma efetiva proteção a vida e a saúde do paciente (NILO; AGUIAR, 2018, p. 107-108).

Para Gonçalves (2021, p. 207):

Embora o contrato médico integre o gênero “contrato de prestação de serviços”, o seu conteúdo atende à especialidade própria a esse campo da atividade humana, não se confundindo com qualquer outro ajuste de prestação de serviços, até porque não há o dever de curar o paciente. Por isso, concorrem elementos e fatores que distinguem a culpa dos médicos da exigida para responsabilizar integrantes de outras profissões. A obrigação principal consiste no atendimento adequado do paciente e na observação de inúmeros deveres específicos. O dever geral de cautela e o saber profissional próprio do médico caracterizam o dever geral de bom atendimento. Dele se exige, principalmente, um empenho superior ao de outros profissionais (GONÇALVES, 2021, p. 207).

Assim, suponha-se o paciente na condição de consumidor, neste caso, obviamente um ser humano não se permitiria à aquisição de um serviço médico do qual o principal objeto da relação seja por parte do profissional a remuneração financeira, embora tal faça parte do sistema.

Tem-se, portanto, que o médico como profissional da saúde não poderá ser comparado com um empresário qualquer que visa o lucro de sua atividade comercial, visto que a remuneração médica é objeto secundário da prestação de serviços, pois, a sua finalidade é outra, é o compromisso firmado com a saúde do paciente (NILO; AGUIAR, 2018, p. 114).

Confirmando, a então presidente do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia, em decisão liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 532, ressaltou que “saúde não é mercadoria”, “vida não é negócio” e “dignidade não é lucro”, além de destacar a importância da discussão do direito à saúde em legislação própria.

Ao analisar a ADPF 532, qual não trata especificamente da relação médico-paciente, mas, da importância da saúde humana, nota-se a crítica quanto ao equívoco de atribuir valor a vida e tratá-la como se negócio fosse.

Em confronto ao posicionamento supra, Tartuce (2021, p 471) aduz que embora a relação médica não possa ser caracterizada tipicamente com a relação de consumo, o tratamento médico é alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor. Explica que o consumidor assume a posição do disposto no artigo 2º

da Lei nº 8.078/1990, eis que o médico passa a fornecer serviços de acordo com o artigo 3º do mesmo diploma legal.

No mesmo sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 121), entendem que a responsabilidade dos profissionais liberais, como no caso dos médicos, embora decorra da natureza subjetiva (prova da culpa), aplica-se o código de defesa do consumidor, por este ser legislação especial e sobrepor-se a lei geral.

Assim, o tratamento médico é, atualmente, alcançado pelos princípios do Código de Defesa do Consumidor, embora a relação médica não possa ser caracterizada como relação tipicamente de consumo (VENOSA, 2021, p. 472).

Gonçalves (2021, p. 214) contraria e entende que até é possível aplicar o artigo 14, do CDC nas relações entre médico e paciente, desde que esta relação possua vínculo empregatício com o hospital, visto que a casa de saúde atua como prestadora de serviços. No entanto, quando o médico apenas utiliza do hospital para prosseguir com o tratamento particular do seu paciente, este responde exclusivamente pelo seu ato, e por consequência, afasta a aplicação do CDC.

Desta forma, embora grande parte da doutrina aponte a natureza jurídica da relação médico e paciente como uma relação de consumo, outra parcela entende ser uma relação civil, mormente por se tratar de uma relação entre privados, na qual várias consequências jurídicas decorrem da aplicação incorreta dessa natureza.

Conforme disciplina Nilo e Aguiar (2018, p. 112) a equivocada aplicação da legislação consumerista impende em consequências importantes para a solução dos conflitos dessas demandas, destacando como principais a: a inversão do ônus da prova, favorecendo o paciente; a escolha do foro de eleição, sendo o do consumidor, não dependendo saber onde ocorreu o tratamento/atendimento; o prazo prescricional que passa a ser cinco anos, ao invés de três anos, como disciplina o Código Civil; e, por fim, a inviabilidade de cláusula contratual que exclui o dever de indenizar em casos de danos.

Dessa forma, em que pese a existência de entendimento que fixa o regime consumerista na relação médico-paciente, observa-se incompatibilidades, tendo em vista a ausência de elementos caracterizadores necessários para formar a relação jurídica prevista no CDC, qual seja, ausência do objeto, qual afasta esta aplicação e abre espaço para o entendimento civilista.

Além disso, o próprio CEM trata que a relação médico e paciente não é de cunho mercantil, consumerista, pois o lucro não é o principal objeto da relação, mas

a vida do paciente, e esta não pode ser vendida. Impende lembrar ainda, que o critério da especificidade é classicamente incidido para a resolução de antinomias jurídicas, o qual aplica o diploma normativo mais específico, deste modo, a relação entre o médico e o paciente apresenta maior coerência diante do Código Civil e do Código de Ética Médica.

Ressalta-se, por fim, que o CDC é um código imprescindível atualmente na sociedade mercantil e consumerista, permanecendo sua devida aplicação quando configurada essas relações, inclusive em algumas direcionadas aos serviços de saúde. Porém, quando a relação for entre o médico profissional liberal, e o paciente, o código civil e o CEM demonstram maior aplicabilidade, por consequência enseja em maior segurança procedimental, tanto para o paciente, quando para o médico da relação.

CONCLUSÕES

A fim de identificar qual o melhor enquadramento normativo jurídico da natureza da relação médico-paciente, se caracterizada como civil ou de consumo. Entende-se que a natureza melhor aplicada é a de cunho civil.

No que diz respeito à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor é notável a imprescindibilidade da presença dos elementos caracterizadores da relação de consumo, visto que, se ausente um dos elementos, não é possível delinear a relação como sendo consumerista.

Desta forma, há entendimento doutrinário que afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações entre médico e paciente, fundada na inexistência do objeto, terceiro elemento presente na relação de consumo, visto que a vida do paciente não pode ser considerada uma mera prestação de serviços que vise o lucro da atividade.

Ademais, a finalidade das relações de consumo, ainda que indiretamente é a obtenção de lucro, o que seria incompatível considerar que um paciente submeteria sua saúde, sua vida, à um médico, em troca de uma remuneração de escala mercantil. É certo que o profissional liberal irá cobrar um valor pelo seu trabalho realizado, no entanto esse não é o principal objetivo, inclusive por ser contrário ao Código de Ética Médica, que preleciona que o objeto de atuação do médico é a saúde humana e da sociedade.

Destaca-se ainda, que ao depender do enquadramento normativo, há várias consequências elencadas em relação ao procedimento das demandas, como a inversão do ônus da prova, a jurisdição e competência, o prazo prescricional, a inaplicabilidade de cláusulas contratuais específicas, dentre outros, diante disso, é que se enseja em relevante insegurança jurídica às partes envolvidas.

De outro modo, é mais adequada a aplicação do Código Civil e do Código de Ética Médica, em razão de que não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma específica para regulamentar o direito médico, e, desta maneira, a responsabilidade civil e seus institutos, conforme apresentado, mostrou-se mais coerente para satisfazer demandas desse gênero.

Funda-se esse entendimento, em decorrência da disposição legal e expressa do CEM, cuja natureza jurídica é de norma regulamentadora de direitos e deveres da classe médica¹, qual afasta a relação consumerista nesses casos, eis que o próprio CEM traz regulamentação da atividade da medicina.

Por fim, cumpre destacar que apesar de apresentar a incompatibilidade do CDC nas relações entre médico e paciente, o presente artigo não intentou afastar os benefícios que o referido Código traz ao paciente, mas, demonstrar que na falta de uma legislação específica, deve-se aplicar o mais adequado ao caso, sem eximir o profissional médico de sua responsabilidade, mas também, evitando que sobreponha ao paciente todos os ônus desta relação.

REFERÊNCIAS

BERENSTEIN, Karina Cavalcanti. **Uma análise crítica do conceito legal de empresa no direito brasileiro**. Portal de Trabalhos Acadêmicos. Monografia. Curso de Direito. Faculdade Damas da Instrução Cristã. Recife/PE, páginas 56, 2019. Disponível em: <<https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/academico/article/view/1092/869>> . Acesso em: 21 nov. 2021.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jan. 2002. Disponível em:

¹ Preâmbulo: I - *O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive nas atividades relativas a ensino, pesquisa e administração de serviços de saúde, bem como em quaisquer outras que utilizem o conhecimento advindo do estudo da medicina.*

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#titulonominativo>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078_compilado.htm>. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Lei n. 12.842, de 10 de julho de 2013. **Lei do Ato Médico**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jul. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm>. Acesso em: 09 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 532**. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ministro Relator: Celso Mello. Brasília, DF, 14 de julho de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5506939>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 2001746 SP 2021/0326390-7**. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília/DF, 02 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1399967751/agravo-em-recurso-especial-aresp-2001746-sp-2021-0326390-7/decisao-monocratica-1399967810>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 844197 SP 2016/0012068-8**. Ministro Relator: Antônio Carlos Ferreira. Brasília/DF, 13 de junho de 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862188946/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-844197-sp-2016-0012068-8>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 992821 SC 2007/0231093-9**. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, 19 de junho de 2012. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895391689/recurso-especial-resp-992821-sc-2007-0231093-9>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 8ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento**, PR 0048496-15.2018.8.16.0000. Direito processual civil. Ministro Relator: Mario Helton Jorge. Curitiba, PR, 14 de março de 2019. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007947511/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0048496-15.2018.8.16.0000#>>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Municípios. 4ª Turma Cível. **Apelação Cível n. 20170110084492APC - (0002713-80.2017.8.07.0001 - Res. 65 CNJ)**. Relator: Luís Gustavo B. de Oliveira. Brasília/DF. 27 de maio de 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal e Municípios. 6ª Turma Cível. **Apelação Cível n. 07141342020178070003 - (0714134-20.2017.8.07.0003 -**

Res. 65 CNJ). Relator: ALFEU MACHADO. Brasília/DF. 13 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 8ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento**: AI 00171163720198160000 PR. Relator: Juiz Alexandre Barbosa Fabiani. Data de Julgamento e Publicação: 14 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/835115377/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-agrivos-agravo-de-instrumento-ai-171163720198160000-pr-0017116-3720198160000-acordao>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 15ª edição. Barueri. São Paulo: Atlas, 2021.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro; et al. **Boletim Conteúdo Jurídico n. 890 de 26/01/2019 (anexo XI). ISSN – 1984-0454**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/openpdf/cj591641.pdf/consult/cj591641.pdf#page=58>>. Acesso em: 06 set. 2021.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: **Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019**. Conselho Federal de Medicina. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. Disponível em: <<chromeextension://efaidnbmninnibpcajpcgclclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fportal.cfm.org.br%2Fimages%2FPDF%2Fcem2019.pdf&cflen=2626675&chunk=true>>. Acesso em: 03 mar. 2022.

DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. **Direito médico**. 3ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: **responsabilidade civil**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Volume 4: responsabilidade civil**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; OLIVEIRA FILHO, Vicente Gomes de. BRAGA, João Ferreira. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Volume único. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. et al. **Direito do consumidor: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MODRO, Nielson Ribeiro. **Considerações sobre a responsabilidade civil: um estudo comparado entre o dano imaterial nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NILO, Alessandro Timbó; AGUIAR, Mônica. **Responsabilidade Civil dos médicos e contratos de tratamento, volume 997**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2018.

NILO, Alessandro Timbó. **A relação paciente-médico para além da perspectiva consumerista: uma proposta para o contrato de tratamento**. Orientadora Monica Neves Aguiar da Silva. 2019. 168 folhas. Dissertação (Mestrado). Curso de Direito. Biblioteca Teixeira de Freitas, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2019.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos. **Relação médico-paciente: o respeito à autonomia do paciente e a responsabilidade civil do médico pelo dever de informar**. 2010. 269f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, agosto de 2010. Disponível em: <<https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9831>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

UDELSMANN, Artur. **Responsabilidade Civil, penal e ética dos Médicos**. In: Revista Associação Médica Brasileira, v. 48, n. 2, 2002, p. 172-182. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fj%2Framb%2Fa%2FM5NXcZkdGMHzGnxmxZJYzfL%2F%3Fformat%3Dpdf%26lang%3Dpt&cLen=415064&chunk=true>. Acesso em 20 mar. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil, volume 2.** 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2021.

VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER E A ADEQUAÇÃO TÍPICA DA PRÁTICA *STEALTHING* NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

GENDER VIOLENCE AGAINST WOMEN AND THE TYPICAL ADEQUACY OF STEALTHING IN BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Emilene Aparecida dos Santos Guedes¹

Maurício Augusto Garbin²

Recebido/Received: 20.10.2022/Oct 20th, 2022

Aprovado/Approved: 05.12.2022/Dec 5th, 2022

RESUMO: A prática *Stealthing* é um dos temas emergentes no âmbito do direito penal brasileiro. Este ocorre quando uma das partes retira o preservativo durante a relação sexual sem que haja o consentimento da vítima, ou tendo o conhecimento da mesma, percebendo apenas no fim do coito. Porém, além de ser repudiada socialmente, essa prática tem gerado polêmica por uma série de fatores. O surgimento dos movimentos sociais teve um impacto direto na liberdade sexual, a prática destes, tornou-se uma forma de prazer humano. No entanto, essas relações requerem vários estágios de consentimento, incluindo o consentimento para o uso de preservativos como forma de proteção para a vítima evitando assim uma gravidez indesejada ou a propagação de doenças sexualmente transmissíveis (DSTs). Sendo assim, o presente artigo tem como objetivo analisar a conduta denominada *Stealthing* conforme os aspectos da violência de gênero e do afrontamento aos direitos fundamentais, os quais são assegurados para todas as pessoas. Contudo, para que tais questões sejam desenvolvidas de maneira clara e objetiva, será procedido um estudo bibliográfico amplo, abrangendo opiniões de autores nacionais e internacionais, com a finalidade de citar o crime *Stealthing* de acordo com as perspectivas supramencionadas. Para tanto, o estudo contemplará o método hipotético dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: *Stealthing*; consentimento; violência de gênero.

ABSTRACT: *Stealthing* is one of the new themes that has been arising in the scope of Brazilian criminal law. This occurs when one of the parties removes the condom

¹ Acadêmica do 10º período do curso de Graduação em Bacharelado em Direito, do Centro Universitário de Pato Branco - UNIDEP (Brasil). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7247891399750847> E-mail: guedesemilene@hotmail.com

² Especialista em Direito Administrativo junto ao Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - IDRFB. Especialista em Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups, junto à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC - Minas). Pós-graduado na Fundação Escola Do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), na modalidade de especialização: Ministério Público - Estado Democrático de Direito. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Professor Universitário e Assessor de Coordenação do Curso de Direito no Centro Universitário de Pato Branco (UNIDEP). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0092278501679389> E-mail: mauricio.garbin@unidep.edu.br

during sexual intercourse without the victim's consent or even knowing about it, noticing only at the end of intercourse. However, in addition to being socially repudiated, this practice has generated controversy for a number of factors. The emergence of social movements had a direct impact on sexual freedom, the practice of these, became a form of human pleasure. Nonetheless, these intercourse require several stages of consent, including consent to the use of condoms as a form of protection for the victim, thus preventing unwanted pregnancy or the spread of sexually transmitted diseases (STDs). Therefore, this article objective to analyze the crime called *Stealth* according to the aspects of gender violence and the violation of fundamental rights, which are guaranteed to all people. Although, so that such questions are developed in a clear and objective way, a broad bibliographic study will be carried out, covering the opinions of national and international authors, in order to cite the *Stealth* crime according to the aforementioned perspectives. For that, the deductive hypothetical method will be used.

KEYWORDS: *Stealth*; consent; gender violence.

INTRODUÇÃO

A prática do *Stealth* é algo que vem chamando atenção especialmente nos últimos anos, tornando-se um dos novos temas do Direito Penal brasileiro. O *Stealth* ocorre com a remoção do preservativo durante a relação sexual.

É um assunto que está sendo discutido tanto na literatura estrangeira, como também está se desenvolvendo na literatura brasileira.

O objetivo desta pesquisa é versar sobre o amoldamento da conduta *Stealth* ao Direito Penal brasileiro, com a finalidade que haja a punição cabível para a penetração do ato. Desta forma, é importante enfatizar os grandes riscos à saúde que essa prática sexual pode trazer às vítimas, podendo causar danos irreversíveis, expondo a vítima ao risco de contrair alguma doença sexualmente transmissível (DSTs) ou até mesmo à uma gravidez indesejada.

Diante da contextualização ora apresentada, aponta-se o problema de pesquisa que ao final do artigo será respondido: Que adequações típicas seriam possíveis na República Federativa do Brasil a essa conduta? Há necessidade de criação de novo tipo penal?

No decurso do presente artigo abordar-se-à, em princípio um breve conceito histórico do *Stealth*, na sequência será tratado o *Stealth* como uma violência sexual e ao caminhar para os tópicos finais deste artigo, será estudado o *Stealth* e a violência de gênero contra a mulher, e por fim, realizar-se-à uma análise acerca das possíveis consequências legais ao direito penal brasileiro.

Nesta pesquisa utilizar-se-á o método hipotético dedutivo para chegar à resolução do problema de pesquisa ora apresentado. Para tanto, será conduzido com o uso de referências bibliográficas de autores nacionais e internacionais que discutiram o assunto, assim como informações encontradas em periódicos, para que o crime *Stealth* assim seja estudado sob os aspectos da violência de gênero e da adequação ao direito penal brasileiro.

1 *STEALTHING* E O SEU CONCEITO HISTÓRICO

Considerando que o propósito desta pesquisa é expor sobre as adequações típicas do crime de *Stealth* no Direito Penal brasileiro e da violência de gênero contra a mulher inserida em seu bojo, é necessário que primeiramente seja feita uma sucinta exposição de um conceito sobre o mesmo.

A expressão *Stealth* é originária do inglês *Stealth*, que significa furtivo/oculto, refere-se à prática em retirar a camisinha durante o ato sexual, sem a autorização e o consentimento da vítima. Embora esse assunto pareça novidade, estudos revelam que vem se tornando uma prática cada vez mais comum em pessoas ativas sexualmente (CABETTE, CUNHA, 2018).

Importante obra sobre o tema, é o estudo da advogada americana Alexandra Brodsky (2017) que foi publicado no dia 20 de abril de 2017, no *Journal of Gender and Law*, sob a denominação "*Rape-Adjacent: Imagining Legal responses to nonconsensual condom Removal*", ("Análogo ao estupro: imaginando respostas legais para a remoção não consensual de preservativo", em tradução livre).

Segundo destaca Brodsky (2017), o interesse pela temática teria surgido a partir da análise do tratamento dado as suas colegas por seus parceiros sexuais e que apontavam para um claro ato de violência de gênero que infringe leis civis e criminais (BARROS, 2017). Uma grande repercussão internacional, causando manifestação de pessoas que repudiam a prática e em contrapartida muitas pessoas relatando que foram vítimas.

No entanto, como indica a advogada Alexandra Brodsky (2017) em pesquisa sobre a retirada não consensual do preservativo, tanto mulheres quanto homens podem ser vítimas da prática.

Brodsky (2017) também caracteriza o *Stealth* sob a ótica da violação dos direitos fundamentais e da violência de gênero. Para a autora, a remoção não

consensual do preservativo durante a relação sexual é uma conduta abrangida pela ampla categoria de violência de gênero, produzindo consequências físicas e psíquicas para as vítimas.

Após entrevistas com as vítimas de práticas do *Stealth*, a autora verificou que tal prática é, de fato, um exemplo claro da violência de gênero no qual são destacados os danos físicos, podendo trazer uma gravidez indesejada à vítima ou também doenças sexualmente transmissíveis e emocionais, havendo assim a necessidade de penalização da conduta (BARROS, 2017).

2 STEALTHING E O ABUSO SEXUAL

A Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006) trata sobre as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres:

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

[...] III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (BRASIL, 2006. n.p).

Desvendando o contexto histórico da conduta *Stealth* e analisando os textos legais supracitados, podemos chamar essa prática de agressão sexual, no qual o parceiro impede a vítima de ter uma relação sexual segura dentro dos limites estabelecidos no início do comportamento.

Quando ocorre essa quebra de confiança previamente estabelecida por um parceiro, com ou sem intenção de prejudicar a vítima, mas semelhante à agressão sexual, deve-se levar em consideração que não se trata simplesmente de um caso de pretensão ou desonestidade. Assim sendo, essas vítimas acabam sofrendo grandes danos, quando o parceiro pratica tal ato com ela, sendo eles, danos físicos e emocionais, como uma gravidez indesejada, a contração de uma doença sexualmente transmissível ou o desenvolvimento de uma doença psicológica a partir do episódio.

As mulheres só percebem que foram vítimas na hora da re penetração, na hora da ejaculação ou quando o parceiro acaba contando para a vítima que praticou esse ato.

3 VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA A MULHER NO ÂMBITO DA PRÁTICA *STEALTHING*

Como visto, nos casos das vítimas do crime *Stealthing*, englobam-se as ofensas à integridade física ou saúde de outrem, somando-se os conceitos de grave ameaça e vias de fato.

No Direito Penal, contudo, o termo violência é dividida em *vis corporalis*, aquela violência que é empreendida sobre o corpo da vítima, e a *vis compulsiva*, que corresponde a grave ameaça (BITENCOURT, 2013, p. 218 e 219).

Pesquisas das Organizações das Nações Unidas (ONU) mostram que é no seio do grupo familiar que as mulheres mais sofrem violência, praticadas principalmente pelos seus maridos, companheiros, conviventes, pais e irmãos, sendo que as agressões também se desenvolvem em diversos contextos sociais (ANNAN, 2000).

Nessa acepção, este trabalho se volta, primordialmente, à garantia da proteção da mulher, enquanto ser humano mais suscetível de sofrer com o fenômeno da violência.

Kofi Annan (2000), ex-secretário da ONU, pronunciou-se sobre os efeitos da violência contra a mulher.

A violência contra as mulheres causa enorme sofrimento, deixa marcas nas famílias, afetando várias gerações, e empobrece as comunidades. Impede que as mulheres realizem suas potencialidades, limita o crescimento econômico e compromete o desenvolvimento. No que se refere a violências contra as mulheres, não há sociedades civilizadas (ANNAN, 2000).

Conforme a autora Opiela (2012) a violência de gênero encontra-se associada aos papéis sociais que são desempenhados por homens e mulheres, tendo um desequilíbrio desproporcional entre estes papéis, referindo-se ao homem como sendo uma criatura dominante e com participações mais ativas pelas mulheres. A autora aponta que esse contexto social é favorável para que os homens empreguem essa violência contra as mulheres.

O Código Penal traz uma hipótese de tipo penal de lesões corporais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher, que está presente no § 9º do artigo 129 e engloba qualquer membro da família, frequentadores habituais da casa, amigos, empregados domésticos, *in verbis*.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (BRASIL, 1940. n.p).

Borin (2007) dispõe que a história da mulher possui uma série de aspectos de submissão e denominação pelo homem. Assim, enfatiza que a cultura brasileira foi criada para deixar sempre as mulheres sob a “guarda” dos indivíduos do sexo masculino: nos primeiros anos de vida era natural que a mulher fosse dominada pelo pai e após o casamento, passava essa relação ao marido.

Como se verifica, essa concepção cultural deixava o homem em uma condição de superioridade em relação à mulher, tendo o mesmo que exercer a sua autoridade sobre a mulher, assim impondo à punição e as práticas violentas em relação a elas.

A autora acima mencionada salienta que ao final da década de 1970 e início da década de 1980, as mulheres passaram a lutar pelo fim da violência contra a mulher pelo simples fato delas serem mulheres e pela igualdade de direitos. A violência deve ser combatida em todos os âmbitos sociais e continua sendo a mais repudiada quando direcionada a uma pessoa somente pelo fato de ela ter nascido com genitálias femininas (BORIN, 2017).

Esse entendimento histórico ainda reflete muito na sociedade atual, mesmo havendo inúmeros avanços legais e sociais os quais foram efetuados com o intuito de valorizar a individualidade da mulher como sendo dona de si mesma e que não deve aceitar às ordens de outro indivíduo, sem que estes elementos sejam de sua própria vontade.

A persistência de vários casos de violência contra a mulher ainda revela, pois, uma cultura de desrespeito.

Leite (1994) menciona que as mulheres sempre foram colocadas a uma condição de inferioridade em relação ao homem, tornando-se muitas vezes a violência contra a mulher algo “natural” no território brasileiro. A mulher era constituída como sendo um objeto pertencente ao homem e, de tal forma, este poderia fazer com ela o que entendesse, como se a estivesse “disciplinando” ou fazendo uso da violência para moldá-la ao seu gosto.

Para melhor estudar a importância das questões que envolvem a violência de gênero no âmbito nacional, é necessário considerar o contexto em que a Lei Maria da Penha foi aprovada.

Esta visa, de acordo com seu artigo 5º, também abranger a situações, com base nas relações sexuais, que causem morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e danos mentais ou materiais (Lei 11.340/06).

O autor Abramo (2012) considera a Lei Maria da Penha uma das maiores, senão a maior, conquista das mulheres brasileiras, estabelecendo métodos para a proteção contra a violência doméstica familiar, protegendo os direitos das mulheres impedindo a humilhação, maus tratos, abuso à integridade física e até a morte.

Maria da Penha foi sujeita a várias dificuldades por mais de duas décadas de casamento, sendo humilhada e agredida. Ela chegou a correr risco de vida diversas vezes. Na primeira delas, seu marido tentou matá-la uma vez com um tiro de espingarda, que atingiu as suas costas e a deixou paraplégica. Ao voltar para casa, sofreu mais uma tentativa, seu cônjuge tentou eletrocutá-la (ABRAMO, 2012).

Em 1996, seu ex-marido foi condenado a 10 anos e seis meses de prisão. Segundo Maria da Penha, a mesma nunca pensava em desistir, mesmo com todos os pontos que a desencorajavam, escreveu seu livro “Sobrevivi... Posso contar”, detalhando os dias de angústia que enfrentou, publicado em 1994 (ABRAMO, 2012).

O autor Bastos (2013) menciona que a persistência de Maria da Penha não aconteceu somente pelo desejo da punição de seu agressor que a deixou com traumas e sequelas os quais irão acompanhar até o fim de seus dias. Além da punição dos agressores das mulheres, faz-se necessária a distinção do ordenamento jurídico e a criação de métodos de proteção que pudessem coibir a violência contra a mulher.

Dias (2010) também menciona que Maria da Penha sofreu os mais diversos incidentes de violência doméstica. Diante disso, um levante chamou a atenção de legisladores e órgãos internacionais que protegem as mulheres e os direitos humanos.

Oliveira (2011, p. 30) ao verificar o Relatório n. 54 da OEA, traz breve contexto histórico da evolução legislativa sobre o tema:

Levando em consideração as recomendações contidas no Relatório nº 54, da Organização dos Estados Americanos (OEA), Organizações Não-Governamentais (ONGs), como Feministas Advocacy, Agende, Themis, Cladem/lpê, Cepia e CFemea, reuniram-se, em 2002, para elaborar anteprojeto de lei para combater a violência doméstica contra a mulher. Em

março de 2004, esse documento foi apresentado à Secretaria de Política para as Mulheres, a fim de ser discutido pelo governo, para a consequente elaboração de projeto de lei, que seria encaminhado ao Congresso Nacional, para análise.

A violência doméstica da Lei Maria da Penha está combinada com o conceito de violência de gênero, sendo o sujeito passivo somente a mulher. Tal Lei visa proteger e prevenir a violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar, ou seja: o objetivo desta é extinguir todas as formas de violência contra a mulher.

Para Bastos (2013), a Lei Maria da Penha foi o início para que fosse combatida a violência contra a mulher, não somente pela perspectiva social, mas também sob o ângulo jurídico.

Marlene Strey (2004) também traz um conceito sucinto sobre violência de gênero, pontuando que a expressão é aquela que incide sobre as pessoas em razão do gênero ao qual pertencem, ou seja, porque se é homem ou mulher.

Retornando ao tema da pesquisa, Oliveira (2011) define a prática de *Stealthing* como violência sexual, ao definir que, com a retirada do preservativo sem que haja o consentimento da vítima, submetendo-a a uma relação sexual fora dos limites consentidos, o agente estará violando os seus direitos sexuais e sua dignidade.

Quando o parceiro retira a camisinha por vontade própria sem que haja o consentimento da parceira, acaba gerando muito mais consequências do que apenas a indignação da vítima, acarretando sérias interferências morais, físicas, legais e psicológicas.

Como se denota, a dissimulação é praticada com vistas a garantir um “suposto” direito sexual masculino em detrimento à saúde física e mental, bem como os direitos sexuais da mulher hoje assegurados na legislação, resgatando velhos diálogos de subordinação e fragilidade da figura feminina.

3.1 As possíveis consequências legais no Direito Penal da Califórnia

Como visto, o conceito de *Stealthing* surgiu a partir de um estudo da advogada americana Alexandra Brodsky, com base em suas análises observou que essa prática em retirar a camisinha sem que haja o consentimento durante a relação sexual, tornou-se um evento recorrente entre os americanos (BRODSKY, 2017).

Atenta a este panorama, Cristina Garcia, Deputada membro da Assembleia estadual da Califórnia apresentou, de forma inovadora, um projeto de Lei em 2021 que proíbe a prática da retirada da camisinha sem que haja o consentimento da vítima durante o ato sexual. Tal lei foi aprovada pelos Legisladores de forma unânime na Câmara dos Deputados e no Senado.

O Governador Gavin Newsom sancionou a nova Lei no dia 07/10/2021 e modernizou a legislação sobre consentimento sexual dentro do estado. Tornou-se crime, tirar a camisinha sem o consentimento do parceiro ou parceira durante o sexo. Não há, contudo, sanções penais, mas sim civis. (MENDES, 2021).

A Deputada Cristina Garcia, ao comentar sobre a redação da lei, enfatiza que aquele que realiza a agressão sexual “provoca contato entre um órgão sexual, do qual foi retirado o preservativo, e a parte íntima de outra pessoa que não deu consentimento verbal para a retirada do preservativo” (GARCIA, 2021).

Cristina Garcia entende que é preciso avançar em relação às sanções, “Ainda acho que isso deveria estar no Código Penal. Se o consentimento não foi respeitado, não seria essa definição de estupro ou agressão sexual?” (GARCIA, 2021).

Contudo, esta não é a única, tampouco a principal indagação a respeito do tema, como se verá adiante.

3.2 As possíveis consequências legais no Direito Penal brasileiro

Para entender se a conduta está acobertada pelo Direito Penal brasileiro, é necessário, vez mais, descrevê-la. O *Stealthing* é uma prática danosa à vítima, que ocorre com a retirada furtiva ou imposta do preservativo durante o ato sexual.

No Brasil, ainda não há uma Lei específica sobre o tema. Existe, contudo, um Projeto de Lei nº 965/2022, o qual foi apresentado pelo Delegado Marcelo de Freitas (União-MG) e está tramitando na Câmara dos Deputados. Este projeto inclui ao Código Penal a prática de remover o preservativo durante o ato sexual sem o consentimento do parceiro ou da parceira, com pena prevista de 1 a 4 anos de reclusão.

Seria realmente necessário? Assim indaga-se por algumas razões.

A uma porque, nos casos em que a vítima percebe que houve a retirada do preservativo e quer parar o ato sexual, mesmo assim ocorre a resistência do

agressor em manter relação não consentida, tem-se plenamente configurado o crime de estupro, conforme dispõe o preceito primário do artigo 213, do Código Penal.

Conforme apontado por Soares (2017) o crime de estupro é atualmente tipificado no artigo 213, do Código Penal, sendo o ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar e permitir que com ele se pratique ato libidinoso. O autor aponta que para que o crime de *Stealthing* seja configurado como crime de estupro, de tal forma, é indispensável que o agente empregue violência ou grave ameaça.

Na lição de Masson (2017), entende-se que:

O estupro constitui-se um crime complexo em sentido amplo. Nada mais é do que o constrangimento ilegal voltado para uma finalidade específica, consistente em conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Segundo Capez (2012) o tipo objetivo do crime de estupro é constranger, que significa forçar, compelir, coagir alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, sendo esta a conduta incriminada. O verbo utilizado significa obrigar alguém a fazer ou a tolerar que se faça contra a sua vontade. Portanto, a negação tímida, assim como o silêncio, descreve falsamente o estupro. O sujeito passivo do crime pode ser tanto mulheres como homens (CAPEZ, 2012).

Mas o assunto não se encerra nessa possibilidade.

A segunda hipótese em que a conduta *Stealthing* pode ser enquadrada é aquela disciplinada no artigo 215, do Código Penal: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima” (BRASIL, 1940. n.p).

Chamado, pela doutrina, de estelionato sexual, no crime de violação sexual mediante fraude, o agente objetiva impedir ou dificultar a livre manifestação da vontade da vítima, mantendo-a em erro (MASSON, 2017).

Partindo da redação do artigo acima mencionado, é possível interpretar que, nos casos em que ocorre a retirada do preservativo sem que a vítima perceba, estaria sendo configurado o crime de estelionato sexual.

Acolhendo esta ideia, Soares (2017) aponta que o fato de a vítima acreditar que a relação esteja protegida pelo preservativo – quando na verdade não o está – dificulta a livre manifestação de sua vontade quando do consentimento.

Por fim, caso o indivíduo retire o preservativo tendo a intenção de transmitir doenças para a vítima, a sua conduta pode ser enquadrada nos crimes previstos nos

artigos 130 ou 131 do Código Penal brasileiro, que dispõem sobre os crimes de perigo de contágio venéreo ou perigo de contágio de moléstia grave.

Na visão de Greco (2017) o dolo direto do primeiro delito é de perigo, ou seja, o agente deve ter a intenção de manter relação sexual ou qualquer outra conduta sexual que possa disseminar a doença venérea (exposição ao perigo), e quando sabe ou deveria saber que sofre da doença (dolo direto e eventual).

Em relação ao segundo, Prado (2011, p. 711), identifica que o tipo objetivo do delito é a contaminação de doença grave. A gravidade da doença é determinada pelo grau que afeta a saúde ou perturba o funcionamento do organismo.

Contudo, conforme expõe Cabette (2017), considerando as numerosas hipóteses existentes, apenas a análise do caso concreto é que poderá determinar a adequada tipificação da prática do *Stealthing*.

Conclui-se, pois, que são quatro as possíveis adequações típicas do *Stealthing* no Direito Penal brasileiro, as quais se afirmarão frente as particularidades do caso concreto.

O autor pode, assim, responder: a) pelo crime de estupro, quando insistir na prática sem o preservativo, mesmo que a vítima não concorde; b) pelo ilícito de violência sexual mediante fraude, quando retira o preservativo sem que a ofendida perceba; c) por perigo de contágio venéreo, quando tiver a intenção deliberada de propagar doença venérea; e d) por perigo de contágio de moléstia grave, quando tiver a intenção deliberada de proliferá-la.

Ou seja, o estudo retratado ao decorrer deste trabalho, aponta para a desnecessidade de criminalização pelo Projeto, haja vista que já existem tipos penais que acobertam esta conduta.

CONCLUSÕES

De acordo com o estudo apresentado, *Stealthing* é uma conduta que ocorre com a remoção do preservativo durante a relação sexual, sem que haja o consentimento ou a concordância da vítima.

Como visto, é uma conduta de ampla periculosidade, deixando as vítimas expostas a riscos de contraírem Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), ou, no caso de serem mulheres (maioria das vítimas), há ainda a possibilidade e uma gravidez indesejada.

Vítimas de comportamento da prática *Stealth* podem sofrer uma série de danos psicológicos e de autoestima por meio da perfídia, pois é comum que os indivíduos julguem e culpem indiretamente ou diretamente sujeitos passivos de crimes sexuais. Na maioria dos casos, há ansiedade generalizada, dificuldade em formar novos vínculos afetivos, inibindo o desejo e o contato sexual, pois o medo e as inseguranças reaparecem nesse comportamento.

Dessa forma, independentemente do dano mais grave à saúde física e mental, a disponibilidade de recursos legais e judiciais deve ser utilizada para classificar o *Stealth* como crime típico no atual Código Penal.

Como visto, o *Stealth* pode ser interpretado como uma agressão sexual, quando ocorre a retirada do preservativo sem o consentimento da vítima a partir disso há uma traição de confiança e uma negação do direito com a vítima, e cada pessoa tem o direito de decidir o que acontece com a pessoa e com seu corpo.

O *Stealth* quando cometido contra uma mulher deve ser considerado um acontecimento de violência de gênero. Para tanto, não importa a gravidade dos danos causados à vítima, ou seja, mesmo não engravidando a vítima ou não contraindo doenças sexualmente transmissíveis, o *Stealth* deve ser considerado uma conduta criminosa. Não pode, assim, ser aceito como uma prática inofensiva ou algo normal dentro de uma relação sexual.

No Brasil, há um Projeto de Lei nº 965/2022, o qual foi apresentado pelo Delegado Marcelo Freitas (União-MG) e está tramitando na Câmara dos Deputados, tendo como tipificação no Código Penal a prática de remover o preservativo durante o ato sexual sem o consentimento do parceiro ou da parceira, pena prevista de 1 a 4 anos de reclusão.

Contudo, conforme estudo retratado ao decorrer deste trabalho, verifica-se que a criminalização pelo Projeto não seria, de fato, necessária, haja vista que já existem tipos penais que acobertam esta conduta.

Em relação à atipificação, a conduta do *Stealth* pode ser enquadrada como crime de estupro, conforme dispõe o artigo 213 do Código Penal. Isto porque, sobrevivendo discordância entre os parceiros sobre a prática sexual no momento em que há a retirada do preservativo e, um deles insistindo na sua perpetração, há a quebra de consentimento, revelando-se presentes os elementos do tipo penal.

O *Stealth* pode constituir crime de violência sexual mediante fraude, disciplinado no artigo 215 do Código Penal. Esse crime ocorre quando, mesmo que

o uso de preservativo tenha sido acordado desde o início, na relação, o agressor quebra a confiança da vítima ao retirar o preservativo sem que ela perceba.

Finalmente, caso o indivíduo retire o preservativo tendo a intenção de transmitir doenças para a vítima, a sua conduta pode ser enquadrada nos crimes previstos nos artigos 130 e 131 do Código Penal brasileiro, que dispõem sobre os crimes de perigo de contágio venéreo ou perigo de contágio de moléstia grave.

Importante salientar que as vítimas que sofrem essa violência podem optar por denunciar ou não a prática, podendo buscar uma delegacia comum, em casos de homo e bissexuais e, uma Delegacia da Mulher, em casos de vítimas mulheres.

Estas denúncias chegam ao judiciário e à sociedade, aumentando o entendimento de que se trata de uma prática violenta e que deve ser coibida. A dissipação de informação é importante nesses casos, pois há muitos relatos na *Internet*, em redes sociais de vítimas que sofreram agressão sexual do *Stealth*, mas muitas delas não entendem ou tem dificuldade em entender que sofreram essa violência sexual e essas informalções ajudam as mesmas a ter a compreensão.

Tais relatos incentivam, pois, outras vítimas de abuso a fazerem o mesmo. É importante ressaltar, contudo, que, a fim de se preservar, a vítima pode fazer uma narrativa dos episódios vividos com descrições superficiais do agressor ou do local onde a violência ocorreu, não identificando de forma clara o agressor e o estabelecimento.

Essas denúncias, somadas à repreensão das condutas, conferem, portanto, empoderamento para a vítima da prática *Stealth* e outras ofendidas, para que assim possam relatar seus casos e denunciarem seus agressores. Além disso, as denúncias fortalecem essas pessoas também, psicologicamente, para que entendam que sofreram de uma violência e que merecem justiça.

REFERÊNCIAS

ABRAMO. Laís. **Lei nº. 11.340: Maria da Penha. Ribeirão P: Oit - Organização Internacional do Trabalho**, 2012. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000218596>. Acesso em: 21 nov. 2021.

ANNAN. Kofi. **Mulher 2000: igualdade entre os sexos, desenvolvimento e paz no século XXI**. Nova York: Verbo Judiciário, 2000. Disponível em: periodicos.ufop.br/Acesso em: 19 nov. 2021.

BARROS, Laura. **Stealthing, a nova forma de abuso sexual**. 2017. Disponível em:<http://www.lumosjuridico.com.br/2017/08/31/stealthing-a-nova-forma-de-abuso-sexual/>> Acesso em: 28.jul.2018. Acesso em: 12 nov. 2021.

BARRUCHO, Luís. BBC Brasil. **Prática de retirar a camisinha sem consentimento no sexo gera debate sobre violência sexual**. 2021. Disponível em:<<https://www.bbc.com/portuguese/geral-39747446>> Acesso em: 10 nov. 2021.

BASTOS. Tatiana Barreira. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei Maria da Penha**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Judiciário, 2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2013;000994606> Acesso em: 23 nov. 2021.

BORIN. Thaísa Belloube. **Violência doméstica contra a mulher: percepções sobre violência em mulheres agredidas**. Ribeirão Preto: Usp, 2007. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-30092008-125835/publico/Thaisa.pdf> /Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Artigo 129 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940**: código penal. Brasília. Df: Presidência da República, 1940. Disponível em: planalto.gov.br/Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. **Artigo 130 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940**: Código Penal. Brasília. Df: Presidência da República, 1940. Disponível em: planalto.gov.br/Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Artigo 131 do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940**: Código Penal. Brasília. Df: Presidência da República, 1940. Disponível em: planalto.gov.br/Acesso em: 08 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**: Código Penal. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940. Presidência da república. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **LEI MARIA DA PENHA: artigo 7, inciso III**. 1. ed. Brasília. Df: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm/Acesso em: 06 mar. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 12.015, DE 7 DE AGOSTO DE 2009**: Código Penal. Brasília. Df: Presidência da República, 1940. Disponível em: planalto.gov.br/Acesso em: 23 nov. 2021.

BRAZÃO, Analba.; OLIVEIRA, G.C.(org.). **Violência contra as mulheres –Uma história contada em décadas de lutas**. Brasília: CFEMEA: MDG3 Fundação, 2010.

BRODSKY, Alexandra; **'Rape-Adjacent': Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal (2017)**. Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 32, No. 2, 2017. Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2954726>> Acesso: Out/2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; CUNHA, Rogério Sanches. **Qual o tratamento penal para o stealthing no Brasil?**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57522/Acesso> em: 28 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial 3**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

FERNANDES. Maria da Penha. **Sobrevivi... Posso Contar**. 2. ed. Fortaleza: Armazen da Cultura, 2012. Disponível em: travessa.com.br/Acesso em: 02 nov. 2021.

GARCIA, Cristina. **Texto da lei: agressão sexual**. São Paulo: Catraca Livre, 2021. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/tirar-camisinha-sem-consentimento-vira-crime-na-california-eua/Acesso> em: 22 fev. 2021.

GRECO. Rogério; **Reforma do Código Penal: uma proposta alternativa para debate**. São Paulo: Sp, 2017. Disponível em: conjur.com.br/Acesso em: 28 out. 2021.

LEITE. Christina. **MULHERES: muito além do teto de vidro**. São Paulo: Atlas, 1994. Disponível em: periodicos.ufop.br/Acesso em: 16 nov. 2021.

MASSON. Cleber. **Direito Penal: v. 3 parte especial esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. Disponível em: ambitojuridico.com.br/Acesso em: 21 nov. 2021.

MENDES, Lúcio. **Tirar camisinha sem consentimento: vira crime na califórnia**. Ribeirão Preto: Portal Thathi, 2021. Disponível em: <https://thathi.com.br/brasil/tirar-camisinha-sem-consentimento-vira-crime-na-california/Acesso> em: 22 fev. 2021.

NOTHAFT. Raissa. **Repensando violência de gênero e políticas públicas para combatê-la: anais do III simpósio gênero e políticas públicas**. 3. ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2014. Disponível em: uel.br/Acesso em: 20 nov. 2021.

OPIELA. Carolina. **Derecho a la identidade de género: ley 26.743**. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, 2012. Disponível em: <http://antropologia.filo.uba.ar/Acesso> em: 21 nov. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito: penal brasileiro**. São Paulo: Rt, 2011. 711 p. Disponível em: <https://dalilandrademorais.jusbrasil.com.br/artigos/383319600/estudo-dos-artigos-130-131-e-132-do-codigo-penal-brasileiro/Acesso> em: 23 fev. 2022.

SAFFIOTI. Heleieth. **Gênero: patriarcado e violência.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005. Disponível em: ambitojuridico.com.br/Acesso em: 12 nov. 2021.

SOARES. Renan. **Retirar o preservativo durante o ato sexual constitui crime: stealthing analisado à luz do código penal brasileiro.** Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://renansoares7127.jusbrasil.com.br>. Acesso em: 23 nov. 2021.

VIGARELLO. Georges; **História do estupro: violência sexual nos séculos XVI - XX.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. Disponível em: ambitojuridico.com.br/Acesso em: 23 nov. 2021.