

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 14 | 2016.2



Cadernos de Iniciação Científica

Nº 14 | 2016.2

Salvador, Bahia

2018



Editor-chefe

Prof. Fernando Caria Leal Neto

Editoras-executivas

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Ana Thereza Meirelles

Editoração eletrônica

SOEditoração Eletrônica

Capa

Salamanda

Conselho Editorial

Prof. Ms. Geovane de Mori Peixoto

Prof. Ms. Thiago Carvalho Borges

Prof. Ms. Társis Silva de Cerqueira

Prof. Ms. Roberto de Almeida Borges Gomes

Prof. Ms. Diogo Assis Cardoso Guanabara

Prof^a Ms. Laís Gramacho

Prof. Ms. Marcus Seixas Souza

Prof^a Ms. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Prof^a Dr^a. Ana Carolina Mascarenhas

Prof^a Dr^a. Ana Thereza Meirelles



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

Linha editorial

O periódico Cadernos de Iniciação Científica é publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.



Processo de Avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos aduzidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.
6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.
7. Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
8. Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.

9. Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.

Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: publicacoes@faculdadebaianadedireito.com.br (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.
6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.
8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.

9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

Fernando Caria Leal Neto

Editor dos Cadernos de Iniciação Científica

SOLICITAÇÃO DE PERMUTA

Solicita-se permuta.

Piedese canje.

On demande l'échange.

We ask for exchange.

Si richide lo scambio.

Austausch wird gebeten.

Sumário

CAPÍTULO I

INTERESSE PÚBLICO VERSUS INTERESSE PRIVADO: DA DESAPROPRIAÇÃO À PRÉVIA INDENIZAÇÃO 19

Ludimile Bandeira de Souza

1. Introdução 22
 2. Conceitos e considerações preliminares: a diferença entre interesse público e interesse privado. 23
 - 2.1. Noções preliminares 23
 - 2.2. Uma breve análise histórica 24
 - 2.3. Critérios de existência e execução 29
 3. Instituto da desapropriação e a prévia indenização 32
 - 3.1. Intervenção na propriedade: desapropriação 33
 - 3.2. Início do procedimento de execução com ênfase na indenização prévia 37
 4. Atual cenário da desapropriação diante do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado 40
 5. Conclusão 42
- Referências 43

CAPÍTULO II

A ABOLIÇÃO DA ESCRAVATURA NO BRASIL SOB A ÓTICA DO DIREITO45

Matheus Requião Silva de Oliveira

Introdução 48

1. Constituição Imperial – 1824	49
2. O tráfico negroiro e a Lei Diogo Feijó – 1831	52
2.1. Consequências jurídicas por violação da lei de 1831 e sua eficácia social	53
3. O enfraquecimento do tráfico negroiro até a sua total abolição	57
3.1. <i>Slave Trade Suppression Act</i> – 1845	58
3.2. Lei nº. 581 – 4 de setembro de 1850	61
3.3. Consequência econômica: o encarecimento da mão de obra escravocrata	63
4. Novos usos para a Lei Diogo Feijó de 1831: as ações de liberdade e o exercício forense.....	64
5. Lei do Ventre Livre – 1871	65
6. Lei dos Sexagenários – 1885	66
7. Lei Áurea – 1888	68
Conclusões	70
Referências	71

CAPÍTULO III

A IGREJA E ESCRAVIDÃO: OS DIREITOS PESSOAIS DOS ESCRA- VOS EM MATÉRIA ECLESIAÍSTICA.....	75
---	----

Luiza Rodrigues dos Santos

Introdução.....	78
1. Legitimação da escravidão por parte da igreja	80
1.2 A companhia de Jesus	82
1.3 Regras do direito canônico atinentes à escravidão - as constituições primeiras do arcebispado da Bahia	86
2. Os registros paroquiais e a responsabilidade público-administra- tiva da igreja.....	89
3. O matrimônio dos escravos.....	92
4. O direito ao velório dos escravos	95

5. Conclusão	96
Referências	97

CAPÍTULO IV

A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO MARCO CIVIL DA INTERNET PELO APLICATIVO WHATSAPP: UMA ANÁLISE DA NOTA TÉCNICA EMITIDA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO.....	99
---	----

Fernanda Veloso Salgado

1. Introdução.....	102
2. Sociedade informacional: Whatsapp e sua funcionalidade.....	104
2.1. Avanço tecnológico e criptografia	106
2.2. Manutenção de dados e registros de acesso	108
2.3. Ferramenta para a propalação de ilícitos digitais.....	110
3. Marco Civil da Internet	111
3.1. Obtenção legal de dados imprescindíveis para a investigação.....	113
3.2. Obrigatoriedade de preservação do registro de acesso	116
4. Descompasso entre Whatsapp e legislação brasileira	118
4.1. Nota técnica do Ministério Público Brasileiro.....	120
5. Conclusão	123
Referências	124

CAPÍTULO V

A POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE FACE À EXECUÇÃO DO TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 81/2014.....	127
--	-----

Isabelle Morgana Freitas da Silva Mota

1. Introdução.....	130
2. Considerações sobre o trabalho escravo no Brasil.....	132
3. A nova feição do direito de propriedade na Constituição Federal de 1988	135

3.1 Direito de propriedade e seu vínculo indissociável com a função social	136
4. Mudanças empreendidas no art. 243 da Constituição Federal com o advento da Emenda à Constituição nº 81/2014	138
4.1. Problemática na definição de trabalho escravo	139
5. A relativização do direito de propriedade face aos demais direitos fundamentais	144
6. Conclusão	149
Referências	150

CAPÍTULO VI

DISCIPLINA NORMATIVA DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS CONCEBIDAS POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA	155
--	-----

Mila Carreiro Marinho

1. Introdução.....	158
2. A reprodução assistida e o conceito jurídico de família.....	160
2.1. Evolução normativa do conceito de família	161
3. A reprodução assistida heteróloga e a filiação	164
3.1. A filiação biológica e os seus desdobramentos	166
3.2. A filiação socioafetiva pela reprodução heteróloga	169
4. O registro civil de pessoas concebidas por reprodução assistida heteróloga	170
4.1. O provimento 52/16 do cnj e o registro civil de pessoas nascidas por reprodução assistida heteróloga	171
5. Conclusão	173
Referências	174

CAPÍTULO VII

O CASO “RAINBOW WARRIOR ARBITRATION” (NEW ZELAND VS. FRANCE): UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS.....	177
--	-----

Nina Gabriela Travessa de Abreu

1. Introdução.....	181
--------------------	-----

SUMÁRIO

2. Responsabilidade internacional dos Estados.....	182
2.1. Conceitos preliminares	182
2.2. Elementos constitutivos da responsabilidade	184
2.2.1. O ato ilícito e o dano gerado	184
2.2.2. Imputabilidade e atribuição.....	185
2.2.3. Consequências e as devidas reparações.....	189
2.3. A premissa “draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts”	192
3. Caso <i>rainbow warrior</i>	194
3.1. Os conflitos internacionais	194
3.2. Histórico e análise do caso.....	195
4. O caso <i>rainbow warrior arbitration</i> : análise da repsonsabilidade internacional.....	197
5. Conclusão	198
Referências	199

CAPÍTULO VIII

OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO FEMINICÍDIO PARA PROTEÇÃO DE MULHERES TRANSEXUAIS.....	203
--	-----

Rafaella Bastos Melo Moreira da Silva

1. Introdução.....	206
2. Identidade de gênero e orientação sexual.....	208
2.1. Cissexual, transgênero, travesti e transexual. Distinções conceituais necessárias	210
2.2. A cirurgia de transgenitalização	214
2.3. A mulher trans: discriminação e interseccionadaldade	215
3. Os princípios de Yogyakarta e a proteção à identidade de gênero	217
3.1 Os princípios de Yogyakarta e o crime de feminicídio	219

4. A aplicação do crime de feminicídio para proteção de mulheres trans	220
5. Conclusão	222
Referências	223

CAPÍTULO IX

A POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO POR COMPORTAMENTO INADEQUADO EM PROL DA GARANTIA DO DIREITO DE VIZINHANÇA	227
--	-----

Tereza Beatriz Nogueira Ferraz

1. Introdução	230
2. Direito à propriedade privada	231
2.1. Tutela constitucional e função social	232
2.2. Das faculdades: proprietário e possuidor	233
3. Direito de vizinhança	234
3.1. Uma restrição à propriedade privada	235
3.2. Mau uso da propriedade	236
4. Da possibilidade de exclusão do condômino por comportamento inadequado em prol da garantia do direito de vizinhança	238
5. Conclusão	244
Referências	245

CAPÍTULO X

UBER COMO TRANSPORTE INDIVIDUAL (PÚBLICO OU PRIVADO?) E A RELAÇÃO CONCORRENCIAL COM O “MONOPÓLIO” TAXISTA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	249
---	-----

Rebeca Bárbara Guimarães de Melo

Introdução	252
1. Do monopólio e da concorrência no serviço público	254
2. Distinção do serviço público e atividade econômica <i>stricto sensu</i>	258

3. Uber como transporte privado individual e a inocuidade da discussão.....	261
4. Uber como transporte público individual	269
5. A defesa do consumidor no serviço público	273
6. A liberação e a desregulamentação dos táxis: solução?	277

CAPÍTULO XI

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DA REINCIDÊNCIA E MAIOR POSSIBILIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO.....	283
---	-----

Caroline Barreiros de Pinho

1. Introdução	286
2. Justiça restaurativa.....	287
2.1. Justiça Restaurativa x Justiça Retributiva.....	289
2.2. Procedimento para aplicação da Justiça Restaurativa	291
3. Sistema prisional atual.....	292
3.1. Violação aos direitos humanos dos apenados	293
4. A aplicação da Justiça Restaurativa como mecanismo de redução da reincidência e maior possibilidade de ressocialização.	294
5. Considerações finais.....	297
Referências	298

CAPÍTULO XII

A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONCRETIZAÇÃO DO ESTUPRO MARITAL	301
---	-----

Gleizy Santos Almeida

1. Introdução	304
2. A contextualização pertinente face ao delito.....	305
3. Crime de estupro: análise penal.....	308
3.1. Do advento da Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009	309

SUMÁRIO

3.2. Sujeitos passivos e ativos310

3.3. Causas de aumento de pena311

4. Das relações conjugais312

4.1. Débito conjugal.....313

5. A (im) possibilidade jurídica da concretização do estupro marital...314

5.1. Dissenso da vítima: nível de resistência317

5.2. Meios de provas em relação ao estupro marital317

5.3. Obstáculos para realizarem a denúncia 318

Conclusão319

Referências321

Capítulo I

Interesse público versus interesse privado: da desapropriação à prévia indenização

Ludimile Bandeira de Souza

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de
Direito e Gestão. E-mail: ludimilebs@gmail.com.



Interesse público versus interesse privado: da desapropriação à prévia indenização

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tendo em vista sua grande visibilidade nas discussões atuais. A partir do referido princípio cabem ao Estado poderes para interferir na esfera privada, assim há a possibilidade de aplicação do instituto da desapropriação que interfere diretamente no âmbito privado, dessa forma, faz-se necessário tratar no referido artigo sobre a discussão de uma das fases do instituto da desapropriação que é a indenização prévia que demonstra a incidência do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na desapropriação frente ao caráter privado e seu modo de funcionamento. Dessa forma, conclui-se que o interesse público tem a possibilidade de intervir na esfera privada, porém somente a partir da devida motivação, pois não se configura como um ato discricionário vazio, mas sim com o devido atendimento à Constituição e a correta justificativa para o ato.

Palavras-chave: Estado. Interesse público. Interesse privado. Desapropriação. Indenização prévia.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceitos e considerações preliminares: a diferença entre interesse público e interesse privado: 2.1 Noções preliminares; 2.2 Uma breve análise histórica; 2.3 Critérios de existência e execução; 3. Instituto da desapropriação e a prévia indenização: 3.1 Intervenção na propriedade: desapropriação; 3.2 Início do procedimento de execução com ênfase na indenização prévia; 4. Atual cenário da desapropriação diante do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; 5. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo a análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado para, a partir de uma introdução sobre o tema, alcançar o instituto da desapropriação quanto a indenização prévia.

Dessa forma, a partir da análise do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, tal como sua devida construção teórica para o entendimento do uso desse princípio para o instituto da desapropriação, o presente trabalho alcançará o objetivo de discutir quanto ao limite da incidência do referido princípio como base e justificativa para a incidência da desapropriação para, assim, alcançar a fase da indenização prévia e trazer a discussão sobre o caráter das condições dessa indenização.

Para alcançar tal objetivo, faz-se necessário a construção de uma conceituação prévia do tema que se constitui por considerações iniciais sobre o interesse público e o interesse privado, assim como a análise histórica do direito administrativo por ser a matéria que compõe o referido princípio e o instituto da desapropriação;

assim como qual o âmbito de incidência do princípio e seus fundamentos. Ademais, faz-se necessário a introdução do instituto da desapropriação demonstrando seus preceitos básicos e modo de incidência, dessa forma o leitor terá a base constitutiva necessária ao conhecimento da incidência da prévia indenização da desapropriação tal quais seus requisitos e discussões.

2. CONCEITOS E CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: A DIFERENÇA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO.

2.1. NOÇÕES PRELIMINARES

Os princípios são fruto de interpretações dos institutos normativos e funcionam como bases sólidas; têm como função fundamental nortear o agir jurídico perante a sociedade para que haja organização diante dos atos e fundamentos postos aos cidadãos, dessa forma Fábio Medina Osório afirma que¹:

Os princípios constitucionais são fontes formais do Direito Administrativo, havendo prevalência das normas constitucionais em relação ao restante da ordem jurídica, dada sua supremacia, juridicidade e imperatividade, não sendo viável olvidar que as leis e os atos administrativos devem respeitar os limites dos princípios constitucionais.

Ou seja, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não diferente dos demais princípios, tem como fim a função norteadora diante da sociedade, cuja finalidade principal se enquadra em transparecer o convívio dos cidadãos e suas necessidades para que tanto a esfera administrativa, quanto as demais tenham uma bússola guia frente às medidas a serem tomadas quanto à sociedade, afinal de contas *o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social*².

Ademais, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um princípio implícito retirado de ações rea-

1 OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº220, abril/jun., 2000, p. 76.

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.99.

lizadas pelo Estado, como, por exemplo, o ato de desapropriação ao qual falaremos adiante. No entanto, tais atos praticados pela administração pública com essa finalidade são autorizados diante da devida motivação, ou seja, não é um ato de livre vontade do administrador.

2.2. UMA BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

A administração pública surge como a organização entre os seres humanos, seja esta em caráter não civilizado ou uma organização em âmbito estatal; sendo assim, *sempre existiu, mesmo nos grupamentos mais primitivos, nos quais não havia disciplina jurídica*³.

*O Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX*⁴, no entanto, não é possível afirmar que sua existência se limita a uma data específica, pois o referido ramo do direito é fruto de um longo processo histórico de lutas a partir do qual foi possível alcançar a posição protetiva que possui atualmente. Dessa forma, faz-se necessário uma análise sucinta sobre alguns marcos que decorrem ao longo do surgimento e evolução do ramo administrativo do direito.

Iniciando a análise com base no Estado Social e Estado Democrático de Direito, em que ambos decorrem de um processo histórico, cabe ao presente artigo abordar a Idade Média.

A Idade Média se caracteriza pelo regime monárquico diante do qual o povo deveria servir ao rei que se constituía como força máxima do Estado, o qual era responsável por: criar as premissas normativas, fiscalizar se havia o devido cumprimento e julgar aquele que considerava que as descumpriam.

Em verdade, havia Tribunais, no entanto, estes eram submetidos à vontade do rei e, portanto, não o alcançavam. Dessa forma, havia uma *irresponsabilidade do Estado*⁵, pois o rei era soberano na

3 SANTOS DE ARAGÃO, ALEXANDRE. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1.

4 DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p.1.

5 *Ibid.*, p.1.

configuração estatal, então não precisava seguir o ordenamento que constituía, mas apenas julgar aos demais componentes do Estado.

Ademais, dentro da composição da Idade Média existia o feudalismo que, em resumo, se constituía como uma estrutura onde cada cidadão continha uma demarcação de terra e se responsabilizava por cultivar alimentos para sua sustentação e para pagar como impostos ao rei que resultavam na permanência do cidadão naquele espaço delimitado.

Tal como existia a burguesia que se constituiu ao final da Idade Média como parte do povo que morava nos burgos e lidavam com o comércio diretamente a partir da venda de mercadorias. Os burgueses levavam suas mercadorias a diversos espaços passando até mesmo entre outras cidades, no entanto, diante das passagens havia diversas dificuldades como, por exemplo, com roubos; porém, como parte do processo histórico, houve um acordo entre os chefes das cidades que possibilitou a passagem protetiva entre esses espaços⁶.

Dessa forma, foi possível o crescimento da burguesia, a qual possuía diversas riquezas construídas diante da prática do comércio, no entanto, não conseguia constituir acúmulo, pois o rei sempre tributava os valores da referida classe principalmente para o uso em guerras. Sendo que os constituintes da classe burguesa não estavam satisfeitos com tal prática tributarista.

No entanto, após um grande período de guerras, num movimento quase pendular, foi possível alcançar um tempo de paz diante do qual a burguesia alcançou o tão desejado acúmulo de riquezas e pôs em prática um desejo que já vinha almejando e lutando em pequenos passos há muito tempo que foi o início da revolução para alcançar a liberdade perante o rei.

As Revoluções Burguesas ficaram conhecidas pela luta da referida classe pela tomada do poder, o que foi alcançado havendo a derrocada do rei. Com o resultado surgiu o Estado de Direito que é extremamente vinculado à formação do Direito Administrativo, pois como bem diz Di Pietro⁷:

6 CARVALHO BORGES, THIAGO. *Curso de Direito Internacional Pública e Direito Comunitário*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011, p. 18.

7 DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p.2.

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de **Estado de Direito**, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação de poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Diante disso, conclui-se que há grande relação entre as Revoluções Burguesas e o surgimento do Estado de Direito, pois a partir da luta burguesa que teve como aliado o povo, surgiu o princípio da legalidade diante do qual há uma previsão anterior das leis, ou seja, o cidadão sabe o que pode ou não fazer legalmente perante a composição estatal, existindo como consequência a segurança jurídica; e o princípio da separação dos poderes ou Sistema de Pesos e Contrapesos, em que os responsáveis pela: criação, fiscalização e julgamento das leis são órgãos distintos. Assim, o legislativo será responsável por criar as leis, o executivo por fiscalizar e o judiciário por julgar; no entanto, apesar de haver o respeito entre os três com delimitações de funções, também há a obrigação de em determinado aspecto um ter parte da função do outro, como forma de equilibrar os atos, assim explica Marçal Justen Filho⁸:

A tripartição de poderes consiste na dissociação da organização estatal, de modo a produzir a diferenciação de competências (funções), que são atribuídas a órgãos diversos. Isso acarreta o estabelecimento de mecanismos de limitação do poder por via do modo de estruturação (o sistema de “pesos e contrapesos”), evitando que um único órgão concentre todos os poderes próprios do Estado.

Com o surgimento da tripartição de poderes surge efetivamente o Direito Administrativo em suas delimitações próximo ao que conhecemos atualmente. No início havia grande vinculação entre o ramo constitucional, pois o Estado de Direito se vincula a constituição de uma Carta Magna que preveja qual o ponto de partida de atuação perante o Estado.

8 JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

Assim, surgem em conjunto o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, no entanto, separam-se com a contínua evolução entre seus respectivos papéis, já que a conjuntura estatal tomava traços cada vez mais fortes em sua composição e a Constituição tinha outro âmbito de atendimento que era a tripartição como um todo⁹, servindo de base principal a qualquer ato a ser praticado no respectivo ordenamento, além disso, com a formação do Estado passa a surgir à necessidade de organização da Administração Pública a qual cresce em conjunto com o Direito Administrativo. Assim, como diz Alexandre Santos de Aragão¹⁰:

A ideia de Estado de Direito advém de uma concepção estruturante do Estado e do Direito Público, que racionaliza e sistematiza as relações entre o Estado e os indivíduos, submetendo estes tão-somente a uma estrutura jurídica hierarquicamente construída, que partiria da Constituição, indo até às decisões concretas da Administração Pública e do Poder Judiciário, passando pelas leis e regulamentos.

Num movimento contínuo desse processo que se iniciou com o Estado de Direito, passamos a vivenciar uma grande busca por uma maior gama de direitos aos cidadãos. Dessa forma, diz Justen Filho¹¹:

A violência pode permitir a manutenção do poder político durante algum tempo, mas isso será sempre temporário. A única alternativa para a existência permanente do Estado é o *consenso* entre os cidadãos.

Assim, faz-se necessário abordar especificamente o segundo modelo: Estado Democrático de Direito.

Permanecemos num movimento histórico de avanço alcançando a busca pela igualdade com o modelo de Estado Democrático de Direito o qual visa à participação democrática da sociedade pe-

9 SANTOS DE ARAGÃO, ALEXANDRE. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1.

10 *Ibid.*, p.1.

11 JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p 90.

rante o Estado para assim haver uma composição justa do Estado a partir da vontade igualitária dos cidadãos, ou seja, não haveria diferença hierárquica entre o povo e o Estado, mas um ajuste comum para chegar à vontade da maioria. Pois, *o procedimento democrático exige a oportunidade para a manifestação de todos os interesses. O fundamental é que cada decisão seja produzida a partir de um procedimento que pressuponha a igualdade e a dignidade de todos os participantes*¹².

Ademais, pensa-se no ser humano como indivíduo a partir da busca pelo devido respeito à dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, seguindo na didática quanto aos modelos, cabe tratar sobre o Estado Democrático e Social de Direito que se constitui no contexto histórico de surgimento desse modelo acontece a Revolução Industrial que acaba por ter efeitos mundiais, pois houve o avanço na mão de obra que deixou de ser artesanal, como era de costume na época, para ser de massa. Diante da mão de obra em massa os materiais de suporte eram, dentre outros, grandes maquinários passíveis de trabalhos pesados, repetitivos e sem descanso, assim era a vida do trabalhador na recém-nascida Revolução Industrial.

Dessa forma, o povo percebeu que seria necessário um avanço em caráter estatal, pois a partir da Revolução Industrial a realidade capitalista ficou cada vez mais clara e abrangente, assim enquanto algumas pessoas tinham condições de subsidiar sua existência, outras não tinham condições de alcançar o mínimo existencial.

Logo, diante de tais premissas, alcançamos o modelo do Estado Democrático e Social de Direito diante do qual se percebeu que parte da população não tem condições de suprir suas necessidades básicas, então o Estado como entidade que abrange o grupo populacional teria condições de se responsabilizar por tais necessidades e, dessa forma, estaria afirmando princípios de seu modelo anterior, como: a igualdade, pois atenderia cada cidadão de acordo com o caso concreto vivenciado, assim poderia distribuir ajuda em termos de renda e condições para alcançar o mínimo existencial; estaria também reafirmando a dignidade da pessoa humana ao ajudar o cidadão que necessita a manter condições existenciais suficientes.

12 Ibid., p.90.

Dessa forma, verifica-se um movimento estatal em busca da abrangência ao atendimento do cidadão.

2.3. CRITÉRIOS DE EXISTÊNCIA E EXECUÇÃO

Diante da introdução quanto ao direito administrativo faz-se necessário iniciar a abordagem quanto ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual é retirado de forma implícita da conceituação basilar do direito administrativo. Diante da colocação de Celso Antônio Bandeira de Mello¹³:

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

Esse princípio teria como justificativa para a sua existência a função de espelhar a sociedade quanto às suas necessidades para assim assegurar a sobrevivência do particular e manter uma ordem social estável, sendo assim iria regular e compor diplomas normativos que refletissem os desejos, opiniões e necessidades do povo para que houvesse a prevalência da segurança jurídica e dessa forma, garantiria os direitos do cidadão. Para tal é preciso que o Estado sopesse e equilibre os interesses dos particulares em seu âmbito individual e o interesse coletivo em seu aspecto geral, como diz Gustavo Binenbojm¹⁴:

O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.

Neste ponto é importante distinguir o interesse público primário e o interesse público secundário, sendo que o primeiro se refere aos interesses gerais da coletividade; enquanto o segundo

13 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.66.

14 BINENBOJM, GUSTAVO. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.149.

se relaciona aos interesses particulares que o Estado possui como pessoa jurídica¹⁵. Ora, se o Estado compõe inúmeras obrigações para conceder ao cidadão seu mínimo existencial deve cumprir essas responsabilidades a partir de serviços que o tornam uma pessoa jurídica, como, por exemplo, ao executar construções, seja de hospitais, secretarias para dar apoio ao cidadão, dentre outros. O Estado deve ter como base para a construção de um hospital uma análise prévia quanto ao local em que se vai construir, considerando qual a especialidade médica que os cidadãos daquela localidade mais necessitam, por qual período, dentre outros aspectos. Logo, enquanto observa a necessidade dos particulares também cumpre função de pessoa jurídica ao compor certas funções, como sopesar as verbas públicas, optar por qual local ou o que irá construir sendo condizente com seu limite financeiro e necessidade pública. Porém, é quase impossível sopesar verbas públicas com todas as demandas expostas pelo povo.

Dessa forma, faz-se essencial analisar se esse poder que a supremacia do interesse público representa seria o suficiente para manter o equilíbrio entre os cidadãos, pois mesmo que o Estado tenha como obrigação garantir o mínimo existencial ao povo, na verdade, com base na evolução histórica do direito administrativo, é o cidadão quem dita suas prioridades e seus interesses, logo é diante do povo que o Estado se constrói e não o contrário, pois *as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos*¹⁶.

No entanto, diante da conceitualização do princípio da supremacia do interesse público, o Estado passa a ter diversas regalias como quanto a prazos, presunção de legitimidade, dentre outros, como bem diz Daniel Sarmento¹⁷:

Tal princípio é empregado para justificar uma série de prerrogativas detidas pela Administração Pública, na qualidade de tutora e guardiã dos interesses da coletividade, como a imperatividade

15 BANDEIRA DE MELLO, op.cit, p. 65-66.

16 SARMENTO, Daniel. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional". In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.27.

17 Ibid.,p.23-24.

do ato administrativo, sua presunção de legitimidade, a autotutela administrativa, a competência do Estado para promover desapropriações, as cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos e os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, para citar alguns exemplos.

Os quais fariam sentido se usados de acordo com o princípio da boa-fé, pois o Estado, por abarcar um número tão grande de responsabilidades, teria a necessidade de possuir certas regalias para suprir todas as suas obrigações; enquanto que para o âmbito privado não existe esse número exorbitante de responsabilidades os quais não justificaria dar-lhe tais privilégios, no entanto, vivemos um momento de complicação na relação entre o âmbito público e privado.

Ou seja, diante das críticas feitas pelo âmbito privado ao público, acaba que a administração pública não confia mais no cidadão, considerando que este tem como fim o aproveitamento das condições estatais, sem visar o conjunto, apenas o aspecto individual. Enquanto que, o âmbito privado não confia no público por desacreditar que este cumprirá de forma devida suas funções de forma a proteger e efetivar os direitos dos cidadãos.

Isso nos traz a dificuldade de determinar quais seriam os limites para ambos. Pois, por um lado o Estado diante do histórico vivenciado pela sociedade tem grandes responsabilidades diante de cada indivíduo, devendo supri-las, até mesmo porque o Estado representa a coletividade; por outro lado, o âmbito privado é a própria representação do cidadão em seu âmbito individual, como esclarece Daniel Sarmento¹⁸:

Costuma-se associar o público à esfera dos interesses gerais da coletividade, que dizem respeito à pessoa humana não como particular, encerrado no seu microcosmo de relações, mas como cidadão, membro e partícipe da comunidade política. Já o privado corresponde ao perímetro das vivências experimentadas em recesso, fora do alcance da *polis*, que não concernem à sociedade em geral, mas cada um, como indivíduo.

18 SARMENTO, Daniel. "Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional". In: SARMENTO, Daniel (org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.30.

Acrescente-se a isso a atual dificuldade para determinar qual seria o interesse da sociedade, pois estamos diante de uma sociedade heterogênea com diversos interesses, os quais inúmeras vezes são diferentes uns dos outros, dessa forma há um grande pluralismo entre as relações sociais, não há como extrair um conceito de vontade geral. Diante desse quadro a administração pública pode retirar as mais diversas conclusões como até mesmo a má-fé do cidadão e optar por agir de forma reacionária tomando as medidas que considerar devidas; enquanto pode se aproveitar de tal subjetivismo e agir de acordo com a vontade de seus administradores.

Surgem assim inúmeras situações diante das quais o Estado quer se proteger do âmbito privado evitando que haja aproveitamento indevido, mas acaba por se exceder em alguns casos.

3 INSTITUTO DA DESAPROPRIAÇÃO E A PRÉVIA INDENIZAÇÃO

Diante da evolução histórica do direito administrativo, hoje vivenciamos a tutela de um Estado protetor, o qual se responsabiliza por garantir condições mínimas para que o cidadão possa ter resguardada sua dignidade. Logo, existe a intervenção do Estado na vivência diária do cidadão sendo que, para conceder-lhe condição mínima de sobrevivência, é dada ao Estado a possibilidade de intervir nas relações sociais para garantir ao povo a prometida proteção.

Dessa forma, há a possibilidade do Estado agir frente à propriedade, por exemplo, a qual atualmente tem assegurado seu caráter político, mas possui determinadas limitações para que não se sobreponha ao âmbito público, havendo a possibilidade de intervenção na mesma. É importante considerar que, segundo a Constituição Federal, ao se referir à propriedade traz que “é garantido o direito de propriedade”¹⁹. Ademais, afirma no inciso seguinte que “a propriedade atenderá a sua função social”²⁰. Tal referência fa-

19 Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016

20 *Ibid.*, loc. cit.

z-se essencial, pois a Carta Magna de máxima instrução à nossa sociedade regulamenta que a propriedade é direito fundamental, apenas podendo institutos além deste interferir na constituição da mesma para *definir-lhe os contornos e fixar-lhe limitações, mas nunca deixará o direito de figurar como objeto da tutela jurídica*²¹.

Então, é perceptível que o direito a propriedade, por se constituir como direito fundamental²², traz consigo perante a Constituição Federal de 1988 caráter extremamente social, logo tal direito deve ser interpretado diante de preceitos que buscam a boa-fé e amplitude social, ou seja, ao estabelecer a propriedade deve-se cumprir com os preceitos da função social, a qual *autoriza não só a determinação de obrigações de fazer, como de deixar de fazer, sempre para impedir o uso egoístico e antissocial da propriedade*²³. Dessa forma, justifica-se que haja prevalência ao direito de propriedade, porém condicionado aos princípios basilares aos quais a propriedade se estabelecerá, sendo que se os preceitos basilares forem contrários àqueles estabelecidos pela Constituição haverá a possibilidade do Estado intervir para amoldar a propriedade a tal qualificação. No entanto, apenas o fará diante de explicação para o reconhecimento de medidas para intervenção na propriedade.

Assim, a Constituição Federal estabelece os contornos essenciais à formação e consolidação da propriedade e o Código Civil de 2002, em seu art. 1.228, §1, completa segundo a base dada pela Carta Magna ao trazer que o direito de propriedade deve ser exercido em “consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”. Dessa forma, está solidificado que o direito a propriedade é garantido, porém é passível de intervenção justificada se não atingir seus fins sociais.

3.1 INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE: DESAPROPRIAÇÃO

Após essa breve introdução faz-se essencial iniciar o objetivo principal do capítulo que é o instituto da desapropriação e a inde-

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p.812.

22 FIGUEIREDO MOREIRA NETO, DIOGO. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014, p. 409.

23 CARVALHO FILHO, op.cit, p.813.

nização prévia. A desapropriação é uma das ações com maior poder sancionatório proposto como instituto de intervenção à propriedade, pois se constitui pela retirada da mesma ao poder do privado a qual será mantida em responsabilidade do poder público para que este tome as devidas medidas para que a referida propriedade alcance sua função social. Dessa forma, afirma Hely Lopes Meirelles²⁴:

Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade destaca-se a desapropriação, que é a mais drástica das formas de manifestação do *poder de império*, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu *domínio eminente* sobre todos os bens existentes no território nacional.

Apesar do Estado se pautar na essencial observância aos preceitos esperados pelo povo, haverá no caso da desapropriação atuação vertical do Estado, pois este optará justificadamente por intervir na propriedade pertencente ao cidadão, atitude baseada no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, apontando que tal intervenção é essencialmente necessária para que se mantenha observado a tutela dos interesses da sociedade, como bem diz José dos Santos Carvalho Filho²⁵:

O dilema moderno se situa na relação entre o Estado e o indivíduo. Para que possa atender aos reclamos globais da sociedade e captar as exigências do interesse público, é preciso que o Estado atinja alguns interesses individuais. E a regra que atualmente guia essa relação é a da supremacia do interesse público sobre o particular. É, na verdade, esse postulado que constitui um dos fundamentos políticos de intervenção do Estado na propriedade.

Faz-se essencial destacar que a desapropriação é categorizada em dois grupos: a intervenção restritiva e a intervenção supressiva. A primeira segundo a qual impõe determinadas limitações frente à propriedade, mas não a retira do indivíduo; enquanto a segunda se caracteriza pela transferência da propriedade do dono em âmbito privado para o Estado. A base de análise deste artigo será a desapropriação supressiva²⁶.

24 LOPES MEIRELLES, HELY. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013, p.676.

25 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p.812.

26 *Ibid.*, p.829.

Segundo a Constituição Federal, a lei será responsável pelo procedimento da desapropriação *por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos neste Constituição*²⁷. Ou seja, apenas será legítima a expropriação quando a Administração Pública alcançar tais preceitos evidenciados²⁸, os quais terão papel fundamental de justificativa para o ato. Doutrina de José dos Santos Carvalho Filho afirma que *são pressupostos da desapropriação a utilidade pública, nesta se incluindo a necessidade pública e o interesse social*²⁹.

Dessa forma, é comprovada que a desapropriação deve ser motivada de acordo com cada caso específico, não sendo este um ato de mera escolha do administrador. Ademais, acrescenta José dos Santos Carvalho Filho especificamente sobre os referidos pressupostos³⁰:

Ocorre a *utilidade pública* quando a transferência do bem se afigura conveniente para a Administração. Já a *necessidade pública* é aquela que decorre de situações de emergência, cuja solução exija a desapropriação do bem. [...] O *interesse social* consiste naquelas hipóteses em que mais se realça a função social da propriedade [...] o objetivo de neutralizar de alguma forma as desigualdades coletivas.

Assim, o poder público, ao verificar seu interesse em desapropriar um bem, terá que analisar os requisitos anteriores para saber se preenche as condições para que haja a desapropriação, o que será essencial à fase declaratória que se configura como fase inicial ao procedimento de desapropriação, diante da qual o particular não terá condições de negar à posse ao Estado. Há grande importância na motivação que dá ensejo a desapropriação, pois, como foi dito anteriormente, não é um ato discricionário ou de vontade, mas, sim, ato finalístico com base legal. Ademais, a decla-

27 Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016

28 CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014, p.413.

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p.853.

30 *Ibid.*, p 853-854.

ração será publicizada aos cidadãos que devem ter conhecimento do desejo da administração pública, tanto do objetivo almejado, quanto a motivação desse fim.

Como qualquer ato, este também poderá objeto de controle judicial. Como é passível de verificação em jurisprudência como, por exemplo:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE UTILIDADE PÚBLICA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. 1. Apelação do DNIT contra sentença que julgou parcialmente procedente pedido de desapropriação por utilidade pública. 2. Justa indenização baseada em laudo oficial. Ausência de argumentos que comprometam o trabalho do perito judicial. 3. A indenização, em regra, corresponde ao valor do imóvel apurado na data da perícia, conforme disposto no art. 12, parágrafo 2º, da LC 76/93. 4. Apelação e remessa não providas.

(TRF-5 – REEX: 7344320104058400 Data de Julgamento: 3/05/2013, Terceira Turma).

Apenas não será objeto do Judiciário a utilização pública da decisão de desapropriar, pois como foi abordado anteriormente no Brasil existe o Sistema de Pesos e Contrapesos, diante do qual cada poder, seja judiciário, legislativo ou executivo, fiscaliza as ações uns dos outros, no entanto, também estão protegidos pela devida realização de suas competências preestabelecidas. Dessa forma, o Judiciário analisará toda a estrutura da desapropriação que a administração pública visa alcançar, porém, não cabe a este a análise quanto à utilidade pública que a desapropriação representa como está disposto no art. 9º do Decreto-lei nº 3.365/1941: “Ao Poder Judiciário é vedado no processo de desapropriação decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Cabe aqui explicar que a utilidade pública se constitui como caráter discricionário ao gestor público, o qual diante de sua capacidade e competência decidirá, de forma motivada³¹, se aquele respectivo caso cabe ou não aos critérios da desapropriação. Porém, este é uma obrigação de caráter exclusivamente administrativo, dessa forma, dentro do âmbito do Sistema de Pesos e Contrapesos

31 GASPARINI, DIOGENES. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 883.

nessa questão prática diante da legislação e da Constituição verifica-se que a utilidade pública se constitui como caráter privativo administrativo, enquanto que as demais questões podem e devem, se necessário, ser levadas ao Judiciário para que haja a devida análise e intervenha se considerar devido; sendo assim, há nesse aspecto específico a atuação do Sistema de Freios e Contrapesos.

3.2 INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO COM ÊNFASE NA INDENIZAÇÃO PRÉVIA

Inicia-se então a fase executória, a qual se configura *depois de declarada a utilidade pública do bem, cumpre adotar as providências para efetivar a desapropriação, procedendo-se à transferência do bem para o patrimônio do expropriante*³². Diante disso, existem dois caminhos possíveis: por via administrativa e via judiciária. O caminho por via administrativa se configura pelo entendimento entre o poder público e o proprietário, em que este último aceitou o acordo proposto. Ademais, o caminho pela via Judiciária se caracteriza pela ação de desapropriação, em que as partes não conseguiram alcançar um acordo, então encaminham o conflito ao poder Judiciário para que seja solucionado.

Como no procedimento por via administrativa já há um acordo entre as partes, basta abordar aqui a questão judicial diante da qual caberá sentença fundamentada produzida pelo juiz. Pela via judicial o Poder Público depositará o valor referente a 80% da cota inicialmente proposta, sendo que os demais 20% serão depositados após a decisão do Judiciário com a eventual complementação. Dessa forma, cabe discutir que a indenização será definida com base nos critérios previstos no art. 27 do Decreto-Lei de Expropriação.

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

32 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p.875.

§ 1º A sentença que fixar o valor da indenização, quando este for superior ao preço oferecido, condenará o desapropriante a pagar honorários do advogado, que serão fixados entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais). (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001) (Vide ADIN nº 2.332-2)

Surge então a discussão quanto à indenização prévia, pois diante do art. 27 encontramos um embate quanto ao previsto na Constituição Federal no art. 5, XXIV, a qual traz que: *a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição*; surge então a discussão quanto ao valor disposto pelo juiz se será de acordo com o do Decreto-Lei ou de acordo com a Constituição, pois se o valor da indenização for observado diante do primeiro critério será menor que se calculado de acordo com o segundo. Dessa forma, José dos Santos Carvalho Filho acrescenta que³³:

A norma constitucional exige que a indenização seja *justa*, ou seja, que o valor indenizatório realmente corresponda ao valor do bem expropriado. Se o juiz leva em consideração os fatores previstos no art. 27, o resultado pode não corresponder ao valor efetivo do bem e, se isso ocorrer, a indenização certamente não será justa.

Ademais, conclui-se que a desapropriação é um instituto de extrema dificuldade, por se tratar de intervenção direta do âmbito público no privado diante do qual um cidadão cederá sua propriedade mediante indenização prévia, porém há um impasse entre os critérios de indenização prévia e a entrega da propriedade, pois existem dois critérios diante dos quais a Constituição, apesar de trazer o melhor conceito ao valor que será pago ao proprietário, o faz de forma aberta, deixando a tarefa de complementar à legislação e doutrina, no entanto, a legislação expõe um critério específico a ser usado que não acolhe de forma interina o valor justo ao qual a Constituição busca.

33 Ibid., p 886.

Assim, surge o questionamento sobre o que seria o supracitado 'valor justo', já que a depender de qual será o objeto de desapropriação, por exemplo, pode ser uma casa na qual a pessoa viveu por toda a vida; ou por um pequeno período, mas o suficiente para criar memória e vínculos; assim como pode ser um imóvel com aparência de abandono, o qual os donos não visitam há tempos, mas ao saberem da desapropriação buscam o valor daquele terreno; ademais, pode até mesmo ser uma das casas de um mesmo proprietário que aluga o imóvel para fins de sustento próprio... Enfim, são inúmeros os exemplos possíveis, logo diante disso há de se considerar que haverá um valor justo para cada caso concreto, pois àquele que está deixando sua casa, na qual construiu memória e vínculos afetivos, deve constituir um determinado valor justo, enquanto que àquele proprietário que nem sequer visitava o imóvel receberá outro valor que seja justo ao seu caso concreto.

Porquanto, há de se concluir que o expropriado deve ter ampla tutela do poder público considerando que está entregando sua propriedade, local em que firmou raízes e compôs relações de afeto, faz-se, portanto, necessário que haja considerável gama de respeito ao ato. Dessa forma, a indenização deve ser, como bem diz a Constituição, justa diante da econômica atual para que haja forma daquele particular obter outro bem equivalente mantendo sua dignidade, assim o autor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto acrescenta que *indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento*³⁴.

A desapropriação apenas se consumará quando houver o devido pagamento da indenização. Dessa forma, enquanto não tiver efetuado o pagamento o Estado pode desistir, no entanto, terá que pagar os possíveis prejuízos ocorridos com o particular, sendo que eventual pagamento deve ser analisado perante ação judicial até mesmo para que o particular possa comprovar fundamentadamente os danos e o Estado pague indenização justa, equivalente ao dano se comprovado.

34 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p.908-909.

4. ATUAL CENÁRIO DA DESAPROPRIAÇÃO DIANTE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado está ligado diretamente ao instituto da desapropriação, principalmente no que lhe cabe à intervenção em âmbito particular. Pois, considerando que o princípio se molda de acordo com a sociedade e se constitui como base fundamental que deve ser seguida tanto pelo poder administrativo, quanto pelos demais, tem, assim, por obrigação a devida vigilância dos seus atos e as consequências que alcançarão a sociedade, pois os poderes se constituem em favor e através do povo e não o contrário. Assim, o instituto da desapropriação que se caracteriza por ser uma drástica medida diante do particular deve ser devidamente motivado para que haja a sua devida execução.

O instituto da desapropriação traz consigo de forma implícita o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pois diante da ação de desapropriação se configuraria um ato da administração pública que se justificaria de acordo com a legalidade ou medidas de emergência, no entanto, *em todos os casos a ameaça ou a incorreta utilização de quaisquer destas prerrogativas podem ser judicialmente corrigidas, preventiva ou repressivamente, conforme o caso*³⁵.

Assim, é de clareza solar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado deveras dependerá de vasto sopesamento de ambos os lados diante do caso concreto, ou seja, tanto o Poder Público, quanto o particular terão direito a expor seus argumentos, seja em defesa ou acusação, com o objetivo de justificar a medida de desapropriar tal propriedade. Como foi dito anteriormente não cabe ao Judiciário analisar o conceito ou sentido de utilidade pública, porém lhe cabe à análise de toda a estrutura do ato podendo considerá-lo inválido ou não.

Faz-se essencial a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário por transmitir confiança e segurança que tanto o âmbito particular, quanto o público precisam. Pois, diante da administra-

35 Ibid.,p.100.

ção pública que diz querer desapropriar-lhe a propriedade, o particular pode considerar que deve apenas ser submisso à decisão, no entanto, existem para ambas as esferas a possibilidade de requerer ao judiciário a devida consideração frente aos seus argumentos; exceto, quanto às questões expressamente dispostas que não cabem à análise do Poder Judiciário, como foi dito anteriormente, por exemplo, a questão da utilidade pública.

Assim, é perceptível a delicadeza do assunto ao se referir à desapropriação e ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado por englobar o Estado que já contém inúmeras obrigações e vai desapropriar um particular, o qual pode estar sendo sancionado ou apenas tendo que obedecer a uma força maior que é a necessidade da coletividade; sendo que a desapropriação será justa contanto que haja a devida motivação, pois, o Estado deve tutelar cada particular de acordo com sua situação fática, já que cada caso possui sua particularidade e deve ser tratado de acordo com o respectivo caso concreto.

A prévia indenização se configura pelo impasse citado anteriormente diante do qual a solução mais acertada deve ser o equilíbrio entre a economia e a condição da anterior propriedade. Pois, o particular tinha até então uma propriedade, a qual se configura como direito fundamental do cidadão e deve continuar tendo essa propriedade, para tal o Estado deve pagar uma indenização que proporcione minimamente a anterior condição do indivíduo. Ou seja, se a propriedade se trata de casa na qual a pessoa vivia deve haver a devida indenização diante do status anterior da mesma; da mesma forma se a propriedade se configura como espaço no qual o proprietário não costumava ir ou não tinha vínculo algum terá a indenização de acordo com sua situação fática. Quer dizer que será analisado o caso concreto para vincular a indenização ao caso concreto.

Sendo assim, há que sopesar, diante do caso concreto, as condições do Estado e do particular para que haja a devida tutela de direitos; além disso, diante dessa situação haverá a escolha pela supremacia do interesse público ou supremacia do interesse privado a depender da sustentação fática presente em cada caso, logo ambas as partes são protegidas e tuteladas, independente de sua condição, considerando qual interesse deve prevalecer em cada caso.

5. CONCLUSÃO

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado demonstra o âmbito de incidência do Estado sobre o particular, demonstrando que existem limites quanto à interferência do Estado sobre os cidadãos, em que não há como o Estado agir de maneira arbitrária usando o referido princípio como motivação devida sem limites. Há de se considerar que o princípio interpõe limites ao ordenamento para que haja uma prévia análise do que será feito, ademais isso está comprovado no leque de direitos compostos pelos cidadãos que podem intervir nas decisões da administração pública de forma justificada para que estas sejam analisadas e se comprovada sua necessidade sejam efetivadas. Porém, não existe decisão da administração pública que seja baseada apenas na vontade e oportunidade do gestor público, sempre deve haver motivação.

Dessa forma, o instituto da desapropriação, por surgir com base no interesse público sobre o interesse privado, tem como obrigação vital a devida motivação. Pois, além de ser uma medida do Estado que, por sua essência, deve ter justificação também se caracteriza pela interferência em âmbito privado já que o particular terá que cumprir sanções.

Assim, surge dentre as diversas fases de incidência do instituto da desapropriação a indenização prévia que se configura pelo devido pagamento ao particular para que este ceda diante da necessidade do interesse público, ou seja, da coletividade, que terá como consequência para o particular a perda de propriedade, a qual muitas vezes construiu, ou, ao menos, criou vínculos pelas diversas memórias que viveu naquele ambiente, dessa forma, o Estado está interferindo na propriedade do indivíduo, local em que supre suas necessidades básicas. Sendo assim, o Estado tem como obrigação fundamental o devido pagamento da indenização àquele particular.

Porém, surge a discussão quanto a qual seria esse devido pagamento diante do qual a Constituição demonstra o princípio basilar que deve ser utilizado para a construção do devido valor, porém de maneira geral. Assim, a legislação demonstra especificamente qual seriam os critérios minuciosos a serem utilizados, no entanto,

muitas vezes o valor constituído pelos critérios da legislação está abaixo do valor merecido pelo particular.

Dessa forma, conclui-se que o interesse público se sobrepõe ao interesse privado diante da devida motivação, no entanto, existem situações em que há a devida motivação e o particular perde sua propriedade, como no caso da aplicação do instituto da desapropriação, mas, então o Estado deve efetivar o pagamento da devida indenização para que este indivíduo possa constituir bem para sua vivência. Porém, qual seriam os critérios para a devida indenização? Faz-se necessário analisar o caso concreto para tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, podendo assim incidir termos além dos dispostos na legislação com base na Constituição Federal de 1988 que serão utilizados para construir um novo regulamento que alcance o maior número de casos e almeje o justo valor de indenização.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BINENBOJM, GUSTAVO. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.117-170.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 abr. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.365/1941, de 21 de junho de 1941. *Desapropriação por Utilidade Pública*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13365.htm> Acesso em: 27 abr. 2016.

CARVALHO BORGES, THIAGO. *Curso de Direito Internacional Pública e Direito Comunitário*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011.

CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.

CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2014.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

FIGUEIREDO MOREIRA NETO, DIOGO. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Grupo Editorial Nacional, 2014.

GASPARINI, DIOGENES. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LOPES MEIRELLES, HELY. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n°220, abril/jun., 2000, p. 69-107.

SANTOS DE ARAGÃO, ALEXANDRE. *Curso de Direito Administrativo*. 02 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS DE ARAGÃO, ALEXANDRE. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1-22.

SARMENTO, DANIEL. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: _____(org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 23-116.

Capítulo II

A abolição da escravatura no Brasil sob a ótica do Direito

Matheus Requião Silva de Oliveira

Pesquisador, graduando em Direito pela
Faculdade Baiana de Direito. Endereço
eletrônico: matheusrequiao@outlook.com.



A abolição da escravatura no Brasil sob a ótica do Direito

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar, sob a ótica jurídica, o lento e gradual procedimento de abolição da escravatura brasileira no século XIX. O estudo perpassa por diversas leis, avaliando criticamente a sua trajetória desde a promulgação, fatores influentes, consequências jurídicas, eficácia social, utilidade e o problema da efetivação do direito no período, não obstante, relacionando o pensamento legal da época com o contemporâneo.

Palavras-chave: escravidão – legislação – abolição da escravatura – Direito – História do Direito brasileiro.

Abstract: The present work has for objective analyze the slow and gradual brazilian abolition slavery procedure in the perspective of law during the nineteenth-century. The study permeates for several legislations, evaluating critically the laws trajectory since the promulgation, influential factors, legal consequences, social effectiveness, utility and the problem of the law realization in the period, nevertheless, connecting the legal thought of the time with the contemporary.

Key-words: slavery – legislation – abolition of slavery – Law – History of brasilian Law.

Sumário: Introdução; 1. Constituição Imperial – 1824; 2. O tráfico negreiro e a Lei Diogo Feijó – 1831, 2.1. Consequência jurídica por violação da lei de 1831 e sua eficácia social; 3. O enfraquecimento do tráfico negreiro até a sua total abolição, 3.1. Slave Trade Suppression Act – 1845, 3.2. Lei n°. 581 – 4 de setembro de 1850, 3.3. Consequência econômica: o encarecimento da mão de obra escravocrata; 4. Novos usos para a Lei Diogo Feijó de 1831: as ações de liberdade e o exercício forense; 5. Lei do Ventre Livre – 1871; 6. Lei dos Sexagenários – 1885; 7. Lei Áurea – 1888; Conclusões.

INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por objetivo analisar o lento procedimento de abolição da escravatura, que perdurou durante todo o período imperial sob a ótica jurídico-legislativa, elaborando um levantamento das principais leis e dos principais debates legais da época, adentrando num ordenamento jurídico que não mais vigora, tentando delinear o tratamento jurídico dado ao escravo perante as leis.

Trata-se de uma reconstrução histórica dos marcos jurídicos do regime escravocrata, a começar pela primeira Constituição do país, encontrando nesta, uma peculiar contradição entre os direitos de liberdade e igualdade nela consagrados e convívio sereno com os escravos, que não estavam no rol protetivo dos Direitos essenciais. O estudo ainda perpassa sobre diversas outras leis, revelando suas influências, consequências, utilidade judicial e dentre outros quesitos a serem alçados.

Para viabilizar os estudos, o presente trabalho restringe-se em analisar a legislação do Império e posteriores à Constituição de 1824, deixando de tratar das normas jurídicas anteriores a este ano,

tais como, as Ordenações Filipinas, o Direito subsidiário Romano, o Direito Canônico e dentre muitas outras fontes presentes na época.

Inicialmente, é convicto estabelecer que a escravidão no século XIX no Brasil se insere no pacto colonial de produção das grandes fazendas de produtos como o açúcar, o café e o minério, que tinham como principal mercado a exportação.

Quanto aos sujeitos da escravidão, incontestavelmente, foram os negros africanos que eram capturados em seus países de origem, e tinham sua dignidade, projetos de vida e liberdade ceifados, a começar pelo transporte insalubre e o tratamento que tinham quanto escravos, com raras exceções.

O estudo passa a interpretar a legislação de época não somente nos olhares dos que viveram ao seu tempo, mas, outrossim, nos olhares contemporâneos, a fim de alcançar uma perspectiva crítica comparativa.

A inquietude ao tema veio justamente pelo seu carecimento e novidade, já que a escravidão do período ainda é pouco disseminada sobre os olhares jurídicos, porém, muito mais difundida como fenômeno histórico, social e econômico.

1. CONSTITUIÇÃO IMPERIAL – 1824

A primeira experiência constitucionalista brasileira deu-se após a independência do Brasil a Portugal em 1822. No ano seguinte foi convocada uma Assembleia Constituinte para debater o que mais tarde seria a primeira e mais nova Lei Fundamental do país. Poucos na Assembleia se opuseram ao regime degradante e desumano da escravidão. Figuras como a de Bonifácio marcaram a história do país com suas contundentes representações em 1823, como a que segue:

[...] sem a abolição total do infame tráfico da escravatura africana e sem a emancipação sucessiva dos atuais cativos, nunca o Brasil firmará a sua independência nacional [...] sem liberdade individual não pode haver civilização e nem sólida riqueza, não pode haver moralidade e justiça, e sem estas filhas do céu, não há nem pode haver brio, força, e poder entre as nações¹.

1 DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005, p. 51.

Apesar das ilustres palavras, Dom Pedro I dissolveu a assembleia por contrariar seus interesses, e quando em 1824 outorgou a primeira Carta Magna brasileira. Nas palavras de Barroso, a Carta representou a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever ser². Isto porque apesar do notório regime da escravidão na época, a imposta legislação em seus 179 artigos de nada tratou ou expressamente fez menção à figura do escravo, e, além disso, preconizando diversos Direitos Fundamentais como a liberdade e igualdade, omitindo-se ao tema e causando um enorme alvoroço de contradições, pois como um importante documento jurídico e político estabelece “a lei será igual para todos” e convive ao mesmo tempo com o voto censitário e o regime escravocrata?

Em tese tem por alicerce concreto que a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros têm por base a liberdade”, todavia mantendo em cativeiro milhões de pessoas nas mãos dos grandes proprietários de terra para que ceifassem aos poucos as suas vidas e estabelecendo um teto mínimo de riqueza para concessão de mínimos direitos políticos como a escolha de seus representantes, violando qualquer igualdade. Paulo Branco e o ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes trazem um importante dado, sustentando que o voto, por sua vez, censitário, era reconhecido a pouco mais de 1% da população na época³.

Nesta linha intelectual, brilhante são as palavras de Eros Roberto Grau dispondo que a Constituição neste contexto tornava-se uma coisa mística, um instrumento de dominação ideológica, que está apenas no plano das ideias, repleta de promessas que não seriam honradas⁴.

Porém, mesmo com todos estes problemas, a Constituição Política do Império do Brasil foi a mais longa constituição brasileira

2 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217.

3 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99.

4 GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1985, p. 44.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 218.

de todos os tempos, durando 65 anos. Pode-se concluir que nela não se encontravam os escravos quanto cidadãos brasileiros, apesar dos 15% que representavam no total da população de 9.930.000 habitantes e em 43% dos habitantes do império que eram livres ou libertos de origem africana, segundo dados datados de 1871⁵.

Em seu artigo 6º estabelece a *lex legum* que “são cidadãos brasileiros os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingênuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro”. Apenas aqueles que nascem livres do ventre (ingênuos) e aqueles que nasceram escravos, filhos de mães escravas, mas, que vieram a conquistar a sua liberdade (libertos), estão inclusos no rol dos Direitos cotejados na Constituição. Mas, já os escravos, não tinham quaisquer direitos consagrados nesta, como perfeito exemplo, o princípio da humanização das penas, consagrado legalmente no artigo 179, XIX, assim redigido: “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

Deste notório direito não gozavam os escravos, sendo condenados a tortura e açoites por seus “donos” e até mesmo sendo submetidos à pena capital em hipótese específica a partir de 1835, quando uma lei tratou sobre o tema.

A faceta contraditória entre os direitos pregados no ordenamento num contexto de escravidão e voto censitário faz identificar o quão anômalo era o liberalismo no Brasil do século XIX. Em síntese, um liberalismo elitista, conservador, antipopular e antidemocrático, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias⁶, a serviço de uma classe dominante, detentora do poder (patronato), que simultaneamente monopoliza a terra e explora o escravo.

Estabelecidas estas diretrizes básicas sobre a escravidão no Brasil imperial na ótica jurídica, passamos a analisar adiante a trajetória das leis partidárias aos cativos no século XIX, a começar pela Lei Diogo Feijó, estabelecendo uma linha do tempo das leis até a total abolição da escravatura com a Lei Áurea em 1888.

5 FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995, p. 226.

6 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 79.

2. O TRÁFICO NEGREIRO E A LEI DIOGO FEIJÓ – 1831

O ingresso das pessoas vindas da África que perderam a dignidade da condição livre, sendo minoradas à condição de escravos no Brasil se deu pelo tráfico negreiro. O tráfico era realizado por meio da utilização de embarcações superlotadas e em condições insalubres vindas da costa africana que desembarcavam em solo brasileiro desde os primeiros anos do Brasil Colônia. É algo que remonta ao início da historiografia brasileira, mais precisamente às primeiras décadas do século XVI, que é tido como o período mais plausível pelos historiadores brasileiros como anos de introdução dos primeiros cativos no país⁷.

Com objetivo de parar este intenso trânsito de pessoas – negros africanos entrados como escravos – que solou por aqui por quase trezentos anos, já no Brasil Imperial promulgou-se a Lei de 7 de novembro de 1831, igualmente conhecida por Lei Diogo Feijó.

Tal diploma legal foi fruto de diversos tratados internacionais entre Portugal e a coroa da Grã-Bretanha, como os acordos de 1810, 1815 e 1817 que objetivavam suspender o tráfico na ex-colônia portuguesa, o Brasil. Com a independência, o Brasil assumiu o compromisso de fazer cumprir tais pactos, tornando o tráfico ilegal num período de três anos com o tratado firmado em 26 de novembro de 1826, que foi ratificado pelas partes em 1827⁸.

Diante deste cenário de acordos, foi instituída anteriormente à Lei Feijó, a Portaria de 21 de maio de 1831 expedida pelo ministro Manoel José de Souza Franco, que previu a restituição da liberdade dos traficados e que os usurpadores desta liberdade seriam punidos pelo artigo 179 da legislação substantiva penal de 1830⁹. As

-
- 7 BAKAJ, Branca Borges Góes. *Lei do Ventre Livre, Lei dos Sexagenários e Lei Áurea: A grande trilogia abolicionista*. R. Inf. Legisl. Brasília a. 25 n. 98 abr./jun. 1988, p. 406. Sobre o mesmo tema vide MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 358 e LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 326.
 - 8 GURGEL, Argemiro Eloy. *A lei de 7 de novembro de 1831 e as ações cíveis de liberdade na cidade de Valença (1870 a 1888)*. Dissertação (mestrado em História Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS. Rio de Janeiro: [s.n.], 2004.
 - 9 MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004, p. 114.

portarias eram fontes do direito no Brasil e pertenciam ao catálogo das leis extravagantes, que vigoravam de acordo com a formulação da vontade régia. Assim dispõe a doutrina que, “configuravam ordens dimanadas pelos secretários de Estado, em nome do monarca. Quando se revestiam de alcance geral eram portarias¹⁰”. No livro *Curso de Direito Civil Brasileiro*, idônea doutrina jurídica de época, edição principia datada de 1880, Joaquim Ribas, clássico civilista assegura que “as portarias somente regulavão o caso de que tratavão, e não podião prejudicar a terceiro, nem revogar ou alterar a legislação¹¹”.

Retornando à Lei Feijó, conclui-se que seu escopo era propor uma abolição lenta e gradual, a começar pelo fim do tráfico negreiro, como dispõe o ilustre Joaquim Nabuco, importante abolicionista da época examinada, que:

A primeira oposição nacional à escravidão foi promovida tão somente contra o tráfico. Pretendia-se suprimir a escravidão lentamente, proibindo a importação de novos escravos. À vista da espantosa mortalidade dessa classe, dizia-se que a escravatura, uma vez extinto o viveiro inesgotável da África, iria sendo progressivamente diminuída pela morte, apesar dos nascimentos¹².

2.1. Consequências jurídicas por violação da lei de 1831 e sua eficácia social

Segundo o enunciado normativo da lei citada “*todos os escravos que entrarem no territorio ou portos do Brazil, vindos de fora, ficam livres*¹³”. Previu ainda a tal legislação, sérias consequências jurídicas em caso de violação do dispositivo legal, incorrendo os importadores em pena corporal prevista no artigo 179 do Código Criminal e “multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos

10 MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81.

11 RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 1 – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 124.

12 NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 26.

13 VEIGA, Luiz Francisco da. *Livro do estado servil e respectiva libertação*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876, p. 3.

escravos importados, além de pagarem as *despesas* da reexportação para qualquer parte da *Africa*¹⁴.

O artigo 179 do Código Criminal de 1830 atenta sobre os crimes contra a liberdade individual. Assim dispõe o dispositivo legal do *Codex* que “reluzir à escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade¹⁵” incorrera como consequência do dispositivo a pena de prisão por três a nove anos, e de multa correspondente à terça parte do tempo, porém o tempo de prisão jamais seria menor que o do cativo injusto, acrescentado a terça parte.

Segundo Antônio Tinôco, a jurisprudência assentou que importa em nulidade não ter o juiz de direito mencionado no quesito sobre a redução à escravidão as palavras – pessoa livre – que é o que constitui o crime¹⁶.

Fato é que, mesmo com todo rigor de um crime, levando-se em conta que o Direito Penal é considerado a *ultima ratio*, isto é, última barreira de proteção e controle social, regulando a atividade repressiva do Estado para preservar a sociedade do delito¹⁷, a norma não foi concretamente seguida, pois, o tráfico continuou sem nenhuma repressão, mesmo havendo o dispositivo proibitivo com previsão de graves sanções. Em verdade faltou eficácia social por parte da norma, pois, não foi seguida pelas pessoas a quem se direcionava. Os dispositivos normativos não foram assimilados, nem mesmo cumpridos concretamente pelos sujeitos de direito a qual se designavam, quais sejam, o comandante, o mestre, o contramestre, os interessados na negociação, os que auxiliam no desembarque, ou consentindo-os em suas terras, e até mesmo os que compram. Com muita precisão destaca Miguel Reale que:

14 VEIGA, Luiz Francisco da. *Cit.*, p. 4.

15 SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código Criminal do Império do Brasil anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente e que explicação, revogação ou alteração algumas disposições, ou com ellas tem immediata conexão: acompanhado de um appendice contendo a integra das leis addicionaes ao mesmo código, posteriormente promulgadas*. Recife: Typographia Universal, 1858, p. 74.

16 TINÓCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil anotado*. Prefácio de Hamilton Carvalhito. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 309-310.

17 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito. 25. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 281.

Há casos de normas legais, que, por contrariarem as tendências e inclinações dominantes no seio da coletividade, só logram ser compridas de maneira compulsória, possuindo, deste modo, validade formal, mas não eficácia espontânea no seio da comunidade¹⁸.

Dizia Joaquim Nabuco que, embora a lei não fosse executada, não fora tampouco abolida¹⁹, pois não se aventurava em nosso sistema jurídico abolir direitos fundamentais e liberdades individuais. Como não tivemos uma hipótese de revogação da norma e esta permaneceu adormecida ao longo dos anos no ordenamento jurídico pátrio, mais tarde com a superação total do contrabando, houve casos de utilização do dispositivo da Lei Feijó, com intuito de lograr êxito com as ações de liberdade aos que entraram em território brasileiro após 1831, mas tal tema merece parágrafo individual a ser analisado posteriormente na presente pesquisa.

De fato os dados doutrinários de época confirmam a falta de efetividade da norma. Os dados da importação (ilegal) eram os seguintes²⁰:

Ano	Escravos Entrados
1845	19.453
1846	50.325
1847	56.172
1848	60.000
1849	54.000
1850	23.000
1851	3.278
1852	700
1854	512

18 REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª edição – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

19 NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 103.

20 PINTO *apud* LOPES. José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 328. Nesta mesma linha de intelecção BETHELL, Leslie. *A abolição do comércio brasileiro de escravos: a Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do comércio de escravos, 1807-1869*. Tradução de Luís A. P. Souto Maior. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 436.

Note-se que, com mais de uma década de vigência, a norma é amplamente desrespeitada e este é um dos grandes problemas do período no Brasil, a falta de eficácia das leis e o rumo a um caminho torpe, a ilicitude.

Indispensável delineamento da desmesurada costa marítima brasileira que abrange milhares de quilômetros de extensão, indaga-se como era feita a fiscalização desta zona costeira na execução da fundamental legislação. Se hodiernamente, no lado oeste brasileiro em zona de fronteira, com todo aparato tecnológico, tais como helicópteros, aeronaves e dentre outros, não conseguimos evitar a entrada de drogas e entorpecentes ilícitos vindos de países vizinhos, como podemos garantir que tal norma foi pontualmente executada há quase duzentos anos atrás? A resposta é que inicialmente esta não fora executada nem mesmo compulsoriamente e isto consiste em apenas uma das possíveis reflexões das dificuldades jurídicas, políticas e sociais do seu tempo. O período de escravidão apresenta suas peculiaridades, como as dificuldades de efetivação, cumprimento e assimilação da matéria tratada pelo ordenamento jurídico vigente na época.

Um dos motivos ao problema da fiscalização do ingresso de novas embarcações é que esta foi prejudicada pelas rebeliões que deflagravam no período, com isto grande parte da frota foi destacada para operações em todo o Brasil²¹.

Reforçando a tese, um estudo da Universidade Federal Fluminense remonta a novas rotas de tráfico negreiro fora aos grandes portos e centros urbanos²², pois a escravidão já tinha sido decretada ilegal desde a lei de 1831 promulgada pelo governo Imperial brasileiro. Tratava-se em suma de lei “para inglês ver”, uma satisfação aos interesses da Inglaterra na qual o Brasil firmou tratado de banimento de comércio e tráfico internacional de escravos.

21 MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *Cit.*, p. 363.

22 Para uma análise preciosa e minudente sobre o tema vide *Inventário dos lugares de memória do tráfico atlântico de escravos e da história dos africanos escravizados no Brasil*. Coordenado pelo Laboratório de História Oral e Imagem (LABHOI) da Universidade Federal Fluminense, em parceria com o Comitê Científico Internacional do Projeto da UNESCO “Rota do Escravo: Resistência, Herança e Liberdade”, 2013.

Através do tratado de 1817 incorporado em partes ao de 1826, extrai-se que caberia à marinha britânica exercer o direito de busca e apreensões e as comissões mistas anglo-brasileiras julgavam os casos dos navios capturados suspeitos ou envolvidos em tráfico internacional de escravos.

Deste modo, é inegável a contribuição e influência da Grã-Bretanha com um intuito de humanização, resultando na primeira lei proibindo a entrada de novos cativos africanos em território brasileiro, efetuando as buscas, julgamentos e apreensões, contribuindo para o fim do tráfico transatlântico.

3. O ENFRAQUECIMENTO DO TRÁFICO NEGREIRO ATÉ A SUA TOTAL ABOLIÇÃO

Os próximos três quesitos do presente trabalho se resumem a explicar o enfraquecimento do tráfico negreiro, das rotas entre o continente africano e o Brasil, e a inegável influência inglesa na legislação interna brasileira, bem como a *Bill Aberdeen*, que autorizava os ingleses a apreender embarcações suspeitas de traficar escravos no oceano Atlântico. Começemos com os seguintes dados já citados e transportados para um gráfico *timeline*, senão vejamos:

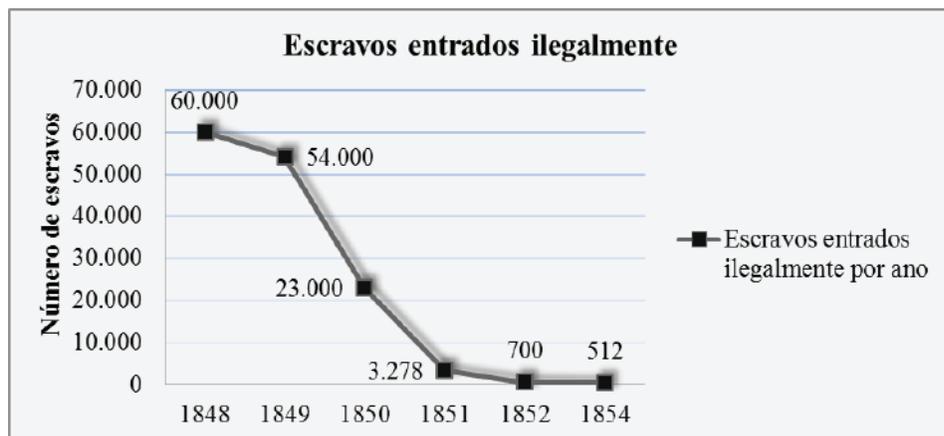


Gráfico 1 – Escravos africanos entrados ilegalmente

O objetivo é fornecer uma resposta crível quanto a maior eficácia social da Lei Eusébio de Queiroz promulgada em 1850, ano este que apresenta significativa redução da entrada de novos cativos, como analisado nos dados acima, igualmente, ao enfraquecimento do tráfico negreiro a partir das décadas de cinquenta e sessenta do século XIX.

3.1. *Slave Trade Suppression Act* – 1845

Como mencionado acima à Grã-Bretanha também caberia o direito de fiscalização dos tratados internacionais a qual impunham, porém este direito não era permanente, como bem dispõe o historiador inglês Leslie Bethell, afirmando que este direito previsto no documento internacional teria expirado em 1830, todavia por manobra inglesa, aproveitando de dispositivos separados em tratados anteriores, permitira que este direito permanecesse em vigor por mais quinze anos, até meados da década de quarenta, mais precisamente até novembro de 1844, quando expirou o tratado²³.

Próximo ao término deste período foram travados intensos debates no parlamento inglês e entre os parlamentares brasileiros quanto à fiscalização do vil tráfico negreiro. Indagavam-se com que base legal os navios de patrulha britânicos poderiam efetuar as fiscalizações e quais tribunais ainda seriam competentes para julgá-los.

Para muitos os tratados internacionais foram tidos como impositivos, ferindo a soberania e os interesses nacionais brasileiros, e que foram assinados sobre extrema pressão como “moeda de troca” ao reconhecimento da independência do Brasil (1826), bem como, anteriormente para a proteção inglesa à família real, que veio para a colônia portuguesa fugindo das tropas napoleônicas (1810).

O governo brasileiro estava aproveitando a oportunidade para pôr fim ao direito de busca e apreensões dos ingleses. Neste sentido Bethell expressa a importante decisão política:

23 BETHELL, Leslie. *A abolição do comércio brasileiro de escravos*: a Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do comércio de escravos, 1807-1869. Tradução de Luís A. P. Souto Maior. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 277-278.

Os deputados brasileiros tiveram a oportunidade de expressarem suas opiniões sobre a virada recente dos acontecimentos num debate sobre os negócios estrangeiros (31 de março a 2 de abril de 1845). A Câmara foi praticamente unânime na sua condenação das medidas contra o comércio de escravos que a Grã-Bretanha tinha ultimamente adotado e apoiou com entusiasmo a determinação do Governo de pôr fim ao direito de busca²⁴.

De tal modo, muitos se manifestaram contra os abusos e imposições inglesas de leis, tratados, comissões mistas julgadoras e apreensões aqui realizadas, defendendo maior respeito à soberania brasileira e independência em suas decisões, portanto, resguardando que os navios apreendidos deveriam ser levados a julgamento dos próprios tribunais brasileiros e não comissões mistas e que a fiscalização caberia aos órgãos nacionais em seu território marítimo e não aos estrangeiros que aqui se impunham de forma arbitrária, apreendendo toda e qualquer embarcação que tenham mínimos indicativos de tráfico.

Os ingleses, diante da adequada posição política brasileira, em negar o auxílio de repressão estrangeira, reafirmando sua independência, livre de trabalhar com qualquer acordo, em vez de abandonar as tentativas reprimidas, resolveram assim, tomar medidas ainda mais contundentes na repressão do comércio de escravos, tido como pirataria. Não queriam em hipótese alguma abandonar todos os esforços até então empenhados para suprimir o tráfico.

Perante afastada hipótese de estabelecer um novo acordo com os brasileiros, Lorde Aberdeen, o então Secretário de Estado para Assuntos Estrangeiros, avistando a necessidade de haver uma base legal para capturar embarcações brasileiras, traficantes, cargas e escravos, julgá-los da forma necessária com intuito de fazer cumprir os acordos e esforços, que foram afastados com o término do direito de busca previsto no tratado anglo-português de 1817 incorporado ao anglo-brasileiro de 1826, apresentou projeto de lei nos seguintes termos: que os navios condenados seriam empregados nos serviços britânicos ou desmantelados e vendidos publicamente em lotes separados; os oficiais da marinha inglesa seriam recompensados com os prêmios habituais e

24 BETHELL, Leslie. *Cit.*, p. 285.

indenizados por possíveis ações movidas contra eles oriundas de comerciantes brasileiros²⁵. E este foi o projeto do *Slave Trade Suppression Act*, também conhecido como *Aberdeen Act*, Lei Aberdeen, *Bill Aberdeen* ou *Bill* inglês.

O Parlamento inglês já estava adiantado perante tal situação legal-política a qual se depara e não havia tempo a perder, quando em 8 de Agosto de 1845, o projeto recebeu aprovação para vigorar.

A lei busca legitimidade no que concerne aos acordos firmados anteriormente, mas precisamente ao artigo primeiro do tratado de 1826, que previa abordar o comércio brasileiro de escravos como pirataria, e isto permitiu ao executivo inglês (Marinha) a continuar e intensificar os esforços para a supressão do comércio, ao Parlamento editar leis, e ao Judiciário julgar de acordo com estas.

Mas analisando criticamente a lei e os atos britânicos, chega-se à conclusão de que se trata de uma lei amplamente impositiva, não obstante, unilateral, violando o Direito Internacional e todo e qualquer resquício da soberania brasileira, país independente, e em pé de igualdade perante outros. Mas, de fato, o Brasil violava a legalidade tanto dos pactos com os britânicos a qual tornou signatário, como na instância da sua lei aprovada em 1831, que reprimia o comércio de servos vindos da costa africana, declarando que ficam livres os que nesta condição em território brasileiro desembarca.

Os navios de guerra britânicos em patrulha contra o tráfico dispuseram de poderes ainda mais amplos, podendo capturar navios brasileiros e apátridas, em qualquer lugar em alto mar e em qualquer estágio de sua viagem. Com toda estrutura, navios britânicos chegaram a apreender quase 400 navios brasileiros envolvidos no comércio de escravos entre 1845 e 1850. Estes navios eram levados a julgamento em tribunais marítimos britânicos, sem mínimos alvoroços, muitos sequer tinham representação legal, apesar dos cônsules brasileiros no estrangeiro, que de nada faziam, ao máximo elaboravam um protesto contra a ilegalidade da captura²⁶.

25 BETHELL, Leslie. *Cit.*, p. 295.

26 BETHELL, Leslie. *Cit.*, p. 322.

Mesmo com todos estes números, o tráfico não foi extinto de imediato, e o número de escravos entrados ilegalmente no período continuou a subir na segunda metade da década de quarenta. O especialista ao tema, Bethell, sustenta que o motivo foi justamente o desenvolvimento econômico nas grandes fazendas e a procura por produtos brasileiros na Europa e América do Norte, tais como o café que teve alta em sua produção em 40% e o açúcar que cresceu em 6% em relação ao período anterior²⁷. Com este fenômeno de desenvolvimento, os grandes proprietários necessitavam de mão-de-obra para atender a demanda dos produtos brasileiros que eram exportados. O trabalho árduo e desumano nas lavouras de cana-de-açúcar e café era desempenhado pelo labor escravocrata. O Brasil vivia do trabalho escravo.

Os esforços britânicos exerceram forte influência para com o fim do tráfico negreiro por definitivo em 1850, ano em que foi promulgada a Lei Eusébio de Queiroz, a ser analisada a seguir.

3.2. Lei nº. 581 – 4 de setembro de 1850

Após diversas ameaças britânicas, inclusive à soberania brasileira e possível rompimento das relações diplomáticas, o governo do Brasil decidiu resolver por definitivamente a questão do tráfico. Destarte, “a Câmara dos Deputados reformou e emendou em julho de 1850 o projeto do Senado nº 133 de 1837 sobre a repressão do tráfico de africanos e acabou por votar e aprovar a lei nº 581”²⁸, também denominada, Lei Eusébio de Queiroz.

A legislação previu que as embarcações brasileiras ou estrangeiras que em portos ou território marítimo brasileiro se encontrarem, exercendo o tráfico de escravos ou tenham mínimos indicativos deste, serão apreendidas e julgadas como importadoras de escravos, figura extraída do artigo primeiro da lei.

A inovação jurídica foi depositada na figura do cúmplice, que são os que equipam, os que coadjuvarem com o desembarque de escravos, ou que ocultam ou dificultam o trabalho das autoridades sobre o conhecimento destes, sendo igualmente punidos.

27 BETHELL, Leslie. *Cit.*, p. 315-316.

28 CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 397.

O projeto Eusébio de Queiroz remete as penas ao artigo segundo da Lei de 1831, qual seja, a previsão no Código Penal em seu artigo n° 179 e as embarcações empregadas no tráfico eram vendidas.

Em tese, é notório o reforço à Lei Feijó de 1831 que não fora revogada. Diferencia-se a Lei de 1850 quanto a sua eficácia e aplicação no seio da comunidade, não inovando muito em seu texto.

Afirma Flávia Lages de Castro que o caráter humanístico desta lei coube ao seu artigo 6^o²⁹, que antecipa que todos os escravos que foram apreendidos serão devidamente reexportados pelo governo para os locais de onde tenham vindo ou para qualquer outro ponto fora do Brasil Imperial, e, em quanto não houvesse a reexportação, os livres seriam empregados sob a tutela estatal, não sendo em caso algum, concedidos a particulares. Todavia, relata a mestre em História Social que:

[...] embora houvesse expresso no mesmo artigo que de maneira alguma seriam entregues a particulares, não foi o que acabou ocorrendo. Os africanos, embora considerados livres, eram entregues a um senhor e prestavam serviço a este por quatorze anos, depois destes eram considerados emancipados³⁰³¹, figura esta extraída do decreto n° 1303 de 28 de dezembro de 1853³².

Por mais uma vez na história, o Império brasileiro curva-se perante os grandes proprietários de terra, proporcionando serventias escravocratas com aqueles que depois de estabelecidos mantos jurídicos protetivos, tiveram que oferecer serviços e apenas depois adquirir a sua emancipação total. Isso demonstra o quão difícil era cumprir totalmente a lei no período. Tal situação perdurou até 1864, quando o decreto n° 3310 fora expedido³³, concedendo emancipação a todos africanos livres no império, revogando o prazo de quatorze anos anteriormente estabelecido.

Mas, fato é que, a lei delineada teve muito mais eficácia social e fora muito bem cumprida, resultando na extinção do debatido

29 CASTRO, Flávia Lages de. *Cit.* p. 398.

30 CASTRO, Flávia Lages de. *Cit.* p. 398.

31 Emancipado é aquele considerado livre de qualquer submissão, considerado independente para seus atos.

32 VEIGA, Luiz Francisco da. *Livro do estado servil e respectiva libertação*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876, p. 11.

33 VEIGA, Luiz Francisco da. *Cit.* p. 15.

tráfico de escravos africanos, tornando inviável a prática delitativa perante a contundente disposição em fazer cumprir o que impunha o governo.

Já o decreto nº 731 de 1854³⁴ regula a Lei Eusébio de Queiroz, outorgando competência aos Auditores da Marinha do Brasil para processar e julgar os réus mencionados em seu dispositivo que praticam o crime contra a liberdade individual, reduzindo pessoa livre a escravo.

Na linha de intelecção de Joaquim Ribas, os decretos eram providências emanadas em nome do rei e por vezes estatuíam sobre certas pessoas ou negócios, outras vezes, continham medidas legislativas gerais³⁵, caso da hipótese em apreço.

3.3. Consequência econômica: o encarecimento da mão de obra escravocrata

Legislação e fiscalização mais contundentes, pressão inglesa, disposição brasileira em executar a lei e outros fatores contribuíram para a diminuição do ingresso de novos africanos ao Brasil. De fato os dados mostram que o tráfico continuou, mas, após a Lei Eusébio de Queiroz, passou a ser mais reprimido, demonstrando drástica diminuição.

Estes acontecimentos fizeram com que a mão de obra escravocrata se tornasse mais cara na segunda metade do século XIX. A questão econômica torna a escravidão insustentável, pois, diante de tal situação, os traficantes estavam cobrando altos preços por escravos³⁶.

Passou-se a ser mais difícil encomendar escravos africanos diante da potência naval britânica e as consequências para o *slave trade* no Brasil. Constituía ingresso a cada ano mais dificultoso, justificando os altos preços aqui cobrados³⁷.

34 VEIGA, Luiz Francisco da. *Cit.* p. 13.

35 RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 1 – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 116.

36 Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2011.

37 Cf. BETHELL, Leslie. *A abolição do comércio brasileiro de escravos: a Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do comércio de escravos, 1807-1869*. Tradução de Luís A. P. Souto Maior. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

Este foi um importante fator que cooperou para a diminuição do tráfico de forma aguda, vez que os altos preços impediram que os senhores de terra comprassem novos escravos ou grandes remessas como de costume em momento anterior, passando a afetar a demanda. A escravidão aos poucos torna-se inviável economicamente, não obstante, inviável do ponto de vista jurídico.

4. NOVOS USOS PARA A LEI DIOGO FEIJÓ DE 1831: AS AÇÕES DE LIBERDADE E O EXERCÍCIO FORENSE

Durante muitas décadas a Lei de 1831 permaneceu vigente, representando uma ameaça constante ao patrimônio dos detentores de escravos, visto que esta denunciava o sistema escravocrata, pois, grande parte da população cativa teve seu ingresso ao Brasil após 1831. E os que nesta condição se encontrava, poderia pleitear sua liberdade ante ao Judiciário.

No projeto da lei de 1850, o debate foi acerca do seu artigo 13º, que previa a revogação da Lei Diogo Feijó, todavia isto não ocorreu, permanecendo a lei esparsa num lapso temporal de cinquenta e sete anos de vigência³⁸, dando a oportunidade a milhares de escravos para questionarem o seu cativo injusto. E esta cláusula do artigo primeiro que declarava livres os escravos que no Brasil entrarem após a data da promulgação da lei de 1831 obteve significativa importância histórica, constituindo um marco utilizado por juristas e escravos, fortalecendo a argumentação jurídica para pleitearem o direito lúcido da alforria³⁹.

Em 12 de abril de 1832 um decreto expedido facilitou e previu o acesso à justiça aos cativos que nesta condição se achassem. Dispôs o decreto que “em qualquer tempo em que o preto requerer a qualquer Juiz de Paz, ou Criminal, que veio para o Brasil depois da extinção do tráfico, o juiz o interrogará sob todas as circunstâncias”, analisando o caso e procedendo de acordo com as previsões legais⁴⁰. O decreto foi um importante dispositivo legal para o cativo requerer sua liberdade em juízo e na dúvida sobre esta liberdade, a jurisprudência assentou que a presunção e a sentença devem ser

38 GURGEL, Argemiro Eloy. *Cit.* p. 27.

39 A alforria era o ato pelo qual o escravo conseguia a sua liberdade, passando à condição de liberto.

40 BRASIL. *Decretos do Brasil, 1832-1833*. [S.I.:s.n.], 1833.

em favor dela⁴¹, e que uma vez dada a liberdade, não poderá esta ser revogada⁴².

Já após o ano de 1850, a interpretação jurisprudencial era no sentido de inibir estes novos usos para Lei Diogo Feijó, alertando as autoridades sob os prejuízos que tais atos poderiam causar aos fazendeiros, podendo ocasionar grandes distúrbios na organização social, pois resultaria na liberdade de muitos escravos⁴³.

Assim dispõe Argemiro Gurgel, asseverando que:

[...] as medidas adotadas para atingir tais reivindicações, sem fazer mudanças radicais que abalasses a ordem social, foram, basicamente, a libertação do ventre e a oficialização da compra da alforria pelo escravo, porque, com esses gestos, se adotaria uma emancipação gradual e se respeitaria o direito de propriedade, mediante a indenização do senhor⁴⁴. O que ocorreria mais tarde com os demais marcos jurídicos.

5. LEI DO VENTRE LIVRE – 1871

O projeto de autoria de Theodoro Machado Freire Pereira da Silva, o então Ministro da Agricultura, após passar pela Câmara e pelo Senado, fora aprovado em 1871. A Lei nº 2.040 de 28 de setembro de 1871 foi um importante marco jurídico para a história da escravidão, declarando à condição de livres os filhos da mulher escrava que nascerem no Império a partir da data da mesma.

Como não raro, reservou-se um lugar para a indenização, prevendo que até os oito anos os ingênuos filhos de escravas ficariam sob a autoridade do senhor de sua mãe e após esta idade, este senhor optaria por receber do Estado o valor de seiscentos mil réis ou usufruir dos serviços do menor até este completar 21 anos. Exceto se dentro do lapso de oito anos da criança, a mãe escrava obtiver a liberdade, esta optaria pela guarda do seu filho e sucessiva emancipação total deste sem prestações indenizatórias de serviços ou pagamentos, mas, igualmente, poderia escolher em mantê-lo sob a autoridade senhorial, anuindo de permanecer com seu filho.

41 MAFRA, Manoel da Silva. *Promptuário das leis de manumissão*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1877, p. 103.

42 MAFRA, Manoel da Silva. *Cit.* p. 12.

43 GURGEL, Argemiro Eloy. *Cit.* p. 13-17.

44 GURGEL, Argemiro Eloy. *Cit.* p. 18.

Ou seja, os filhos de escravas não eram imediatamente livres. Além do mais, “a lei foi ineficaz, tanto quanto ela nasceu para ser, mesmo o pouco que se tinha como ‘vantagens’ na lei para o escravo, era descaradamente burlada pelos senhores, muitos meninos e meninas acabaram nascendo com um ano ou mais de idade”, relata Flávia Lages. Pois entregar aos escravocratas a proteção e serviços de tais menores seria um erro, tornando os ingênuos sujeitos fragilizados desta nova ordem, vulneráveis à exploração⁴⁵. Tais crianças e jovens foram, na sua maioria, direcionados ao trabalho na lavoura e ao serviço doméstico em momento póstumo⁴⁶.

A Lei também criou os Fundos de Emancipação, buscando garantir uma emancipação indenizada, assegurando a legitimidade da propriedade privada, mesmo que composta por seres humanos⁴⁷.

Busca outrossim, regulamentar o acesso a liberdade através da compra da alforria com o pecúlio, sem ter que passar pelo direito costumeiro que previa a necessidade da manifestação de vontade do senhor, um mecanismo dificultoso. Revogando a hipótese de suspensão da alforria por ingratidão e a recompensa que tornaria o escravo um eterno devedor. A Lei do Ventre Livre facilitou a compra da liberdade, uma vez que em qualquer momento poderia o escravo manifestar seus anseios neste sentido, sem precisar de uma prévia autorização (anuência) do senhor detentor da propriedade escrava.

6. LEI DOS SEXAGENÁRIOS – 1885

A Lei nº 3.270 de 1885, também conhecida como Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários foi uma legislação de pouca utilidade prática, vez que libertava os pouquíssimos escravos que chegaram aos sessenta anos de vida e esta é inegavelmente a sua principal contribuição. Compete firmar que dados do ano de 1885 sustentam que nas principais províncias do Império, tais como a de Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Bahia e Pernambuco

45 PAPALI, Maria Aparecida. “A Legislação de 1871, o Judiciário e a tutela de ingênuos na cidade de Taubaté”. *Revista Justiça e História/Memorial do Judiciário no Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: vol. 2, n.3, p. 195-218, 2002, p. 11.

46 PAPALI, Maria Aparecida. *Cit.* p. 17.

47 PAPALI, Maria Aparecida. *Cit.* p. 6.

– na qual, somadas, chegava-se ao número de 916.693 escravos – apenas aproximadamente 7,2% tinham 60 anos ou mais⁴⁸. O número não é fielmente exato, mas mesmo com margens de erros, consegue-se estabelecer uma diretriz a ser seguida.

Compete transcrever o seu artigo 3º, §10º da lei, assim redigido:

[...] são libertos os escravos de 60 *annos* de idade, completos antes e depois da data em que entrar em execução esta Lei; ficando, porém, obrigados, a sua indenização pela sua alforria, a prestar serviços aos seus ex-senhores pelo espaço de três *annos*.

O primeiro ponto a ser destacado é a indenização, tanto discutida no império, o escravo caduco deveria efetuar um pagamento pela sua alforria ou prestar serviços ao seu senhor por um lapso temporal determinado. A segunda objeção é sobre a mínima população escrava que chegava a esta idade, visto que a taxa de mortalidade entre escravos era muita alta. Com precisão cirúrgica assevera Bethell que:

[...] muitos não sobreviviam ao seu treinamento e aclimação iniciais. Outros morriam em consequência de uma dieta pobre, condições de vida insalubres e enfermidades (as senzalas eram especialmente sujeitas a epidemias de cólega e varíola). Mais importante, já que era considerado mais econômico ‘matar de trabalho os escravos’ (pelo menos aqueles empregados no campo) e depois substituí-los por outros, muitos africanos morriam de maus tratos e simples exaustão. Não se esperava que um escravo empregado no campo durasse indefinidamente⁴⁹.

Nas grandes fazendas dos *landlords* era muito habitual o desprezo pela dignidade humana, acostumados aos maiores crimes e atrocidades, a ver matar de surra entre gritos, soluços e susurros, ao som das pancadas dos chicotes, dos açoites efetuados pelos mais bárbaros e sem alma a mando do senhor.

Mesmo diante deste desprezo, a Lei dos Sexagenários foi mais uma auxiliar no trâmite da abolição da escravatura, tornando-se

48 COELHO, José Maria Vaz Pinto. *Legislação servil*. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1886.

49 BETHELL, Leslie. *Cit.*, p. 24.

um preparativo para a abolição total num período de forte influência abolicionista, que ganhava novo ímpeto.

7. LEI ÁUREA – 1888

Last but not least, a Lei nº 3.353, promulgada em 13 de maio de 1888, igualmente conhecida por Lei Áurea, foi a pedra angular para o avanço jurídico, social, econômico e político do Brasil.

Depois de muitos anos de luta, uma abolição árdua, lenta e gradual, depois de editadas muitas leis que não valeram de nada ou pouco significaram, a Lei Áurea logo em seu primeiro artigo dispõe que “é declarada *extincta* desde a data desta lei a escravidão no *Brazil*”, revogando-se todas as disposições em contrário.

Estava mais que na hora de extinguir o cancro do atraso que representava a escravidão no país. Em uma perspectiva global e tomando por análise o estudo do historiador econômico-social barbado Hilary Macdonald Beckles, pode-se concluir que o Brasil neste delineamento aparece como o último país a abolir totalmente a escravidão, atrás de Madeira (1775); Haiti, que 1804 declarou independência da França e aboliu a escravatura inserindo em sua nova Constituição (1885) dispositivo afirmando que qualquer escravo que desembarcar no Haiti torna-se automaticamente livre e cidadão do país; Chile (1823); América Central (1824); México (1829); Bolívia (1831); todas as colônias britânicas (1838); Uruguai (1842); todas as colônias dinamarquesas e francesas (1848); Equador (1851); Peru e Venezuela (1854); todas as colônias holandesas (1863); também no mesmo ano a escravatura é abolida nos Estados Unidos como resultado da décima terceira alteração da Constituição e com o fim da Guerra Civil; Porto Rico (1873); e por conclusão, em Cuba (1886)⁵⁰. No Brasil a abolição deu-se em momento muito tardio, depois de longos e intensos debates entre abolicionistas e escravagistas.

Dito isto avança-se em estabelecer como se deu esta evolução, haja vista o direito de propriedade prevista na Constituição. Bem, um dos temas mais atinentes no período imperial quanto à abolição da escravatura é a questão da propriedade, isto porque a

50 BECKLES, Hilary Mcdonald. *Slave Voyages: The Transatlantic Trade Enslaved Africans*. Paris: UNESCO, 2003, p. 2-9.

Constituição Imperial de 1824, primeira Carta Magna do país, blinda a propriedade como um Direito Fundamental, assim dispondo em seu artigo 179, XXII, que, “*he garantido o Direito de Propriedade em toda sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenmisado do valor d’ella. A lei marcará os casos em que excepção, e dará as regras para se determinar a idemnisação*”⁵¹.

Como visto acima, entendendo o escravo como “propriedade” deverá o detentor desta ser indenizado quanto ao momento de abolição da escravidão, ou não? Este é um dos debates mais efervescentes quanto à escravidão e perdurou ao longo do gradual procedimento de abolição, desde as primeiras representações contra ao mal que atormentava o século XIX no Brasil, até aos debates parlamentares quanto ao projeto em tramitação e votação da Lei Áurea em 1888.

Abolicionistas e escravocratas estavam de acordo, entendendo que a escravidão significava o atraso nacional, mas o ponto de divergência entre eles estava na indenização. Os escravocratas depois de terem explorado o povo africano por ao menos três séculos, queriam ainda um pagamento indenizatório de cinco ou dez vezes o preço do escravo primitivo a luz dos preceitos constitucionais da propriedade, uma vez que desapropriar sem indenizar era inconstitucional. Por outro lado os abolicionistas defendiam que a abolição deve ser imediata, instantânea e sem indenização alguma⁵² e que a propriedade escrava era um roubo. Nesse sentido, volta-se Perdigão Malheiro, afirmando que a indenização só tem lugar quando o poder desapropriante vai conservar ou usar a coisa e o Estado não iria conservar o servo para si, mas libertá-lo⁵³.

Sem mais delongas sobre o vasto debate jurídico, a abolição da escravatura em 1888 se deu sem indenização, mas fato é que, coube às legislações anteriores a questão do reparo, prevendo a prestação de serviços por parte do servo diante do seu senhor, que seria uma forma de compensar a propriedade ou com a prestação pecuniária através dos fundos indenizatórios e de emancipação,

51 *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1824.

52 CONFEDERAÇÃO ABOLICIONISTA. *Abolição imediata e sem indenisação*. Rio de Janeiro: Typ. Central, 1883, p. 3-17.

53 Cf. MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.

pagos pelo governo, além da previsão da compra da liberdade pelo escravo com o pecúlio⁵⁴.

CONCLUSÕES

No presente trabalho verificou-se a dificuldade de efetivação do direito quanto à matéria da escravidão, favorecendo uma classe detentora do poder que exercia forte influência na legislação vigente, constituindo um marco determinante para muitas legislações, que eram criadas para não surtir efeitos, pois confrontava as inclinações dominantes. Em resumo, trata-se de normas com pouca utilidade prática e jurídica, dificultando o avanço social.

No entanto, a emancipação dos cativos se deu de forma lenta e gradual, e o conjunto de legislações promulgadas atenuou de forma incisiva a escravidão no Brasil que se sustentava ao menos por motivos econômicos, já que a mão de obra escravocrata escorava a base da economia de produtos como o açúcar e o café, destinados para exportação.

Tais legislações do século XIX tinham em seu bojo a tentativa de assegurar a legitimidade da propriedade escrava através da indenização, deste modo sucederam as leis de 1850, 1871 e 1885, que previam certas formas de compensar a propriedade.

Por outro lado, o arcabouço normativo permitiu o acesso à justiça e abonaram certas garantias de direitos aos cativos, com a possibilidade de pleitear sua liberdade perante o judiciário sob várias formas, com a emancipação gradual, com a possibilidade de compra da sua alforria e com a superação do tráfico negreiro, este último, fruto de forte influência britânica, potência mundial que pugnava para o fim da escravidão, tanto no Brasil como em outras nações.

A escravidão no Brasil gradativamente deixou de ser um instituto admitido, num período em que as resistências escravagistas já não se sentiam tanto, porém, marcando a história do país, ainda podendo ser notada nas camadas da sociedade, com a desigualdade

54 Conclusões extraídas a partir dos decretos que regularam a Lei Eusébio de Queiroz de 1850, bem como, através dos dispositivos da Lei do Ventre Livre de 1871 e a Lei dos Sexagenários de 1885, ambas tratadas no presente trabalho.

de, o preconceito e com problemas ainda não solucionados, marcas do processo histórico-escravista.

REFERÊNCIAS

A. Fonte documental

Arquivo Público da Bahia

B. Fontes bibliográficas

BAKAJ, Branca Borges Góes. *Lei do Ventre Livre, Lei dos Sexagenários e Lei Áurea*: A grande trilogia abolicionista. R. Inf. Legisl. Brasília. Brasília: a. 25 n. 98 abr./jun. 1988.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BECKLES, Hilary McDonald. *Slave Voyages: The Transatlantic Trade Enslaved Africans*. Paris: UNESCO, 2003.

BETHELL, Leslie. *A abolição do comércio brasileiro de escravos: a Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do comércio de escravos, 1807-1869*. Tradução de Luís A. P. Souto Maior. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BRASIL. *Decretos do Brasil, 1832-1833*. [S.I.:s.n.], 1833.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. *A escravidão no império do Brasil: perspectivas jurídicas*. [S.I.:s.n.], 2010.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito geral e Brasil*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHALHOUB, Sidney. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

COELHO, José Maria Vaz Pinto. *Legislação servil*. Rio de Janeiro: Laemmert & C, 1886.

CONFEDERAÇÃO ABOLICIONISTA. *Abolição imediata e sem indenização*. Rio de Janeiro: Typ. Central, 1883.

CONFEDERAÇÃO ABOLICIONISTA. *Discurso do conselheiro Ruy Barbosa pronunciado em 7 de novembro de 1885 no Theatro Lucinda sob a presidência da Confederação Abolicionista para comemorar a lei de 7 de novembro de 1831*. Rio de Janeiro: Typ. Central, 1885.

CONSTITUIÇÃO POLÍCIA DO IMPERIO DO BRASIL. Rio de Janeiro: Tipographia Nacional, 1824.

COSTA, João Severiano Maciel da. *Memoria sobre a necessidade de abolir a introdução dos escravos africanos no Brasil: sobre o modo e condições com que esta abolição se deve fazer e sobre os meios de remediar a falta de braços que ela pode ocasionar*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1821.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 25ª edição. São Paulo: Saraiva.

DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1995.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1985.

GRINBERG, Keila. *Liberata: a lei da ambiguidade, as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

GURGEL, Argemiro Eloy. *A lei de 7 de novembro de 1831 e as ações cíveis de liberdade na cidade de Valença (1870 a 1888)*. Dissertação (mestrado em História Social) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais - IFCS. Rio de Janeiro: [s.n.], 2004.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João de Vasconcelos. 24ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JORNAL DO SENADO. Brasília: [s.n.], ano XXI – Nº 4.365, 31 de agosto de 2015.

JORNAL DO SENADO: UMA RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA. Brasília: [s.n.], ano XIX – Nº 3.869, 13 de maio de 2013.

LABORATÓRIO DE HISTÓRIA ORAL E IMAGEM (LABHOI) UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. *Inventário dos lugares de memória do tráfico atlântico de escravos e da história dos africanos escravizados no Brasil*. Coordenado por Hebe Mattos, Martha Abreu e Milton Guran. [S.I.:s.n.], 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2011.

MAFRA, Manoel da Silva. *Promptuário das leis de manumissão*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1877.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.

MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª edição comemorativa. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOURA, Clóvis. *Dicionário da escravidão negra no Brasil*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2004.

NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 15ª edição. Forense, 2009.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA E LA CULTURA. *Memoria del simpósio la ruta del esclavo en el Río de la Plata: su historia e su consecuencias*. [S.I.:s.n.], 2004.

PAPALI, Maria Aparecida. “A Legislação de 1871, o Judiciário e a tutela de ingênuos na cidade de Taubaté”. *Revista Justiça e História/Memorial do Judiciário no Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: vol. 2, n.3, p. 195-218, 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª edição – São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Vol. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 1ª edição – São Paulo: Saraiva: 2013.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Código Criminal do Imperio do Brasil anotado com as leis, decretos, avisos e portarias publicados desde a sua data até o presente e que explicação, revogação ou alteração algumas disposições, ou com ellas tem immediata conexão*: acompanhado de um appendice contendo a integra das leis addicionaes ao mesmo código, posteriormente promulgadas. Recife: Typographia Universal, 1858.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brazil anotado*. Prefácio de Hamilton Carvalhito. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). *The african slave trade from the fifteenth to the nineteenth century*. Paris: [s.n], 1979.

VEIGA, Luiz Francisco da. *Livro do estado servil e respectiva libertação*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1876.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. [S.I.]: Renovar, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.) *Fundamentos de história do direito*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

Capítulo III

A igreja e escravidão: os direitos pessoais dos escravos em matéria eclesiástica

Luiza Rodrigues dos Santos

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



A igreja e escravidão: os direitos pessoais dos escravos em matéria eclesiástica

RESUMO: Este artigo tem por objetivo abordar a relação entre os escravos e a Igreja Católica no período colonial no Brasil destacando, assim, a contribuição da ordem religiosa Companhia de Jesus para a legitimação do sistema escravocrata no país. Ademais, o estudo adentra na análise das obrigações e garantias pertinentes a esta relação, por meio de evidências históricas e normativas em matéria eclesiástica que embasaram este regime, enfatizando, paralelamente, uma breve análise comparativa do Direito Canônico com as leis civis que regiam o país na referida época.

Palavras-chave: Direito Canônico - sistema escravocrata - Brasil colonial - Companhia de Jesus - escravos - Igreja Católica

ABSTRACT: This article discusses the relationship between the slaves and the Catholic Church in the colonial period in Brazil and the contribution of the religious order “*Company of Jesus*” to the legitimacy of the slave system in the country. Furthermore, the study enters in the analysis of the relevant obligations and rights in this relationship, through historical and normative evidence that supported this

regime, emphasizing at the same time a brief comparative analysis of canon law with civil laws governing the country at that time.

Key-words: Canon Law - slave system - Colonial Brazil - Society of Jesus - slaves - Catholic Church

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A LEGITIMAÇÃO DA ESCRAVIDÃO POR PARTE DA IGREJA CATÓLICA; 1.2 A COMPANHIA DE JESUS E OS ESCRAVOS; 1.3 REGRAS DO DIREITO CANÔNICO REFERENTES À ESCRAVIDÃO - AS CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS DO ACERBISPADO DA BAHIA; 2. OS REGISTROS PAROQUIAIS E SUA RESPONSABILIDADE PÚBLICO-ADMINISTRATIVA; 3. O DIREITO AO MATRIMÔNIO DOS ESCRAVOS; 4. O DIREITO AO VELÓRIO DOS ESCRAVOS; 5. CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

É fundamental compreender e esclarecer primeiramente que o estudo realizado busca a doutrina contemporânea para fundamentar as informações explanadas diante de um contexto histórico, cultural e jurídico que não mais vigora e, por isso, para adentrar no estudo da legislação canônica vigente à época, tornou-se necessário referenciar também ao estudo da História do Direito que, em verdade, se depara com a dinâmica de uma sociedade que não mais existe.

Esta pesquisa tem por escopo a explanação do papel da Igreja Católica diante da construção das regras de convivência entre os escravos e a igreja, regidas pelas ordenações eclesiásticas vigentes na colônia, após a chegada dos membros da Companhia de Jesus ao Brasil.

Importante mencionar diante do contexto histórico abordado a relevância do papel da Companhia de Jesus na sociedade colonial, posto que esta era uma ordem religiosa que foi criada com o intuito de catequizar os índios e escravos advindos da África.

Portanto, desempenharam um papel fundamental para a estruturação e legitimação da escravidão no Brasil.

Trata-se dos aspectos que fundamentam e esclarecem a relação entre escravos e a igreja no que tange o importante papel desempenhado por esta a fim de legitimar o sistema escravagista. Esta relação tem por objetivo garantir a inserção subordinada dos escravos à Crisandade colonial. Entende-se por sistema de Crisandade um conjunto de relações entre o Estado e a Igreja, pelo qual ambos legitimam a sua posição e o seu poder no interior de uma sociedade (OLIVEIRA, 2007).

Embora existam lacunas na Legislação Canônica, própria da colônia, devido à falta de uma compilação da legislação civil concernentes a matérias eclesiásticas, fundamental para o conhecimento da ordem sacerdotal, judiciária e administrativa desta instituição, há muitas evidências históricas que contemplam sobre a contribuição da Igreja Católica para a legitimação e estruturação do regime escravocrata no Brasil por meio da ordem religiosa católica Companhia de Jesus (MENDES, 1886).

"As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia" é uma obra de grande referência canônica e pastoral utilizada por esta pesquisa para patentear a hierarquia da Igreja Católica na sociedade colonial, integrada pelo alto clero e subalterna apenas ao rei da metrópole, bem como para demonstrar as suas considerações acerca da escravidão na sociedade colonial com base no direito consuetudinário e suas disposições normativas.

O estudo percorre por uma análise dos direitos e garantias assegurados aos escravos comuns perante a Igreja, desmistificando, assim, a noção de relações entre os senhores, pastores e seus escravos que foi construída e restrita ao estereótipo de subordinação e violência. Embora estas marcas cruéis tenham existido, há outro lado desta relação muitas vezes não demonstrado pela história.

Há que se falar ainda que a relação em questão trazia uma série de obrigações religiosas aos proprietários para com os seus escravos, uma vez que estes eram responsáveis pelo cumprimento dos deveres cristãos daqueles.

Por fim, percebe-se que os direitos e garantias assegurados aos cativos estão sob a égide da moral cristã e, portanto, devem ser interpretados sob a perspectiva da legislação e cultura lisbonense. Nessa lógica, é imprescindível entender que tais garantias não foram conquistas da população escrava ao acesso à justiça, aos direitos senhoriais, mas sim uma imposição por parte da Igreja Católica que concedia este acesso como um benefício, como um meio de inserção social e, inclusive, uma estratégia de controle da sociedade através dos registros vitais realizados por este ente.

1. LEGITIMAÇÃO DA ESCRAVIDÃO POR PARTE DA IGREJA

A Igreja Católica nascente no Brasil colônia dependia inteiramente da metrópole Lisbonense a qual, por sua vez, era a responsável pela expedição de leis, alvarás e decretos provinciais, bem como presidiam essa instituição no Brasil (MENDES, 1886, p. IV). Em razão disso, as normas eclesiásticas se baseavam no Direito Canônico português, comumente reconhecido pelo direito consuetudinário.

As regras atinentes à escravidão foram construídas com base na realidade e demandas do sistema escravagista vigente no Brasil colônia, tendo como referência normativa a legislação canônica lisbonense, considerando assim, os conflitos que emergiam entre os escravos e os seus senhores para consolidar as normas, os direitos e garantias resguardados para ambas as partes.

Cumprе salientar que a escravidão foi também regulamentada por outros documentos normativos em matéria penal e civil, como a Lei do Ventre Livre e a Lei dos Sexagenários (leis abolicionistas), estas datadas do período do Império.

A legislação canônica tratava de temas concernentes ao direito de família por meio da sua atividade de registro de nascimentos, óbitos e casamentos, tratava essencialmente dos deveres obrigacionais dos párocos e senhores de escravos no que tange a responsabilidade destes de ensinar a doutrina católica àqueles. Ademais, é possível perceber que havia interesse da Igreja Católica em regulamentar as matérias vinculadas ao direito sucessório, como se exporá no tópico específico referente ao direito ao velório dos escravos. Desse modo, ao assumir uma responsabilidade público-

-administrativa no que tange o sistema escravista diante dos seus interesses, convalida-se o posicionamento favorável desta Autoridade eclesiástica diante da legitimação da escravidão.

Para melhor entendimento da institucionalização do catolicismo na colônia, é necessário compreender as razões e as necessidades da expansão da religião no momento em que essa sofria uma desestruturação devido ao movimento da Reforma Protestante. Os jesuítas foram motivados pela busca e conquista de novos fiéis, conjugado aos interesses econômicos da Metrópole para aquisição de novas terras e riquezas.

A bula papal *Dum Diversas* foi uma importante evidência diante dos fundamentos do poderio e predominância da escravidão dos povos latino americanos na época do Estado Moderno. Emitida em 18 de junho de 1452 pelo papa Nicolau V e dirigida ao rei Afonso V de Portugal, constata a autorização aos portugueses para conquistar territórios não cristianizados para submetê-los à escravidão perpetua aqueles pagãos capturados no tráfico de escravos na África Ocidental (SOUZA, 1997).

Embora não exista grande quantidade de evidências normativas que comprovam a legitimação da escravidão por parte da Igreja, temos evidências históricas que afirmam o posicionamento desta instituição favorável ao uso da mão de obra escrava, até mesmo por passagens bíblicas que fundamentam essa questão segundo a qual afirmava que eram povos condicionalmente amaldiçoados e, por isso, deveriam ser submetidos à escravidão. Nesse sentido, a passagem bíblica Êxodo 21, por exemplo, refere-se às relações entre os escravos e seus donos em Roma, conforme expõem as normas referidas abaixo:

1. Estes são os estatutos que lhes proporás.
2. Se comprares um servo hebreu, seis anos servirá; mas ao sétimo sairá livre, de graça.
3. Se entrou só com o seu corpo, só com o seu corpo sairá; se ele era homem casado, sua mulher sairá com ele.
4. Se seu senhor lhe houver dado uma mulher e ela lhe houver dado filhos ou filhas, a mulher e seus filhos serão de seu senhor, e ele sairá sozinho. Êxodo 21:1-4[...].

Por essa razão, é possível perceber que a legitimação da escravidão por parte da Igreja Católica dá-se desde os primórdios da civilização romana, quando a escravidão possuía um cunho divergente da escravidão africana praticada no período colonial, uma vez que se convertia em escravo por dívida, ou como prisioneiro de guerra, por praticar atos como a pirataria ou atentar às ordens coletivas por mau comportamento.

Desta forma, constata-se que a Bíblia foi durante muito tempo instrumento de poder e manipulação dos homens, declarados católicos, que se utilizavam do seu texto para legitimar atos praticados que lhes conviessem no que se refere às questões do uso da mão de obra escrava essencialmente por interesses econômicos.

Embora existam dispositivos normativos que esclareçam matérias atinentes à escravidão a fim de regulamentá-la, não há uma lei, decreto ou fonte normativa conhecida que a legitime explicitamente, como um marco histórico, diferente da sua abolição que foi declarada pela Lei Aurea de 13 de maio de 1888. Em verdade, a escravidão foi se instalando no seio da sociedade colonial de maneira difusa e súbita em razão das necessidades econômicas da colônia, tal como a sua legalização se deu por meio das leis que aos poucos surgiam e se referiam a esta matéria para regulamentá-la (CAMPELLO, 2013).

1.2. A COMPANHIA DE JESUS

A Companhia de Jesus, criada por Santo Inácio de Loyola, em 1534, e movida pela força do movimento da Contra-reforma, foi reconhecida pela bula papal em 1540. O grupo fundador da Companhia era composto por homens letrados, o que significa dizer que eram dedicados aos estudos de idiomas, principalmente do latim.

Eram acadêmicos da Universidade de Paris que a princípio se uniram para desenvolver um trabalho de acompanhamento hospitalar e missionário em Jerusalém. Nesta ocasião, para se tornarem serviços do papa, realizaram oportuna e necessariamente os votos de castidade, pobreza e o voto especial de obediência. A função ativista desempenhada pelos missionários foi compilada no documento escrito denominado a Formula, posteriormente reconhecido

pelo Papa III em 1540. Neste testemunho constava a proposta de vida dos jesuítas para ser aprovada pelo Sumo Pontífice (BARRETO, 2008, P. 11).

Essa Consagração, capitaneada por Tome de Souza e liderada pelo jesuíta Manoel da Nóbrega, chegou ao Brasil em 1549. Os catequistas eram também os confessores dos reis da época, um deles foi D. Sebastião de Portugal. Em verdade, havia também o interesse em recuperar fiéis, considerando o avanço da Reforma Protestante no mundo Moderno, embora este não seja o principal norte da Companhia, vez que esta não era exclusivamente um exército a serviço do Papa para combater os heréticos protestantes (BARRETO, 2008, p. 12).

Os seus membros, os jesuítas, desempenhavam um papel missionário e educacional dos escravos, tanto daqueles advindos do tráfico negreiro, como os indígenas. Essa missão fortalecia o convencimento e a legitimação da escravidão por parte dos dominados, considerando que se pregava o discurso doutrinário diante do caminho para a salvação, certificando que para isto os submissos deveriam servir a Igreja, pois assim estariam servindo a Deus, utilizando o próprio texto bíblico como referência e amparo para o exercício da catequese. Os jesuítas tinham, portanto, a missão de salvar as almas os escravos da barbárie para, em sequência, civilizá-los, por isso eram considerados como responsáveis intelectuais.

A missão jesuítica desempenhada no Brasil foi, muitas vezes, a continuação da doutrinação já iniciada na África pelos missionários antes dos escravos embarcarem para o Brasil, isso se devia ao fato de as travessias marítimas serem bastante perigosas e muitos escravos faleciam durante a viagem, por isso havia essa atitude preventiva. Em razão desta aproximação, muitos jesuítas passaram a dominar a língua e entender os costumes dos povos africanos, circunstância que viabilizou a colonização e escravização desta nação.

Embora muitos missionários tenham lutado contra a escravidão indígena, esta divergência ideológica não impediu que os índios também fossem submetidos à escravidão. Os aldeamentos indígenas foram os primeiros centros de administração dos padres jesuítas.

tas, que tinham como objetivo criar uma sociedade com as qualidades da sociedade europeia onde prevalecesse a moral cristã.

A escravidão indígena no Brasil foi justificada pelas Guerras Justas, também reconhecidas como Guerra Santa. Muitos jesuítas divergiam ideologicamente diante da legitimidade da utilização dessa mão de obra, a exemplo de religiosos como o Padre Antônio Vieira, que lutou ferrenhamente contra a legitimidade do uso de mão de obra escrava indígena. Outro importante frade dominicano espanhol que lutou pelo fim desse sistema diante da colonização na América Espanhola foi o padre Bartolomeu de Las Casas, que defendia a ilegitimidade das Guerras Justas, conforme evidencia em sua carta enviada ao imperador Carlos I em 1548:

Em Defesa dos Índios (c. 1548)

Ilustre Príncipe:

[...] Julguei aconselhável trazer à atenção de Vossa Alteza que chegou às minhas mãos uma certa sinopse curta, em espanhol, de uma obra que dizem ter Ginés de Sepúlveda escrito em latim. Nela ele apresenta quatro razões, cada uma das quais, em sua opinião, prova de maneira irrefutável que a guerra contra os índios é justificada, desde que seja empreendida da forma apropriada e que as leis de guerra sejam observadas, assim como, até o presente, os reis de Espanha têm ordenado que seja empreendida e lutada. [...]¹.

Ainda sobre a ilegitimidade da escravidão indígena, é possível identificar na obra *As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia* regras atinentes a uma posição rigorosamente contrária da Igreja Católica perante a escravização dos índios, os quais deveriam ser catequizados como parte do movimento da Contra-Reforma, consoante às decisões estabelecidas no Concílio de Trento.

O Título XLIV da referida Constituição trata dos “Casos Reservados” no que tange a absolvição de alguns pecados mais graves praticados pela Igreja Católica. A regra número VIII dispõe sobre

1 Transcrita da Carta “Bartolomé de Las Casas - Carta ao Imperador Carlos I- (c. 1548)”, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, disponível no site: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/bartolome-de-las-casas-em-defesa-dos-indios-c-1548m.html>, apud Ishay, Micheline R. (org.). *Direitos Humanos: Uma Antologia* – SP Edusp, 2006 p.137 a 144. Acesso em: 24 de Julho 2016.

“reter o alheio” e específica no parágrafo seguinte sobre a retenção de escravos fugitivos ou que se afastaram dos seus senhores pelo Sumo Pontífice. Ademais, ordena a respeito da compra e venda de índios livres quando escravizados, sejam estes batizados ou não. Nesse sentido, é evidente o posicionamento contrário à escravidão indígena por parte dessa Instituição, conforme legitimado pela norma descrita, em razão da sua autorização para se apossarem dos índios livres submetidos a fins injustos, bem como quando mantidos em cativo.

“117 E convenientissimo á salvação das almas, que os Superiores reservem (1) a si absolvição de alguns pecados mais garves, assim para melhor se possam emendar, applicando mis afficaz, e oportuno remedio, como para que os fieis ponhão maior diligencia em se abster delles, vendo que lhes é mais difficil a sua absolvição: e por isso os Summos Pontífices reservarão muitos para si, e os Bispos (2) em seus Bispados podem, e costumão reservar para si os que lhes parece, que convem ao bom governo das almas de seus súbditos. Pelo eu, conformando-nos com a disposição do Sagrado Concilio Tridentino, reservamos para Nós, e nossos sucessores a absolvição dos casos, (3) e peccados seguintes, não sendo commetidos (4) por escravos, que a respeito destes levantamos a reservação.

VIII. Reter o alheio, (15) cujo domno senão sabe, exceda a quantia de dez tostões.

Neste caso se comprehende reter em seu poder escravos (16) fugitivos ou que se apártarão de seus Senhores, ou furtados: e tambem a compra (17), ou venda dos Indios, que são livres, quando os cativão para os fazerem escravos, ou para outros fins injustos, ou para (18) se servirem delles: e isto se reserva, ou os Indios sejam baptizados, ou não”.

Por fim, este sistema escravocrata não persistiu, em razão da Controvérsia de Valladolid (GUTIÉRREZ, 1550), uma reunião com teólogos notáveis ocorrida em 1550 na cidade espanhola de Valladolid, que tinha por objetivo discutir a evangelização e a escravidão dos povos encontrados no Novo Mundo, pondo fim às Guerras Santas e à utilização desta mão de obra. Havia ainda interesses econômicos diante desta proibição, uma vez que os índios eram bastante vulneráveis ao contágio de doenças européias e era mais vantajoso substituir-se esta mão de obra pelos escravos africanos devido ao reconhecimento de suas habilidades na indústria açucareira.

1.3. REGRAS DO DIREITO CANÔNICO ATINENTES À ESCRAVIDÃO - AS CONSTITUIÇÕES PRIMEIRAS DO ARCEBISPADO DA BAHIA²

Um dos ordenamentos de Direito Canônico que vigorou no Brasil e, em verdade, um dos mais importantes documentos de cunho religioso dos tempos coloniais fora As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, publicadas em 1707. Esta obra além de traduzir de forma fiel as tendências teológicas, tratava em seu bojo as regras atinentes à vida religiosa (católica) no Brasil colônia, regras administrativas a serem seguidas pelo clero e também regras referentes à escravidão.

Consoante ao Título XIV, tópicos 51 e 52 da referida Ordem, era dever dos párocos obrigar aos escravos a se converterem ao catolicismo recorrendo ao discurso persuasivo acerca da salvação das suas almas e aos argumentos doutrinários da fé cristã, conforme dispõe:

"Dever dos párocos de pressionar os escravos para manifestarem o quanto antes seu desejo na conversão, de modo a facilitar a salvação de suas almas; obrigação dos párocos de ensinar a fé cristã aos escravos crianças, independentemente do consentimento de seus pais escravos, hipótese em que os senhores deverão separar pais e filhos da convivência diária".

No que concerne o tema escravidão, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia traziam uma espécie de legislação supletiva, uma vez que as matérias normatizadas se referiam a situações não contempladas pela legislação canônica lisbonense (LONDONO, 2016). Faz referência, por exemplo, aos maus tratos dos proprietários de escravos, contudo negava, concomitantemente, o direito de refúgio e abrigo nas igrejas dos escravos maltratados. Normatizava acerca dessa problemática enfatizando que os escravos só seriam devolvidos aos seus donos se fosse realizado

2 VIDE, Dom Sebastião Monteiro da. Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, Feitas e Ordenadas pelo Ilustríssimo e Reverendíssimo Senhor D. Sebastião Monteiro da Vide, 5º Arcebispo do dito Arcebispado, e do Conselho de Sua Magestade, Propostas e Aceitas em Synodo Diocesano, que o Dito Senhor Celebrou em 12 de Junho do ano de 1707, Impressas em Lisboa, no Anno de 1719, e em Coimbra, em 1720, com Todas as Licenças Necessárias, e ora Reimpressas Nesta Capital. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853.

uma espécie de juramento para que futuramente não os maltratassem mais.

O Sínodo versa acerca das garantias mínimas aos escravos que devem ser conservadas pelos seus senhores, tais quais as condições mínimas de sobrevivência e vestimenta para que pudessem trabalhar com dignidade. Ainda se tratava de temas atinentes à obrigação dos Senhores de escravos de mandarem rezar à missa do Réquiem pelo falecimento dos seus cativos, mais uma demonstração da garantia do direito ao velório para os seus súditos. Fazia também considerações acerca da proibição do casamento aos escravos por parte dos seus senhores, bem como a venda dos esposos para donos distantes entre si, alegando no Título LXXI que trata do matrimônio dos escravos, no Sínodo 303 que esta atitude deveria ser enquadrada como grave desordem moral e uma ofensa à humanidade. (STRIEDER, 2000, p. 223).

“303 Conforme a direito Divino, (1) e humano os escravos, e escravas podem casar com outras pessoas captivas, ou livres, e seus senhores lhe não podem impedir (2) o Matrimônio, nem o isso delle (3) em tempo, e lugar conveniente, nem por esse respeito os podem tratar peor, nem (4) vender para outros lugares remotos, para onde o outro por ser captivo, ou por ter outro justo impedimento o não possa seguir, e fazendo o contrario peccão (5) mortalmente, e tomam sobre suas consciencias as culpas de seus escravo, que por este temmor se deixão muitas vezes estar, e permanecer em estado de condennação. Pelo que lhe mandamos, e encarregamos muito, que não ponhão impedimentos a seus escravos para se casarem, nem com ameaços, e máo tratamento lhe encontrem o uso do Matrimonio em tempo, e lugar conveniente, nem depois de casados os vendão para partes remotas fora, para onde suas mulheres por serem escravas, ou terem outro impedimento legitimo, os não possão seguir. E declaramos, que posto que casem, ficão escravos (6) como de antes erão, e obrigados a todos o serviço de seu senhor”.

O Título II, tópico quatro do livro XX da referida obra dispõe sobre as regras atinentes às obrigações delegadas aos senhores de escravos no que tange a formação cristã dos cativos, conforme cumpre o recorte do texto abaixo:

“Mandamos a todas as pessoas, assim Ecclesiasticas, como seculares, ensinem, ou fação ensinar a Doutrina Christã á sua família, e especialmente a seus escravos, que os mais necessitados desta instrução pela sua rudeza, mandando-os á Igreja para que o Parocho lhes ensine os Artigos da Fê, para saberem bem crer; o Padre Nosso e Ave Maria, para saberem bem pedir; os Mandamentos da Lei de Deos, e da Santa Madre Igreja, e os peccados mortaes, para saberem bem obrar; as virtudes, para que as sigão; e os sete Sacramentos, para que dignamente os recebão, e com elles a graça que dão, e as mais orações da Doutrina Christã, para que sejam instruidos em tudo, o que importa a sua Salvação. E encarregamos gravemente as consciencias das sobreditas pessoas, para que assim o fação, attendendo á conta, que de tudo darão á Deos, nosso Senhor□.

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia tinha, por vezes, um cunho humanitário e muitos missionários lutavam para angariar os ensinamentos provenientes destas, vez que agiam em defesa dos direitos humanos aplicados à população escrava diante dos maus tratos sofridos, porém, por esta mesma razão, foram expulsos da colônia.

O decreto 379 do Título XIII reitera a censura da Igreja Católica perante os comportamentos cruéis e desumanos praticados pelos senhores de escravos. Cumpre salientar que a norma versa sobre o direito natural dos cativos de estarem livres aos Domingos e dias Santos, conforme os preceitos da Lei de Deus, para que pudessem ganhar o sustento e a vestimenta necessária. Tais garantias eram conservadas de tal forma:

“379 Não he menos para estranhar o deshumano, e cruel abuso, e corruptela muito, prejudicial ao serviço de Deos, e bem das almas, que em muitos senhores de escravos se tem introduzido: porque aproveitando-se toda a semana do serviço dos miseraveis escravos, sem lhes darem consa alguma para seu sustento, nem vestido com que se cubrão, lhes satisfazem esta divida, (12) fundada em direito natural, com lhe deixarem livres os Domingos, e dias Santos, para que nelle ganhem o sustento, e vestido necessario. D’onde nasce, que os miseraveis servos não ouvem Missa, nem guardão o preceito da Lei de Deos, que prohibe trabalhar nos taes dias. Pelo que para desterrar tão pernicioso abuso contra Deos, e contra o homem, exhortamos a todos os nossos súbditos, (13) e lhes pedimos pelas chagas de Christo

nosso Senhor, e Redemptor, que daqui em diante acudo com o necessario aos seus escravos, para que assim possam observar os ditos preceitos, e viver como (14) Crhistãos. E mandamos aos Parochos, que com todo cuidado se informem, e que não guardão esta Constituição, proceserão contra ellesna fôrma do decreto antecedente num 378 em tudo, o que nelle se ordena”.

2. OS REGISTROS PAROQUIAIS E A RESPONSABILIDADE PÚBLICO-ADMINISTRATIVA DA IGREJA

A obra "A Igreja e Escravidão no Brasil" do autor Inácio Strieder examina a posição da Igreja em relação a escravidão no Brasil, bem como a respeito da função pública desempenhada pelas paróquias diante do controle social que obtinha a partir dos registros paroquiais da população. Essa função administrativa e fiscalizatória delegada às Paróquias subsidiou as pesquisas demográficas atinentes àquela época e o avanço ao estudo da historiografia brasileira, uma vez que as famílias constituídas e legítimas eram aquelas registradas e reconhecidas pela Igreja Católica. Entretanto, há uma carência de documentos escritos referentes a estes registros realizados nesta época devido ao decreto governamental 14/12/1890 que determinava a destruição de todos os documentos referentes à escravatura no Brasil (STRIEDER, 2000, p. 219-230).

Compreender a constituição das famílias escravas é primeiramente entender que esta se legitimava a partir dos valores e da moral cristã. As bases da nossa atual legislação referente ao direito de família se encontra no bojo dos costumes cristãos das famílias coloniais. Portanto, as famílias que estivessem fora desse contexto, eram consideradas ilegítimas naquela época. Além de ser uma obrigação, era também interesse dos proprietários batizarem os seus escravos e filhos dos seus escravos na Igreja a fim de fidelizar este batismo em forma de registro, tendo em vista que este se tornava um documento hábil capaz de comprovar a posse do proprietário diante dos escravos nascidos no Brasil.

Os registros batismais substituíam os registros de nascimento e, assim, permitiam o controle daqueles considerados ilegítimos que eram os filhos das escravas forras, mestiças e pobres com os senhores de escravos. Esta situação era uma afronta a moral

cristã, que não compreendia nem admitia que houvesse uma convivência pacífica entre filhos bastardos e filhos naturais. Dentro deste contexto surge a relação de compadrio como meio de garantir a inserção dos ilegítimos dentro de um contexto social e a aquisição de alguns direitos pertencentes aos cidadãos comuns (SILVA, 2008).

Acerca dos registros batismais, As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia dispõem em seu Título XIV sobre a obrigatoriedade de batizarem os filhos dos escravos infiéis, aqueles não batizados pela Igreja Católica, que não passem de 7 anos de idade. Percebe-se aqui uma consideração acerca da idade estimada ao uso de razão para solicitar o batismo pelos filhos de escravos infiéis, uma vez que ultrapassados os 7 anos de idade poderão estes serem afastados da conversação dos pais para que possam mais facilmente solicitarem o batismo. Mais uma vez a referida obra traz em seu bojo a veracidade a respeito dos deveres cristãos senhoriais para com os seus escravos, que deverão transforma-los em bons cristãos. A norma 53 referida dispõe sobre o exposto da seguinte forma:

“E sendo os taes escravos filhos de infieis, que não passem de idade de sete annos, ou que lhes nascerem depois de estarem em poder dos seus senhores, mandamos sejam baptizados, ainda que os (21) pais o contradigão; por quanto ainda que os filhos dos infieis não devem ser baptizados sem licença dos pais, antes de chegarem a uso de razão, ou idade, em que peção o Baptismo, (ecxepto (22) naquelle caso, em que só a mãe o contradiz e o pai consente, ou consente a mãe, e somente o pai contradiz) com tudo só há lugar o sobredito, quando os pais são livres, (23) e não cativos. E passando de sete annos, mandamos aos senhores os (24) apartem da conversação dos pais, pra que mais facilmente possam converter-se, e pedir o Baptismo: e depois de serem Christãos terão os senhores grande cuidado de os apartarem (25) tudo, o que é necessario para serem bons Christãos”.

Ainda referente ao Título XIV, é possível compreender que era preciso ser ensinado a doutrina cristã aos escravos antes mesmo destes serem batizados. Portanto, como pré-requisito do batismo tinha-se a obrigatoriedade de ensinar aos cativos os cultos cristãos, tais quais: o Padre Nosso, Ave Maria, Credo, Mandamentos

das Leis de Deos e Santa Madre Igreja. Tal requisito não se aplicava apenas ao batismo, como também a qualquer outro ritual celebrado pela Igreja Católica. Referente ao tema dispõe a seguir a norma 54:

“Mandamos aos Vigários, e Curas, que com grande cuidado se informem dos escravos, e escravas, que em suas Freguezias houver, e achando que não sabem (26) o Padre Nosso, Ave Maria, Credo, Mandamentos da Lei de Deos, e da Santa Madre Igreja, sendo elles capazes de aprenderem tudo isso, procedão (27) contra seus senhores, para que os (28) ensinem, ou fação (29) ensinar a Santa Doutrina, e os mandem (30) á Igreja a aprendel-a ao tempo, que a ensinarem, e em quanto, a não souberem, lhes não administrem Sacramento do Baptismo, (31) nem outro (32) algum, sendo já baptizados”.

Conforme pesquisa realizada pelo autor Sidney Pereira da Silva (2008), em seu artigo “Os registros de batismos e as novas possibilidades econômicas”, havia casos de batismos de escravos nascidos sem filiação, sem o nome da sua mãe no seu registro, seja porque esta fora vendida, liberta ou estivesse morta. Estes também eram casos de escravos considerados ilegítimos, entretanto, quando criados por uma comunidade escrava numerosa, a mãe biológica era substituída por uma mãe postiça ou por toda comunidade feminina do cativo que se encarregava pela criança. A partir destes costumes é possível perceber os conceitos propedêuticos de matérias atinentes ao direito de família, como o conceito de adoção que fora convencionado primordialmente de maneira consuetudinária.

Na obra "Pescadores e Roceiros escravos e forros em Itaparica na segunda metade do século XIX" de Wellington Castelluci Junior, destaca-se o perfil populacional dos habitantes da paróquia do Santíssimo Sacramento e demais paróquias da ilha de Itaparica. Em seu livro, o autor afirma que boa parte dos registros paroquiais como os registros de nascimento, batismo e registros de óbitos se encontram no Arquivo da Cúria Metropolitana da cidade de Salvador, entretanto, uma parcela de toda a documentação está em processo de restauração. Em sua pesquisa, concluiu que a maioria dos registros dos óbitos, uma década após a abolição da escravidão, era de negros e mestiços, isso também devido ao tra-

balho exaustivo, às doenças que assolavam a população negra e as condições subumanas as quais eram submetidos.

3. O MATRIMÔNIO DOS ESCRAVOS

Os casamentos celebrados entre os cativos não eram apenas reconhecidos e legitimados pela Igreja Católica, mas também fontes eclesiásticas de controle da constituição familiar dos escravos, que permitiam assegurar o poder de administração e controle dessas famílias delegado às Paróquias e ainda assegurar seu papel de guardiã dos costumes e da moral cristã.

O casamento era, portanto, um direito assegurado aos escravos concedido pela Igreja Católica, que diferenciavam dos escravos de Roma que sequer podiam se casar. Diante do exposto, destaca-se a importância das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia que seguiam as recomendações do Concílio de Trento referente à obrigatoriedade das paróquias diante da realização dos assentos vitais.

O Título LXXI, tópico 303 das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia cumpre a respeito do matrimônio dos escravos, positivando assim os direitos desses de se casarem com pessoas livres ou cativas, embora coexista a legitimidade dos seus senhores para impedirem tal ato. Nada obstante, a norma corrobora o direito dos escravos ao matrimônio de tal maneira:

Direito divino e humano dos escravos e escravas de se casarem com outras pessoas cativas, ou livres, e seus senhores podem lhes impedir. Não podem vender para lugares distantes um dos cônjuges, sem que o outro o siga. Não ameacem os escravos para que não casem.

A norma 304 reforça ainda os requisitos para a celebração do matrimônio, devendo os Vigários, Coadjuutores, Capelães e qualquer outro sacerdote que fizesse parte do Arcebispado, averiguar se os escravos tinham conhecimento da doutrina cristã. Consta aqui mais uma evidência da exigência do batismo dos escravos, pois estes deveriam conhecer a doutrina católica para se converterem em bons cristãos. Caso desconheçam a doutrina, o matrimônio será impedido de ser celebrado. A parte final da norma ainda

presume a hipótese de impedimento de matrimônio dos escravos casados na sua terra. Contempla ainda o dever obrigacional do matrimônio de servir a Deus para o bem das suas almas. Nesse sentido, dispõe a respeito da seguinte forma:

“Mas para que este Sacramento se não administre aos escravos senão estando capazes, e sabendo usar d'elle, mandamos aos Vigarios, Coadjuutores, Capellães, e quasquer outros Sacerdotes de nosso Arcebispado, que antes que recebam os ditos escravos, e escravas, os examinem se sabem a Doutrina (7) Christã, ao menos o Padre nosso, Ave Maria, Creio em Deos Padre, Mandamentos da Lei de Deos, e da Santa Madre Igreja, e se entendem a obrigação do Santo Matrimonio, (8) que querem tomar, e se é sua tenção permanecer nelle para serviço de Deos, e bem de suas almas; e achando que não sabem, ou não entendem estas cousas, os não recebem até as saberem, e sabendo-as os recebem, posto que seus (9) Senhores o contradigão, tendo primeiro as diligencias necessárias, e as denúnciões correntes, ou licença nossa para os receber sem ellas, a qual lhe daremos, constando que se lhes impedirá o Matrimonio, (10) fazendo-se as denúnciões antes de se receberem”. E conformando-nos com a Bula do Pappa Gregorio XIII, dada em 25 de Janeiro de 1585, mandamos, que todos os Parochos, quando receberem alguns escravos dos novamente convertidos, em que haja suspeita de que estão casados na sua terra, (posto que não sacramentalmente) com elles dispensem no dito antigo Matrimonio.

Segundo a pesquisa "Casamento e relações de afetividade entre os escravos: Villa Rica século XVIII e XIX" realizada por Mirian Moura Lott, as atas de casamentos celebrados pelas Paróquias continham informações ricas no que tange o registro dos sacramentos entre escravos, bem como as informações referentes às formalidades deste rito, por exemplo, a necessidade da presença de testemunhas, que ora apareciam os nomes e assinaturas no corpo dos documentos. Ademais, outras informações referentes à profissão dos pais dos noivos, ou dos próprios noivos, a sua condição social e sua origem apareciam eventualmente nesses registros.

As uniões conjugais eram celebradas pelos párocos que, por vezes, podiam licenciar tal incumbência aos capelães que eram uma espécie ministro religioso, sacerdote, autorizado a celebrar cultos religiosos em comunidades religiosas, conventos, colégios,

universidades, hospitais, presídios, corporações militares e outras organizações ou corporações. Além dessas exigências burocráticas, havia ainda a cobrança de taxas para a realização destes casamentos (SILVA, 2008).

No que concerne a prática de bigamia, bastardia e concubinato a Igreja Católica reprimia e condenava estes comportamentos, uma vez que violava os bons costumes e a moral cristã que vislumbrava o ideal da família patriarcal. Essa era uma das grandes missões doutrinárias dos jesuítas, pois o Brasil foi um palco de divergências culturais entre os ameríndios e portugueses no que tange às práticas da poligamia, liberdade sexual, antropofagia e diversas crenças vistas como sinônimo de pecado pela moral europeia cristã, embora fossem comumente praticadas por muitas tribos indígenas.

Tais ilícitos fundamentaram e motivaram a origem de diversas normas que coíbiam esses comportamentos por parte da Igreja Católica, de modo coercitivo e que causasse constrangimento perante a sociedade àquele que praticasse tais atos. A respeito disto dispõe a norma 989 do Título XXII acerca da penalização dos escravos que se amancebavam, ou seja, se juntavam em concubinato, demonstrando que estes não são isentos de pena, uma vez que tal prática era considerada como crime na sociedade colonial e uma ofensa inconcebível à moral cristã.

“989 – E porque o amancebamento dos escravos necessita de prompto remedio, por ser usual, e quase commum em todos deixarem-se andar em estado de condenação, a que elles por sua rudeza, e miséria não attendem, ordenamos, e mandamos, que constando na fôrma sobredita de seus amancebamentos sejam admoestado, mas não se lhes ponha pena alguma pecuniaria, (23) porém judicialmente se fará a saber (24) a seus Senhores do máo estado, em que andão; advirtindo-osque se não puzerem cobro nos ditos escravos, fazendo-os apartar do ilícito trato, e ruim estado, ou por meio de (25), casamento, (que é o mais conforme á Lei de Deos, lh'ò não podem impedir (26) seus senhores, sem muito grave encargo de suas (27) almas) ou por outro que seja conveniente, (28) se há dé proceder contra os ditos Senhores podem ter em lhe faltarem os ditos escravos (29) para seu serviço; por que o serem captivos os não isenta (30) da pena, que por seus crimes merecerem”.

A ideia tradicional sobre a escravidão evidencia sempre uma relação de violência e exploração entre os senhores e escravos, de forma que a visão do papel dos senhores na perpetuidade da família escrava não é geralmente explorada, embora esta seja importante para compreender outro caminho para garantir que o sistema escravagista sobrevivesse diante dos interesses econômicos que prevaleciam na utilização na mão de obra negra (RODRIGUES, 1831).

Portanto, o casamento entre cativos negros não era apenas um direito concedido, mas sim essencialmente um instrumento de controle social da população escrava, bem como uma evidencia da existência das relações de compadrio entre os senhores e os seus escravos, o que demonstrava certa aproximação entre estes e do direito ao desfrute de alguns benefícios senhoriais por parte dos cativos.

4. O DIREITO AO VELÓRIO DOS ESCRAVOS

Apesar de submetidos a condições subumanas e tendo sua natureza jurídica considerada como coisa, os cativos possuíam direito ao ritual católico do velório. A cerimônia era realizada pelos proprietários de escravos ou pelos párocos, que desempenhavam além das funções eclesiásticas, as funções civis como o registro no Livro dos Óbitos da morte dos cativos.

Os assentos de óbitos eram também um meio de controle da sociedade por parte da Igreja Católica, pois competia a ela realizar os registros vitais. Nele continha informações a respeito da idade do escravo, o seu nome e o nome dos pais ou o fato de ter sido exposto ilegítimo, a sua naturalidade, a atividade que exerceu e o seu estado civil. Poderia ainda haver o motivo da morte do escravo e se este havia deixado testamento, por vezes eram indicadas as condições do velório como o tipo de cor do caixão e local do enterro, embora estas últimas sejam informações muito raras de se encontrar. Era fundamental para as paróquias deter este controle para impedir que houvesse a prática da bigamia, bastardia e concubinato na sociedade (NOGUEIRA, 2004, p. 13-20).

Impende salientar que o Título LI das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia trata do tema "como se farão os sufrágios os que morrem ab intestado, aos menores e escravos". A norma

844 evidencia a pena de excomunhão para os senhores que enterrassem o seu escravo fora do solo, conforme assevera:

“844 - Sob pena de excomunhão ipso facto incurranda e 50 cruzados de pena, enterrar escravo cristão fora do solo sagrado”.

A ordem 873 o mesmo livro corrobora a obrigação senhorial de realizar a Missa em caso de morte dos seus escravos.

“837 - E porque é alheio da razão (4) e piedade Christã, que os Senhores, que se servirão de seus escravos em vida, se esqueçam delles em sua morte, lhes encommendamos muito, que pelas almas de seus escravos defuntos mandem (5) dizer Missas, e pelo menos sejam obrigados a mandar dizer por cada escravo, ou escrava que lhe morrer, sendo de quatorze annos para cima, a Missa de corpo presente, pela qual se dará esmola costumada”.

O rito católico do velório não era um procedimento burocrático e ainda que a religião dos escravos não fosse a católica, este sacramento era um direito concedido aos escravos para que pudessem ter este rito nos moldes da moral cristã.

5. CONCLUSÃO

Na presente investigação concluiu-se que a Igreja Católica desempenhou um papel fundamental para a legitimação e perpetuação da escravidão no Brasil, considerando que esta exercia uma função de controle publico - administrativa tendo em vista a sua atividade de controle e fiscalização dos registros vitais.

Isto é, com a presente análise, foi possível se constatar quais eram os evidentes e reais interesses da Igreja Católica, dentre os quais, destaca-se a manutenção de conceitos pilares da constituição da família colonial brasileira sob a égide da moral cristã, vez que esta angariava o controle social por meio dos costumes e disposições normativas, conforme referenciado pelos decretos contemplados nas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, uma das principais fontes de direito capazes de firmar a moral cristã.

Tais interesses eram concretizados nas obrigações dos Senhores no que se refere à evangelização dos seus escravos, que acabavam por denotar um cunho humanístico com base nas orientações

do Concílio de Trento no que se refere às providências cabíveis para a cura das almas, e das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, embora antagonicamente essa postura legitimasse a escravidão de modo que a regulamentava e fomentava a perpetuação do escravagismo no Brasil com fundamentações expressamente religiosas.

Portanto, embora houvesse a concessão de direitos fundamentais aos escravos, considerados como uma introdutória noção de dignidade da pessoa humana, a exemplo do direito aos registros batismais, direito ao velório e ao matrimônio dos escravos, não é possível se falar em uma conquista da população escrava ao acesso à justiça, tendo em vista que estes direitos foram dispostos como maneira de alcançar um maior controle social por parte da Igreja. Além disso, apesar de adquirirem direitos, não se transformavam em verdadeiros cidadãos comuns, por essa razão não se admitia a classificação da natureza jurídica dos escravos como pessoa natural.

REFERÊNCIAS

“Bartolomé de Las Casas - Carta ao Imperador Carlos I- (c. 1548)”, Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/bartolome-de-las-casas-em-defesa-dos-indios-c-1548m.html>, apud Ishay, Micheline R. (org.). *Direitos Humanos: Uma Antologia* – SP Edusp, 2006 p.137 a 144.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. **A Escravidão no Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/artigos/a-escravidao-no-imperio-do-brasil-perspectivas-juridicas>. Acesso em: (20. Ago. 2016).

GUTIÉRREZ, Jorge Luis. **A Controvérsia de Valladolid (1550) Aristóteles, os índios e as Guerras Justas**. Revista USP SP, nº 101, p. 223 – 225, março/abril/maio de 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view-File/87829/90750>. Acesso em: (15. Jul. 2016).

LONDONO, Fernando Torres. **As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia e a presença de escravidão**. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/cedope/files/2011/12/As-Constitui%C3%A7%C3%B5es-do-Arcebispado-da-Bahia-de-1707-e-a-presen%C3%A7a-da-escravid%C3%A3o-Fernando-Torres-Londono.pdf>. Acesso em: (17. Ago. 2016).

MENDES, Cândido. **Direito Civil Eclesiástico Brasileiro Antigo e Moderno, em suas relações com o Direito Canônico ou Colleção Completa Crhologicamente Disposta Desde a Primeira Dynastia Portuguesa ate o Presente Compreendendo**. Tomo Primeiro, Primeira Parte, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, Livreiro Editor, 1886.

NOGUEIRA, Luis Fernando Veloso. **Expectativa de vida e mortalidade dos escravos: Uma análise da freguesia do Divino Espírito Santo do Lamim MG (1859 – 1888)**. Edição n° 51, Dezembro 2011, apud MARCÍLIO, Maria Luiza. Os registros paroquiais e a História do Brasil. *Varia História*, Belo Horizonte, n. 31, p. 13-20, jan. 2004. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao51/materia01>. Acesso em: (27. Jul. 2016).

OLIVEIRA, Anderson José Machado. **Igreja e escravidão africana no Brasil colonial**. Disponível em: http://www.uesc.br/revistas/especiarias/ed18/1_anderson.pdf. Acesso em: (25. Jul. 2016).

BARRETO, Pedro Livia. **História da Companhia de Jesus no Brasil** – Biografia de uma obra, p 11, 2008, apud, *in* Constituições, pp. 21- 31, 1995.

RODRIGUES, João Lucas. **Laços Familiares entre escravos no Distrito de Bom Retiro (1831 – 1888)**. Disponível em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=historiadores&id=50>. Acesso em: (18. Ago. 2016).

SOUSA, Mário, **Para a história do comércio europeu de escravos de África. De 1441 a 1900 Comércio de escravos e racismo: o berço do capitalismo**. Disponível em: <http://www.mariosousa.se/Para%20a%20hist%C3%B3ria%20do%20comercio%20de%20escravos%20europeu%20de%20%C3%81frica.htm>. Acesso em: (22. Jul. 2016).

STRIEDER, Inácio. **A Igreja e a Escravidão no Brasil**. In: *Ci. & Trop.* Recife/2 v28, n.2, p. 219 - 230, jul/dez, 2000.

SILVA, Sidney Pereira. **Os registros de batismos e as novas possibilidades historiográficas**. Disponível em: <http://www.historiaehistoria.com.br/materia.cfm?tb=artigos&id=53>. Acesso em: (03. Set. 2016).

Capítulo IV

A necessária observância das regras contidas no Marco Civil da Internet pelo aplicativo Whatsapp: uma análise da nota técnica emitida do Ministério Público Brasileiro

Fernanda Veloso Salgado

Assistente Técnico-Administrativo do Ministério Público do Estado da Bahia. Administradora de Empresas habilitada em Marketing – Fundação Visconde de Cairu. Graduanda no curso de Direito pela Faculdade Baiana de Direito.
Email: fernandavsalgado@gmail.com.



A necessária observância das regras contidas no Marco Civil da Internet pelo aplicativo Whatsapp: uma análise da nota técnica emitida do Ministério Público Brasileiro

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 SOCIEDADE INFORMACIONAL: WHATSAPP E SUA FUNCIONALIDADE. 2.1 AVANÇO TECNOLÓGICO E CRIPTOGRAFIA. 2.2 MANUTENÇÃO DE DADOS E REGISTROS DE ACESSO. 2.3 FERRAMENTA PARA A PROPAGANDA DE ILÍCITOS DIGITAIS. 3 MARCO CIVIL DA INTERNET. 3.1 OBTENÇÃO LEGAL DE DADOS IMPRESCINDÍVEIS PARA A INVESTIGAÇÃO. 3.2 OBRIGATORIEDADE DE PRESERVAÇÃO DO REGISTRO DE ACESSO. 4 DESCOMPASSO ENTRE WHATSAPP E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 4.1 NOTA TÉCNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E O COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Artigo se destina a aferir o serviço ofertado pelo WhatsApp, através do Termo de Uso, Política de Privacidade e tecnologia da criptografia ponta-a-ponta, empreendi-

da na segurança de comutação de mensagens. Lado outro, a avaliar os dispositivos da Lei Marco Civil da Internet, em específico, os artigos que prescrevem regras referentes aos direitos, deveres e responsabilidades dos provedores de conexão e aplicação, no que tange a salvaguardar dados indispensáveis a persecução criminal. A partir disso, constata-se o entrave entre as atividades do aplicativo e sua inobservância à legislação brasileira, quando decisão judicial requisita os metadados, bem como à efetivação das sanções impostas. Além disso, a preocupação do Ministério Público Brasileiro em informar e alertar a população sobre questões referentes à crimes cibernéticos e a impossibilidade de solucioná-los, por não haver colaboração do aplicativo WhatsApp, com intuito de balancear direitos à privacidade e a liberdade de expressão com a segurança pública e privada.

Palavras-chave: WhatsApp; Criptografia; Marco Civil da Internet; Provedores de Conexão e Aplicação; Nota Técnica do Ministério Público Federal.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem como âmagο averiguar, através da Nota Técnica emitida pelo Ministério Público brasileiro, a (im)possibilidade do aplicativo de mensagens WhatsApp viabilizar os dados requisitados pela Justiça brasileira, consoante preconiza a Lei 12.965/2014 – intitulada de Marco Civil da Internet - face a tecnológica empreendida, qual seja, a criptografia ponta-a- ponta. Como amplamente

vem sendo ressaltado pelos órgãos investigativos, alguns dados referente à compartilhamento de mensagens são imprescindíveis à solução de continuidade da persecução criminal.

Como é cediço, a temática entrelaça o Direito ao ramo da Tecnologia e isso obstaculiza o entendimento sobre questões relevantes. Dessa forma, objetiva-se a análise do conteúdo apresentado, confrontando informações fornecidas pelo WhatsApps, pelo Marco Civil da Internet e pela criptografia ponta-a-ponta, com vistas a efetivar o cumprimento da legislação brasileira, dirimindo conflitos advindos deste entrave.

Nesse diapasão, o olhar técnico-jurídico é capaz de fomentar a construção de decisões mais consistentes e assertivas, perante ao aplicativo WhatsApp pelo poder público brasileiro, estimulando até mesmo a capacitação de profissionais que atuam na área. Lado outro, a sociedade atenua a sensação de impunidade quando o crime, cometido pelo meio digital, em especial pelo aplicativo de mensagens WhatsApp, reduz-se a termo.

Preliminarmente, o artigo aborda questões referentes as funcionalidades e o avanço tecnológico promovido pelo WhatsApp, cujo serviço fornecido visa garantir a segurança e privacidade na transferência de mensagens, fator este que vem ampliando significativamente o índice de delitos cometidos pelo aplicativo. Do estudo de seus dados técnicos é possível extrair um diagnóstico sobre a real possibilidade de cumprir a legislação brasileira.

Ato contínuo, a análise da Lei 12.965/2014 permite expor dados substanciais para o prosseguimento investigativo, bem como o múnus de determinadas empresas, mormente os provedores de aplicação, em preservar determinados registros.

Por fim, a função constitucional do Ministério Público em revelar a sociedade a obstrução das investigações, tanto em situações extrajudiciais, quanto judiciais. O intuito é garantir o funcionamento do aplicativo no Brasil, desde que acatada as exigências legais (não mais como uma imposição, mas sim em pilares negociais), permitindo a harmonia entre direitos, muitos deles fundamentais, e a segurança pessoal e nacional.

2. SOCIEDADE INFORMACIONAL: WHATSAPP E SUA FUNCIONALIDADE

Inegável é a mudança social ocasionada pelo surgimento dos computadores e da Internet, em especial no âmbito das comunicações. Estas mudanças promoveram substanciais transformações comportamentais e de grande impacto para a sociedade. As expressões humanas transpõe o mundo real, elas se virtualizam.

Flagrante é a percepção de que da mesma forma em que o alfabeto Grego, símbolo de inovação, integrou o discurso oral e escrito, mas os dissociando, ocorreu o mesmo com o surgimento dos dispositivos informáticos. Perpassados mais de 2.500 (dois mil e quinhentos anos), observou-se a confluência entre a linguagem escrita, oral e audiovisual da comunicação entre os homens no mesmo sistema, o que gerou uma cultura original, a saber, a cultura da virtualidade real, no que se refere, principalmente, as interações sociais.¹

Inferre-se da logicidade apontada por Casttels que se o fundamento da cultura é o processo comunicacional e se as formas de comunicação tem embasamento na produção e consumo de sinais, logo não há como desagregar realidade de representação simbólica. Isso significa que os sistemas eletrônicos informacionais não suscitam à realidade virtual, mas a produz, fazendo com que o virtual e o real sofram interferências mutuas.²

Paulatinamente, a sociedade foi aderindo a cultura digital, passando a conhecer formas de interatuar com pessoas, empresas, com sistemas e programas; formas de alcançar soluções de continuidade às suas demandas do mundo real e, tudo isso, através dos deslizar dos dedos, em cliques, de forma eficaz e eficiente. Percebendo isso, as empresas passaram a delinear novas ferramentas, visando atrair cada vez mais a atenção e adesão do usuário de Internet.

Tudo é passível de ser solvido quando se tem um dispositivo informático e acesso à internet, inclusive a solidão³. Foi com esse

1 CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**: A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra LTDA, 2016, V1, p. 413-415.

2 *Ibidem*, p. 455-458.

3 BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do mundo líquido moderno**: Sozinhos no meio da multidão. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p.13-25.

intuito que a redes sociais cresceram, se multiplicaram e a cada dia oferecem novidades a partir de suas atualizações.

Com WhatsApp não foi diferente. Criado como uma espécie de correio móvel instantâneo de compartilhamento de mensagens, gratuito, transformou-se em um dos aplicativos mais utilizados do mundo, ficando atrás apenas do Facebook, consoante o ranking das redes sociais mais famosas do mundo apresentado pela empresa Statista.⁴

Atualmente, o envio de dados pelo aplicativos não se restringe apenas ao envio de mensagens de texto, sendo possível enviar e receber arquivos multimídia, tirar fotos, efetuar e receber chamadas, utilizar símbolos para expressão ideias, participar de grupos, dentre outras funções que o transformou em um dos aplicativos mais atraentes e usuais do mundo. O seu uso prosperou para além das relações de amizade, transformou-se em peça fundamental para o estudo e trabalho.

Segundo Termos e Política de Privacidade, o WhatsApp integra, desde 2014, o grupo de empresas geridas pelo Facebook e, visando garantir a privacidade e segurança do usuário na troca de dados e informações, passou a atuar com a tecnologia da criptografia ponta-a-ponta, além de outras ferramentas de segurança.⁵

O acesso ao aplicativo ocorre com o cadastro. Para isso, é imprescindível fornecer um número válido de celular, devendo atualizá-lo sempre que incorrer mudança do número e ter idade mínima de 13 (treze) anos ou mais, a depender da legislação do país local. Ao concordar em baixar o aplicativo, o usuário torna acessível toda a lista de contatos vinculadas na agenda, disponibiliza determinados dispositivos, software e conexões de dados, autoriza o download e a instalação de atualizações do serviço prestado.⁶

Cabe ressaltar que aceitando o serviço prestado pelo aplicativo WhatsApp, o usuário assente “licença mundial, não exclusiva, sem

4 THE STATISTICS PORTAL. **Ranking das Redes Sociais mais famosas em setembro de 2016**. Statista. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>>. Acesso em: 30 out. 2016.

5 WHATSAPP. **Informação Legal do WhatsApp**. Disponível em <<https://www.whatsapp.com/legal/#key-updates>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

6 *Ibidem*.

royalties, que pode ser sublicenciada e transferida, para usar, reproduzir, distribuir, criar trabalhos derivados, exibir e executar as informações (inclusive o conteúdo) que você carrega, envia, armazena ou recebe usando os nossos Serviços”. Em contrapartida, o WhatsApp oferta uma licença mais restritiva ao usuário e revogável.⁷

2.1. AVANÇO TECNOLÓGICO E CRIPTOGRAFIA

Há décadas, ainda quando a tecnologia era incipiente, as informações eram produzidas em papel e, quando valiosas, trancafiadas em cofres e armários com chaves e cadeados ou até mesmo senhas. Com o advento do computador, as informações começam a ser processadas em meios digitais. Mas, foi com a Internet que os dados passaram a trafegar em ambiente público, podendo inclusive serem interceptados por terceiros de má-fé⁸, mesmo quando off-line.⁹

Com a popularização da Internet e o crescimento das redes sociais muitas mudanças foram incrementadas na sociedade, inclusive comportamental. Uma delas, proporcionada pelo WhatsApp à medida que conecta o indivíduo ao mundo quase de forma instantânea, visto que requer resposta imediata.

Na contemporaneidade, o ser humano acaba por armazenar e compartilhar informações e dados muitas vezes de forma impen-sada, muitos nem sabem que ao realizar um negócio acabam fornecendo dados e estes ficam armazenados em algum computador, conectado a uma rede. Tudo o que se faz através dos dispositivos informáticos fica registrado e alimenta um banco de dados, geralmente utilizado para enviar anúncios publicitários¹⁰. É o que se espera.

Como a superexposição em rede, na grande maioria sendo reponsabilidade do próprio usuário, a privacidade foi devassada,

7 *Ibidem.*

8 SAMPAIO, Ericksen Viana. Criptografia: Conceitos e Aplicações. **Revista Easy Net Magazine 27**. Disponível em: < <http://www.devmedia.com.br/criptografia-conceito-e-aplicacoes-revista-easy-net-magazine-27/26761>>. Acesso em 02 nov. 2016.

9 CHERRY, Denny. **Fundamentos da Privacidade Digital**: Ferramentas para proteger suas informações pessoais e sua identidade na Internet. Trad. Christiane Leonor Simyss Moreira. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p.2.

10 CHERRY, Denny. **Fundamentos da Privacidade Digital**: Ferramentas para proteger suas informações pessoais e sua identidade na Internet. Trad. Christiane Leonor Simyss Moreira. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, P. 2-5

tornando-se flagrante a necessidade de mudança em sistemas operacionais de segurança. Pensando nisso, as empresas buscaram mecanismos mais seguros para proteger seus usuários e é a tecnologia quem vem ajudando neste sentido.

Existem várias formas de proteção, uma delas é a criptografia. Com uma visão preliminar, criptografar significa alterar a informação fazendo com que apenas o destinatário consiga compreender a mensagem transmitida¹¹. O intuito é camuflar o significado da informações e não a informação de fato, evitando que um terceiro, de imediato, entenda o que se quis transmitir¹².

O sistema criptográfico é antigo, datado de épocas militares, momento em que se privilegiou salvaguardar informações referentes à estratégias de segurança e ataque à tropas inimigas. A evolução fez nascer sistemas mais complexos e seguros, dos modelos clássicos à criptografia simétrica e assimétrica.¹³

Atualmente, tem-se duas formas de criptografar uma informação: ou se utiliza chaves simétricas (criptografia de chave privada); ou chaves assimétricas (criptografia de chave pública).¹⁴ Nessa esteira, o artigo versará sobre o modelo de criptografia utilizada pelo aplicativo Whatsapp, qual seja, criptografia de ponta-a-ponta ou modelo assimétrico.

No caso do WhatsApp, Emily Nunes explica como a criptografia funciona:

Para enviar uma mensagem para o usuário B, o usuário A pede ao servidor do WhatsApp uma chave pública que se aplica ao usuário B. Em seguida, o usuário A usa essa chave pública para criptografar a mensagem. Do outro lado, o usuário do B, detentor de uma chave privada que está disponível apenas no seu telefone, decodifica a mensagem enviada por A.¹⁵

11 SAMPAIO, Ericksen Viana. Criptografia: Conceitos e Aplicações. **Revista Easy Net Magazine 27**. Disponível em: < <http://www.devmedia.com.br/criptografia-conceito-e-aplicacoes-revista-easy-net-magazine-27/26761>>. Acesso em 02 nov. 2016.

12 ZOCHIO, Marcelo Ferreira. **Introdução à Criptografia**. 1.ed. São Paulo: Novatec Editora, Ago.2016, p.15.

13 *Ibidem*, p. 24-135.

14 *Ibidem*.

15 NUNES, Emily Canto. **O WhatsApp adotou a tecnologia de ponta-a-ponta. O que isso significa?** Abr.2016. Disponível em < <https://www.manualdousuario.net/whatsapp-criptografia-ponta-a-ponta/>>. Acesso em 29 out. 2016.

Isso significa que a criptografia assimétrica utiliza tanto a chave pública quanto a chave privada, uma para cifrar e outra para decifrar, respectivamente. Em analogia a um cadeado e sua chave, a chave pública seria o cadeado, emissor da mensagem, e a chave privada é a chave específica para abrir o cadeado, receptor do conteúdo¹⁶.

Dessa forma, ao se falar em criptografia ponta-a-ponta, significa que a mensagem é descryptografada desde o sistema do emissor. Sendo assim, ela trafega descryptografada e somente quando é entregue ao receptor, possuidor da chave privada, é que a mensagem é codificada para a leitura.

Como é cediço, se o sistema de criptografia sofreu contínuas mudanças, na tentativa de adequar à nova realidade no que tange segurança, significa que há falhas e que a criptografia pode ser quebrada, inclusive por terceiros.

Marcelo Zochio, em sua obra, apresenta os modelos de criptografias já desenvolvidos e utilizados, juntamente com a forma de quebra da criptografia. A isso, chama-se criptoanálise¹⁷. Em linhas gerais, a criptoanálise é o estudo de técnicas que venham a comprometer a segurança, geralmente utilizado por bancos que contratam hackers para que eles tentem burlar a segurança de dados. Quebrada a segurança, identifica-se a falha e altera o sistema de proteção de dados.

2.2. MANUTENÇÃO DE DADOS E REGISTROS DE ACESSO

O WhatsApp não vende só troca de mensagens, sua oferta de serviço tem embasamento na segurança e privacidade. Pensando nisso, utilizam um sistema cujo alicerce está solidificado nos princípios da segurança da informação.

Com a implementação da criptografia ponta-a-ponta, aduz o aplicativo que não há armazenamento de mensagens quando estas são entregues e, assim, nem o WhatsApp, nem terceiros, podem ter acessos a elas.¹⁸

16 ZOCHIO, Marcelo Ferreira. **Introdução à Criptografia**. 1.ed. São Paulo: Novatec Editora, Ago.2016, p.110.

17 *Ibidem*, p. 24-135.

18 WHATSAPP. **Política de Privacidade do WhatsApp**. Disponível em <<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

Ocorre que alguns dados são fornecidos pelo próprio usuário como, por exemplo, o nome e fotos utilizado no perfil, a mensagem de status, lista de contatos. Porém, ressalta que mensagens e arquivos entregues ao destinatário são excluídas dos servidores, ficando armazenadas no próprio dispositivo. Mensagens não entregues, ficam disponíveis por até 30 (trinta) dias, momento em que são realizadas sucessivas tentativas de entrega. Transcorrido este período, sem que a entrega seja efetivada, a informação é excluída. Mensagens contendo algum tipo de mídia, como fotos e vídeos, poderão ficar guardados por período superior.¹⁹ O que comprova, de certa forma, que o conteúdo compartilhado pode ser armazenado.

De forma automática, podem ser capturados determinados dados e registros como os dados de serviços, diagnóstico e desempenho. Inclui-se, aqui, o comportamento do usuário na utilização do serviço, além dos arquivos de registro, relatórios de diagnóstico, intercorrências e outros. O aplicativo, também, coleta dados específicos no momento da instalação, quando acessados ou utilizados, inserindo-se informações de hardware, do sistema operacional, navegador, endereço de IP, dados sobre a rede móvel, o número do telefone e identificadores do dispositivo.²⁰

Assevera, ainda, que detêm o acesso a dados sobre a localização do dispositivo, quando utilizado recursos de localização ou quando o usuário compartilha a localização e confere locais próximos²¹. Certamente, pode-se rastrear o deslocamento do dispositivo informático, delineando sua trajetória com este tipo de conteúdo e, se aliado à informações das operadoras de pacotes de dados, a informação será precisa e o autor, localizado, quiçá em flagrante delito.

O WhtasApp tem acesso às informações, as alterações de status e de conexão ao serviço. Sendo assim, é possível identificar se o usuário está conectado, quando foi o último acesso e quando alterou o status.²²

Como se não bastasse o acesso irrestrito a dados sobre o usuário, o aplicativo captura informações de terceiros quando referen-

19 *Ibidem*, P. 2-24.

20 *Ibidem*. P. 2-24.

21 *Ibidem*. P. 2-24.

22 *Ibidem*. P. 2-24.

tes àquele usuário do serviço e, por trabalhar com terceirizados para gerir e operacionalizar as atividades, os dados são entregues às prestadoras

de serviço, mediante contrato de atuação conforme regras estabelecidas, capturando informações fornecidas, também, pelos prestadores.²³ Observa-se a imensidade de dados e informações que são entregues nas mãos destes aplicativos e o que eles fazem para gerenciar toda essa informação.

2.3. FERRAMENTA PARA A PROPALAÇÃO DE ILÍCITOS DIGITAIS

A partir do momento em que cada vez mais informações são compartilhadas através das redes sociais, em especial as redes abertas, há uma facilitação para a conduta delitativa praticada por terceiros, quando estes acessam a identidade do cidadão, assumindo-a²⁴. Neste caso, sem que haja qualquer tipo de invasão a dispositivo, tendo em vista que as informações estão em perfil público, de acesso irrestrito.

Há frequência de ações de hackers que burlam sistemas de segurança para tentar capturar informações valiosas e, de certa forma, adquirir algum tipo de vantagem. Neste caso, trata-se de crime cibernético próprio, ou seja, crimes em que o dispositivo é ao mesmo tempo objeto e meio para cometimento do ilícito, são delitos que afetam diretamente o sistema operacional da máquina. Já os delitos digitais impróprios são aqueles que atingem o bem jurídico penalmente protegido e utilizam os sistemas informáticos, apenas, como um veículo para a execução.²⁵

Com a dificuldade de obtenção de dados junto ao WhatsApp, a ferramenta ganhou destaque no meio dos crimes cometidos pela Internet. Preconceito de cor e de raça, estelionato, extorsão, crimes contra a honra, tráfico de drogas, pedofilia, xenofobia, ameaças e

23 WHATSAPP. **Política de Privacidade do WhatsApp**. Disponível em <<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

24 CHERRY, Denny. **Fundamentos da Privacidade Digital**: Ferramentas para proteger suas informações pessoais e sua identidade na Internet. Trad. Christiane Leonor Simyss Moreira. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p.3.

25 SCHIMIDT, Guilherme. **Crimes Cibernéticos**: *Non Scholae, sed vitae discimus*. Disponível em: <http://schmidtadvogados.com/v/artigo5>. Acesso em 30 out. 2016.

agressões são alguns dos delitos comumente praticados através dessa ferramenta. Como a investigação, neste campo, se processa à luz de dois viés, a saber, investigação técnica e investigação tradicional, aquela resta prejudicada quando à cooperação do aplicativo é fundamental, inviabilizando a comprovação da autoria.²⁶

Como é cediço, a mesma ferramenta que serve para proteger dados (privacidade e segurança do usuário) vem sendo utilizada como facilitadora de delitos, justamente pela negativa de acesso à determinadas informações, fomentando, ainda mais, a sensação de impunidade (insegurança).

3. MARCO CIVIL DA INTERNET

O Ministério da Justiça, ouvida a sociedade civil e a academia, elaborou um projeto de Lei do Marco Civil da Internet, sancionado em 23 de abril de 2014 pelo Presidente em exercício Dilma Rousseff, convertendo-se em na Lei 12.965/2014. Com o prazo de 60 (sessenta) dias de *Vacatio legis*, o Marco Civil da Internet entrou em vigor em 23 de junho de 2014.²⁷

Fruto das ideias constantes no Decálogo da Internet, o qual especifica os princípios fundamentais, estabelecidos pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil, foi de grande valia para fundamentar as ações referentes ao desenvolvimento da Internet em nosso país²⁸.

Esta Lei visa “estabelecer princípio, garantia, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil” e, se por um lado foi uma Lei bastante criticada, por outros, aquiescida, tendo em vista a imposição de direitos e de deveres a usuários e a prestadores de serviços que atuam no Brasil.²⁹

26 PATURY, Fabrício Rabelo. **Oficina de Investigação em Crimes Cibernéticos**: Teoria e Prática. Promotor de Justiça Palestrante. 18 jul. 2014. Disponível em <<http://www.nucciber.mpba.mp.br/?p=2080>>. Acesso em 05 nov. 2016.

27 ARAS, Vladimir. **Breves Comentários ao Marco Civil da Internet**. Blog do Vlad. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet/>. Acesso em 05 nov. 2016.

28 LEONARD, Marcel. **Internet e regulação**: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>. Acesso em 06 nov. 2016.

29 JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet: Comentários à Lei n. 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

³¹ ARAS, Vladimir. *Op Cit.* Acesso em 05 nov. 2016.

A Lei 12.965/2014 foi pensada com base no tripé: liberdade de expressão, neutralidade da rede e a proteção à vida privada, sendo dois destes pilares, liberdade de expressão e intimidade, princípios fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988.³¹

Algumas distinções são fundamentais para entender o que a lei efetivamente fala sobre direitos, deveres e responsabilidades dos provedores e que tipo de dados estes provedores devem salvar e fornecer. Neste momento, convém esclarecer a diferença entre os provedores de conexão ou de acesso, provedor de conteúdo, provedores de aplicação de Internet e os tipos de registros fundamentais para a persecução criminal, tendo em vista a análise otimizada deste artigo.

Conforme preconiza Marcel Leonardi, na tentativa de conceitualização legal de termos técnico incluídos no Marco Civil da Internet, registro de conexão significa todo o arcabouço referente à data e hora de início e término de uma conexão à Internet, além do tempo que se permaneceu conectado, bem como o endereço IP utilizado na troca de pacotes de dados; aplicações de Internet foi tudo o que o terminal acessou quando conectado à Internet; registros de acesso a aplicações de Internet se referem a todo conjunto de dados que envolvem à data e hora de uso de uma determinada aplicação de Internet.³⁰

Diante desse entendimento, pode-se afirmar que provedores de conexão são pessoas jurídica responsáveis por garantir o acesso dos usuários à internet, ou seja, a conexão com o meio digital. Como exemplo, cita-se a GVT, TIM, Claro, Vivo, Oi, como as mais utilizadas no Brasil.

Provedor de conteúdo são os sítios responsáveis por tornar disponível tudo o que foi criado por um provedor de informação, podendo ser uma pessoa física ou jurídica, através do uso de servidores próprios ou hospedeiro para armazenar conteúdo. Enquadram-se nessa categoria os websites, blogs, portais de imprensa. Um Rede Social, por exemplo, é um provedor de conteúdo e, a partir do momento que se inseri informação no site, passa a ser, também, provedor de informação.

30 LEONARD, Marcel. **Internet e regulação:** o bom exemplo do Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>. Acesso em 06 nov. 2016.

Quanto aos provedores de aplicação há certas discussões, tendo em vista que a Lei não os conceituou. A partir da análise concomitante do artigo 5º, inciso VII, com o *Caput* do artigo 15 e seu parágrafo primeiro do Marco Civil da Internet, conforme entendimento de Frederico Meinberg Ceroy, provedor de aplicação seria qualquer entidade, empresa, organização ou pessoa natural que disponibilize todo um conjunto de funcionalidades que venham a ser acessadas por um dispositivo informático conectado à internet, seja de forma amadora ou profissionais, independente de objetivos são econômicos.³¹

Assim, extrai-se a obrigatoriedade de um proprietário de um blog, e que nele contenha fórum de discussões, a manter registros de acesso a aplicações de internet. Fica claro que estamos diante de um provedor de aplicação e, configurando-se como tal, este blog, gerido por um particular e sem fins de obtenção de lucro, é sujeito de deveres e direitos constantes na lei.³²

Surge uma problemática, qual seja, provar a lucratividade advinda daquela atividade gerida por um provedor ou não de aplicação, tendo em vista que a manutenção de registro é custosa. Neste caso, auferir que realizar ou não atividade econômica não é pressuposto para definição de provedor de aplicação, podendo acioná-los, mediante decisão judicial, a manter os registros de acesso e aplicações de Internet.³³

3.1. OBTENÇÃO LEGAL DE DADOS IMPRESCINDÍVEIS PARA A INVESTIGAÇÃO

O Marco Civil da Internet, em seu Capítulo III, Seção II fala sobre a guarda dos registros, dos dados particulares e das comunicações privadas³⁴. Da mesma forma que se fala em proteção a dados, da intimidade a vida privada, da honra e a imagem, aten-

31 CERROY, Frederico Meinberg. **Os Conceitos de Provedores no Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>>. Acesso em 06 nov. 2016.

32 *Ibidem*.

33 CERROY, Frederico Meinberg. **Os Conceitos de Provedores no Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>>. Acesso em 06 nov. 2016.

34 BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>>. Acesso em: 29 out. 2016.

dendo preceitos Constitucionais Fundamentais, a Lei tem uma certa abertura ao falar em disponibilização destes dados, consoante Caput do artigo 10 da Lei 12.965/2014.

Para Damásio de Jesus e Antônio José Milagre, embora haja a custódia de dados relevantes por parte dos provedores de conexão e de aplicação, convém salientar que tanto a guarda quanto o fornecimento destas informações devem, primordialmente, preservar o usuário, tratando da forma menos agressiva estes dados. Pensando nisso, o parágrafo primeiro deste artigo certifica da imprescindibilidade de fornecimento desta informações, mediante ordem judicial³⁵, com vistas a identificar o usuário da conduta ou o terminal do qual originou o ilícito.³⁶

O mesmo tratamento é dado ao conteúdo das comunicações (on-line ou off-line), conforme o parágrafo segundo do artigo 10, que mesmo invioláveis e sigilosas podem ser fornecidas mediante decisão judicial, ou seja, entende-se que em estrita necessidade e no exercício da persecução penal, devidamente motivada, a privacidade poderá sofrer restrições.³⁷

Ocorre que deste entendimento susomencionado não se pode extrair a obrigatoriedade dos provedores de aplicação, de conexão e de comunicação armazenarem os registros de acesso de seus usuários. Porém, é convincente a ideia de que uma ordem judicial possa exigir essa guarda, com efeito a partir da intimação, havendo responsabilização quanto do descumprimento desta ordem e não por que descartou dados anteriores a ela.³⁸

O parágrafo terceiro do artigo 10, traz uma exceção à regra da obtenção de dados somente por ordem judicial, ao expressar que dados cadastrais, quando requisitado diretamente pela autoridade administrativa competente, podem ser fornecido diretamente. Uma das falhas do Marco Civil da Internet foi não delinear o que seriam dados cadastrais, diferenciando-os de dados ou de registro de conexão, sendo muito rechaçado doutrinariamente.³⁹

35 JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: Comentários à Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2014. p.45.

36 BRASIL. *Op.cit.*, 2016.

37 JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. *Op.cit.*, 2014, p.45 *et seq.*

38 JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: Comentários à Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2014. p.47.

39 *Ibidem*, p.47 *et seq.*

De um lado, a obrigatoriedade de medida judicial para ter acesso aos dados de conexão ou de aplicação e que incluem endereço de IP; lado outro, uma vez atingido o alvo com a obtenção destes dados, é despendida uma nova autorização para ter acesso a dados de cadastro, podendo a autoridade administrativa competente imbuída na persecução criminal requerer diretamente ao provedor do serviço.⁴⁰

Ainda neste artigo 10, agora em seu quarto parágrafo, atribui-se o dever legal de custodiar as informações de seus clientes aos provedores de conexão e de acesso à aplicação, devendo manter sempre o cliente informando quanto a prática de segurança utilizada, resguardando informações apenas que venha apor em risco a atividade de proteção.⁴¹

Em face do que foi apresentado, percebe-se que a indispensabilidade do fornecimento de determinados dados, como endereço de IP, registros de acesso, dados cadastrais e de conexão inibem uma atuação investigativa exitosa. Estas são informações legais, advindas de uma lei democraticamente debatida com a sociedade, que, uma vez requisitada pela justiça, deverá ser executada.

Cabe ressaltar que o artigo 11 do Marco Civil da Internet fala sobre o respeito à legislação brasileira, mesmo para provedores estrangeiros, quando qualquer das fases de tratamento de dados estejam atuando em território nacional. O Brasil é soberano, assim sempre que houver comunicação que ultrapasse barreiras nacionais, prevalecerá a legislação e direitos locais.⁴²

A negligência e violação ao artigos 10 e 11 da Lei 12.965/2014 acarretam sanção nas três esferas, a saber, cível, administrativa e criminal. A penalidade varia desde a advertência, configurando-se como uma sanção leve, passando pela pena de multa, pela suspensão do serviço, podendo, até, vir a ser proibida de atuar no País. A responsabilidade será solidária, quanto ao pagamento da multa, se a empresa estrangeira tiver algum estabelecimento no Brasil.⁴³

40 *Ibidem*, loc at.

41 *Ibidem*, loc at.

42 *Ibidem*, loc at.

43 JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: Comentários à Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2014, p.53-54.

3.2. OBRIGATORIEDADE DE PRESERVAÇÃO DO REGISTRO DE ACESSO

Os artigos 13, 14, 15 e 16, constantes, ainda, do Capítulo III do Marco Civil da Internet, localizados à Subseção I, II e III, versam sobre a obrigatoriedade de manutenção de certos registros por determinado lapso temporal, podendo este prazo ser dilatado, mediante media acautelatória.⁴⁴

Inicialmente, verifica-se a incumbência guarda de registros cuja a competência são dos provedores de conexão a Internet, ou seja, aqueles responsáveis por conectar o usuário na rede mundial de computadores. Tais provedores deverão armazenar, sigilosamente e intransferível à terceiros, os registros de conexão gerados pelo prazo de um ano. Esta medida está em perfeita sintonia com a Resolução da Anatel de número 614, de 28 de maio de 2013.⁴⁵

O artigo 14 da Lei 12.965/2014 trata da vedação por parte dos provedores de conexão a manterem sob seu domínio os registro de acesso referentes as aplicações da internet, cabendo a eles a guarda restrita à informações referentes as conexões. Assim, veda que o provedor de conexão registre o que o usuário faz quando navega na rede.⁴⁶

Configurando-se o WhatsApp como provedor de aplicação, as informações que devem ser por ele preservada estão dispostas no artigo 15 da Lei, ou seja, da mesma forma que os provedores de conexão são detentores de deveres, com os provedores de aplicação não seria diferente. Vale lembrar que provedores de aplicação se referem a todos aqueles que ofertam serviços na Internet, sendo eles os responsáveis por armazenar os dados de acesso dos usuários, pelo prazo de seis meses, contados a partir do evento que ocasionou o registro.⁴⁷

Há uma restrição quanto ao sujeito desta obrigação. Ao especificar que apenas pessoas jurídicas e que exerçam esta atividade

44 BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

45 JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. *Op.cit.*, 2014, p.53-56.

46 *Ibidem*, p.57.

47 *Ibidem*, p.59.

de forma organizada, profissional e com fito de lucro são englobadas neste artigo. Um outro problema da lei, pois como obrigar que empresas irregulares, sem gestão do negócio, atuando de forma amadora, ou até mesmo com fim filantrópico e que não percebam remuneração estejam sujeitas a essa obrigação. É aqui que os cibercriminosos aproveitam para praticarem condutas delitivas.⁴⁸

O parágrafo primeiro deste artigo engloba todos os outros provedores de aplicação que foram excluídos do *Caput* a guardarem dados por tempo certo e determinado, quando ordem judicial o exigir. Observa-se a ineficácia deste parágrafo, uma vez que a ordem judicial contemplará dados futuros, quando o que se deseja são dados anteriores, cometidos por infratores, que diante da expertise não retornarão a utilizar o serviço, restando prejudicada a comprovação da autoria do fato.⁴⁹

Por fim, este artigo 13 ratifica a necessidade de autorização judicial para fornecimento dos dados referentes aos serviços utilizados pelos usuários e, para isso, são legitimados a autoridade policial, administrativa e o Ministério Público. Inclusive podendo dilatar prazo, tal qual ocorre que o provedor de conexão, atuando da mesma forma quando se trata de responsabilização destes provedores.⁵⁰

O artigo 16 da Lei 12.965/2014 veda que provedores de aplicação cedam ou transfiram dados e registro de acesso a suas aplicações à terceiros, independentemente de ser ou não vinculados ao mesmo grupo econômico, sem que o usuário consinta⁵¹. Este caso retrata o que, recentemente, o WhatsApp fez ao enviar ao cliente uma mensagem informando que os dados sob a sua custódia seriam compartilhados com outra aplicação do mesmo grupo, o Facebook.

Este artigo, também, proíbe que os provedores de aplicações guarde os registros de acesso referentes a outras aplicações realizadas pelo usuário. Assim, fica vedado o registro do que o usuário de

48 JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet**: Comentários à Lei n. 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2014. p.59-60.

49 *Ibidem*, p.60-61.

50 *Ibidem*, p.61.

51 *Ibidem*, p.62.

Internet fizer em outra aplicação, sem que o usuário impeça isso. A vedação é entendida quando há excesso de manutenção dos dados, guardado o que for necessário para executar a aplicação.⁵²

4. DESCOMPASSO ENTRE WHATSAPP E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De fato, há uma desarmonia entre a atuação do WhatsApp no Brasil e a Justiça brasileira. Com isso, a população vem sofrendo privações em suas interações através do bloqueio do aplicativo, insurgindo-se contra o poder público, sem ter conhecimento sobre a insegurança gerada.

Vladimir Aras ressalta que apesar da legalidade do bloqueio dos serviços ofertados pelo aplicativo, conforme artigo 12, inciso III do Marco Civil da Internet⁵³ (especifica as sanções aplicáveis quando há violação da ordem judicial)⁵⁴ é importante aplica-las de forma gradual, com vistas a gerar efeitos menos danosos à sociedade⁵⁵.

Acredita Aras que o bloqueio de contas, ou seja, congelamento dos valores econômico financeiro movimentado pelo Facebook (responsável pelo WhatsApp) seja mais eficaz e menos gravosa para o cidadão, visto que o Facebook trabalha com ações publicitárias de grande monta no Brasil.⁵⁶

Fica claro, que informações denominadas de *metadados*⁵⁷ são imprescindíveis para subsidiar as investigações, tendo em vista englobar um conjunto de informações fundamentais que localiza e identifica vítimas e criminosos, além de compreender a dinâmica das condutas delitivas.⁵⁸

52 *Ibidem*, Loc Cit.

53 ARAS, Vladimir. **O Facebook não vai dar "like"**. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2016/07/24/o-facebook-nao-vai-dar-like/>>. Acesso em: 25 out. 2016.

54 BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

55 ARAS, Vladimir. *Op. Cit.* 2016.

56 *Ibidem*.

57 Metadados podem ser basicamente definidos como "dados que descrevem os dados", ou seja, são informações úteis para identificar, localizar, compreender e gerenciar os dados. (IBGE. Conceito de Metadados) Disponível em: <http://www.metadados.ibge.gov.br/consulta/default.aspx> Acesso em: 07 nov 2016.

58 ARAS, Vladimir. *Op. Cit.* 2016.

Uma vez identificados os metadados, caberá à Polícia e ao Ministério Público se valer de técnicas de investigação para ter acesso aos diálogos trocados entre usuários investigados⁵⁹. Observa-se que metadados ou metainformação e conteúdo das mensagens são coisas distintas e que a tecnologia da criptografia, utilizada como fundamento para descumprir ordem judicial, é infundada, devendo acarretar punição.

Face as situações comuns de disputas judiciais no Brasil envolvendo: de um lado a obtenção de determinados registros de acesso à aplicação WhatsApp, com intuito de comprovar a autoria delitiva; lado outro, a resistência do provedor responsável pelo serviço no Brasil em fornecer tais dados, alegando que o fornecimento é desnecessário, sendo suficiente o número do aparelho, José Milagre analisou tecnicamente a situação controversa e elaborou um parecer técnico simplificado.⁶⁰

Conclui Jose Milagre, a partir desta análise, que fornecido apenas do número de telefone do usuário e oficiando a operadora, sem ter maiores dados, geraria provas imprecisas e incompletas, tendo em vista que os dados fornecidos serão referentes ao titular do plano de pacote de dados e qualquer pessoa de posse de nome completo e CPF pode ter uma linha registrada em seu nome. Ainda, pode o usuário da linha não utilizar o serviço constante no pacote de dados, mas uma rede Wireless de terceiros para cometer o delito, gerando falsos negativos e positivos, prejudicando e dificultando a comprovação da materialidade e autoria.⁶¹

Assim, os registros que devem ser fornecidos pelo Facebook/WhatsApp serão mais completos e assertivos, por constar a data, hora, fuso horário e IPs das conexões do usuário investigado, dados que a operadora responsável pelo número telefônico não possui. Nesta lista entrarão, além dos IPs da operadora de telefonia do

59 *Ibidem*.

60 MILAGRE, José Antônio. **Parecer sobre o fornecimento de dados pelo WhatsApp**. Disponível em: <<http://josemilagre.com.br/blog/2015/06/29/parecer-sobre-o-fornecimento-de-dados-pelo-whatsapp/>>. Acesso em: 27 out. 2016.

61 MILAGRE, José Antônio. **Parecer Técnico Simplificado**. Disponível em:<<http://josemilagre.com.br/LAUDO%20PERICIAL%20-%20Parecer%20Dados%20WhatsApp%20Facebook%20-%20V1%20-%2029-06-2015%20-%20Assinado.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

número do suspeito, outros IPs dos demais provedores de acesso utilizados para logar o aplicativo à Internet. Informações estas que jamais serão identificadas se o Judiciário acatar a tese pregada pelo Facebook, qual seja, a de ser suficiente e necessária o fornecimento apenas do número telefônico do investigado.⁶²

Em nenhum momento da análise técnica realizada por José Milagre foi abordada a questão quanto ao conteúdo das mensagens compartilhadas. Restando comprovado que os metadados seriam suficientes para a solução de continuidade da investigação, interpretação esta que estaria em consonância com o entendimento, também, de Vladmir Aras.

4.1. NOTA TÉCNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Integrantes do Ministério Público Brasileiro, preocupados com o andamento e prejuízos das investigações criminosas face à sucessiva negativa de dados pelo aplicativo WhatsApp, ocasionados pelo descumprimento de ordem judicial, esclarece à sociedade brasileira a situação vivenciada. Dessa forma, cumpre o papel Constitucional de prestar informações claras e objetivas, com intuito de fomentar um diálogo ente a sociedade, em busca de equacionar o direito à privacidade e a liberdade de expressão e os direitos a segurança pessoal e segurança pública, mediante atuação Estatal.⁶³

No item intitulado de fornecimento de dados e jurisdição, ratifica-se a importância do Marco Civil da Internet para regulamentar as transmissões e dados efetuados pelos usuários quando se conectam à Internet. Criada como fruto de consulta pública e de cunho democrático, a Lei assegura que serviços de Internet (aplicações), mesmo estrangeiro, quando executados em território brasileiro, dever atuar conforme leis locais e essa atuação garantirá a efetividade das decisões proferidas pelo judiciário, protegendo o cidadão.⁶⁴

62 *Ibidem.*

63 BRASIL. Ministério Público Brasileiro; Conselho Nacional de Procuradores Gerais; Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas. **Nota Técnica sobre o descumprimento da legislação brasileira que regulamenta o uso da Internet.** Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-crimes-ciberneticos/>. Acesso em: 10 out. 2016.

64 *Ibidem.*

Entende-se que a obtenção de dados está sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, o judiciário detém competência exclusiva para requisitar dos provedores dados indispensáveis a persecução criminal. Dessa forma, o usuário tem a segurança de que seus dados só serão acessados e disponibilizados se houver algum indício de cometimento de delito, do contrário é garantida e privilegiada a privacidade.⁶⁵

O argumento utilizado pelo Facebook/WhatsApp de que por serem empresas estrangeiras e sem sede no país devem cumprimento à decisões judiciais do país de origem, não há embasamento legal. O Decreto 8.771/2016, regulamentador do Marco Civil da Internet assegura não haver necessidade de cooperação internacional para o fornecimento de dados às autoridades brasileiras.

Assegura, ainda através da nota, o contínuo desrespeito ao artigo 15 do Marco Civil da Internet que versa sobre a guarda por seis meses dos dados referentes às aplicações. Como resposta os provedores de aplicações, incluindo o WhatsApp, alegam não armazenar tais dados pelo período exigido e, muitas vezes, por nenhum período ou armazenam, mas excluem antes do prazo e, por estes motivos, descumprem a decisão judicial, favorecendo a impunidade⁶⁶. Uma vez que restará prejudicada a comprovação da autoria e materialidade dos fatos.

Em relação a criptografia ponta-a-ponta, o Ministério Público entende que este é um serviço oferecido pelo aplicativo e a tecnologia está embutida na transmissão das mensagens, ou seja, criptografa-se o conteúdo delas, desde a saída da mensagem do emissor até chegar ao receptor. Porém, os registros referentes às comunicações, os dados armazenados e os metadados não são criptografados⁶⁷.

Mais uma vez, resta-se comprovada a desnecessidade do fornecimento de informações referentes ao conteúdo das mensagens

65 *Ibidem*.

66 *Ibidem*.

67 BRASIL. Ministério Público Brasileiro; Conselho Nacional de Procuradores Gerais; Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas. **Nota Técnica sobre o descumprimento da legislação brasileira que regulamenta o uso da Internet**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-crimes-ciberneticos/>. Acesso em: 10 out. 2016.

trocadas pelo o usuário para conseguir identificá-lo. Sedimenta-se a ideia já abordada por Vladmir Aras e José Milagre que metadados e conteúdo de mensagens são coisas completamente diferentes. E, mais uma vez, o que se pleiteia são as metainformações, as quais vem sendo amplamente negadas.

Em relação à sanções, para o Parquet, estas são garantias para a eficácia das decisões. Ocorre que, embora previsto o bloqueio ao serviço, esta punição deverá ser aplicada de forma subsidiária, quando da ineficácia das outras sanções não atingirem o objetivo⁶⁸. O Ministério Público aprova o bloqueio temporário do serviço, desde que esta medida punitiva seja aplicada de forma escalonada, se e somente, de outra forma, os dados não venham a ser fornecidos.

A tratativa com representantes do aplicativo, visando ao equilíbrio entre o serviço ofertado pelos aplicativo e o cumprimento da legislação brasileira, têm-se restado infrutífera. Com isso, os entraves tendem a ampliar, visto quem os aplicativos estão relutantes à negociações. Caso a situações permaneça inalterada, ou seja, continuem recusando repassar determinados dados e não haja negociações, não restará dúvidas de que o serviço é inadequado ao Brasil⁶⁹. Há previsão legal, artigo 12, IV da Lei 12.965/2014, de extinção do serviço de troca de dados e mensagens no Brasil⁷⁰. Coloca-se o poder público brasileiro a transação de um consenso, antes que qualquer medida mais gravosa seja efetuada, privilegiando o interesse.

A popularização da Internet aliada a interação humana ao meio digital têm contribuído para ampliar o número de delitos digitais. Dos crimes mais comuns e menos gravosos, perpassando por crimes de ódio, pedofilia e até a prática de terrorismos estão continuamente sendo cometidos pelas redes sociais. A única forma de serem reprimidos é a partir da cooperação mútua entre os provedores de conexão e de aplicação, a Polícia e o Ministério Público.⁷¹

68 *Ibidem.*

69 *Ibidem.*

70 BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

71 BRASIL. Ministério Público Brasileiro; Conselho Nacional de Procuradores Gerais; Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas. *Op.cit.*, 2016, *et seq.*

5. CONCLUSÃO

Paulatinamente, a sociedade passou a interagir quase que ininterruptamente com o meio cibernético. Muitas vezes, sendo incluída sem privilegiar a educação digital, facilitando a ocorrência de crimes pela Internet, em especial pelo WhatsApp.

Com este artigo, percebe-se que o aplicativo cumpre a legislação do local onde está sendo ofertado o serviço, no que tange à idade mínima para adesão, sendo despendida cooperação internacional. Observou-se, ainda, o acesso irrestrito e ilimitado às mais variadas informações de seus usuários: será que o direito à privacidade realmente é efetivado em terra de WhatsApp?

Ademais, uma vez alegada a indisponibilidade de informação capaz de subsidiar as investigações, como afirmam que mantêm os registros das mensagens não entregues, ampliando esta guarda quando se trata de compartilhamento multimídia? Ressalta-se, porém, que mesmo que sejam excluídas do servidor, elas estarão disponíveis no aparelho.

De fato, o Marco Civil da Internet atribui aos provedores, neste caso aos de aplicação, direitos e deveres com a guarda de determinados registros, inclusive de conteúdo. Ocorre que a utilização da criptografia ponta-a-ponta, apesar de camuflar o significado e não o conteúdo, foi acatada pela Justiça brasileira, forçadamente, desde que assegurado que outros dados fossem fornecidos, as metainformações.

Mesmo assim, entende o aplicativo que basta o fornecimento do número do telefone para que seja dada continuidade às investigações. Técnicos e juristas da área alegam que são dados precários, ineficazes.

Neste interim, não consigo vislumbrar como algo não guardado pelo aplicativo, conforme incessantemente alegado ao nosso judiciário como fundamento para descumprir decisões, pode ser cedido a terceiros. E, foi o próprio WhatsApp quem revelou isso, ao enviar para o usuário do serviço uma mensagem sobre a transferência de informações ao Facebook.

Conclui-se que é possível a atuação do WhatsApp em consonância com a lei brasileira, devendo ser efetivada, mesmo por

que ela já foi até relativizada ao exigir apenas metadados. Se as tratativas com o fornecedor do serviço restarem infrutíferas e se decisão judicial for incapaz de fazê-lo cumprir as regras locais, caberá o escalonamento das sanções, podendo até extinguir o serviço do país. Ressalta-se o que se quer com o pedido judicial não é o retrocesso à violação da privacidade, mas sim o equacionamento entre este direito e o direito de ver efetivado a solução de um crime, garantido, com isso, toda a segurança nacional.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Breves Comentários ao Marco Civil da Internet**. Blog do Vlad. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet/>. Acesso em 05 nov. 2016.

ARAS, Vladimir. **O Facebook não vai dar “like”**. Disponível em: <https://blogdovladimir.wordpress.com/2016/07/24/o-facebook-nao-vai-dar-like/>. Acesso em: 25 out. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do mundo líquido moderno**: Sozinhos no meio da multidão. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BRASIL. **Lei 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 out. 2016.

BRASIL. Ministério Público Brasileiro; Conselho Nacional de Procuradores Gerais; Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas. **Nota Técnica sobre o descumprimento da legislação brasileira que regulamenta o uso da Internet**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-crimes-ciberneticos/>. Acesso em: 10 out. 2016.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em Rede**: A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra LTDA, 2016, V.1.

CEROY, Frederico Meinberg. **Os Conceitos de Provedores no Marco Civil da Internet**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,-51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>. Acesso em 06 nov. 2016.

CHERRY, DENNY. **Fundamentos da Privacidade Digital**: Ferramentas para proteger suas informações pessoais e sua identidade na Internet. Trad. Christiane Leonor Simyss Moreira. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

JESUS, Damásio; MILAGRE, José Antônio. **Marco Civil da Internet: Comentários à Lei n. 12.965/2014**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONARD, Marcel. **Internet e regulação**: o bom exemplo do Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2012/04/internet-e-regulacao-o-bom-exemplo-do-marco-civil-da-internet/>. Acesso em 06 nov. 2016.

Metadados podem ser basicamente definidos como "dados que descrevem os dados", ou seja, são informações úteis para identificar, localizar, compreender e gerenciar os dados. (IBGE. Conceito de Metadados) Disponível em: <http://www.metadados.ibge.gov.br/consulta/default.aspx> Acesso em: 07 nov 2016.

MILAGRE, José Antônio. **Parecer sobre o fornecimento de dados pelo WhatsApp**. Disponível em: < <http://josemilagre.com.br/blog/2015/06/29/parecer-sobre-o-fornecimento-de-dados-pelo-whatsapp/>>. Acesso em: 27 out. 2016.

MILAGRE, José Antônio. **Parecer Técnico Simplificado**. Disponível em >

<<http://josemilagre.com.br/LAUDO%20PERICIAL%20-%20Parecer%20Dados%20WhatsApp%20Facebook%20-%20V1%20-%2029-06-2015%20-%20Assinado.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2016.

NUNES, Emily Canto. **O WhatsApp adotou a tecnologia de ponta-a-ponta. O que isso significa?** Abr.2016. Disponível em < <https://www.manualdousuario.net/whatsapp-criptografia-ponta-a-ponta/>>. Acesso em 29 out. 2016.

PATURY, Fabrício Rabelo. **Oficina de Investigação em Crimes Cibernéticos: Teoria e Prática**. Promotor de Justiça Palestrante. 18 jul. 2014. Disponível em <<http://www.nucciber.mpba.mp.br/?p=2080>>. Acesso em 05 nov. 2016.

SAMPAIO, Ericksen Viana. Criptografia: Conceitos e Aplicações. **Revista Easy Net Magazine 27**. Disponível em: < <http://www.devmedia.com.br/criptografia-conceito-e-aplicacoes-revista-easy-net-magazine-27/26761>>. Acesso em 02 nov. 2016.

SCHIMIDT, Guilherme. **Crimes Cibernéticos**: Non Scholae, sed vitae discimus. Disponível em: <http://schmidtadvogados.com/v/artigo5>. Acesso em 30 out. 2016.

The Statistics Portal. **Ranking das Redes Sociais mais famosas em setembro de 2016**. Statista. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>>. Acesso em: 30 out. 2016.

WHATSAPP. **Informação Legal do WhatsApp**. Disponível em <<https://www.whatsapp.com/legal/#key-updates>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

FERNANDA VELOSO SALGADO

WHATSAPP. **Política de Privacidade do WhatsApp**. Disponível em <<https://www.whatsapp.com/legal/#privacy-policy>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

ZOCHIO, Marcelo Ferreira. **Introdução à Criptografia**. 1.ed. São Paulo: Novatec Editora, Ago.2016.

Capítulo V

A possibilidade de relativização
do direito de propriedade face à
execução do trabalho análogo
ao escravo à luz da Emenda
Constitucional nº 81/2014

Isabelle Morgana Freitas da Silva Mota

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito



A possibilidade de relativização do direito de propriedade face à execução do trabalho análogo ao escravo à luz da Emenda Constitucional nº 81/2014

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL. 3 A NOVA FEIÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 3.1 DIREITO DE PROPRIEDADE E SEU VÍNCULO INDISSOCIÁVEL COM A FUNÇÃO SOCIAL. 4 MUDANÇAS EMPREENDIDAS NO ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM O ADVENTO DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 81/2014. 4.1 PROBLEMÁTICA NA DEFINIÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO. 5 A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE FACE AOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho visa provocar a discussão sobre a relativização do direito de propriedade face aos demais direitos fundamentais pela execução do trabalho análogo ao escravo, à luz da Emenda Constitucional nº 81/2014, que culminou na alteração do art. 243 da Constituição

Federal. Esta alteração representou inovadora forma de punição à exploração do trabalho humano em condições análogas a de escravidão. Nesse sentido, o presente trabalho busca, em um primeiro momento, realizar uma breve análise sobre o trabalho escravo no Brasil. Em sequência, o texto ocupará-se de uma análise do direito de propriedade e seu vínculo indissociável com o princípio da função social na Constituição Federal, demonstrando a despatrimonialização do direito de propriedade. Na sequência, serão analisadas as mudanças empreendidas no art. 243 em decorrência da aprovação da Emenda supracitada e se discutirá a problemática na conceituação de trabalho escravo para fins de aplicação da sanção prevista pela norma constitucional. Por fim, em que pese à relevância do direito de propriedade, imprescindível analisar a sua relativização face aos demais direitos fundamentais que são prestigiados pela sanção imposta no art. 243 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito de propriedade; relativização; trabalho análogo ao escravo; Emenda Constitucional nº 81/2014.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo destina-se a análise da atual concepção do direito de propriedade e a sua conseqüente relativização em face de seu novo caráter publicista.

A partir disso, o que ora se propõe é provocar a discussão acerca da possibilidade de relativização do direito de propriedade à luz da aplicação da Emenda à Constituição nº 81, de 05 de

junho de 2014, a qual implicitamente dá prevalência aos direitos fundamentais que, de fato, se aproximam do fundamento basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana.

Inicialmente, urge registrar que o trabalho em condições análogas à escravidão ainda é uma realidade incontestável no Brasil. Na abordagem desse problema, não se pode voltar os nossos relógios para 1888, quando a escravidão foi abolida no Brasil. Há que se avaliar o problema da escravidão à luz da situação atual das relações de trabalho e da vida moderna.

Como é cediço, a escravatura foi abolida do ordenamento pátrio através da Lei Áurea, datada de 13 de maio de 1888. Entretanto, não há que se falar da escravidão no Brasil Imperial, onde as pessoas eram despidas de todo traço de cidadania, e sim da escravidão contemporânea, a qual não existe escravos propriamente ditos, mas cidadãos rebaixados à condição de escravo, em ofensa grave ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Côncio de que esse cenário ainda persiste no cenário brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece um vínculo indissociável entre a propriedade e o cumprimento da sua função social, sob pena de desapropriação, na forma da lei.

Noutro giro, deve-se frisar a relevância da aprovação da Emenda Constitucional nº 81/2014, a qual instituiu a desapropriação confisco, alterando pressupostos basilares dessa modalidade de desapropriação e acrescentando ao artigo 243 da Constituição Federal de 1988 a existência de exploração de trabalho escravo, ensejando, assim, a expropriação sem qualquer indenização ao proprietário e a destinação da propriedade para reforma agrária ou habitação popular.

Sendo assim, é de clara notoriedade o quanto o Brasil avançou na tentativa de erradicação do trabalho análogo ao escravo, uma vez que a Emenda acima suscitada representa, sobretudo, uma grande vitória, ensejando a aplicação de sanções mais rígidas, a fim a combater o uso do ser humano de forma degradante e de forma a suprimir os seus direitos vitais.

Por fim, cumpre asseverar a contribuição social trazida por essa norma, caracterizando-se em um mecanismo importante

para se consolidar o princípio da dignidade humana e conter novos focos de escravidão no país.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL

Em 13 de maio de 1888, a escravidão foi, em tese, abolida do Brasil pela Lei Áurea. Todavia, se por um lado, esta lei devolveu a liberdade aos escravos brasileiros, por outro, criou um problema social, uma vez que os escravos libertos foram colocados para fora das senzalas sem qualquer colaboração do governo ou de seus antigos proprietários para sua subsistência e condições mínimas de vida. (CARNEIRO, 2016, p. 02)

Nesta esteira, embora tenha devolvido aos negros seu direito de ir e vir, o governo brasileiro não se preocupou em criar condições para que o antigo escravo se integrasse, efetivamente, ao meio social como verdadeiro cidadão titular de direitos e obrigações. Assim, foi afastado para as margens da sociedade, sem qualquer direito ou proteção estatal, levando muitos deles ao retorno às condições precárias de trabalho, haja vista que se viram obrigados a trabalhar em troca de um prato de comida. (MIRAGLIA, 2011, p. 129)

Sobrevindos mais de cem anos desde a abolição da escravatura, esse regime de trabalho degradante não foi suprimido pela prática social. Enquanto na escravidão extinta no Brasil no século XIX, a etnia era o fator determinante, na escravidão contemporânea, a situação socioeconômica é bem mais evidente do que a cor da pele. Contudo, há aspectos que ainda se assemelham à escravidão passada: a punição - chegando até ao homicídio -, as ameaças, a violência, a falta de condições mínimas de sobrevivência e a redução da pessoa à condição de objeto. (REIS, 2016, p. 08)

Atualmente, a escravidão ainda é observada em muitas fazendas no Brasil, decorrendo dela a exploração do trabalhador, o abuso de direitos fundamentais, a violação às normas trabalhistas e de direitos humanos. Além de coibir o trabalhador do convívio social, o trabalhador fica refém do proprietário, ou, ainda, do popularmente chamado de “gato”, por dívidas onerosas e injustas,

tendo que trabalhar em jornada excessiva ou degradante, comprometendo sua saúde, integridade física e até mesmo com risco para sua vida, sujeitos a toda sorte de violência e destituídos do mais fundamental dos direitos: o direito de ir e vir. (CARNEIRO, 2016, p. 02)

Tal entendimento coaduna-se com a lição de Leonardo Sakamoto (2006, p. 11) quando o mesmo afirma que:

Quando falamos de trabalho escravo, estamos nos referindo a muito mais do que o descumprimento da lei trabalhista. Estamos falando de homens, mulheres e crianças que não têm garantia da sua liberdade. Ficam presos a fazendas durante meses ou anos por três principais razões: acreditam que têm que pagar uma dívida ilegalmente atribuída a eles e por vezes instrumentos de trabalho, alimentação, transporte estão distantes da via de acesso mais próxima, o que faz com que seja impossível qualquer fuga, ou são constantemente ameaçados por guardas que, no limite, lhes tiram a vida na tentativa de uma fuga. Comum é que sejam escravizados pela servidão por dívida, pelo isolamento.

Nesta senda, imperioso destacar que o trabalho escravo contemporâneo é aquele que se realiza mediante a redução do trabalhador a simples artifício de lucro do empregador. O trabalhador é subjugado, humilhado e submetido a condições degradantes de trabalho e, em regra, sem o direito de desfazer o contrato ou de deixar o local de trabalho a qualquer tempo. (MIRAGLIA, 2011, p. 131)

A escravidão contemporânea tem suas vítimas principalmente na zona rural. Esses trabalhadores são contratados para trabalhar, principalmente, nas atividades de pecuária bovina, desmatamento, a produção de carvão para siderurgia, produção de cana-de-açúcar, de grãos, de algodão, de erva-mate, de pinus. Em que pese essa forma de trabalho seja geralmente encontrada na zona rural, também há incidência em oficinas de costura e em canteiros de obras na zona urbana. (REIS, 2016, p. 09)

Verifica-se, destarte, por intermédio de ações de auditores fiscais do Trabalho, procuradores do Trabalho, policiais federais e de agentes públicos responsáveis pela prática de trabalho escravo no Brasil, que quem escraviza no Brasil não são proprietários desinformados e escondidos em fazendas atrasadas, e sim latifundiá-

rios, muitos produzindo com alta tecnologia para o mercado consumidor interno e/ou internacional, identificando nas fazendas até mesmo campos de pouso de aviões. O gado recebe tratamento de primeira, enquanto os trabalhadores vivem em condições piores do que as dos animais. (SAKAMOTO, 2006, p. 24)

No que concerne à prática do trabalho escravo, os chamados “gatos” ostentam um função fundamental. São aqueles que aliam os trabalhadores, servindo de fachada para que os fazendeiros não sejam responsabilizados pelo crime, assumindo um papel imprescindível para a execução do trabalho escravo.

Acerca da atuação do gato e do momento em que se configura a escravidão, Leonardo Sakamoto (2006, p. 21-22) sintetiza que:

Esses gatos recrutam pessoas em regiões distantes do local da prestação de serviços ou em pensões localizadas nas cidades próximas. Na primeira abordagem, mostram-se agradáveis, portadores de boas oportunidades de trabalho. Oferecem serviço em fazendas, com garantia de salário, de alojamento e comida. Para seduzir o trabalhador, oferecem “adiantamentos” para a família e garantia de transporte gratuito até o local do trabalho. [...] Ao chegarem ao local do serviço, são surpreendidos com situações completamente diferentes das prometidas. Para começar, o gato lhes informa que já estão devendo. O adiantamento, o transporte e as despesas com alimentação na viagem já foram anotados em um “caderno” de dívidas que ficará de posse do gato. Além disso, o trabalhador percebe que o custo de todos os instrumentos que precisar para o trabalho – foices, facões, motosserras, entre outros – também será anotado no caderno de dívidas, bem como botas, luvas, chapéus e roupas. Finalmente, despesas com os improvisados alojamentos e com a precária alimentação serão anotados, tudo a preço muito acima dos praticados no comércio. Convém lembrar que as fazendas estão distantes dos locais de comércio mais próximos, sendo impossível ao trabalhador não se submeter totalmente a esse sistema de “barracão”, imposto pelo gato a mando do fazendeiro ou diretamente pelo fazendeiro. Se o trabalhador pensar em ir embora, será impedido sob a alegação de que está endividado e de que não poderá sair enquanto não pagar o que deve. Muitas vezes, aqueles que reclamam das condições ou tentam fugir são vítimas de surras. No limite, podem perder a vida.

Além disso, o trabalho escravo contemporâneo também se configura através de constrangimento nas relações de trabalho, como a apreensão de documentos e as condições arriscadas de trabalho, que acabam por lesar direitos fundamentais e da personalidade dos trabalhadores. Trata-se, aliás, do mais grave exemplo de constrangimento no trabalho, que degradam o trabalhador perante si mesmo e perante a sociedade. (NASCIMENTO, 2006, p. 19)

Nesse esteio, pode-se observar que falta ao trabalhador a verdadeira liberdade de escolha em relação ao seu emprego. Muitas vezes essa carência de liberdade é decorrente da ausência de garantia de igualdade substancial, de igualdade de oportunidades e de igualdade de acesso ao mercado de trabalho digno. (MIRAGLIA, 2011, p. 148)

Tais atitudes que, impensáveis em pleno século XXI, onde o respeito aos direitos humanos são contemplados na Carta Magna, devem ser definitivamente coibidas. Uma das hipóteses, além da punição em esfera penal e a expropriação prevista pela norma constitucional, seria através da atuação do Ministério Público do Trabalho, indenizando os trabalhadores por todos os danos suportados. (NASCIMENTO, 2006, p. 19-20)

3. A NOVA FEIÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito de propriedade na Constituição Federal de 1988 acaba por se firmar como o direito subjetivo mais amplo de todos os direitos subjetivos patrimoniais. É um direito fundamental que, junto aos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compõe o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. (FARIAS, 2015, p. 232)

Ao longo do tempo, notadamente a partir do desenvolvimento da ideia de Estado de bem-estar-social, passou-se a reconhecer a necessidade de criação de limitações ao âmbito de extensão da ideia de propriedade, de modo a trata-lo não mais como um direito absoluto, como era visto no Código Civil de 1916, mas, ao revés, como um direito sujeito a limites, impondo, principalmente, a exigência do cumprimento de uma função social. (BERNARDO, 2015, p. 130-131)

Nesse prisma, a Carta Magna trouxe o Direito de Propriedade como direito fundamental sob uma nova conotação: deixa de ser considerado como um direito individual ou como um instituto do Direito Privado, evoluindo de modo a se desvincular do conteúdo eminentemente civilístico, para uma atual natureza publicista, com a previsão de diversos limites, dentre elas a expropriação de terras urbanas ou rurais em que houver exploração de trabalho escravo, sem direito a qualquer indenização. (LIMA, 2016, p. 01)

Vislumbra-se, a partir de então que o caráter absoluto do direito de propriedade foi relativizado em face da exigência do cumprimento de sua função social. Cumpre ressaltar que a Carta Magna alçou a propriedade à condição de direito fundamental, adotando a função social como um princípio de ordem econômica e social basilar da propriedade. (PEREIRA, 2016, p. 05)

3.1. DIREITO DE PROPRIEDADE E SEU VÍNCULO INDISSOCIÁVEL COM A FUNÇÃO SOCIAL

O texto constitucional de 1988 positivou a união indissociável entre a propriedade e a sua função social no seu art. 5º, inc. XXII e XXIII.¹, arrolando o direito de propriedade dentre os direitos e garantias individuais fundamentais e logo em seguida agrega a função social.

Também quando trata da ordem econômica e elege seus princípios, destaca a propriedade privada e, sucessivamente, a função social da propriedade como princípios da ordem econômica, segundo o art. 170, inc. II e III.²

Portanto, esse direito deixa de ter o caráter “sagrado e inviolável” que tinha nas fases iniciais do liberalismo, pois o aspecto

-
- 1 Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos ter-se seguintes:
[...] XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá sua função social;
 - 2 Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...] II - a propriedade privada;
III - função social da propriedade;

absoluto e privatista da propriedade não poderia permanecer imune às transformações que iam se operando na vida econômica e nas relações sociais. Em razão disso, o direito de propriedade, de absoluto, ilimitado e exclusivo, passou a ser um direito relativo, limitado e condicionado ao conceito da função social da propriedade. (MARMELSTEIN, 2014, p. 156)

De acordo com os artigos 182 e 186 da Constituição Federal de 1988, define-se os parâmetros para o atendimento da função social a partir de uma subdivisão de seus efeitos conforme o tipo de propriedade: urbana ou rural.

É com base nesses dispositivos que se extrai que foi agregado ao direito de propriedade o dever jurídico de agir observando o interesse coletivo, ou seja, o direito subjetivo do proprietário privado foi submetido ao interesse comum, atribuindo-lhe o exercício de uma função social, voltada à coletividade. (JELINEK, 2006, p. 21)

Dessa forma, de um lado, reconhece-se e assegura o direito individual de propriedade privada e, em contrapartida, submete o direito subjetivo de utilização à realização do interesse coletivo. (MIRAGLIA, 2011, p. 50)

Importa ressaltar que o princípio da função social da propriedade deve ter como finalidade a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Destarte, na hipótese de uma eventual colisão entre esses princípios, prepondera aquele que seja capaz de concretizar, de fato, a dignidade em face do caso concreto apresentado. (MIRAGLIA, 2011, p. 51-52)

Considera-se que a função social não limita, e sim delimita e modela a propriedade, tendo em vista que fixa limites internos e positivos à propriedade. Internos, pois sua finalidade é tutelar o exercício adequado do direito de propriedade. Positivos, pois a ideia é direcionar a propriedade nas linhas da produtividade e das políticas urbanas. (FARIAS, 2015, p. 430)

Por fim, conclui-se que o princípio da função social da propriedade materializa-se em um primeiro plano, na proteção da existência digna aos seus empregados, mediante o cumprimento de seus direitos trabalhistas. (MIRAGLIA, 2011, p. 54)

4. MUDANÇAS EMPREENDIDAS NO ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM O ADVENTO DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 81/2014

A Carta Magna estabeleceu, inicialmente, que as glebas onde fossem localizadas plantas psicotrópicas seriam imediatamente expropriadas, sem qualquer indenização ao proprietário. Tratava-se de norma prevendo o confisco das terras utilizadas com essa finalidade, prevista no art. 243, *caput*, da Constituição Federal. (MENDES, 2015, p. 354)

Observe-se, contudo que, com o advento da Emenda Constitucional nº. 81/2014, oriunda da chamada “PEC do Trabalho Escravo” ou PEC 438/2001, houve uma alteração da redação do art. 243 para prever mais uma hipótese de expropriação onde forem localização exploração de trabalho escravo em propriedades rurais ou urbanas. (MENDES, 2015, p. 354)

Preceitua o *caput* do artigo 243 da Constituição Federal após a Emenda nº 81/2014:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Necessário que se observe que a aprovação da Emenda Constitucional nº 81/2014 mostrou-se como um passo importante na luta pela erradicação dessa ferida no Brasil, haja vista que essa prática atingiu proporções graves em nosso país e a repreensão apenas na esfera trabalhista não era mais suficiente. (REIS, 2016, p. 26)

Cumprе ressaltar que na redação anterior, o art. 243 previa que as glebas seriam expropriadas e destinadas especificamente para o “assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos”.

Entretanto, essa regra dificultava a utilização efetiva dos referidos bens, pois praticamente inviabilizava a utilização das terras,

já que estas, muitas das vezes, possuem aptidão que não se compatibiliza com essa destinação. (SOUZA NETO, 2016, p.03)

Nesse passo, a alteração promovida para que as propriedades rurais e urbanas fossem destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular foi bastante adequada, uma vez que essa destinação tem mais facilidade de implementação e empresta efetividade à determinação constitucional. (SOUZA NETO, 2016, p.03)

No que tange à sanção imposta pela norma constitucional, a expropriação destaca-se como a mais gravosa dentre as modalidades interventivas do Estado no domínio privado, uma vez que o poder público, amparando-se de sua supremacia sobre o particular, de forma coercitiva, se apropria do bem deste e o incorpora ao seu patrimônio. (PEREIRA, 2016, p. 06)

Assim dispõe o artigo 5º XXIV da Constituição Federal: “a lei estabelecerá para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada os casos previstos nesta Constituição”.

Neste ponto, assevera Gilmar Ferreira Mendes (2015, p. 355):

A nova redação do art. 243 da Constituição Federal passou a fazer expressa menção à necessidade de ser observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Trata-se, portanto, de reiteração da importância dos preceitos nele dispostos. Por óbvio, o inciso XXIV - direito à justa e prévia indenização em dinheiro - não se aplica.

Além da expropriação, a norma constitucional supracitada, em seu parágrafo único, consagra, ainda, que “todo e qualquer bem de valor econômico, apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como da exploração de trabalho escravo, será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”.

4.1. PROBLEMÁTICA NA DEFINIÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO

É passível de questionamento a constitucionalidade da emenda constitucional ao estabelecer o confisco de propriedades onde se identifique a prática de atividade escrava, haja vista que o con-

ceito de trabalho escravo tem conteúdo indeterminado, o que dá margem ampla ao legislador para definir o trabalho escravo e, em consequência, suprimir a propriedade nos casos tidos por enquadrados. (MENDES, 2015, p. 354)

A respeito do confisco de terras e bens em que se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas, convém pontuar que a Lei nº 8.257, de 1991, nos termos do art. 2^o³, define o conceito de plantas psicotrópicas, bem como fixa a possibilidade de autorização, dada por órgão do Ministério da Saúde, em casos excepcionais, como a cultura de plantas psicotrópicas para atender a finalidades terapêuticas e científicas.

Contudo, há que se ressaltar que ainda não há regulamentação da norma referente à expropriação de propriedades rurais e urbanas nas quais seja constatada a exploração de trabalho escravo. Cabe à legislação que venha a disciplinar essa modalidade conter definições bastante claras do conceito de trabalho escravo, bem como garantir o devido processo legal aos proprietários dos imóveis, evitando, assim, insegurança jurídica. (MENDES, 2015, p. 355)

Um dos maiores óbices enfrentados pela PEC 438/2001 durante sua tramitação pairou na definição do que é trabalho escravo. Os que eram contrários indicavam que, antes de votar a proposta, precisava-se definir o que de fato é trabalho escravo. Mesmo após aprovada e promulgada como Emenda Constitucional, ainda há muito debate acerca do tema e muita luta entre os que almejam a alteração do conceito de trabalho escravo e os que defendem a permanência da atual definição do crime. (REIS, 2016, p. 17)

A PEC 438/2001 define como trabalho escravo, entre outros comportamentos, a submissão ao trabalho forçado, exigido sob a ameaça de punição, com uso de coação e a retenção do trabalhador no local de trabalho, seja por meio de dívidas forçadas, impedimento de acesso aos meios de locomoção ou vigilância os-

3 Art. 2^o Para efeito desta lei, plantas psicotrópicas são aquelas que permitem a obtenção de substância entorpecente proscrita, plantas estas elencadas no rol emitido pelo órgão sanitário competente do Ministério da Saúde. Parágrafo único. A autorização para a cultura de plantas psicotrópicas será concedida pelo órgão competente do Ministério da Saúde, atendendo exclusivamente a finalidades terapêuticas e científicas.

tensiva. Contudo, há de se ressaltar que o mero descumprimento da legislação trabalhista não se integra nas definições de trabalho escravo. (REIS, 2016, p. 17)

O artigo 149 do Código Penal brasileiro⁴ serve de critério de definição do crime de escravidão, conceituando o trabalho análogo ao de escravo de maneira ampla, compreendendo o ato de reduzir a pessoa a essa condição, quer “submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” quer “sujeitando-o a condições degradantes de trabalho”, quer “restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”. Nessa linha, as formas de trabalho escravo tipificadas no ordenamento jurídico-penal brasileiro são: trabalho forçado, restrição de locomoção, condições degradantes e jornada exaustiva. (CARVALHO, 2016, p. 09)

Nota-se que não é mais a distinção de raça e etnia que vai determinar o crime, como outrora na época colonial. Hoje, impõe-se perceber, que é a supressão dos direitos essenciais dos trabalhadores que tem configurado o trabalho escravo.

Os Tribunais Superiores corroboram essa corrente, através de reiterados julgados que reconhecem que o cerceamento de liberdade pode decorrer de meios diversos de constrangimento, consoante se infere do aresto proferido por Marco Aurélio, ilustre Ministro do Superior Federal, *in verbis*:

EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física

4 Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem

da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. **A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana**, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. **A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”**. [...] (STF, Inq 3412, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2012 PUBLIC 12-11-2012 RTJ VOL-00224-01 PP-00284) (Grifos nossos).

É nessa mesma diretriz o teor do julgado abaixo compilado, perpetrado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *in verbis*:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO (ART. 149, caput, c/c o art. 70, todos do CP). FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. OMISSÃO DE REGISTRO EM CTPS (§ 4º do art. 297 do CP). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DO ART. 149 DO CP COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. 1. Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento do crime de redução à condição análoga à de escravo (art. 149, caput, do CP), por enquadrar-se na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, praticadas no contexto de relações de trabalho. 2. **Trabalhadores submetidos a condições de trabalho degradantes, num cenário humilhante de trabalho, havendo não apenas desrespeito a normas de proteção do trabalho, mas desprezo a condições mínimas de saúde, segurança, higiene, respeito e alimentação, além de laborarem expostos a calor excessivo dos fornos, sem equipamentos de proteção individual, submetidos, também, a jornadas excessivas, eis que trabalhavam por mais de 8 (oito) horas diárias, comprovam a autoria do crime previsto no art. 149, caput, do CP** pelo acusado. [...]. (TRF 1ª R., ACR 0000816-07.2007.4.01.3901 / PA, Rel. JUIZ TOURINHO NETO, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p.26 de 30/07/2010) (Grifos nossos).

Observa-se, portanto, que, segundo a jurisprudência pátria, a definição do trabalho em condições análogas à de escravo deve ser feita à luz do princípio basilar do Direito brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Isso porque o trabalho em condições análogas à de escravo é a antítese do trabalho digno. (MIRAGLIA, 2011, p. 149)

Assim, trabalho forçado se refere àquele para o qual a vítima não se ofereceu volitivamente, sendo, portanto, a ele constrangido por meios capazes de inibir sua vontade. (GRECO, 2016, p. 473)

Nesta esteira, resta incontroverso que o trabalho análogo ao escravo não se exaure somente em trabalhar forçosamente, mas também em impor a um trabalhador jornada exaustiva de trabalho, de modo a esgotar completamente suas forças, comprometendo sua saúde física e mental. (GRECO, 2016, p. 473)

Nesse sentido, a Instrução Normativa da Secretaria de Inspeção do Trabalho n.º 91, de 05 outubro de 2011, do Ministério do Trabalho e Emprego, elenca situações em que configuram o trabalho análogo ao escravo, conforme dispõe o art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º. Para os fins previstos na presente Instrução Normativa, considera-se trabalho realizado em condição análoga à de escravo a que resulte das seguintes situações, quer em conjunto, quer isoladamente:

- I - a submissão de trabalhador a trabalhos forçados;
- II - a submissão de trabalhador a jornada exaustiva;
- III - a sujeição de trabalhador a condições degradantes de trabalho;
- IV - a restrição da locomoção do trabalhador, seja em razão de dívida contraída, seja por meio do cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, ou por qualquer outro meio com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- V - a vigilância ostensiva no local de trabalho por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- VI - a posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, por parte do empregador ou seu preposto, com o fim de retê-lo no local de trabalho. [...]

Nessa ordem de ideias, caracteriza-se o trabalho escravo nas hipóteses de o trabalhador prestar serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde e se as condições de trabalho

mais básicas são negadas ao mesmo, como o direito de trabalhar numa jornada razoável e que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso, permita o convívio social e não tenha limitações na sua alimentação, higiene e moradia. (GRECO, 2016, p. 474).

Por fim, temos que a finalidade basilar da conceituação do trabalho em condições análogas à de escravo, considerando como aquele trabalho realizado com o cerceamento da liberdade e/ou em situação degradante, é proporcionar a máxima efetividade aos seus mecanismos de combate e prevenção, evitando, assim, o arbítrio e subjetivismo no momento de aplicação da punição. (MIRAGLIA, 2011, p. 153)

5. A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE FACE AOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, é de suma importância pontuar que a escravidão contemporânea representa verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana e grave violação aos direitos mais elementares do homem, como a vida, a liberdade, a igualdade, a integridade física, a saúde, o trabalho e o bem-estar.

A Constituição Federal de 1988 determina como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho logo em seu art. 1º, III e IV, ao passo que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, proibindo a tortura e o tratamento desumano ou degradante, assim como as penas de trabalhos forçados e cruéis, nos termos do art. 5º, *caput*, incisos III, XV, XLVII, e alíneas “c” e “e”.

Constata-se, assim, que são vários os bens jurídicos lesados com a execução do trabalho análogo ao escravo, com destaque para a liberdade pessoal e a dignidade da pessoa humana. (CARVALHO, 2016, p. 09)

Junto a isso, é pertinente admitir que o trabalho realizado sob a coordenação dessa prática afronta o princípio basilar do Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana, pois submete o trabalhador a condições ínfimas de sobrevivência, em grau muito abaixo do mínimo necessário para uma vida digna. (MIRAGLIA, 2011, p 132)

Assim, não se pode mais considerar a propriedade com o conteúdo absoluto com o qual foi contemplado no Código Civil de 1916⁵. A nova concepção de direito exige que os valores constitucionais, em especial os relativizadores, sejam aplicados na concretização da extensão do direito de propriedade, pois não mais se mostra possível que a propriedade seja compreendida puramente com caráter individualista. (JELINEK, 2006, p. 28)

Desse modo, as faculdades derivadas do direito de propriedade não podem ser desempenhadas ilimitadamente, porque convivem com direitos alheios e porque existem interesses públicos maiores no Estado Social. (JELINEK, 2006, p. 23)

Em razão da despatrimonialização e repersonalização do Direito Civil, a proteção das situações patrimoniais deixou de estar no centro das preocupações jurídicas, pois, a partir de uma visão constitucionalizada do Direito Civil, a primazia passou para as situações extrapatrimoniais, buscando-se dar efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social. (JELINEK, 2006, p. 38)

Em que pese a inegável importância que possui o direito de propriedade, observa-se, na atualidade, o número exorbitante de situações de abuso do poder econômico e prejuízos causados à sociedade pelo mau uso da propriedade quando exercido de forma absoluta, representando uma verdadeira ameaça aos direitos humanos da coletividade. (BERNARDO, 2015, p. 137)

De mais a mais, percebe-se que as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, pois refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito. Portanto, não raro elas comumente, no momento da aplicação, entram em rota de colisão. (MARMELSTEIN, 2014, p. 364)

Compreende-se, assim, que outros direitos fundamentais podem prevalecer sob o direito individual de propriedade, na medida em que favoreçam a concretização da dignidade humana e o progresso da justiça social. (MIRAGLIA, 2011, p. 53)

5 Estabelecia o revogado Código Civil de 1916, em seu art. 524: Art. 524 – A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens e o direito de reavê-los do poder de quem quer que injustamente a possua. O dispositivo era amplo, quase absoluto.

No que tange aos direitos fundamentais, vale explicar todos aqueles que são desrespeitados com essa prática e que devem prevalecer em detrimento ao direito de propriedade, tais como a dignidade humana, direito à vida, integridade física, saúde, trabalho decente, moradia e alimentação.

Registre-se, inicialmente, que o respeito à dignidade humana encontra-se em primeiro plano entre os alicerces constitucionais pelos quais se orienta o ordenamento jurídico brasileiro na defesa dos direitos da personalidade, logo no art. 1º, III da Constituição. (GONÇALVES, 2013, p. 191)

Cumpre destacar que a dignidade da pessoa humana é base da vida em sociedade e dos Direitos Humanos. Consta, inclusive, no art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, que estabelece: “Art. 1º. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”.

Há de se aduzir que no âmbito trabalhista, dignidade da pessoa humana pode representar a busca de um ideal de vida para todo ser humano, a partir do trabalho como instrumento eficaz de realização deste mesmo ideal de vida. Isto posto, o ser humano procura um trabalho digno, garantidor de sua sobrevivência e de sua família, com vida protegida, com direito à habitação, saúde, alimentação, educação, previdência social, lazer, dentre outros direitos sociais, normatizados no art. 6º da Constituição. (PEREIRA, 2009, p. 10/1216)

No que cinge ao direito à vida, considera-se a vida humana um bem supremo, ao passo que preexiste ao direito e deve ser respeitado por todos. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. (GONÇALVES, 2013, p. 194)

O direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, a salvo de qualquer lesão, tortura ou tratamento desumano ou degradante. Compreende o direito à preservação das particularidades físico-psíquicos e espirituais-morais da pessoa humana, configurando o mais fundamental de todos os direitos e condição *sine qua non* para o exercício dos demais direitos. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 675-676)

No que concerne o direito à integridade física, este compreende a proteção jurídica à vida e ao próprio corpo vivo ou morto. (GONÇALVES, 2013, p. 194)

Em relação ao direito à liberdade, este consiste na prerrogativa fundamental que investe o ser humano de um poder de autodeterminação ou de determinar-se segundo a sua própria consciência. Ou seja, traduz-se em um poder de atuação em busca de sua realização pessoal e de sua felicidade. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 682)

A liberdade de ir e vir está prevista no art. 5º, XV, da Constituição, nos seguintes termos: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.”

A despeito ao direito à saúde, este se revela um direito tão fundamental, por estar mais diretamente vinculado ao direito à vida, que nem precisa de reconhecimento explícito. Não obstante, a Constituição estabeleceu que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 747)

Assim, de nada adianta ao trabalhador um emprego, mesmo que com remuneração razoável, se sua saúde é prejudicada. Dessa maneira, o primeiro propósito deve ser a preservação do ambiente em condições de salubridade e segurança, sob pena de caracterização do trabalho em condições degradantes. (MIRAGLIA, 2011, p 125)

Em relação ao direito ao trabalho decente, a Agenda Nacional de Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho - OIT (2006, p. 05) o define apoiando-se em quatro pilares fundamentais: o respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho, como a eliminação de todas as formas de trabalho forçado e abolição efetiva do trabalho infantil; promoção do emprego de qualidade; extensão da proteção social e diálogo social.

No que cinge aos direitos trabalhistas mínimos, entende-se como necessário para a concretização do trabalho digno as garantias de: remuneração justa, compreendida como aquela que assegura o salário mínimo constitucional aos trabalhadores, limitação da duração do trabalho e do período de descanso, repouso sema-

nal remunerado e férias, bem como respeito aos intervalos “inter” e “intra” jornada e direito ao pagamento das eventuais horas extraordinárias prestadas, nos termos dos incisos XIII, XIV, XV, XVI e XVII do art. 7^a da Carta de 1988.

Além dessas garantias acima referenciadas, vale ressaltar ainda a garantia ao acesso à seguridade social, de modo que o trabalhador tenha proteção contra o desemprego e outros riscos sociais, tais como acidentes de trabalho ou doenças profissionais, bem como o direito a uma aposentadoria justa e digna, nos termos dos incisos XXIV e XXVIII do artigo supracitado.

Esses direitos trabalhistas podem ser sintetizados na fórmula contida no art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

- Artigo XXIII. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

Nesse diapasão, consolida-se o direito ao trabalho como o mais eficaz dos direitos para a consolidação da dignidade social, ao passo que é pelo trabalho digno que a pessoa alcança a realização plena como ser humano, uma vez que é por fruto de seu trabalho que o homem, destituído de riquezas, garante-se na sociedade capitalista moderna. (MIRAGLIA, 2011, p 160)

Sendo assim, faz-se evidente que o trabalho digno é aquele exercido com respeito aos princípios constitucionais do trabalho, sobretudo, à dignidade da pessoa humana e à igualdade, bem como ao direito à liberdade, e garantidas às condições mínimas imprescindíveis para uma vivência, e não uma mera sobrevivência, digna do homem-trabalhador e de sua família. (MIRAGLIA, 2011, p 127)

Ademais, faz-se mister que se verifique o respeito às normas de segurança no trabalho, com a finalidade de garantir ao indivi-

duo a execução de suas tarefas em um ambiente sadio e livre de elementos nocivos à sua saúde e a sua vida. Assevere-se ainda que o fornecimento de equipamentos de proteção individual, manutenção de moradia e de alimentação adequadas aos trabalhadores também são direitos fundamentais que encontram respaldo na Constituição Federal. (MIRAGLIA, 2011, p 127)

Importante trazer à baila um exemplo, dentre vários outros possíveis, de direito humano passível de ser contraposto ao direito de propriedade, e previsto em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos: o direito a não ser submetido a trabalhos forçados. Quanto a este direito humano, dispõe o art. 8º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:

ARTIGO 8

1. Ninguém poderá ser submetido á escravidão. A escravatura e o tráfico de escravos são proibidos sob todas as formas.
2. Ninguém pode ser submetido à servidão

Diante de tudo quanto exposto, resta evidente que a alteração constitucional em seu art. 243, contribuiu para fomentar a efetivação do princípio do respeito à dignidade humana, liberdade, vida e tantos outros direitos já explanados, pois um ser humano sem qualquer desses direitos tem uma existência mitigada, corrompida e ultrajada. (BERNARDO, 2015, p. 139)

Nessa toada, contempla-se a relativização do direito de propriedade, afastando a tradição patrimonialista, individualista e absolutista inscrita no Código Civil de 1916, e incorpora a concepção social e funcional à propriedade, onde os direitos mais vitais preponderam em relação ao direito de propriedade. (JELINEK, 2006, p. 28-29)

6. CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva, torna-se necessário destacar a relevância da aprovação da Emenda Constitucional nº 81/2014, uma vez que tem de forma evidente a finalidade de coibir, de modo mais radical a exploração do homem pelo homem, submetendo-o a condições de análogas à escravidão.

Trata-se de um grande marco paradigmático e um importante dispositivo para se consubstanciar o princípio da dignidade humana e, sobretudo, controlar novos focos de escravidão no país.

Ademais, a sanção aplicada pela Emenda Constitucional supracitada gera uma incontestável relativização do direito de propriedade, haja vista que o legislador opta por prestigiar, nessas situações, direitos vitais, tais como a dignidade humana, a vida e a saúde, em detrimento do direito de propriedade que está em jogo.

Por fim, em que pese à implementação dessa medida represente um avanço indiscutível, é imprescindível verificar os desafios e dificuldades na efetivação dessa norma constitucional.

Importa frisar que o grande problema em torno do trabalho em condições análogas à de escravo não se delimita aos instrumentos repressivos, mas sim ao que tange à sua prevenção. Assim, cumpre salientar que não basta a erradicação do trabalho escravo contemporâneo no Brasil. São iminentes a adoção de políticas públicas e o envolvimento da sociedade no sentido de devolver ao trabalhador a sua dignidade plena e a capacidade de incluir-se, de fato, na comunidade a que pertence.

Ante o exposto, faz-se mister a materialização dos princípios constitucionais do trabalho, principalmente os da igualdade substancial, da justiça social e da valorização do trabalho e a consolidação da garantia do trabalho digno aos indivíduos. Somente assim, aniquilar-se-iam as condições que tornam possível a prática do trabalho escravo no país, uma vez que seria assegurada a todos a efetiva liberdade, consolidando, assim, a verdadeira dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 dez.1948. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BERNARDO, Leandro Ferreira. Aprovação da Pec do Trabalho escravo e a flexibilização do direito de propriedade no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília-DF: Fórum, ano 14, n.01, jan./mar. 2015, p. 124-146

BRASIL. **Agenda Nacional de Trabalho Decente da Organização Internacional do Trabalho (OIT)**. Dispõe sobre a geração de trabalho decente a fim de combater a pobreza e as desigualdades sociais. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/agenda_nacional_trabalho_decente_536.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1940.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

Emenda Constitucional nº 81, de 05 de junho de 2014. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc81.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil Revogado. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8257.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016

Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Aprovado no ordenamento pátrio por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 19 out. 2016.

BRASIL. **Secretaria de Inspeção do Trabalho. Instrução Normativa nº 91**, de 05 de outubro de 2011. Dispõe sobre a fiscalização para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/instrucaonormativa-sit-91-2011.htm>>. Acesso em: 25 out. 2016.

Superior Tribunal Federal. Inquérito 3412. Relator: Min. Marco Aurélio. Relatora p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29 mar. 2012. Acórdão eletrônico DJe-222. Divulgado em 09 nov.-2012. Publicado em 12 nov. 2012. RTJ VOL-00224-01PP-00284. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283412%2ENUME%2E+OU+3412%2EACMS%2E%29+%28%28MARCO+AUR%29LIO%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%29C9LIO%29%2ENORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%29C9LIO%29%2ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%29LIO%29%2EACMS%2E%29%28%40JUL>>

G+%3E%3D+20120323%29%28%40JULG+%3C%3D+20120330%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pevbg9>. Acesso em: 03 out. 2016.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal 0000816-07.2007.4.01.3901 / PA. Relator: Juiz Tourinho Neto, Terceira Turma, julgado em 15/06/2010. DJF1 30/07/2010. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br/busca/>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

CARNEIRO, Hamilton Gomes; NEVES, Cleuber Barbosa. **Função social da terra e desapropriação: a questão da produtividade obtida por meio de trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fb6fd60c07bc9bbe>>. Acesso em: 10 set. 2016.

CARVALHO, Thirzzia Guimarães. **Desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária em decorrência da exploração de trabalho escravo**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12656>. Acesso em: 10 set. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. rev. ampl. e atual. Salvador/BA: JusPODIVM, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**. 11.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas S.A, 2015, v.5.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Trabalho escravo e desapropriação – Emenda Constitucional nº 81/2014 e regulamentação legal. **Revista Jurídica LEX**, São Paulo: LEX Editora S/A, v. 69, maio/junho 2014, p. 37-42.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v.1.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 10.ed. rev. ampl. e atual. Niterói/RJ: Impetus, 2016.

JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil**. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

LIMA, Thiago Emmanuel Chaves. **Ampliação dos limites constitucionais ao direito de propriedade: expropriação por trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,ampliacao-dos-limites-constitucionais-ao-direito-de-propriedade-expropriacao-por-trabalho-escravo,49101.html>>. Acesso em: 21 set. 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo/SP: Atlas S.A, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo/SP: Saraiva (Série IDP), 2015.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: LTr, 2011.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa Mascaro. A questão do trabalho escravo. **Revista Synthesis: Direito do Trabalho Material e Processual**, São Paulo: Síntese, v. 42, 2006, p. 18-21.

PEREIRA, Carlos Eduardo Souza; CARDOSO, Elaine; COSTA, Rayanne Gabrielle Leal. **Desapropriação da propriedade privada decorrente da exploração de trabalho escravo à luz da Emenda Constitucional nº 81/2014**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50265/desapropriacao-da-propriedade-privada-decorrente-da-exploracao-de-trabalho-escravo-a-luz-da-emenda-constitucional-n-81-2014>>. Acesso em: 16 out. 2016.

PEREIRA, Cicero Rufino. O trabalho escravo e infantil e a dignidade da pessoa humana. **Revista LTr – Legislação do Trabalho**, São Paulo. v. 73, nº 10, out. 2009, p. 10/1215-10/1222.

REIS, Sérgio Cabral; PAIVA, Regina Lemos. **A Emenda Constitucional 81/2014 e a problemática na conceituação de trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9833dfe00e523737>>. Acesso em: 21 out. 2016.

SAKAMOTO, Leonardo. **Trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf>. Acesso em: 09 set. 2016.

SOUZA NETO, Gentil Ferreira. **Mudanças empreendidas no art. 243 da Constituição Federal pela PEC do Trabalho Escravo (Emenda Constitucional nº 81/2014)**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39728/mudancas-empreendidas-no-art-243-da-constituicao-federal-pela-pec-do-trabalho-escravo-emenda-constitucional-n-81-2014>>. Acesso em: 03 out. 2016.



Capítulo VI

Disciplina normativa do registro civil de pessoas concebidas por reprodução assistida heteróloga

Mila Carreiro Marinho

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de
Direito (FBD) e Ciência Contábeis pela Universidade
Federal da Bahia (UFBa).



Disciplina normativa do registro civil de pessoas concebidas por reprodução assistida heteróloga

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA 2.1 EVOLUÇÃO NORMATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA 3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA E A FILIAÇÃO 3.1 A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E OS SEUS DESDOBRAMENTOS 3.2 A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PELA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA 4 O REGISTRO CIVIL DE PESSOAS CONCEBIDAS POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA 4.1 O PROVIMENTO 52/16 DO CNJ E O REGISTRO CIVIL DE PESSOAS CONCEBIDAS POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

RESUMO: Artigo destinado à análise da disciplina normativa do registro civil de nascimento de pessoas concebidas por procedimento procriativo assistido heterólogo. A análise caminha pela modificação do conceito de família ao longo do tempo, a inserção moral da reprodução assistida na sociedade brasileira e, consequentemente, o reconhecimento desses

procedimentos no âmbito jurídico e a suas implicações no instituto da filiação. Nesse sentido, o Provimento de 52/16 do CNJ possibilitou e uniformizou o reconhecimento civil das pessoas concebidas por procedimento reprodutivo assistido heterólogo em âmbito extrajudicial, possibilitando o reconhecimento da filiação socioafetiva e afastando, eventualmente, a filiação biológica do doador, que por consequência afeta o acesso e garantia dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Palavras-chave: Reprodução Heteróloga; Filiação; Registro Civil.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar as implicações do registro civil de pessoas nascidas por reprodução assistida heteróloga para a delimitação e reconhecimento jurídico da filiação. Apesar da grande relevância social face o aumento significativo das técnicas de reprodução assistida pela sociedade brasileira nas últimas décadas, o tema ainda carece de previsão legislativa. Essa ausência da disposição legal pode, efetivamente, prejudicar o acesso ao direito fundamental da cidadania, e assim o da igualdade e dignidade do ser humano, que o registro da existência do indivíduo perante o Estado é capaz de assegurar.

Nesse sentido, o estudo apresenta significativa relevância jurídica e social na medida em que alerta a carência e necessidade da disposição de Lei sobre o tema, assim como o do reconhecimento por Lei da existência de diferentes modelos familiares e da importância do registro civil de nascimento para possibilitar direitos fundamentais do ser humano. No âmbito social, deve alertar para a existência do Provimento 52/16 do CNJ, que uniformiza o registro civil de pessoas concebidas pelo método reprodutivo assistido heterólogo, possibilitando uma maior efetivação do direito à ci-

dadania. Esses interesses se justificam na medida em que faz-se necessária a atualização legislativa do instituto da filiação face as mudanças sociais e políticas da atualidade.

As inquietações pertinentes ao tema envolvem intensos questionamentos: O reconhecimento extrajudicial do registro civil de nascimento de pessoas concebidas por procedimentos procriativos assistidos heterólogos é significativo para a consolidação do conceito constitucional de família? A uniformização nacional para o registro de nascimento dessas pessoas é capaz de conferir maior segurança ao instituto? O provimento 52/16 do CNJ observa as normas éticas, morais e constitucionais da sociedade brasileira hoje?

Com o intuito de estimular e sanar esses questionamentos, exploraremos, no primeiro capítulo, a evolução do conceito jurídico de família através da análise conjunta da Lei com o contexto histórico ao qual foi inserida. Esse capítulo ainda analisa a influência do reconhecimento moral da utilização das técnicas de reprodução assistida e a contribuição dessas para a formação contemporânea do conceito de família, marcado pelo processo de “desbiologização da paternidade” e reconhecimento das múltiplas formações familiares pelo direito. O segundo capítulo aborda a coexistência da filiação biológica e socioafetiva nos procedimentos de reprodução assistida heteróloga que não necessariamente se correspondem. Assim, o capítulo aborda a igualdade das formas de filiação e a tendência da prevalência do interesse do menor para o estabelecimento do estado de filiação. Além disso, o capítulo desenvolve a existência da filiação biológica entre o doador e o concebido e possibilidade de sua desconstrução, que, em regra, ocorre via contratual, com reconhecimento pela ausência do nome do doador no registro civil da criança. A prática do uso das técnicas de reprodução assistida reflete uma aceitação social da filiação socioafetiva, o que, juridicamente, assume grande relevância à medida em que o Estado reconhece a sua existência. O terceiro capítulo aborda o procedimento de registro civil de pessoas concebidas por procedimentos procriativos assistidos antes e depois da Resolução 52/16 do CNJ, e a relevância desse procedimento para assegurar os princípios da igualdade e dignidade do ser humano concebido por meio dessa técnica.

2. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O CONCEITO JURÍDICO DE FAMÍLIA

A definição do conceito de família é fruto de uma construção multidisciplinar, uma vez que o instituto da família é uma das principais bases da sociedade (BARROSO, 2010, p. 361). Nesse sentido, a tradução jurídica do instituto da família é limitado – tendo em vista que a evolução normativa é incapaz de acompanhar com a mesma velocidade – se refere às transformações morais da sociedade que refletem diretamente na questão da família. A exemplo disso, podemos citar a evolução da ciência e das técnicas de reprodução humana, que vêm transformando o conceito de família, mas que a norma jurídica brasileira ainda não conseguiu abarcar essa realidade da sociedade pós-moderna.

Sendo o fenômeno jurídico a experiência normativa de orientação do comportamento humano em sociedade, e o instituto da família inerente à convivência humana coletiva (SOARES, 2013, p. 26-30), o conceito de família se fez presente desde as primeiras disciplinas normativas no Brasil. A transformação do conceito jurídico de família vem passando por diversas transformações ao longo do tempo, sendo, portanto, um conceito mutável/não estático, de modo que reflita, na medida do possível, a realidade e expectativas da sociedade à época (FARIAS, 2015, p. 4).

O avanço nas técnicas científicas de reprodução humana contribuiu significativamente para a mudança do conceito social de família. Isso porque o uso dessas técnicas pela sociedade dissociou a reprodução do ato sexual, criando novos vínculos familiares dissociados da necessidade do aspecto biológico (MOÁS; CORREIA, 2010, p. 591-607). A reprodução humana assistida heteróloga, especialmente, que em muitos aspectos se aproxima da filiação oriunda da adoção, se dissocia desta e revoluciona o conceito de família no sentido que reconhece a filiação não biológica de um ou de ambos os genitores no momento da concepção, e não após o nascimento (MALUF, 2010, p. 600).

Isso significa dizer que o conceito jurídico de família caminha no sentido de reconhecer os princípios fundamentais do ser humano, o que pode ser percebido pela leitura dos dispositivos jurídicos mais recentes. Essa tendência jurídica de visualizar o indi-

víduo multitudinariamente reflete em aspectos jurídicos práticos, como o registro civil de pessoas nascidas por meio desse procedimento, que antes deveria se dar, necessariamente, por via judicial para o reconhecimento da filiação, e hoje, por força do Provimento 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), deverá ocorrer via extrajudicial.

2.1. EVOLUÇÃO NORMATIVA DO CONCEITO DE FAMÍLIA

A evolução jurídica do conceito de família, sob uma análise das principais normas brasileiras, leva em consideração o contexto histórico, social e político de uma época. Em linhas gerais, o conceito de família passa por três momentos principais: o de união entre a Igreja e o Estado; o de separação oficial entre a Igreja e o Estado; e o de acordo político-jurídico entre a Igreja e o Estado (TAPIA, 2012, p.19).

Constitucionalmente, o conceito de família apresentou mudanças significativas nos anos de 1824, 1891, 1946 e 1988. Em matéria infraconstitucional, o tema recebeu amparo relevante no Código Civil de 1916 e de 2002, assim como pelas Leis 833/49, 4.121/61, 6.515/77 e 8.560/92. O Provimento 52/2016 do CNJ, assim como a Resolução 2.121/15 do Conselho Federal de Medicina (CFM), apesar de não serem atos normativos de caráter legislativo, contribuem significativamente para a construção do conceito de família, uma vez que são guias para o “desenvolvimento da função normativa” pela regulamentação do exercício do poder judiciário e médico, respectivamente.

Em 1824, a Igreja e o Estado caminhavam lado a lado e, portanto, toda a vida civil era regulamentada pelos atos da Igreja. A Constituição desse ano traduziu a realidade e os anseios de um Brasil Imperial, onde a família era definida como o núcleo financeiro de um grupo limitado de pessoas, constituída pelo casamento religioso católico, necessariamente. Não há qualquer traço que indique o vínculo afetivo familiar, muito menos acerca da filiação, limitando o instituto ao seu papel garantidor do sistema político religioso da época (TAPIA, 2012, p. 8-9).

A Constituição de 1891 marca o rompimento entre a Igreja e o Estado, de domínio do Estado sobre os atos da vida civil. O con-

ceito jurídico de família passa agora a estar vinculado ao instituto do casamento civil, mas ainda sem falar no aspecto das relações familiares pautadas na afetividade (TAPIA, 2012, p 8-9). Então, apesar de o instituto da família ainda não ser reconhecido como o instituto social principal, já apresenta-se desvinculado da necessidade da submissão aos dogmas da Igreja Católica.

O Código Civil de 1916 operou efeitos e traduziu os anseios da sociedade brasileira durante quase uma década, quando então foi revogado pelo “Novo Código Civil”, em 2002. Apesar de revolucionária, porque o Direito de Família passou a ter suas próprias regras, as críticas a esse diploma normativo são veementes e concentram-se sobre o despotismo patriarcal, a conservação do casamento indissolúvel e a distinção dos tipos de filiação. Nesse momento, o conceito de família baseia-se em três pilares fundamentais, a base da organização da sociedade, o contrato e a propriedade (LEITE, 2005, p. 23).

O registro civil de nascimento só era permitido por genitores casados, não sendo possível o registro de crianças nascidas fora do casamento. O texto constitucional de 1946 modifica essa regra do Código Civil, obrigando o registro civil de crianças, assim como a assistência à maternidade, sendo possível visualizar os primeiros passos no reconhecimento da família como entidade social (TAPIA, 2012, p. 11). Nesse sentido, a Lei 833/49 modifica o Código Civil de 1916 ao reconhecer a “filiação ilegítima”, que até então não era permitida (CALDERAN; DILL, 2016, p. 3).

Em 1977, a Lei 6.515, conhecida como o Estatuto da Mulher Casada, modificou o Código Civil e significativamente o conceito de família e paternidade, uma vez que reconheceu a dissolução dos vínculos familiares, como o divórcio e o reconhecimento de filhos ilegítimos na constância do casamento ou por pais solteiros. Apesar dos avanços, o poder familiar era concentrado na figura paterna, e quando a divergência entre os genitores se fazia presente, deveria prevalecer a vontade do pai, podendo a mãe recorrer à justiça (BRITO, 2016, p. 11).

Em 1988, nasce a chamada “Constituição Cidadã”, quando o conceito de família recebe novos contornos. Nesse momento, a família é mencionada no texto constitucional como “base da socieda-

de”, trazendo um conceito mais amplo, reconhecendo outras formações familiares que não as estritamente oriundas do casamento. Agora, o instituto da família passa a se guiar pela igualdade e afeto entre os seus membros, que refletia o contexto social, político e cultural de um país pós-ditadura (BARROSO, 2010, p. 361).

O artigo 226 desse diploma é um marco no reconhecimento da família como entidade basilar da sociedade. Isso porque reconhece tanto aquela formada pelo casamento (§1º) como pela união estável entre homem e mulher (§3º) e por um dos pais e os seus ascendentes (§4º). Apesar desse texto constitucional não abarcar todas as formas de famílias presentes na sociedade, percebe-se a mudança no enfoque da legislação, que deixa de oferecer a proteção especial ao casamento e/ou aos filhos legítimos, passando a centralizar o debate acerca da proteção dos filhos, não distinguindo-os quanto ao tipo de filiação, fazendo-se presente o princípio da igualdade (CALDERAN; DILL, 2016, p. 4). A Constituição Cidadã é, então, um marco na conquista dos direitos de família e filiação.

Em observância ao princípio constitucional da igualdade exaltado pela Constituição de 1988, a Lei 8.560/92 revogou a 833/49, regulando a investigação de paternidade de pessoa reconhecida apenas pela filiação materna. Desde então, o conhecimento à origem biológica é, segundo o artigo 27 da Lei 8.069/90, um “direito fundamental, personalíssimo, indisponível e imprescritível”. Ocorre que, com o avanço das técnicas científicas, alguns tipos de reprodução assistida, como a heteróloga, utilizam-se de material genético de doador anônimo, fazendo-se necessária a distinção entre filiação e paternidade. Esse ponto, em especial, destaca-se por estar em desalinho com as Resoluções e Provimentos que abordam o tema que, apesar de serem atos normativos sem força legislativa, tem sua função voltada para o desenvolvimento desta.

Em 2002, a Lei 10.406, após 26 anos de tramitação no Congresso Nacional, entrou em vigor revogando o antigo Código Civil, de 1916, mas já nasce atrasado. Isso porque esse dispositivo ignora os avanços em matéria infraconstitucional incorporando a estrutura do Código Civil anterior, por exemplo, não abrangendo as relações paterno-materno-filiais decorrentes de métodos de procriação assistida, apesar de reconhecer as uniões homoafetivas ao deixar de fazer alusão ao sexo dos indivíduos (LOREA, 2016, p. 3).

Para solucionar a ausência de disposição acerca das questões de família pertinentes ao uso das técnicas de reprodução assistida, os Tribunais Superiores tem se utilizado da observação dos valores e princípios constitucionais, mas também dos atos normativos sem força legislativa, a exemplo do Provimento 52/2016 do CNJ, que trata sobre o registro civil de filhos havidos por reprodução assistida e a Resolução 2121/2015 do CFM, que apresenta normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida (GAMA, 2003, p. 674-675).

A evolução normativa reflete a mudança da sociedade de uma época, assim como o conceito jurídico de família. Deve-se observar, entretanto, que esse instituto é fruto de uma construção multidisciplinar, a qual o direito não consegue incorporar com a real velocidade e completude. Assim, o conceito jurídico de família mostra-se limitado, mas na constante busca da tradução real (GAMA, 2003, p. 674-675) de superação do *numerus clausus*, o que pode ser percebido pelas normas infraconstitucionais, Resoluções e Provimentos sobre o tema em questão. Hoje, o conceito jurídico abarcado pelas normas brasileiras se mostra defasado, mas percebe-se, em comum com aquelas abarcadas pelas normas e as não abarcadas, a presença da afetividade, estabilidade e ostentabilidade (LÔBO, 2016, p. 15), que é o que entende socialmente como “família”.

3. A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA E A FILIAÇÃO

A Reprodução Humana Assistida Heteróloga se caracteriza pela intervenção do homem no processo natural de procriação com a utilização de material genético de outra pessoa (SILVA, 2006, p. 369-371). Esse tipo de reprodução pode ocorrer de três modos diferentes: “*a matre*, quando o gameta doador for feminino, *a patre*, quando se tratar de doação de gameta masculino ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores” (FERNANDES, 2000, p. 58). Há ainda a possibilidade de sub-rogação do útero, que tecnicamente não difere-se da reprodução heteróloga, mas difere-se desta, uma vez que a gravidez se relaciona a outra mulher que não aquela que resolveu implementar seu projeto parental, normalmente em harmonia e em consenso com seu parceiro (GAMA, 2003, p. 755).

A filiação, segundo Plácido e Silva (*apud* SILVA, 2006, p. 374) “é fundada no fato da procriação, pelo qual se evidencia o estado de filho, indicativo do vínculo natural ou consanguíneo firmado entre o gerado e seus progenitores”. Apesar dessa ser a regra para a presunção, e o conceito de filiação adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro hoje, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido o afeto como fator determinante para o estabelecimento da filiação, que inclusive tem se sobreposto ao fator biológico, criando assim uma nova figura jurídica conhecida como “filiação-socioafetiva” (AMORIM, 2006, p. 25). Mais adequado, portanto, é definir a filiação como a relação de parentesco existente entre ascendentes e descendentes em primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos, cujas origens podem ser as mais variadas (TARTUCE, 2008, p. 1).

Nesse sentido, o art. 1.603 do Código Civil traz que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”, o que, segundo Tartuce (2008, p. 25-26), representa um reconhecimento da verdade socioafetiva e registral pelo ordenamento jurídico.

Portanto, diante das profundas alterações do tradicional conceito de família que afetam conseqüentemente a determinação da filiação, torna-se cada vez mais frequente a valorização do vínculo afetivo, derivado da convivência familiar e não apenas do vínculo de consanguinidade. Frente aos questionamentos jurídicos, a doutrina tem entendido, atualmente, que a filiação não pode estar fundada exclusivamente na verdade biológica, decorrente do vínculo de consanguinidade, os vínculos de filiação devem ser determinados pelo afeto, pois não são os laços bioquímicos que indicam a figura do pai, as sim o cordão umbilical do amor (TARTUCE, 2008, p. 25-26).

Inegável, portanto, são as contribuições dos avanços médicos e científicos da reprodução para a alteração das estruturas jurídicas habituais em que se estabeleciam as relações humanas (SILVA, 2006, p. 380). As discussões jurídicas pertinentes ao tema da reprodução assistida heteróloga e filiação circundam a participação de um terceiro no procedimento procriativo, uma vez que o uso da técnica, em si, necessita de doador de gametas ou de doação temporária do útero. O uso dessa técnica possibilita, em um único procedimento, a existência de diferentes e múltiplas filiações, tanto biológicas quanto afetivas, como melhor veremos a seguir.

O direito de família sofreu direta repercussão dos avanços tecnológicos na área da reprodução humana, mormente envolvendo as fontes de paternidade, maternidade e filiação, e todas essas transformações permitiram a ocorrência de um importante fenômeno, denominado “desbiologização”, ou seja, a substituição do elemento carnal pelo elemento biológico ou psicológico (GAMA, 2003, p. 678).

Apesar dos avanços jurisprudenciais e doutrinários acerca do assunto, a norma jurídica brasileira não dispõe sobre a filiação decorrente dos procedimentos procriativos assistidos heterólogos. Para solucionar as questões fáticas que envolvem o assunto, tem-se utilizado, por analogia, a regra do instituto da adoção (SILVA, 2006, p. 394).

3.1. A FILIAÇÃO BIOLÓGICA E OS SEUS DESDOBRAMENTOS

Nos procedimentos de reprodução assistida heteróloga necessariamente existirá a participação de ao menos um terceiro, que não aquele que exercerá a função da paternidade real, para doação temporária do útero ou do material genético. Primeiramente, cumpre esclarecer que a paternidade biológica advinda da inseminação artificial heteróloga não corresponde necessariamente à paternidade socioafetiva, uma vez que pode, ou não, ocorrer coincidência entre elas (SPODE; SILVA, 2007, p. 1). A filiação biológica no procedimento procriativo assistido heterólogo pode ocorrer em três hipóteses: a filiação biológica decorrente da doação de gametas por doador anônimo; a filiação biológica por doador conhecido; e a filiação biológica decorrente da doação temporária do útero. Os dilemas envolvendo esse tipo de técnica e a filiação biológica decorrem da falta de previsão legal específica e a existência da filiação biológica distante da parentalidade, ou seja, do direito-dever da filiação.

O Código Civil, ao reconhecer algumas técnicas de reprodução assistida, trata da presunção da filiação paterna no art. 1.597, mas omite-se quanto à questão da maternidade.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Na hipótese de reprodução assistida heteróloga com doador de sêmen masculino, presume-se a filiação masculina, desde que o casal seja legalmente casado e o procedimento autorizado pelo marido. Ou seja, há presunção relativa de paternidade, já que nesse caso a não paternidade biológica e a legal não coincidirão, mas não aborda a hipótese de doação de material genético feminino. Apesar de lacunosa, o Código Civil de 2002 concretizou a passagem do modelo clássico de filiação para o modelo contemporâneo, ou seja, além da regra biológica, reconhece-se também a “paternidade de intenção” (SOUZA, 2010, p. 355).

A técnica da maternidade por sub-rogação, também conhecida por gestação por substituição ou “barriga de aluguel”, é a que envolve maiores debates jurídicos, porque embora o Código Civil não a regule, não a proíbe. Dada a ausência de suporte legal que regule a matéria, utiliza-se como parâmetro ético e moral, as disciplinas normativas sem força legislativa, como a Resolução 2121/15 do CFM, (SOUZA, 2010, p. 357). Por isso, a existência de questões envolvendo esse tipo de reprodução serem tão presentes no âmbito jurídico e social.

A ausência da norma legal possibilita, por exemplo, à mulher que gestou a criança se recusar a entregá-la a quem seria a sua filiadora socioafetiva, uma vez que o registro do nascimento será feito em nome da hospedeira e que o hospital fornece a declaração de nascido vivo com os dados da parturiente (SOUZA, 2010, p. 358).

Estão em jogo noções legais, morais e éticas, ao lado do necessário alargamento do conceito de maternidade, não sendo demais dizer que, diante das novas técnicas de reprodução, especialmente com a participação de terceira pessoa, e da nova concepção de família como união de afetos, mãe pode ser a doadora do material genético, a que hospeda o embrião (no caso da barriga de aluguel), a que amamenta (antigamente conhecida como “mãe de leite”) e a que dá amor, educa, conduz o crescimento da criança, que é a mãe socioafetiva (SOUZA, 2010, p. 359).

Segundo Marise Cunha de Souza (2010, p. 358-359), a questão dificilmente se resolverá com o exame de DNA, pois o caso em questão trata-se de uma verdadeira desestruturação do conceito de maternidade, recorrendo à aplicação, por analogia, dos incisos III e V do art. 1.597 do Código Civil para solucionar a questão. Quando o conflito for negativo, em regra, a guarda da criança será entregue a um terceiro até que o conflito se resolva. “Não se pode olvidar, em qualquer caso, que a solução deve se adequar ao melhor interesse do menor, princípio norteador de todas as querelas envolvendo menores”.

Acerca da filiação decorrente da reprodução assistida heteróloga por doação de material genético de doador anônimo, o debate situa-se em torno da possibilidade ou não do direito do conhecimento à origem genética e dos direitos-deveres da filiação do doador, uma vez que que também não há legislação que disponha sobre o tema em questão.

Dada a ausência de suporte normativo, mais uma vez as resoluções e provimentos assumem o papel principal que norteiam o uso da reprodução assistida. No caso, a Resolução 2.121/15 assume um papel relevante para o direito, no reconhecimento do direito à filiação, construção constitucional do conceito de família e diretrizes morais para utilização da técnica.

A existência do direito-dever decorrente da filiação biológica existente entre o doador e o concebido é objeto de grande debate doutrinário no direito e na psicologia principalmente. A doutrina majoritária entende que é direito fundamental o acesso à identidade genética porque a questão atinge diretamente a dignidade do indivíduo, todavia, as suas consequências são imprevisíveis (BARBOZA, 2002, p. 2-3). No plano ideal, o reconhecimento da identidade genética deveria ser “não funcionalizada”, ou seja, não só como um instrumento para criação do vínculo de parentesco.

Enquanto não se perfaz o plano ideal, a jurisprudência tem utilizado como norteador moral para resolução de conflitos dessa classe o Provimento 2.121/15 do CFM, que possibilita o “fornecimento das informações sobre os doadores apenas por motivação médica e apenas a médicos, resguardando a identidade civil do(a)

doador(a)”, juntamente para protegê-los do aspecto patrimonial e vínculo de filiação no âmbito civil.

Assim, a existência do vínculo biológico entre o doador e o concebido ou entre a gestadora e o concebido não é suficiente para o estabelecimento jurídico do vínculo de filiação e paternidade. Isso porque o vínculo de paternidade, que decorre do estado de filiação, é estabelecido de modo multidisciplinar, considerando o desejo do indivíduo de exercer o direito da procriação, e não apenas a concessão do material genético.

3.2. A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PELA REPRODUÇÃO HETERÓLOGA

O Art. 1593 do Código Civil de 2002 ao dispor da possibilidade do vínculo de filiação civil decorrente de outra origem, que não a consanguínea, apresentou um rol exemplificativo de relações de parentesco, e não taxativo como no diploma anterior (TARTUCE, 2008, p. 29-49). O Código Civil de 2002 sucede a Constituição de 1988, passando a integrar em seu texto o princípio da igualdade entre os filhos que, segundo Lôbo (2004, p. 5), faz emergir o “princípio jurídico da afetividade”, que tem substrato constitucional.

Nesse âmbito é que se situa o reconhecimento da filiação decorrente da concepção por meio da reprodução assistida heteróloga. A relação de parentalidade nesse recorte é definida por um elo tanto quantitativo quanto qualitativo, de confiança e desejo, e não no elo consanguíneo estrito. O vínculo biológico passa, então, a se comportar como um mero detalhe, apesar de reconhecido o direito fundamental, a busca pela verdade genética/conhecimento da identidade genética (TARTUCE, 2008, p. 3).

O avanço nas técnicas de reprodução assistida contribuiu significativamente para o reconhecimento do vínculo socioafetivo da filiação. Isso porque os vínculos de filiação socioafetiva decorrentes da utilização das técnicas de reprodução assistida heteróloga nascem a partir da concepção e do estado gestacional, e não a partir do nascimento. Não cabe, nesses casos, a admissão da ação denegatória de paternidade, invocando a origem genética, porque, caso contrário, a paternidade seria sempre incerta e ameaçaria o

segredo profissional do médico e o anonimato do doador (MOÁS; CORREIA, 2010, p. 600).

Para João Baptista Villela, esse é um movimento de “desbiologização da paternidade”, ou seja, de que a paternidade não se trata de um fato da natureza, mas sim de um fato cultural, do desejo pelo estado de filiação (VILLELA, 2016, p. 400-418). Faz-se presente no procedimento procriativo assistido heterólogo uma vez que pelo menos um dos genitores assumirá a filiação socioafetiva e este não teve prevalência ou deméritos decorrentes do seu estado de filiação pela observância do princípio constitucional da igualdade. Do mesmo modo, percebe-se o movimento da desbiologização da paternidade na inexistência do reconhecimento da filiação daqueles que doaram o material genético ou o temporariamente o útero, pela inexistência do desejo desses pela paternidade, e consequentemente a inexistência do estado de filiação.

4. O REGISTRO CIVIL DE PESSOAS CONCEBIDAS POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p. 78), “o registro civil de nascimento é uma instituição pública destinada a identificar os cidadãos, garantindo o exercício dos seus direitos”. Trata-se de um registro público, uma vez que é efetuado por um oficial público e de livre conhecimento, direto ou indireto, por todos os interessados, cuja espécie é o registro civil e subespécie do assento do nascimento, uma vez que se trata da inscrição de atos e fatos referentes à existência de pessoas naturais (PESSOA, 2016, p. 31).

O direito ao registro civil do nascimento compõe o importante rol dos direitos fundamentais, porque confere a segurança jurídica da existência do indivíduo, de onde, consequentemente, extrai-se a possibilidade de conhecermos as consequências que a sociedade pode proporcionar, como as consequências da filiação previstas em Lei. A importância dada ao registro civil de nascimento faz com que o instituto esteja previsto no art. 5º, inciso LXXVI, alínea “a” da Constituição Federal como um direito de todos e, apesar de não ser suficiente para assegurar a plenitude dos demais direitos fundamentais, não deve confrontar os princípios basilares do direito brasileiro da igualdade e dignidade, sendo pressuposto para o exercício da cidadania.

Até 15 de março de 2016, o registro civil de nascimento de pessoas concebidas por reprodução assistida heteróloga e gestação por substituição se dava, em regra, somente após autorização judicial, face a existência de ao menos um doador no processo de reprodução do concebido. Isso porque não estava regulamentado o exercício cartorário o reconhecimento extrajudicial de filiação socioafetiva e/ou exclusão do vínculo de filiação biológica do doador. O CNJ uniformizou o exercício do registro, de modo que, em âmbito nacional, seja possível esse registro sem a necessária autorização judicial, sob pena de sanção administrativa do cartório.

A partir dessa data, o CNJ, por meio do Provimento 52/16, regulamentou o exercício do poder judiciário no sentido de conceder o registro civil de pessoas concebidas pela reprodução assistida heteróloga e gestação por substituição por via extrajudicial, em atendimento aos princípios constitucionais à igualdade e dignidade e às normas éticas dispostas na Resolução 2121/15 do CFM.

Apesar dos diplomas não terem caráter legal, mas sim meramente orientador da conduta do exercício de funções, eles têm apresentado uma força normativa significativa para a condução jurisprudencial em situações que envolvam os elementos do registro civil e da reprodução assistida. A observância de normas técnicas e dos princípios constitucionais de modo a possibilitar um melhor exercício do poder público, apesar de não ter força de Lei, desenvolve um importante papel do acesso à cidadania.

4.1. O PROVIMENTO 52/16 DO CNJ E O REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NASCIDAS POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA

Dada a ausência de previsão legal acerca do procedimento de registro civil de nascimento de pessoa nascida por reprodução assistida, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento 52/15 do CNJ, cuja função é uniformizar o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão para filhos havidos por técnica de reprodução assistida de casais heteroafetivos e homoafetivos, inclusive possibilitando reconhecimento da multiparentalidade, por via extrajudicial, sem necessidade de autorização judicial prévia, em todo o território nacional.

Ocorre que em muitos estados do território nacional as Leis de Organização Judiciária já dispunham sobre a possibilidade do registro civil de pessoas que haviam nascido por meio dessa técnica reprodutiva via extrajudicial, uma vez que verifica-se a inexistência de lide em processos como esses. Apesar da questão ser pacífica no âmbito administrativo, não havia, até março desse ano, nenhuma regulamentação em âmbito nacional.

A multiparentalidade é uma verdade que tem se mostrado cada vez mais presente na sociedade brasileira, principalmente após a Resolução 175 do CNJ, que regulou o casamento homoafetivos. Conseqüentemente, a multiparentalidade também, que é muito comum nos procedimentos procriativos assistidos heterólogos. Antes do Provimento 52/15 do CNJ era possível o registrador, injustificadamente, recusar o registro da criança concebida por esse meio, o que não deve mais ocorrer.

Ao dispor sobre o registro e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, o CNJ observou os direitos fundamentais assegurados à criança, como a igualdade entre filhos (art. 227, §6º da Constituição Federal), o entendimento jurisprudencial acerca do reconhecimento das múltiplas composições familiares, assim como as normas éticas do Conselho federal de Medicina para o uso da técnica.

Ademais, reconhecida a importância da segurança jurídica atribuída ao exercício do poder notarial e registral e da facilidade da produção desses documentos, o Provimento 52/16 estabelece uma série de passos e documentos para que seja possível o registro via extrajudicial.

Em regra, é necessário a presença dos pais, sejam casais heteroafetivos ou homoafetivos e, na hipótese do último, que o registro seja lavrado sem distinção quanto à ascendência materna ou paterna. Nas hipóteses em que houve doação voluntária de gametas ou gestação por substituição, foi exigido o consentimento prévio do doador ou doadora, por instrumento público, autorizando o procedimento e/ou registro em nome de outrem. Nos casos de gestação por substituição, o Art. 2º, §2º do Provimento 52/16 do CNJ dispõe expressamente acerca da necessária ausência do nome da parturiente no registro civil, evidenciando a função da filiação so-

ciaofetiva inerente ao procedimento. Nesse sentido, esse Provimento ainda dispõe, em seu art. 2º, §4º, que o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento do vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida.

Cumpra ainda destacar que, apesar do referido provimento não dispor de força legislativa, deverão os notários e os registradores submeter-se a ele por força do art. 30 da Lei 8.035/94 (Lei dos Cartórios), sob pena de sanções disciplinares. Resta, então, evidente a eficácia do diploma administrativo, corroborando inclusive no processo de construção do conceito constitucional de família.

5. CONCLUSÃO

Ao longo dos diplomas, a concepção jurídica de família sofreu modificações significativas de modo a refletir, na medida do possível, os anseios de uma sociedade em constante transformação moral. Nesse contexto, a aceitação tanto moral quanto jurídica da utilização das técnicas de reprodução assistida, especialmente a heteróloga, reconfiguraram a noção de filiação, sendo a disciplina normativa do reconhecimento desse diploma ainda uma lacuna legislativa, mas amplamente pela sociedade em geral.

Isso porque o registro civil de nascimento é o documento oficial de reconhecimento civil da existência do indivíduo para o Estado que, por consequência, afeta diretamente no acesso aos direitos fundamentais do cidadão. Além disso, o diploma ainda define e limita o reconhecimento jurídico da filiação que, para as pessoas concebidas pelo método de reprodução assistida heteróloga, implica em, por vezes, a desvinculação com a filiação biológica e o reconhecimento da socioafetiva, que antes apenas poderia ser reconhecida via judicial, mesmo sem haver litígio. Esses entraves burocráticos implicam em limitação ao acesso aos direitos fundamentais, entre eles o de existência e de reconhecimento da filiação, o que é inconcebível na conjuntura política e social da atualidade.

O Provimento 52/16 do CNJ é uma disciplina normativa que regula as atividades do poder judiciário a nível nacional que uniformiza o procedimento do registro civil de pessoas concebidas pela reprodução assistida heteróloga via extrajudicial. Apesar des-

se documento não ter força de Lei, oferece a segurança jurídica capaz de suprir a urgência da questão do reconhecimento da filiação socioafetiva via extrajudicial, suprimindo a necessidade de submissão da questão ao crivo do juiz. Funciona também como mola propulsora para a consolidação do conceito constitucional de família no direito brasileiro que caminha em observância aos princípios da Magna Carta, contribuindo para uma melhor efetivação dos direitos fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Caroline Sebastiany. **Aspectos jurídicos da maternidade de substituição no direito brasileiro**. 2006. [Trabalho de Conclusão de Curso] Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_1/caroline_amorim.pdf> Acesso em: 19 out. 2016.

BARBOZA, Heloísa Helena. Direito à identidade genética. In: **Família e Cidadania: O Novo Código Civil e a Vacatio Legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002. Belo Horizonte: IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/208.pdf> Acesso em: 08 nov. 2016.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html> Acesso em: 09 nov. 2016.

_____. **Lei 8.069/90**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 30 out. 2016.

_____. **Lei 10.406/02**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html> Acesso em: 08 nov. 2016.

BRITO, André. **Conceito de família nas constituições**. 2016. Disponível em: <<https://andrebritoadv.jusbrasil.com.br/artigos/186039188/conceito-de-familia>> Acesso em: 19 out. 2016.

CALDERAN, T. B.; DILL, M.A. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura%20&artigo_id=%209019#_ftn30> Acesso em: 20 out. 2016.

CFM. **Resolução 2.121/15 de 24/09/2015**. Disponível em: <<http://www.creme-sp.org.br/pdfs/resolucaoreproducaoassistida.pdf>> Acesso em: 30 out. 2016.

CNJ. **Provimento** 52/16 de 14/03/2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf>> Acesso em 30 de out. 2016.

COSTA MOÁS, Luciane da; VILLELA CORREA, Marilena Cordeiro D. Filiação e tecnologias de reprodução assistida: entre medicina e direito. **Physis**: Revista de saúde coletiva, v. 20, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n2/a14v20n2.pdf>> Acesso em: 10 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V. 1, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, v. 6, 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNANDES, Tycho Brahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da Paternidade-Filiação e os efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga**. São Paulo: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus***. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf>> Acesso em: 19 out. 2016.

_____. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. 2004. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>> Acesso em: 08 nov. 2016.

LOREA, Roberto Arriada. **A nova definição legal da família brasileira**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/doutrina/doc/A_nova_definicao_legal_da_familia_brasileira.doc> Acesso em: 18 out. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas et al. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. 348 f. Tese [Doutorado em Direito]. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/pt-br.php>> Acesso em: 12 out. 2016.

PESSOA, Jáder Lúcio de Lima. **Registro civil de nascimento: direito fundamental e pressuposto para o exercício da cidadania**. 2006. 157 f. Tese [Mestrado

em Direito]. Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/JaderLucioLimaPessoa.pdf>> Acesso em: 09 nov. 2016.

SILVA, Elizandra Mara da. A filiação em face da reprodução humana assistida. **REVISTA DA ESMESC**, v.13, n. 19, 2006. Disponível em: <<http://www.esmesc.org.br/site/ima/revista2006/2-1247232309.PDF>> Acesso em: 12 out. 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos da Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva. 2013.

SOUZA, Marise Cunha de. As Técnicas de Reprodução Assistida. Barriga de Aluguel. Definição da Maternidade e paternidade. **Revista EMERJ**, v. 13, n° 50, 2010. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

SPODE, Sheila; DA SILVA, Tatiana Vanessa Saccol. O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 2, n. 3, 2007. Santa Maria: UFSM. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6821/4137#.WC0Y7fkrLIV>> Acesso em: 07 nov. 2016.

TAPIA, Eloisa Veloso Rodriguez. O conceito de família nas constituições brasileiras de 1824 a 1988: um estudo histórico-geográfico. **Revista Novo Horizonte**, Uberlândia, v. 6, n 1, 2012. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/14679/9424>> Acesso em 12 de out. de 2016.

TARTUCE, Flávio. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. **Revista brasileira de direitos das famílias e sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 4, 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/107.pdf> Acesso em: 15 out. 2016.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 21, Belo Horizonte, 1979. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1156/1089>> Acesso em: 02 nov. 2016.

Capítulo VII

O caso “Rainbow Warrior Arbitration” (New Zealand vs. France): uma análise da responsabilidade internacional dos Estados

Nina Gabriela Travessa de Abreu

Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Baiana
de Direito e Gestão.



O caso “Rainbow Warrior Arbitration” (New Zeland vs. France): uma análise da responsabilidade internacional dos Estados

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS; 2.1 CONCEITOS PRELIMINARES; 2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE; 2.1.1 O ato ilícito e o dano gerado; 2.1.2 Imputabilidade e atribuições; 2.1.4 Consequências e a reparação; 2.3 A PREMISSA “DRAFT ARTICLES ON RESPONSABILITY OS STATES FOR INTERNACIONALLLY WRONGFUL ACTS”; 3 CASO RAINBOW WARRIOR; 3.1 OS CONFLITOS INTERNACIONAIS; 3.2 HISTÓRICO E ANÁLISE DO CASO; 4 O CASO RAINBOW WARRIOR ARBITRATION: ANÁLISE DA REPONSABILIDADE INTERNACIONAL; 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo científico tem por objetivo principal discutir a Responsabilidade dos Estados diante de conflitos internacionais, através do estudo do caso “*Rainbow Warrior*”, ocorrido em 1989, entre a França e a Nova Zelândia. Esse estudo irá se basear nos artigos contidos no aclamado

“Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estado por Ato Internacionalmente Ilícito” (ARSIWA), adotado em 2001 e desenvolvido pela Comissão de Direito Internacional da ONU. Busca-se aqui fazer um panorama geral dos consectários da responsabilidade internacional, perseguindo analisar o caso concreto e identificar de que forma o elemento da atribuição é a peça chave para a resolução das controvérsias internacionais.

Palavras-chave: “Rainbow Warrior”. Responsabilidade Internacional. Atribuição Estado. ARSIWA. ILC.

ABSTRACT: The following scientific article has the main purpose of discussing the State Responsibility regarding international conflicts, through the analysis of the 1989 «Rainbow Warrior» case between France and New Zealand. This study will be based on the «Articles on International Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts» adopted in 2001 and developed by the International Law Commission. A general overview of the concepts of international responsibility is among this article’s goals, by looking into the real case and identifying in what ways does the element of attribution play a key role for the resolution of international controversy.

Key Words: “Rainbow Warrior”. International Responsibility. Attribution. State. ARSIWA. ILC.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade internacional é um importante e controverso elemento no estudo das atuações dos sujeitos internacionais. Apesar da importância, esse é um tema pouco trabalhado pela Jurisprudência e Doutrina.

Questiona-se muito se há realmente um Direito Internacional Público pela ausência de um órgão superior, um poder judiciário capaz de resolver as controvérsias entre os sujeitos de Direito Internacional. Há muita tensão e instabilidade nas relações internacionais, o que acaba por gerar desrespeito aos ordenamentos e às soberanias dos países. Para garantir um mínimo de respeito da legalidade internacional, existe um mecanismo, que é o instituto da responsabilização internacional.

Dentre tantos conflitos catalogados desde a criação da Carta das Nações Unidas, este artigo traz um estudo sobre a responsabilidade e seus elementos com olhar direcionado ao conflito “*Rainbow Warrior*” ocorrido em 1987, no qual um navio do Greenpeace foi bombardeado no porto na Nova Zelândia.

A atual jurisprudência e doutrina internacional se embasa num projeto de tratado, o “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*”, formulado pela *Internacional Law Commission*, em 2001. Os 59 artigos descritos no texto vão criar o molde do tema da responsabilização internacional, determinando as diretrizes, limites, consequências e aplicação desse instituto.

A princípio faz-se necessária a análise da estrutura da responsabilidade internacional e seus consectários, direcionando o foco para a responsabilização dos Estados. Posteriormente, iremos associar a teoria com a prática, ou seja, realizar o estudo de caso “*Rainbow Warrior*”, relacionando-o com os conceitos preliminares do capítulo anterior e os elementos de dano, ilícito, consequência, atribuição, consequências e reparação, baseando-se nos “*Draft Articles*”.

Assim, esse estudo tem por objetivo principal analisar o debate da atribuição consubstanciado no dilema dos limites de responsabilização estatal, internacionalmente, em razão da conduta de um agente ou órgão. Esse é um tópico muito complexo e significativo,

que não pode mais ser ignorado para uma melhor estabilização das relações internacionais e o respeito mútuo.

2. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Não há como tratar do conflito entre a França e Nova Zelândia e seus desdobramentos sem se debruçar, inicialmente, acerca dos elementos que constituem a essência da responsabilidade internacional.

2.1. CONCEITOS PRELIMINARES

O cerne da ideia de responsabilidade relaciona-se com a noção de reparação de dano. Como ensina Carlos Roberto Gonçalves¹, as atividades comuns, sejam do Estado ou da população, podem gerar danos, e por isso a responsabilidade tem por objetivo recompor o equilíbrio e harmonia da relação que foi atingida. Ela é um elemento da realidade social e cada área do Direito traz uma ideia de responsabilidade, e.g., no Direito Civil² são trabalhados 3 elementos – comportamento, dano e nexos de causalidade – que geram uma indenização, que não se confunde com a ideia de pena.

Par « responsabilité internationale des Etats », nous entendons désigner globalement l'ensemble des conséquences que l'ordre juridique international rattache à la commission par l'Etat d'un fait internationalement illicite.³

Fora do estudo do direito interno, a reponsabilidade internacional tem por função garantir o cumprimento da legalidade pela observância do respeito de suas normas – a responsabilidade é a consequência do descumprimento das obrigações internacionais⁴. Esse

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, ano 2016, p. 19.

2 No Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil é interpretada no Art. 186 como: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

3 Tradução livre: “Por “responsabilidade internacional dos Estados”, entendemos designar globalmente o conjunto de consequências que a ordem jurídica internacional atribui à comissão pelo Estado de um feito internacionalmente ilícito.” (VILLALPANDO, Santiago. **L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats**. Paris: PUF, 2005, p. 150).

4 EVANS, Malcolm D. **International Law**. 1.ed. Nova Iorque: Oxford, 2003, p. 443.

instituto possui natureza cível e não criminal, isto é, a reparação do dano é compensatória, não possui caráter de pena. A responsabilidade criminal é trabalhada em outro tópico, pelo “Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”⁵.

Configuram sujeitos desse instituto os Estados e as Organizações Internacionais que são detentores de personalidade jurídica internacional. Eles assumem obrigações e deveres perante outros sujeitos, sendo assim, é possível a sua responsabilização.

Entende-se então que a responsabilidade internacional decorre da violação de uma obrigação. Atualmente há uma situação mista, pois temos dois parâmetros de análise. A responsabilidade pode ser analisada objetivamente quando se trata do descumprimento de normas convencionais, então, a situação do Estado faltoso seria ocasionada pela violação de uma norma específica de uma convenção vigente à época do fato, baseando-se no Art. 13 do ARISWA⁶. O comportamento, o dano e nexos de causalidade de atos ilícitos de Estados ou Organizações Internacionais são os elementos desta responsabilidade que envolve o patrimônio e a integridade da soberania, bem como as pessoas ou bens de particulares, gerando o direito da reparação devida. Aliás, assim se dá o estudo do dano ambiental, em que se analisa objetivamente as ações ilícitas.

Existe também a responsabilidade subjetiva que leva em consideração os elementos psicológicos (intenção). Ela tem o destaque nessa matéria e o seu fundamento seria o descumprimento de um dever de cuidado pela imprudência, imperícia ou negligência, ou seja, a violação de um dever jurídico internacional por parte de um agente estatal. Alessandra Reis⁷ tratou disso ao dizer que “o ilícito internacional é composto de um elemento subjetivo e de um elemento objetivo”.

5 Conforme o original, “*International law typically governs the rights and responsibilities of States; Criminal law, conversely, is paradigmatically concerned with prohibitions addressed to individuals, violations of which are subjects to penal sanction by a State*”. (CRYER, Robert; FRIMAN Rhakan; OBINSON Darryl; WILMSHURT Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 3.ed. Nova Iorque: Cambridge, 2014, p. 3.)

6 ONU. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**, 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

7 REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **A Responsabilidade Internacional do Estado por Dano Ambiental**. 1 ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

Os elementos da responsabilidade foram construídos e se consolidaram através dos *leading cases*. Estes fundamentos têm que ser interpretados conjuntamente para que seja aplicada corretamente a consequência.

2.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE

Após a compreensão do significado de responsabilização internacional, é necessário estudar os elementos tradicionais e essenciais do instituto da responsabilidade internacional.

2.2.1. O ato ilícito e o dano gerado

O primeiro artigo do texto desenvolvidos pela *Internacional Law Commission* já traz a premissa: “*Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State*”⁸. O Art. 2 do ARISWA traz os requisitos gerais, nele o ato ilícito é definido pelo como um ato comissivo ou omissivo contrário ao direito das gentes. A prática do ato ilícito é o primeiro passo do caminho para que ocorra a responsabilização e via de regra, ela é invocada através da reclamação das partes ou até por um Estado que esteja preocupado com a ordem pública do âmbito internacional⁹. Contudo, a regra geral é que ela não será invocada por terceiros estranhos ao conflito, de acordo com o Art. 48.

Em relação aos Estados, esse instituto seria regulado pelo costume, pois não existe uma norma de alcance global. Os costumes estão presentes no Art. 38¹⁰ da Corte Internacional de Justiça e são considerados como fonte obrigatórias.

8 Tradução livre: “Todo ato internacional ilícito implica numa responsabilidade internacional do o Estado”. (ONU. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**, 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016)

9 EVANS, Malcon D. **International Law**. 1.ed. Nova Iorque: Oxford, 2003, p. 468.

10 Carta das Nações Unidas: “Artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;

Uma importante distinção precisa ser feita: o sistema jurídico internacional é diferente do sistema jurídico nacional. Não se pode entender que a licitude na ordem interna exige a responsabilidade dos agentes, mesmo que o autor não venha a assumir qualquer tratado, não se pode gerar danos a outros Estados, nos termos dos artigos 3 e 32 do ARISWA. O ato ilícito decorre da violação de normas internacionais que não precisam estar necessariamente positivadas, como o costume. Além disso, a responsabilização pode ser afastada quando o tratado assinado entre os países permite aquela prática discutida. Assim, convenções internacionais bilaterais ou multilaterais podem suprimir a responsabilização do Estado signatário pela prática de um ato.

O dano é o corolário da prática da ação ou omissão ilícita e se caracteriza por uma flexibilidade, podendo ser material ou imaterial, isto é, não precisa ter uma expressão econômica. Contudo, esse elemento deve ser interpretado conjuntamente, pois não basta que uma conduta gere um dano a um outro Estado, é necessário que outros elementos estejam presentes.

2.2.2. Imputabilidade e atribuição

A imputabilidade representa a capacidade de atribuir a uma pessoa a responsabilidade do delito, desse modo, ela configura o nexó entre o ato e o dano. A respeito desse elemento essencial, encontram-se as palavras de Malcolm N. Shaw, ao mencionar que: “*Imputability is the legal fiction which assimilates the actions or omissions of state officials to the state itself and which renders the state liable for damage resulting to the property or person of an alien.*”¹¹

d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão ex aequo et bono, se as partes com isto concordarem.” (ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm/>. Acesso em: 20 out. 2016)

- 11 Tradução livre: “Imputabilidade é a ficção legal que assimila as ações ou omissões dos oficiais ao Estado tornando o Estado suscetível a danos resultantes a propriedade ou pessoa estrangeira.” (SHAW, Malcon N., **International Law**. Cambridge. 6.ed. Cambridge: Cambridge, 2008, p. 786)

O pressuposto básico para a imputação é a personalidade jurídica internacional, quer dizer o sujeito deve possuir essa personalidade jurídica para que se possa ser imputado a ele a pratica de um ato e os Estados possuem essa personalidade.

Não obstante, os Estados são ficções jurídicas e seus atos são praticados por intermédio de órgãos e agentes estatais.¹² Logo, a ceara é limitada, não é qualquer ato praticado que será imputado ao Estado. Por isso, os “*Draft Articles*” da ILC tratam disso e são três deposições legais que se destacam ao expor as possibilidades de atribuição da conduta ao Estado: os artigos 4, 5 e 6.

O artigo quarto versa da atribuição quando o agente estatal ou órgão estava exercendo alguma das funções de Estado. Já o artigo 5 traz a possibilidade da imputação quando a conduta for praticada por particulares, seria então o ato praticado pelo agente privado prestador de serviço público que é atribuído diretamente ao Estado. Por fim, o artigo 6 traz uma situação especial quando os órgãos estatais ficam à disposição de outro Estado. Ainda se menciona o artigo 7 que trata da *ultra vires*, quando a ato do órgãos ou agente excede as ordens estabelecidas.

Ainda há de se considerar os art. 16, 17 e 18. Esses artigos trazem três hipóteses de que a responsabilidade surge de um vínculo que o Estado faltoso mantém com outro, como é nomeado o Capítulo IV do ARSIWA, a reponsabilidade do Estado está associada com o ato de outro.

De certo, a reponsabilidade internacional é solidaria. Reconhece-se que há uma autonomia nas ações de seus nacionais e por isso nem toda conduta cometida por pessoas fisicas ou jurídicas deve ser atribuída ao Estado. A regra é que a conduta de órgãos e agente estatais que agiram de alguma forma relacionada ao Estado, será imputada a ele. Não se analisa a causalidade da pessoa jurídica, mas do Estado.

No estudo das classificações, a responsabilidade se divide em direta e indireta. A primeira decorre de um ato de um dos poderes do Estado, da atuação de qualquer órgão. Então quando algum integrante de um dos três poderes viola uma norma do direito

12 EVANS, Malcon D. *International Law*. 1.ed. Nova Iorque: Oxford, 2003, p. 454

das gentes, a república federativa é responsabilizada – governo, órgãos ou funcionários. Uma discussão atual é a questão de se imputar a responsabilização das decisões judiciais, como no caso de Cesare Battisti¹³ – o Estado italiano está tentando perante a Corte Internacional de Justiça a responsabilização da extradição, pois o Presidente da República se negou a cumprir essa decisão já prevista no ordenamento e no acordo de reciprocidade entre Brasil e Itália.

Logo, a responsabilização indireta ocorre quando o Estado é provocado por causa de um dano cometido por uma dependência sua ou na situação de modelo federativo, em que um ente federado pratica um ato ilícito. Em outras palavras, se o Estado da Bahia praticar uma conduta que viole o direito das gentes, quem responderá será a República Federativa do Brasil, por meio da União. O Estado responde por ser responsável pela tutela daquela coletividade, como territórios protetorados, assim sendo, ele é o protetor. Se qualquer parte do Estado praticar um ato ilícito internacionalmente, todo o Estado soberano responde a ação ou omissão de uma parte ou de um ente no caso da Federação.

Ainda é admitido que a responsabilidade pode ser afastada em certas situações, as chamadas causas excludente da responsabilidade. Elas são um evento superveniente que quebra o do nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano. Há uma divergência em relação as hipóteses dessas causas na doutrina.

13 Em relação a possibilidade da atuação da Corte Internacional de Justiça analisar a demanda, Márcio Garcia esclarece: “Sobre isso, convém recordar a Convenção sobre Conciliação e Solução Judiciária entre Brasil e Itália, de 1954. Esse tratado, negociado em nome do Brasil pelo grande juriconsulto Raul Fernandes, estabelece que as disputas de qualquer natureza que possam surgir entre as partes, e que não tenham podido ser resolvidas por via diplomática ordinária, serão submetidas ao processo de conciliação previsto no texto. Dispõe, também, que, se não houver conciliação, qualquer das partes poderá solicitar que a discussão seja submetida à Corte Internacional de Justiça (art. XVI). A Convenção prescreve, ainda, que se a CIJ declarar que a decisão de uma autoridade judiciária [no caso, o Supremo Tribunal Federal (STF)], ou de qualquer outra autoridade de uma das Partes Contratantes (no caso, o Presidente da República), se encontra, inteira ou parcialmente, em oposição ao direito das gentes (no caso, o tratado de extradição e os princípios da boa fé e do *pacta sunt servanda*), e se o direito dessa parte não permitir, ou permitir apenas parcialmente, a anulação das consequências da decisão em questão por via administrativa, será conferida à parte lesada satisfação equitativa, de outra ordem.” (GARCIA, Marcio. **Caso Battisti terá novo capítulo em Haia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-13/battisti-capitulo-corte-internacional-justica/>>. Acesso em: 10 out. 2016)

Note-se que o Capítulo V do ARSIWA traz um rol das causas de excludente reconhecido pelo Direito Internacional, são as hipóteses de: consentimento do ofendido, legítima defesa, contramedidas, estado de perigo, estado de necessidade e força maior. É ressaltado que essas situações não se aplicam quando houver violação das normas peremptórias, as chamadas normas *jus cogens*¹⁴, do Direito Internacional Geral, pela sua importância, como por exemplo as normas de Direitos Humanos.

A respeito das normas *jus cogens*, encontram-se as palavras de Borges, ao mencionar que:

Os *jus cogens* possuem as seguintes características: inderrogabilidade ou inalterabilidade; universalidade; e inviolabilidade. A nosso sentir, os *jus cogens* devem ser identificados com os princípios. Com efeito, a imperatividade que se confere ao *jus cogens* condiciona e limita a produção normativa internacional dos Estados, conferindo coerência e sistematicidade ao ordenamento internacional. Evidencia-se, assim, que os princípios são normas que ocupam, em razão da alta carga de valores que resguardam, o topo da ordem hierárquica das fontes do Direito Internacional. Representam, em verdade, um limite objetivo para o sistema normativo internacional, adquirindo na ordem internacional um caráter constitucional, vez que submetem todas as demais normas do sistema ao exame da juridicidade, no sentido de conformidade ao Direito.¹⁵

A legítima defesa tem um destaque especial e é tratada no Art. 51 da Carta das Nações Unidas e no Art. 21 do ARSIWA. Essa excludente na história das relações internacionais foi alvo de polêmicas, como no caso em que foi utilizada como base argumentativa pelo Governo Bush para justificar seus atos. Durante a invasão do Iraque em 2001 pelo Estados Unidos, o governo americano tentou se utilizar da ideia de “legítima defesa preventiva” para justificar sua ação militar em outro Estado, sem autorização do Conselho de Segurança¹⁶. Entretanto, a chamada “Operação Liberdade Ira-

14 Artigo 53 e Artigo 64 da CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm/>. Acesso em: 10 de nov. 2016

15 BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86

16 Artigo 42 da ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm/>. Acesso em: 11 nov. 2016.

quiana” e a ideologia do então Presidente Bush não foi admitida pela legalidade internacional.

O Professor emérito de Direito Internacional e Prática na unidade de Princeton (EUA), Richard Falk, ao analisar o caso, menciona que:

The facts did not support the case for preemption, as there was neither imminence nor necessity. As a result, the Iraq War seemed, at best, to qualify as an instance of preventive war, but there are strong legal, moral, and political reasons to deny both legality and legitimacy to such a use of force. It is not acceptable exception to the Charter System, and no effort was made by the US Government to claim a right of preventive war, although the highly abstract and vague phrasing of the preemptive war doctrine in the National Security Strategy of the USA would be more accurately formulated as “a preventive war doctrine”.¹⁷

Em síntese, Crawford assinala que a atribuição é meio pelo qual a conduta, já definida com ação ou omissão, pode ser considerada como ato do Estado e fazer recair sobre ele a responsabilização internacional¹⁸. Ela se torna um conceito crucial para esse procedimento tão complexo e delicado.

2.2.3. Consequências e as devidas reparações

O Capítulo I da segunda parte do ARSIWA aborda as consequências possíveis pela prática dos atos ilícitos para a jurisdição internacional. No texto legal é mencionado três consequências principais para o Estado faltoso: dever de cessar o ato ilícito, a não repetição do mesmo e a reparação devida¹⁹.

17 Tradução livre: Os fatos não deram suporte ao caso de preempção, pois não existiu nem *iminência* nem *necessidade*. Como resultado, a Guerra no Iraque pareceu, no máximo, qualificar-se como um exemplo de *guerra preventiva*, mas existem fortes razões legais, morais e políticas para negar tanto a legalidade quanto a legitimidade de tal uso da força. Não é aceitável exceção ao sistema da Carta, e nenhum esforço foi feito pelo governo dos EUA para reivindicar o direito de guerra preventiva, embora o fraseado altamente abstrato e vago da doutrina de ação preventiva na Estratégia de Segurança Nacional dos EUA fosse mais precisamente formulada como “uma doutrina de guerra preventiva”. ALK, Richard. *What future for the UN charter system of war prevention?* TFF, 2003. Disponível em: <http://www.oldsite.transnational.org/SAJT/forum/meet/2003/Falk_UNCharter.html/>. Acesso em: 12 out. 2016

18 CRAWFORD, James. *State Responsibility: The general Part*. 1.ed. Cambridge: Cambridge, 2013, pag. 113.

19 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 7.ed. Nova Iorque: Oxford, 2008, p. 567

Antes, contudo, de abordar as consequências previstas nos projetos da ILC, cabe entender que mesmo ocorrendo essa violação, o ato ilícito não revoga ou extingue as obrigações que o Estado se comprometeu a respeitar, nos termos do art. 29 do ARSIWA. Os sujeitos de Direito Internacional ainda continuarão obrigados a respeitar suas obrigações contraídas após a prática da conduta delituosa, ou seja, a ordem jurídica preexistente não desaparece.

Quando a violação se sucede em um Tratado Bilateral, a Convenção de Viena, em seu Artigo 60, disciplina a possibilidade da extinção ou suspensão total ou parcial do texto acordado, em razão da desobediência substancial do mesmo. As convenções internacionais estão sujeitas a interpretação e aplicação conforme o regime do “*pacta sun servanda*”²⁰, o que garante a estabilidade e previsibilidade das relações internacionais²¹.

Entretanto, o próprio artigo disciplina uma exceção dessa causa interna de cessão da vigência em “disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados”, em conflitos armados.

No artigo 30 do ARSIWA, há a menção as duas categorias de responsabilidade internacional: o cerceamento e reparação. A consequência em forma de reparação é entendida por possuir uma natureza compensatória. O autor Francisco Rezek²² já se manifestou nesse sentido, afirmando que não há uma criminalização dentro dessa matéria, portanto, o Estado não configuraria como réu. A indenização é medida em razão do dano, enquanto a pena é medida em razão da reprobabilidade da conduta.

20 Art. 26 da CONVENCAO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm/>. Acesso em: 10 de nov. 2016

21 DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e ordem jurídica do século XXI**. 1.ed. Lisboa: Coimbra. 2014, pag. 105

22 Nesse Sentido, Rezek argumenta que: “Sobre o pressuposto de haver sido responsável por ato ilícito segundo o direito das gentes, o Estado deve àquela outra personalidade jurídica internacional uma reparação correspondente ao dano que lhe tenha causado. Essa reparação é de natureza compensatória. [...] No que tem de jurídico e organizado, o contencioso internacional é ainda hoje um contencioso de compensação, não um contencioso punitivo” (REZEK. Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.338)

A função da reparação consiste em trazer o bem lesionado ao seu *status quo ante* na maior medida possível, ou seja, o restabelecimento do equilíbrio e harmonia anterior. A recuperação é privilegiada diante o ordenamento, deixando o pagamento de valores com um caráter subsidiário, em segundo plano. Entretanto, é sim possível a cumulação desses dois aspectos da reparação – a indenização e recuperação do status quo.

Em certas situações ocorre a impossibilidade de restaurar o bem jurídico lesionado, por isso é viável a utilização da indenização. Ela incorre através do pagamento de montante em dinheiro e representaria uma fixação jurídica de quanto configuraria monetariamente o dano causado. Sua formulação realiza-se por intermédio dos meios pacíficos de solução de controvérsias: meios diplomáticos, políticos, jurisdicionais e a arbitragem, utilizada no caso “*Rainbow Warrior*”.

Enfim, a cessão do ato ilícito é o primeiro ato que o Estado faltoso deverá praticar, segundo o Art. 2 do ARSIWA. Ela é fundada numa obrigação de não fazer, ou seja, uma conduta negativa por parte do Estado que deverá cessar o ato e se ele persistir, o Estado tem o dever de assegurar a não repetição do mesmo. Além disso a de se repetir que o cometimento do ato não autoriza a mesma perante a ordem internacional para futuridade. A interrupção é necessária, pois a prolongação desses atos ilícitos trarão mais danos ao Estado vítima. Seguindo a linha de raciocínio do art. 30 do ARSIWA, Crawford pronuncia nesse sentido quando afirma que “the general principle underlying the obligations of cessation and to offer and guarantees of non-repetition is respect for the rule of law”²³.

Em face do que foi exposto, é inegável assimilar que a interpretação dos artigos do ARSIWA leva a possibilidade da justa indenização como consequência da prática de atos ilícitos comissivos e omissivos, sendo que essa reparação pode corresponder ao pagamento de valores. Ou seja, a reparação pode ter várias formas, inclusive sem ser de cunho econômico, e.g., a Corte Internacional poderia obrigar a realização do pedido formal de desculpas por parte do Estado (um caso de danos morais). Tudo depende da ana-

23 CRAWFORD, James. *State Responsibility : The general Part*. 1.ed. Cambridge: Cambridge, 2013, p.559

lisa casuística, pois pela gravidade e natureza do dano, das condições socioeconômicas dos sujeitos internacionais envolvidos, além da matéria em que se está tratando (Direitos Humanos, Direito Ambiental e etc.), a sanção a ser aplicada mudará.

2.3. A PREMISSA “DRAFT ARTICLES ON RESPONSIBILITY OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFULL ACTS”

Os Estados estão organizados na chamada sociedade internacional e as relações entre os países sempre se desenvolverem em um ambiente complexo com muitos interesses envolvidos, em que os Estados acabam entrando em conflito. Diante dessa realidade, em novembro de 1948, com base no Artigo 13 da Carta das Nações Unidas, a *Internacional Law Comission* foi criada e ela teria como finalidade “*the progressive development of international law and its codification*”²⁴, ou seja dar um impulso ao desenvolvimento do Direito Internacional e seus ramos.

A ONU, através da ILC, desenvolveu um projeto de tratado, que teria por objetivo de regular e sistematizar a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos. Os trabalhos começaram em 1955, pelo jurista Garcia Amador (Cuba, 1955-1961) e seguiram com os estudiosos Roberto Ago (Itália, 1962-1979), Willem Riphagen (Holanda, 1980-1986), Gateano Arangio-Ruiz (Itália, 1987-1996) e James Crawford (Austrália, 1997-2001).

A ILC promove a cada ano uma seção para discutir os temas da matéria do Direito Internacional. As atividades dessa Comissão tiveram como resultados avanços nessa matéria e no trabalho da trigésima quinta seção, em 1969, a comissão determinou que o objetivo dessa codificação não é estabelecer o conteúdo ou natureza das obrigações internacionais²⁵. Em sua versão comentada,

24 UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Resolution adopted by the General Assembly on the report of the A/RES/174(II)**, 1947. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/174\(II\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/174(II))> Acesso em: 12 out. 2016.

25 Estabeleceu a Comissão: “It agreed to concentrate its study on the determination of the principles which govern the responsibility of States for internationally wrongful acts, maintaining a strict distinction between this task and that of defining the rules that place obligations on States, the violation of which may generate responsibility” (UNITED NATIONS. INTERNACIONAL LAW COMMISSION. Analytical Guide to the Work of the International Law Commission. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/guide/9_6.shtml> Acesso em: 12 out. 2016).

é definido que os artigos têm por finalidade “*the general conditions under international law for the State to be considered responsible for wrongful actions or omissions, and the legal consequences which flow therefrom.*”²⁶.

Apesar dos estudos terem começado em 1955, a conclusão dos artigos veio quase 50 anos depois. Na seção número 53²⁷, em 2001, os “*Draft Articles*” foram finalizados, após um extenso período de elaboração, sendo adotadas através da *General Assembly Resolution* n. 56/83²⁸.

Os “*Draft Articles*” foram divididos em 4 partes. A Parte um intitulada de “*The internationally Wrongful act of a State*” alude-se aos elementos que compõem a responsabilidade. A Parte dois, “*Content of the international responsibility of a State*”, trata das consequências jurídicas pelo cometimento do ato ilícito. A parte três, “*The implementation of the international responsibility of a State*” fala da aplicação da responsabilidade, sua invocação, admissibilidade e as contramedidas que poderão ser tomadas. A última parte, intitulada de “*General Provisions*”, revela as disposições gerais.

Infelizmente, essa codificação ainda não é formalmente considerada como tratado internacional. Os “*Draft Articles*” são apre-

26 Tradução livre: “As condições gerais do Direito Internacional para que o Estado seja considerado responsável por ações ou omissões ilícitas e as consequências legais que surgem a partir disso”. (UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**, 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf/>. Acesso em: 20 out. 2016)

27 UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fifty-third Session**, 2001. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/sessions/53/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

28 Na resolução, foi reportado que “1. Welcomes the conclusion of the work of the International Law Commission on responsibility of States for internationally wrongful acts and its adoption of the draft articles and a detailed commentary on the subject; 2. Expresses its appreciation to the International Law Commission for its continuing contribution to the codification and progressive development of international law; 3. Takes note of the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, presented by the International Law Commission, the text of which is annexed to the present resolution, and commends them to the attention of Governments without prejudice to the question of their future adoption or other appropriate action; 4. Decides to include in the provisional agenda of its fifty-ninth session an item entitled “Responsibility of States for internationally wrongful acts” (UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee (A/56/589 and Corr.1). Fifty-sixth session. Agenda item 162. A/RES/56/83**, 2002. Disponível em: <https://www.ilsa.org/jessup/jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf/>>. Acesso em: 01 nov. 2016.)

ciados como uma fonte costumeira, tem caráter de costume internacional, mas são muito respeitados e importantes. Todo o trabalho desenvolvido pela ILC gerou um grande desenvolvimento para a ordem jurídica internacional e “*Draft Articles*” são um exemplo disso, sendo aceitos e utilizados pela jurisprudência internacional na resolução das controvérsias, como em casos de competência da CIJ.

3. CASO RAINBOW WARRIOR

Para se compreender melhor o caso “*Rainbow Warrior*” e a questão da imputabilidade da Responsabilidade ao Estado, faz-se necessária uma análise previa das noções de controvérsias internacionais e o próprio estudo acerca do caso debatido.

3.1. OS CONFLITOS INTERNACIONAIS

O século XX representou um período conturbado da história da humanidade, marcado por duas grandes guerras, avanços tecnológicos e mudanças na relação ao poder. Foi a partir do final da Segunda Guerra Mundial que as relações internacionais começaram a tomar um impulso.

Nos anos 40, o panorama internacional vivia uma situação complicada, em que as relações internacionais estavam paralisadas, estagnadas e a crise econômica beirava vários países. O mundo necessitava de uma reorganização político-econômica, assim, percebeu-se que era preciso melhorar e normalizar esse quadro urgentemente, se tornando a paz mundial um meio para atingir essa proposta. Os países ensejavam uma maior aproximação, porém sem repetir os erros que geraram as guerras passadas. Iniciou-se então um novo período na história internacional, com a criação da ONU, que tinha como objetivo a institucionalização de uma organização capaz de evitar conflitos.

Assim, desenvolve-se um cenário em que os Estados assumiram direitos e deveres, com o foco no respeito da soberania alheia. O período contemporâneo, pós entrada em vigor da Carta das Nações Unidas (1945), não admitia mais o direito à guerra, o *jus ad bellum* do direito clássico.

Os conflitos internacionais, entendidos como “todo desacordo sobre certo ponto de direito ou de fato, toda contradição ou posição de teses jurídicas ou de interesses entre dois Estado”²⁹, deverão ser solucionados através de meios pacíficos. Mas apesar de todo o desenvolvimento da matéria, com uma doutrina enriquecida, ainda existe uma não correspondência entre os preceitos da Carta das Nações Unidas e a realidade fática das relações travadas entre os países³⁰. Enquanto que a Carta declara que os conflitos devem ser resolvidos de forma pacífica em seu Art. 33, a realidade é oposta, em que ao longo de sua vigência, diversos conflitos foram registrados.

Por isso, almeja-se que o Direito internacional deva possuir uma dimensão ética de suas ações³¹. Não se pode ferir a soberania de um Estado alheio ou a dignidade de seus indivíduos. O objetivo da carta e de todos os estudos em torno é o estabelecimento de relações internacionais baseadas na segurança geral e respeito mútuo.

3.2. HISTÓRICO E ANÁLISE DO CASO

A Greenpeace é uma organização não governamental canadense criada em 1970, com sede em Amsterdã. Seus trabalhos envolvem a defesa e proteção do meio ambiente, por meio do desenvolvimento sustentável das atividades humanas.

O “*Rainbow Warrior*”³² foi adquirido pelo Greenpeace em 1977. Caracterizado por possuir um arco-íris na proa, ele foi utilizado em várias campanhas em defesa do meio ambiente. Em 1985, o navio estava sendo utilizado pela a organização para protestar contra os ensaios nucleares realizados pela França nas águas do pacífico. Em 10/07/1985 aconteceu a represália. Enquanto navegava

29 REZEK, José Francisco. **Direito internacional público – curso elementar**. 1 ed. rev. São Paulo: Saraiva, p. 387.

30 GRAY, Christine. *The use of force and the International Legal Order*. In: EVANS, Malcon D. **International Law**. Nova Iorque: Oxford, 2003, p. 618

31 DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e ordem jurídica do século XXI**. 1.ed. Lisboa: Coimbra. 2014, p. 74

32 GREENPEACE. **The bombing os the Rainbow Warrior** Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/international/en/about/history/the-bombing-of-the-rainbow-war/>> Acesso em: 12 out. 2016.

em águas neozelandesas com o intuito de ir para a Mururoa, na Polinésia Francesa, o navio foi bombardeado pelo serviço secreto francês, levando ao seu naufrágio.

O ataque aconteceu no território da Nova Zelândia e foi cometido por agentes franceses. Como consequência o navio naufragou e um tripulante do “*Rainbow Warrior*” veio a óbito, o fotógrafo português Fernando Pereira. Assim, criou-se um conflito entre a Nova Zelândia e Greenpeace (demandantes) vs. França (demandado). O polêmico caso gerou um desconforto nas relações travadas entre os dois países e foi solucionado através de uma decisão arbitral comandada pelo até então Secretário Geral das Nações Unidas, Perez de Cuellar.

A Nova Zelândia clamou que não ocorreu uma simples violação dos tratados, a “Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados” e os próprios “*Draft Articles*”, resultando em danos materiais e sim que o Estado neozelandês sofreu danos morais, por ter tido sua “honour, dignity and prestige of the State”³³ abalada. A decisão foi que o dano teve natureza moral, política e legal, no sentido em que a França desrespeitou a soberania da Nova Zelândia em relação ao seu território, seus entes e entidades estatais.

Como posto no Relatório do Caso, o Tribunal decidiu que:

*Declares that the condemnation of the French Republic for its breaches of its treaty obligations to New Zealand, made public by the decision of the Tribunal, constitutes in the circumstances appropriate satisfaction for the legal and moral damage caused to New Zealand.*³⁴

Declara que a condenação da República da França pela violação as obrigações do tratado com a Nova Zelândia, torna pública a decisão do Tribunal

33 Tradução livre: “honra, dignidade e prestígio do Estado” (UNITED NATIONS. **Report of International Arbitral Awards. Rainbow Warrior. Merits (France/New Zealand)**, 1990. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.)

34 Tradução livre: “Declara que a condenação da República Francesa pelas violações das suas obrigações decorrentes do Tratado com a Nova Zelândia, tornadas públicas pela decisão do Tribunal, constitui, nas circunstâncias, uma satisfação adequada pelo prejuízo legal e moral causado à Nova Zelândia.” UNITED NATIONS. **Report of International Arbitral Awards. Rainbow Warrior. Merits (France/New Zealand)**, 1990. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf>. Acesso em 12 out. 2016.

Então, a solução arbitrada foi o pagamento de uma indenização para Nova Zelândia e o Greenpeace, cominada com um pedido de desculpa oficial por parte do Governo francês e a prisão dos dois agentes do serviço de inteligência (*Direction Générale de la Secutiré Extérieu*) – Alain Mafart e Dominique Prieur - que participaram da operação. Os agentes foram sentenciados ao cumprimento de uma pena de 10 anos no território zelandês, mas não cumpriram todo o tempo de pena, o que gerou um mal-estar entre os países.

4. O CASO RAINBOW WARRIOR ARBITRATION: ANÁLISE DA REPONSABILIDADE INTERNACIONAL

A Responsabilidade internacional é um campo complexo do sistema jurídico internacional que se relaciona com outros ramos do Direito. Ela é uma matéria que está presente em diversos casos, sejam antigos ou da atualidade e seu campo de Estudo está sempre absorvendo novos conhecimento.

No final da apreciação desse instituto, os doutrinadores e a jurisprudência concluem que o elemento essencial dessa punição ao Estado é a atribuição. Isso se traduz no sentindo em que, não há a possibilidade que recaia os efeitos da responsabilidade, caso o ato ilícito não seja imputado ao Estado. Pode-se levar a um debate a questão da atribuição. Afinal, até que ponto o Estado pode ser responsabilizado pela conduta de agente ou órgão?

O caso “*Rainbow Warrior*”. Nesse evento, como já foi mencionado, a Agencia de Inteligência Francesa (DSGE) bombardeou o navio da Greenpeace que estava atracado no porto de Auckland, na Nova Zelândia. Analisando o conjunto dos artigos 4 5 e 6, concluímos que a regra geral da imputação é que: a conduta de órgãos ou pessoas que agiram sob direção, instigação ou controle dos poderes estatais.

O caso se torna um exemplo da atribuição da conduta de agentes estatais, Alain Mafart e Dominique Prieur, ao Estado. A França tentou de diversas maneiras argumentar a não imputação da responsabilidade, como negar qualquer conexão com os dois e alegar que as ordens não partiram da DGSE ou do governo francês. Contudo, posteriormente, a França acabou admitindo que os dois eram sim agentes da DGSE e que estavam agindo pelo governo

francês. Então, foi firmado, o entendimento que os dois acusados eram sim agentes estatais e que seus atos eram “atos do estado”, cabendo a responsabilização ao Estado francês, nos termos do art. 4 do ARSIWA.

Por fim, é importante reconhecer que diante de tal, a reponsabilidade é uma chave contra o desrespeito. Essa foi uma decisão delicada que foi fundamentada na ideia de que o Estado é diretamente responsável pelos atos de seus entes, órgãos e agentes pelo exercício das funções dos 3 poderes (legislativo, executivo e judiciário), seja qual for o nível desse funcionário na hierarquia estatal, não necessariamente o ato ter sido autorizado pelo Estado.

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto exposto neste trabalho, a primeira conclusão a que podemos chegar é a de que a responsabilidade, apesar de ser um tema pouco debatido, é um importante instrumento para a construção de uma sociedade solidaria. A configuração das relações internacionais sempre foi bastante conflituosa, com muitos interesses estão em jogo e ideologias contrarias. Não existe um órgão judiciário superior, um órgão superior para a jurisdição internacional, por isso que surge o instituo da Responsabilidade Internacional, para garantir o cumprimento da legalidade, do respeito ao direito das gentes.

A criação da ONU teve por objetivo de opor-se a esses conflitos na procuração de soluções pacifica de controvérsias. Ou seja, contra esse descumprimento da legalidade internacional, a ONU através da *Internacional Law Commission* (ILC), em 2001, produziu o projeto de convenção sobre a responsabilidade dos Estados, o “*Draft Articles on International Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*”. Esse projeto ainda não é formalizado como tratado no sentido técnico, não é um direito positivado, possui apenas caráter costumeiro e doutrinário, entretanto, ele já é adotado pela jurisprudência internacional.

Vários fundamentos são analisados para se formar a ideia que existe um “ato do Estado” capaz de gerar as consequências previstas e a reparação do dano. Primeiramente, esse instituto não possui natureza criminal, sua sanção, que admite diversas formas,

não possui caráter de pena. Para que se fale em responsabilidade internacional, os sujeitos envolvidos têm que ser sujeitos com personalidade jurídica internacional, o que Estados possuem.

Dentre os elementos, a imputabilidade ganha destaque por ser uma condição elementar para que a responsabilização ocorra. O ato ou omissão ilícito geradora do dano a outro sujeito de Direito Internacional deve ser atribuído ao Estado faltoso. Nessa análise, o Capítulo II do “*Draft Articles*” deve ganhar importância. Os artigos 4, 5 e 6 definem o entendimento que ao Estado será imputado a conduta de agentes e órgãos estatais que agiram

É importante salientar, que esse é um estudo complexo e difícil, não há uma fórmula perfeita, tudo depende da casuística apresentada. Pelo próprio histórico de guerras que as relações internacionais têm, o cuidado é importante.

No caso “*Rainbow Warrior*” não houve respeito a legalidade internacional, a França cometeu um ato ilegal ao bombardear um navio que nem em seu Mar Territorial estava. Após a decisão arbitral, o país foi corretamente responsabilizado, mesmo que posteriormente os seus agentes não cumpriram toda a pena sentenciada, a punição foi aplicada corretamente, pois foi um ato praticado sob a criva estatal. Se o governo francês não fosse responsabilizado, um perigoso precedente iria surgir, capaz de questionar os fundamentos do “*Draft Articles*” e pôr em risco a segurança global.

A responsabilidade internacional é um assunto grande, que não conseguiria ser abordado apenas num artigo científico. Por isso, é fundamental o incentivo a esse estudo, com a construção de Doutrinas e trabalhos científicos a cerca, principalmente no Brasil, em que esse assunto é pouco debatido. Todo sistema legal deve possuir esse mecanismo contra a violação de suas obrigações, a responsabilidade internacional vem nesse sentido, de proteger a ordem internacional e garantir o cumprimento do direito das gentes.

REFERÊNCIAS

BORGES, Thiago Carvalho. **Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário**. São Paulo: Atlas, 2011.

BROWNLIE, Ian. **Principles of Public International Law**. 7.ed. Nova Iorque: Oxford, 2008.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm/>. Acesso em: 10 nov. 2016.

CRAWFORD, James. **State Responsibility: The general Part**. 1.ed. Cambridge: Cambridge, 2013.

CRYER, Robert; FRIMAN Rhakan; OBINSON Darryl; WILMSHURT Elizabeth. **An Introduction to International Criminal Law and Procedure**. 3.ed. Nova Iorque: Cambridge, 2014.

DUARTE, Maria Luísa. **Direito Internacional Público e ordem jurídica do século XXI**. 1.ed. Lisboa: Coimbra, 2014.

EVANS, Malcon D. **International Law**. 1.ed. Nova Iorque: Oxford, 2003.

FALK, Richard. **What future for the UN charter system of war prevention?** TFF, 2003. Disponível em: <http://www.oldsite.transnational.org/SAJT/forum/meet/2003/Falk_UNCharter.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

GARCIA, Marcio. **Caso Battisti terá novo capítulo em Haia**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-13/battisti-capitulo-corte-internacional-justica/>>. Acesso em: 10 out. 2016

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAY, Christine. *The use of force and the International Legal Order*. In: EVANS, Malcon D. **International Law**. Nova Iorque: Oxford, 2003, p. 618-648.

REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **A Responsabilidade Internacional do Estado por Dano Ambiental**. 1 ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso elementar**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SHAW, Malcon N., **International Law**. Cambridge, 6.ed. Cambridge: Cambridge, 2008.

UNITED NATIONS. **Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries**, 2001. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf/>. Acesso em: 20 out. 2016.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Resolution adopted by the General Assembly on the report of the A/RES/174(II)**, 1947. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/174\(II\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/174(II))> Acesso em: 12 out. 2016.

UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Fifty-third Session**, 2001. Disponível em: <<http://legal.un.org/ilc/sessions/53/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Resolution adopted by the General Assembly on the report of the Sixth Committee (A/56/589 and Corr.1). Fifty-sixth session. Agenda item 162. A/RES/56/83**, 2002. Disponível em: <https://www.ilsa.org/jessup/jessup11/basicmats/StateResponsibility.pdf/>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

UNITED NATIONS. **Report of International Arbitral Awards. Rainbow Warrior. Merits (France/New Zealand)**, 1990. Disponível em: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf/>. Acesso em 12 out. 2016.

VILLALPANDO, Santiago. **L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats**. Paris: PUF, 2005.



Capítulo VIII

Os princípios de Yogyakarta e a possibilidade de aplicação do feminicídio para proteção de mulheres transexuais.

Rafaella Bastos Melo Moreira da Silva

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.



Os princípios de Yogyakarta e a possibilidade de aplicação do feminicídio para proteção de mulheres transexuais.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL. 2.1 CISSEXUAL, TRANSGÊNERO, TRAVESTI E TRANSEXUAL. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS. 2.2 A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. 2.3 A MULHER TRANS: DISCRIMINAÇÃO E INTERSECCIONALIDADE. 3 OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E A PROTEÇÃO À IDENTIDADE DE GÊNERO. 3.1 OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E O CRIME DE FEMINICÍDIO. 4 A APLICAÇÃO DO CRIME DE FEMINICÍDIO PARA PROTEÇÃO DE MULHERES TRANS. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Pretende-se neste artigo abordar aspectos teóricos ligados à proteção da mulher transexual vítima de discriminações resultantes da sua condição transgênera. Com isso, quer se expandir a incidência do feminicídio (artigo 121, §2º, VI, Código Penal Brasileiro), atualmente, aplicado no contexto de mulheres cissexuais. Busca-se a obtenção de mais uma

ferramenta para o combate ao sexismo e à homofobia, e principalmente, para a concreta proteção das mulheres trans. É uma proposta que parte, sobretudo, das reflexões dos ensinamentos extraídos da legislação internacional de direitos humanos sobre a orientação sexual e identidade de gênero, materializada nos Princípios de Yogyakarta. Este trabalho está dividido em três grandes blocos: no primeiro são apresentados alguns aspectos conceituais relativos ao tema. No segundo, têm-se explanações sobre os Princípios de Yogyakarta e sua relação com o crime de feminicídio e, no terceiro, é abordada a razão de ser da aplicação do feminicídio em mulheres trans.

Palavras-chave: Proteção de mulheres transexuais; feminicídio; Princípios de Yogyakarta.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 121 do Código Penal Brasileiro (CPB) traz o crime de homicídio disposto da seguinte forma “matar alguém, pena – reclusão de, seis a vinte anos”. É um dos tipos penais com maior potencial ofensivo, diante do bem jurídico tutelado: a vida do ser humano. Em março de 2015, foi introduzido ao dispositivo legal em questão, através da lei nº 13.104, a qualificadora do feminicídio, prevendo que se o crime é cometido “contra mulher em razão da condição do sexo feminino” a pena aplicada é aumentada para de doze a trinta anos (art. 121, §2º, VI, CPB).

A inserção da qualificadora, e, portanto, o aumento da pena do crime cometido nessas circunstâncias não é injustificável. Revela-se em um contexto em que a violência doméstica e a misoginia sempre se fizeram presentes e são tidas como normais dentro de uma sociedade machista e patriarcal.

O presente artigo busca discorrer sobre a possibilidade de aplicação do feminicídio em mulheres transexuais, vítimas do crime em razão da sua condição de mulher trans, sendo prescindível a cirurgia de transgenitalização.

É essencial, para tanto, a análise de aspectos relacionados à identidade de gênero, à orientação sexual, à discriminação sofrida pela mulher trans e aos Princípios de Yogyakarta, molas-mestre para o entendimento da real vulnerabilidade, a qual está condicionada a figura feminina transexual.

A discussão sobre o tema revela-se indispensável diante de uma sociedade que, além de ser marcada por traços sexistas, patenteia e dissemina atitudes homofóbicas, excluindo aqueles que se encontram fora da curva da normalidade da vivência dos seus próprios direitos subjetivos, como o direito à vida.

O trabalho é dividido em três grandes partes: primeiramente, cumpre entender a distinção teórica entre identidade de gênero e orientação sexual, a primeira preconcebida como o sentido que a pessoa tem de si mesma como homem, mulher ou transgênero, e a segunda como o desejo sexual do sujeito. Diante disso, evita-se a confusão conceitual entre o que seria cissexual, transgênero, travesti e transexual, comumente presente no contexto leigo.

Ainda no primeiro tópico, versou-se sobre a cirurgia de transgenitalização, a sua implantação no ordenamento brasileiro e os termos necessários para a sua realização, bem como, sobre a discriminação sofrida pela mulher transexual e o quadro da interseccionalidade vivido por muitas.

Na segunda parte, foram explanados os ensinamentos extraídos dos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação dos direitos humanos em tal contexto. Os Princípios de Yogyakarta são a materialização da legislação internacional, mais especificamente da posição das Organizações das Nações Unidas (ONU), sobre o tema. Além disso, realizou-se uma relação entre os Princípios e o crime de feminicídio: os primeiros como conteúdo e o segundo como forma, instrumento, com potencial para concretizá-los.

Finalmente, discorreu-se sobre as considerações centrais do trabalho, ou seja, sobre a possibilidade de aplicação do crime de fe-

minicídio em mulheres transexuais, levando em conta tudo que já fora exposto até aqui.

2. IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL

Identidade de gênero e orientação sexual são conceitos absolutamente distintos, mas que caminham lado a lado. O erro mais comum é pensar em um como decorrência lógica do outro, ou seja, o ser homem, e se identificar como tal, é um pressuposto para que a pessoa, só e necessariamente, goste de mulheres. É imprescindível estabelecer as diferenças entre as duas expressões, sob pena de não atingirmos a razão de ser deste trabalho.

A distinção sexo e gênero se constrói segundo as premissas de que, por mais que o sexo pareça inacessível em termos biológicos, o gênero é culturalmente concebido, logo, por consequência, não é nem o resultado lógico e causal do sexo, tampouco tão imutável quanto o sexo biológico (BUTLER, 2016, p. 26).

O conceito de identidade de gênero nasceu no pensamento ocidental no final do século XX, a partir das obras das autoras Kate Millet e Gail Rubin (MENDES, 2014, p. 86) e se traduz num sentimento do indivíduo quanto a sua identificação como homem ou mulher, ou seja, como o sentido que pessoa tem de si mesma, como homem, mulher ou transgênero (ASSOCIACIÓN DE PSICOLOGÍA AMERICANA, 2006, p. 3). No entanto, nossa configuração social tradicional concebe o sexo biológico de forma dicotômica: ou você é homem ou mulher, não havendo espaço para quem não se identifique com nenhuma dessas categorias (PERES, 2001, p. 91).

Assim, segundo o paradigma clássico, a ideia de gênero se impõe como uma abstração pensada de forma binária que inviabiliza a diversidade e impossibilita que certos tipos de “identidade” possam existir. (BUTLER, 2016, p. 44). É imprescindível superar-mos esse paradigma, tendo em vista que a identidade de gênero é ferramenta analítica que possibilita compreender como a divisão da experiência social tende a dar as pessoas concepções distintas delas próprias, de suas atividades, das suas crenças e do contexto

que o cerca (MENDES, 2014, p.87), contribuindo de forma única para a sua formação.

Identidade de gênero não é algo inato, preconcebido, se constrói a partir da conjugação de vários fatores, como a genitália externa, a qualidade do relacionamento parental desde a barriga da mãe, entre outros, que somados ao decurso do tempo, determinarão a identidade do indivíduo (PERES, 2001, p. 94 e 95).

Orientação sexual, por sua vez, é atração afetiva e sexual por alguém, sejam em relação a membros pertencentes ao seu sexo biológico ou não. (JESUS, 2012, p. 15). Tem a ver, portanto, com sexualidade. Refere-se ao gênero ou sexo objeto de desejo de um indivíduo, no qual não está pautado em sua consciência ou intenção. É importante não considerar que a orientação sexual seja fruto de escolhas racionais do sujeito, tendo em vista o quão complexa é a nossa experiência social. Assim, não se deve falar em “opção sexual”, por não decorrer de uma escolha racional, segundo leciona Cristiane Gonçalves da Silva (2016, p. 4).

Portanto, conclui-se que a definição da orientação sexual está intimamente ligada com o desejo sexual do sujeito, seja em relação à pessoas do sexo oposto, do mesmo sexo ou para ambos. Não podendo ser enxergada como algo preestabelecido e/ou imutável, pois o desejo não é previamente definido no ser humano (SILVA, 2016, p. 4).

No entanto, ainda que o sujeito não escolha racionalmente qual sexo irá assumir, as normas que regulam a sociedade impõe padrões heterossexuais, que ele se apropria e materializa, seguindo “a normalidade social”. Apesar disso, existem corpos que não se ajustam ao padrão heterossexual. Esses sujeitos são conhecidos como “sujeitos abjetos”, por não se encaixarem nas normas regulamentadoras (LOURO, 2013, p. 45, 46).

Frise-se, o sexo biológico não é ponto de partida para a construção e concepção do gênero de um indivíduo, mas tão somente sua dimensão física (MENDES, 2014, p. 92). Essas são as verdades que constituem o fundo sobre o qual se erguerá todas as afirmações subsequentes.

2.1. CISSEXUAL, TRANSGÊNERO, TRAVESTI E TRANSEXUAL. DISTINÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS

Como substrato para o entendimento do estudo aqui realizado, faz-se mister estabelecer as diferenciações conceituais entre os tipos sexuais em destaque para que não sejam confundidos, como normalmente ocorre entre os leigos. O assunto envolve questões de interesse social, logo, é preciso que as pessoas obtenham um conhecimento claro e preciso que transcendam as fronteiras científicas, e permitam a conexão e a aplicação das premissas aqui discutidas à realidade a qual se inserem.

O quadro de normalidade sexual se dá com a congruência, ou harmonia, dos fatores orgânicos com os psicossociais. Acontece, por exemplo, quando o indivíduo, que possui características biológicas do sexo feminino, desenvolve uma identidade de gênero e papel sexual que seguem a mesma orientação, ou seja, o “paradigma da normalidade” se desenvolve com o heterossexual (PERES, 2001, p. 106).

Heterossexualidade não se confunde, entretanto, com cisgênero. É cisgênero, ou cissexual, a pessoa que se identifica com o gênero que lhe foi determinado no seu nascimento, o qual, por sua vez, mantém uma congruência e ligação direta com seu sexo biológico. Ou seja, são pessoas “não-transgêneros” (DE JESUS, 2012, p. 15). Via de regra, todo heterossexual é cissexual, mas o contrário não é verdadeiro, pois é perfeitamente admissível, por exemplo, que uma pessoa do sexo masculino se identifique como tal, porém sinta atração por indivíduos do mesmo sexo. Ou seja, essa pessoa é homem cissexual gay.

Os indivíduos, portanto, que não possuem a referida harmonia entre identidade de gênero, papel sexual e sexo biológico estão fora da curva da normalidade. Tidos como “tipos sexuais desarmonicos”, se subdividem em transgêneros, intersexuais, homossexuais, bissexuais, travestis e transexuais (PERES, 2001, p. 107).

Para não se desviar do objeto do estudo aqui delineado, daremos maior atenção às figuras do transgênero, travesti e transexual, sem com isso deixar de reconhecer a devida importância em entender o real significado das outras expressões.

Primeiramente, serão abordados aspectos do indivíduo transgênero. Não há na doutrina um consenso integral acerca do que é transgênero. No entanto, em dois aspectos cabe falar dessa dimensão: gênero como identidade, que caracteriza travesti e transexuais, ou gênero como funcionalidade, representado por *crossdressers*, *drag queen* e *transformistas*. (DE JESUS, 2012, p. 7).

Refere-se, portanto, a uma pessoa que se sente pertencente ao gênero oposto do que lhe foi imputado ou a ambos, ou ainda a nenhum dos dois sexos tradicionais (masculino e feminino). Assim, transgênero é gênero que engloba que engloba espécies, como o transexual, a travesti, o intersexual, os *drag queen*, entre outros. (ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 2).

Embora a comunidade transgênero, ou Movimento Transgênero (*Movement Transgender*), seja reconhecida como parte que compõe o Movimento LGBTTT - movimento das lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transformistas – com ele não se confunde, por terem reivindicações distintas. Enquanto o Movimento LGBTTT luta por causas contra a medicalização e a patologização da transexualidade, por exemplo, o Movimento Transgênero, surge no século XX, voltado a mobilização de recursos para gerar mudanças no contexto jurídico-político acerca do assunto em todas as partes do mundo (ÁVILA; GROSSI, 2010, p. 02-03).

Conclui-se, então, que transgênero é um termo amplo designado para descrever indivíduos, cuja identidade de gênero, ou seja, o sentido de si mesmo como mulher ou homem, ou expressão de gênero difere daquela usual e normalmente associada ao seu sexo de nascimento. Vivem, parcial ou integralmente como membros do gênero oposto.

Os transgêneros sempre existiram nas sociedades desde a antiguidade, sejam elas orientais ou ocidentais, no entanto, não há uma explicação unânime na doutrina acerca de sua causa. Muitos creem que fatores biológicos, como influências genéticas e níveis hormonais, são determinantes, outros acreditam que fatores sociais, como criação e influência familiar, por sua vez, são a causa da incompatibilidade sexo/gênero. (ASSOCIACIÓN DE PSICOLOGÍA AMERICANA, 2006, p. 1-3).

O travestismo, por sua vez, se verifica quando o sujeito sofre algum tipo de inversão psíquica representada pelo interesse no vestuário do sexo oposto, ou seja, caracterizam-se pela importância pessoal dada à indumentária contrária, seja por defesa social, seja pelo simples gostar. Em muitos casos, as travestis mantêm uma vida dupla: ora são identificados a partir de um arquétipo masculino, em todos os aspectos físico-sociais, ora como feminino, da mesma forma (PERES, 2001, p. 122).

Ser travesti não implica qualquer aversão ao seu sexo biológico, ponto fundamental que o distingue do transexual, já que este, normalmente, possui uma verdadeira repulsa às suas características orgânicas (BENTO, 2009, p. 5).

Finalmente, cabe versar sobre a figura do transexual, cerne do nosso trabalho. No decorrer dos estudos científicos sobre o tema, várias foram as expressões cunhadas à respeito da designação do estado do transexual, como por exemplo, “travestismo extremo”, “controsexismo”, “transexismo”, “esquisosexualidade”, “transgenitalismo”, (PERES, 2001, p. 123) “neurodiscordância de gênero”, “hermafroditismo psíquico”, (VIEIRA, 2012, p. 221), entre outras.

Dentre todas as terminologias empregadas, transexualismo foi o termo mais difundido e utilizado pelos doutrinadores. O vocábulo foi imaginado por Cauldwell, em 1949, num artigo intitulado *Psychopathia transexualis*, mas foi Harry Benjamin a quem se atribui o êxito de sua divulgação. (VIEIRA, 1996, p. 20).

No entanto, seu prestígio não o salvaguardou de críticas contundentes. O termo revela-se equivocado: o sufixo “ismo”, de origem grega denota ideia de doença, atribuição de um sentido pejorativo.

Segundo esta linha de raciocínio, o estado do transexual é uma patologia, a qual deve ser curada por meio da cirurgia de transgenitalização. Ou seja, o que legitimaria a intervenção cirúrgica seria o direito a saúde (GRANT, 2010, p. 847). Mostra-se insuficiente esse entendimento frente a uma sociedade complexa, dinâmica e plural, pois o que verdadeiramente legitima a mudança de sexo é o direito à autonomia, a efetivação dos direitos da personalidade e, principalmente, a realização plena da dignidade da pessoa humana, vetor e fundamento da ordem jurídica brasileira (art. 1º, III, CF/88) (GRANT, 2013, p. 6 - 9).

Esse debate é travado entre os paradigmas doutrinários clássico e contemporâneo acerca do assunto, e ganhará maior atenção no tópico subsequente.

Diante do exposto, a partir daqui será utilizada no presente artigo a expressão “transexualidade” em substituição à “transexualismo”, como forma de melhor expressar o verdadeiro significado deste trabalho.

O transexual é, então, uma pessoa marcada por um profundo e irreversível conflito de identidade, caracterizado pela rejeição ao sexo biológico, podendo chegar a situações extremas de auto-mutilação, ou, até mesmo, suicídio. Os transexuais não são homossexuais, acreditam verdadeiramente em seu pertencimento ao sexo oposto, e se sentem “amaldiçoados” por estarem presos em um “corpo errado”. Por isso, desejam a resignificação sexual e o aparato necessário para a plena realização do equilíbrio corpo e mente. Ao contrário, os homossexuais gostam e utilizam da sua genitália externa com os membros do seu sexo anatômico. (FRAGOSO, 1979, p. 29).

No entanto, o quadro de abjeção à genitália indesejável não pode ser aplicado como fórmula geral a todos os casos frente à subjetividade de cada ser humano (BENTO, 2009, p. 8).

É, portanto, uma desordem de gênero, incongruência entre o sexo que lhe foi atribuído no Registro Civil e identidade psíquica de gênero do indivíduo. Não há que se pensar que o estado do transexual equivale à distúrbios ou doenças mentais. Ao contrário, o que caracteriza esse indivíduo é plena lucidez e certeza de pertencimento. Pode ocorrer tanto em homens como em mulheres (PERES, 2001, p. 125-130), ou seja, existem homens transexuais, também chamados de FTM (*famale to male*) e mulheres transexuais ou MTF (*male to famale*).

Por crerem veementemente que estão no corpo errado, essas pessoas possuem um desejo irresistível de obter a modificação física do seu corpo, com o fim de se enquadrarem de forma plena em seu “verdadeiro sexo”. É por isso, que o problema vivenciado pelo transexual é narrado em muitos casos como “estas atrapado em cuerpo errôneo” (KOLODNY; MASTERS; JONHSON, 1983, p. 347).

Grande parte da doutrina se debruçou em tentar formular teorias que explicam a origem, ou pelo menos, o fator desencadeante da disforia de gênero, que é o transexualidade; encontrando fundamentos desde em Freud e sua psicanálise até em elementos sociais, os quais moldariam o homem. Entendemos que, como melhor linha de raciocínio, a transexualidade pode ser determinada pela conjugação de fatores hormonais, sociais e também genéticos (QUAGLIA, 1980, p. 2).

O certo é que o empirismo somado as verdades científicas, até então aqui expostas, nos levam a crer, sem desrespeito à subjetividade humana, que o caminho para realização do transexual se dá com a cirurgia de transgenitalização. Questão que será debatida no próximo tópico.

2.2. A CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO

O procedimento cirúrgico de transgenitalização revela-se nesse contexto como reflexo da busca do equilíbrio corpo/mente, pertencente a todo e qualquer ser humano.

Na Bioética, a transexualidade é definida como um transtorno psíquico, mais especificamente, transtorno de identidade gênero ou desvio psicológico permanente de identidade, identificada na classificação internacional de doença, estruturada pela OMS (Organização Mundial de Saúde) (GRANT, 2010, p. 844), Segundo esse entendimento, há uma incongruência entre identidade de gênero e sexo biológico atribuído na certidão de nascimento, tendo como tratamento para a tal disforia a cirurgia de transgenitalização.

O discurso medicalizante supra mencionado traz o debate para o campo da patologia ao tratar o quadro com a nomenclatura “transexualismo”, denotando sentido pejorativo de doença a ser “curada”. Como consequência, o fundamento para a realização do “tratamento” seria o direito à saúde (GRANT, 2010, p. 846, 847).

Essa vinculação propiciou, inclusive, que o Ministério da Saúde expedisse a Portaria nº 457/08, a qual incorporou o “processo transexualizador” (PrTr) ao SUS (Sistema Único de Saúde) para a realização gratuita da cirurgia (SCHRAMM; BARBOZA; GUIMARÃES, 2010, p. 2,3).

Em via contrária, o paradigma da identidade de gênero coloca o direito à cirurgia de transgenitalização como reflexo da autonomia individual, dos direitos da personalidade, livre orientação sexual e também do exercício pleno da dignidade da pessoa humana (GRANT, 2010, p. 849, 851). A partir desta perspectiva tem-se a despatologização da transexualidade (BENTO, 2006, p. 14).

No ano de 1997, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a RES n° 1482/97 definindo quais os critérios a serem obedecidos para a realização da cirurgia. O diploma normativo fora revogado pela RES/CFM n° 1652/02, que por sua vez também fora substituído pela RES/CFM n° 1955/10. Este dispositivo atualmente versa e regulamenta quais os requisitos a serem observados para a intervenção cirúrgica.

Conforme estabelece o artigo 3° da RES/CFM n° 1955/10, devem ser obedecidos critérios mínimos para a realização da cirurgia de transgenitalização, quais sejam: o desconforto com o sexo natural; o desejo de eliminar as genitais e perder com isso as características dela resultante; a presença de distúrbios contínuos por no mínimo dois anos; e a ausência de transtornos mentais.

O paciente será acompanhado por uma equipe multidisciplinar formada por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, que o acompanhará pré, durante e pós-procedimento. Além disso, o indivíduo deve ser maior de vinte e um anos, de acordo com artigo 4° do mesmo dispositivo. Finalmente, a cirurgia consiste em uma série de intervenções médicas, com a amputação ou excisão de órgãos, reconstrução de uma nova genitália e também tratamento hormonal.

Não se contesta a importância da realização cirurgia de transgenitalização na vida do transexual, no entanto, é imprescindível assinalar que o indivíduo não deseja simplesmente mudar de sexo. Tem a necessidade de se reconhecer e ser reconhecido perante o corpo sexual como pertencente ao sexo oposto (VIEIRA, 2004, p. 109).

2.3. A MULHER TRANS: DISCRIMINAÇÃO E INTERSECCIONALIDADE

A partir dos anos 1990, cresceu o debate sobre a necessidade de se discutir o entrecruzamento entre o gênero e outras carac-

terísticas, como a raça, cor, classe social, que juntas formam as identidades individuais de cada ser humano.

A discussão sobre a interseccionalidade permite “apreender a articulação de múltiplas diferenças e desigualdades” (PISCITELI, 2012, p. 266), que colaboram para a vulneração dos direitos das mulheres. Identificar essa situação contribui para a melhor compreensão da situação de risco e vulnerabilidade em que a vítima se encontra, além de possibilitar a atuação estatal de forma preventiva.

A formulação da teoria feminista, ainda que pautada no princípio da isonomia entre os gêneros, foi estruturada a partir do conceito da mulher branca, burguesa e heterossexual. Assim, como categoria política invisibilizou preconceitos raciais, classicistas e heterossexuais. (CHANTER, 2011, p. 31), ou seja, excluiu as demandas das mulheres que não se encontravam nos padrões sociais hegemônicos: negras, pobres, homossexuais e transgêneros.

Dessa forma, o movimento emancipatório de mulheres trans, pautado na publicização de suas necessidades específicas, nota algo em comum com o feminismo negro da década de 70 do século XX: a não consideração da intersecção gênero e raça, fez com o que o feminismo tradicional não se preocupasse com as particularidades das mulheres negras, ou nem sequer as reconheciam como mulheres de verdades.

No que concerne a mulheres transexuais, é explícito que elas não recebem tratamento igualitário e muito menos possuem as mesmas oportunidades dadas às mulheres cisgênero, conhecidas, inclusive como “mulheres de verdade” (DE JESUS; ALVES, 2010, p. 6). Portanto, são vítimas de um machismo e sexismo, enraizados na nossa sociedade como base ideológica, que dessa forma lhes nega o estado e condição feminina.

No âmbito do mercado de trabalho, a discriminação ocupacional pode ser identificada pela distribuição de diferentes tipos de emprego para homens e para mulheres (MOURA; LOPES, 2014, p. 5). No entanto, além desta segregação, existe uma outra: os empregadores enxergam os transgêneros como pessoas ambíguas, e que por isso, não possuem vez em nenhuma dos dois “mundos” dentro do mercado de trabalho (ADELMAN, 2003, p. 83-84).

Segundo Nascimento (2003, p. 37), “se é difícil para uma mulher entrar no mercado de trabalho com as mesmas condições salariais e trabalhistas do homem, o desafio aumenta para a travesti”. Esse entendimento é facilmente estendido à situação das mulheres transexuais, onde as possibilidades de inserção no mercado são mínimas. Mesmo que exerçam atividades tidas como femininas, por não ser reconhecidas como “mulheres de verdade”, acabam virando alvo de preconceitos e discriminação por toda a sociedade.

Somado a isso, em um contexto que se exige alto nível de escolaridade como filtro para seleção dos profissionais mais qualificados, os negros são cada vez mais banidos do mercado de trabalho, posto que experimentam sabidamente as maiores desigualdades educacionais (CARNEIRO, 2011, p. 113 e 114). O quadro intensifica-se quando o assunto é a situação da mulher negra em atividades secularmente exercidas pelos homens (CARNEIRO, 2011, p. 119), e a situação piora frente ao cenário vivido pela mulher trans, negra e com baixo nível de escolaridade.

A partir do que foi exposto, observa-se que o movimento feminino se recusa a reconhecer que existe uma dimensão racial e sexista dentro da temática do gênero que estabelece vantagens e desvantagens entre as mulheres. A discriminação que a mulher transexual usualmente sofre dada a sua condição é intensificada diante da sua cor e classe social. Isso significa a existência de preconceitos resultantes do ser negra, pobre e transexual.

Pensar a raça, o gênero e a classe como termos sobrepostos, ou interseccionados, é evitar a consideração dessas categorias como independentes entre si. Essas esferas estão, na verdade, intimamente relacionadas e se estruturam a partir de uma interdependência voluta. Pois, segundo Chanter (2011, p. 31, 32) a raça já é sempre influenciada pela classe e pelo gênero, e o gênero é sempre já influenciado pela raça e pela classe.

3. OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E A PROTEÇÃO À IDENTIDADE DE GÊNERO

Em 2006, especialistas em direitos humanos e ativistas envolvidos com o tema acerca da sexualidade dos gays, lésbicas, transgêneros e travestis, se reuniram na cidade de Yogyakarta, na Indo-

nésia. A conferência foi essencial para a construção da visão dos direitos sexuais como direitos humanos, pois teve como objetivo deliberar um documento internacional sobre a violação dos direitos humanos em situações de discriminação envolvendo aquele grupo de pessoas (CORRÊA, 2007, p. 47).

No Brasil, o início da superação do paradigma que enxerga a homossexualidade como pecado teve como marco a abolição das leis coloniais, que puniam a relação sexual entre homens com penas excessivamente severas, como o exílio e em alguns casos, até a morte (CORRÊA, 2007, p. 47). Isso se deu oito anos após a independência da colônia, mas ressalte-se o contexto jurídico-legal o qual a mudança está inserida. Nas demais instituições sociais, a intolerância e o estigma ainda se fazem presentes.

Mais tarde entre as décadas de 1960 a 1990, em alguns pontos do mundo, como na América Latina e na África do Sul, a democratização ensejou o debate sobre os direitos de gays e lésbicas, que mais tardem consolidaram a política sexual a nível global. Como consequência, a sexualidade passa a ser abertamente discutida nas conferências sobre os direitos humanos da ONU (CORRÊA, 2007, p. 48).

Entretanto, ainda persistiram, por um significativo tempo, as dificuldades no plano intragovernamental para tratar de assuntos que envolvem o tema da orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios de Yogyakarta vêm para colocar um ponto final nessa resistência.

O texto-base do documento resgata conceitos firmados nos tratados e convenções de direitos humanos, assinados pela maioria dos países membros da ONU, e os direcionam para a aplicação que envolvem situações com violação de direitos humanos em decorrência da sexualidade e da identidade de gênero de determinadas pessoas.

São trazidas 29 definições sobre os direitos humanos, por exemplo, direito à vida, direito à segurança pessoal, direito ao trabalho, direito à igualdade e à não-discriminação, entres outros, seguidos de recomendações, as quais os Estados de forma vinculante devem obedecer (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, p. 12 – 21).

Os Princípios de Yogyakarta foram traduzidos e lançados no Brasil numa série de eventos ocorridos em Porto Alegre (24 de agosto de 2007), Rio de Janeiro (27 de agosto de 2007), Nova Iguaçu (29 de agosto de 2007) e São Paulo (31 de agosto de 2007), segundo informações colhidas do site da Sexuality Police Watch.

O escopo da declaração, saliente-se, em comento é assegurar a todos os indivíduos o direito à liberdade de gênero e orientação sexual, através da consagração de direitos como o direito à igualdade e à não discriminação, e principalmente, o direito à vida, conforme preestabelece o documento da ONU (2007, p. 15):

Toda pessoa tem o direito à vida. Ninguém deve ser arbitrariamente privado da vida, inclusive nas circunstâncias referidas à orientação sexual ou identidade de gênero. A pena de morte não deve ser imposta a ninguém por atividade sexual consensual entre pessoas que atingiram a idade do consentimento ou por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero.

O respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero, trazido pelos Princípios de Yogyakarta, é essencial para a concretização da igualdade entre as pessoas. Deve-se, na busca desse fim, erradicar os estereótipos atrelados ao feminino e ao masculino, para que se reconheça o direito dos indivíduos de assumirem e decidirem, de maneira livre, aspectos sobre a sua sexualidade e ao seu gênero (RANGEL, 2013, p. 18, 19).

Ante o exposto, o ideário propicia a realização dos valores trazidos através do reconhecimento de que o Estado não pode deliberar normas que provoquem a exclusão jurídica de grupos em razão de sua identidade de gênero ou sexualidade (RANGEL, 2013, p. 19). Bem como é seu dever, viabilizar por meio de dispositivos normativos a proteção concreta dessas vítimas, punindo, de forma devida, quaisquer discriminações e ataques resultantes da sua condição de homossexual ou transgênero.

3.1. OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA E O CRIME DE FEMINICÍDIO

A publicação da lei nº 13.104, em março de 2015, gerou alterações no Código Penal Brasileiro para incluir mais uma qualificadora ao crime de homicídio, tipificado no artigo 121. A referida

mudança acrescentou o inciso VI do § 2º, bem como, adicionou uma norma explicativa do termo “razões da condição de sexo feminino”, esclarecendo que acontecerá nas situações de violência doméstica e familiar, e quando existe menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Além disso, a lei estabeleceu causas de aumento de pena para o crime de feminicídio no § 7ª do supracitado artigo (GRECO, 2016, p. 351).

Assim sendo, o feminicídio é considerado o assassinato de mulheres em razão de condição de ser mulher. Refere-se ao crime de ódio praticado contra o gênero feminino, justificado pela submissão histórica da mulher pelo homem e patenteadado pela indiferença estatal e social. A morte da mulher nesses quadros é, portanto, resultado da relação de desigualdade, exclusão e poder entre os gêneros (GOMES; BATISTA, 2015, p. 2,3).

O feminicídio não se confunde como o femicídio. Este último é a morte de uma mulher: o antônimo da expressão “homicídio”, em termos etimológicos. O primeiro, ressalte-se, é a morte de uma mulher em virtude de seu gênero, portanto, é um homicídio doloso qualificado. Logo, o elemento essencial para que se possa falar em feminicídio é a presença de violência baseada no gênero (SCHULZ; LIMBERGER; DE MOURTA; ARGERICH, 2015, p. 4).

Por sua vez, os Princípios de Yogyakarta asseguram a proteção a orientação sexual e a identidade de gênero por meio da preservação dos demais direitos humanos, não somente do direito à igualdade.

Nesta linha, a morte de qualquer mulher – seja ela cissexual ou transexual – em virtude do seu gênero pode ser considerada uma extrema violação ao seu direito à vida, decorrente da violação no todo ou em parte de demais direitos humanos, como o direito à liberdade, à igualdade e à segurança, trazidos pelos Princípios de Yogyakarta e assegurados a todos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

4. A APLICAÇÃO DO CRIME DE FEMINICÍDIO PARA PROTEÇÃO DE MULHERES TRANS

No que tange à violência contra a mulher, além de histórica, ela é fruto de um fenômeno cultural da sociedade, que apesar de todo o progresso, ainda perpetua, junto com o Estado, valores

que propagam a violência. Um dos principais valores que cultiva a discriminação sexista é a desigualdade sociocultural, e o fato de, historicamente, enxergar a figura masculina como sendo superior nas maiorias das situações.

Como já mencionado, as teorias feministas primeiramente se voltaram aos estudos sobre a mulher, com base na ideia binária do sexo humano, ou seja, nas distinções entre homem e mulher. Dessa forma, acabou se solidificando uma visão dual de sexos como única maneira de se estabelecer o gênero humano.

Diante do grande número de casos de violência doméstica existentes no Brasil, e também, pela própria discriminação ao gênero feminino, já mencionada, foram criadas legislações específicas para combater a violência de gênero: a lei Maria da Penha (lei nº 11.340/06) e o crime de feminicídio, já discutido nos capítulos anteriores. É inegável que esses dispositivos fizeram surgir instrumentos importantes para garantir a segurança das mulheres (SANTOS, 2016, p. 72).

No entanto, estudando o âmbito de incidência do crime de feminicídio, pode-se dizer que, ele foi pensando, primeiramente, para assegurar a proteção da mulher, por meio de uma concepção biológica, como reflexo das teorias feministas tradicionais (dicotomia homem-mulher, padrão heterossexual). Ou seja, os conflitos de gêneros objeto de aplicação do crime de feminicídio se manifestam por meio de uma “interpretação literal” da expressão “mulher” (GRANT, 2013, p. 7 – 10).

Dessa forma, toda a luta feminista contra a discriminação, desigualdade e violência de gênero acaba por restringir a condição de identidade feminina como única da mulher biológica, excluindo os demais sujeitos, como as mulheres transexuais, do âmbito de incidência normativo em questão.

Contudo, parece oportuno salientar que a norma explicadora contida no artigo 121, § 2-A considera que há razões de condição do sexo feminino, quando o crime envolve violência doméstica ou menosprezo à condição de mulher. Ou seja, não se fez uma distinção entre a mulher cissexual e a mulher transexual, que não nasceu biologicamente mulher, mas que se reconhece como pertencente ao gênero feminino. Logo, caso haja violência baseada

no gênero, pode-se e deve-se caracterizar o feminicídio (GOMES; BATISTA, 2015, p. 4).

De acordo com Ana Raquel Santos (2016, p. 75), “a mulher transexual é psicologicamente e socialmente mulher, ou seja, comporta-se perante a sociedade, veste-se e se apresenta como tal, e, nesse sentido, a genitália é apenas uma das partes do corpo da mulher transexual”. Da mesma maneira que a mulher cissexual, a mulher trans carrega consigo o traço cultural de submissão do gênero feminino. Isso é suficiente para chegar ao entendimento de que a mulher transexual, e todos aqueles que pertencem ao gênero feminino, também são sob o âmbito de proteção do crime de feminicídio.

É preciso pensar outras formas de fazer gênero (GRANT, 2013, p. 21), nesta linha, o crime de feminicídio deve ser interpretado no sentido amplo do sistema gênero-sexo, a fim de realizar sua verdadeira razão de ser: proteger a mulher em razão de seu sexo biológico ou de seu gênero, moldado e definido ao longo de sua vida.

5. CONCLUSÃO

Após todo esse levantamento, nota-se que com a expedição de diplomas normativos que favorecem e dão uma assistência às mulheres vítimas de violências em razão de sua condição de mulher, estar-se-á dando maior credibilidade e buscando uma justiça mais eficaz.

A distinção entre as expressões “gênero” e “sexo” se faz necessário, pois é significativa e determinante para o âmbito de incidência do feminicídio. Assim, o “gênero” está atrelado ao sentimento que o indivíduo tem de si mesmo, oriundo da construção social dos papéis femininos e masculinos, por sua vez, o “sexo” faz referência à biologia, à caracterização genética dos seres humanos.

Pode-se afirmar que o feminicídio se dirige tanto à mulher no sentido biológico, como àquela que possuem identidade de gênero feminino, já que a o dispositivo legal não determina nenhuma distinção entre mulheres cissexuais e mulheres transexuais. Percebe-se que não há na lei qualquer empecilho quanto à incidência do feminicídio no segundo caso, cabendo ao juiz, no caso concreto, aplicá-lo de modo análogo, ampliando assim o âmbito de proteção da norma as mulheres transexuais.

Como já mencionado anteriormente, a transexualidade é uma expressão de identidade relacionada ao gênero, de forma que a mulher trans é todo indivíduo que demanda o reconhecimento legal e social como mulher. A propósito, apesar de ser o caminho para o alcance do equilíbrio para muitas, a transexualidade vai além da cirurgia de transgenitalização, afinal, a mulher transexual é uma mulher, não importando a presença da genitália masculina em seu corpo, pois o sexo biológico, como já foi dito, não é suficiente para determinar o gênero da pessoa.

Tendo em vista os fatos apresentados, o feminicídio é encarado como medida protetiva e afirmativa do grupo vulnerável, que é o gênero feminino. Sucede que, sendo a mulher transexual, a discriminação é intensificada, em razão da interseccionalidade de outros fatores como cor, raça, condição social, entre outros.

Assim sendo, resta evidenciado que o crime de feminicídio pode e deve ser aplicado às mulheres transexuais, sendo prescindível a cirurgia de transgenitalização, haja vista a sua submissão histórica na cultura patriarcal.

Deve-se chamar atenção para o fato de que nas reformas penais, o legislador em alguns casos é remetido a idealizar novos crimes, novas penas, que em si não diminuem a criminalidade, como fenômeno complexo que é. Junto à nova mudança de postura do legislador e do magistrado, como aplicador do direito, necessário se faz a alteração no processo educativo de mentalidade dentro das relações sociais, colocando em prática valores diários como a empatia e o respeito ao próximo.

Esse é o caminho mais eficaz e duradouro para se entender os direitos sexuais como direitos humanos e concretizar diariamente o que foi previsto nos Princípios de Yogyakarta.

REFERÊNCIAS

ADELMAN, Miriam. **Travestis e Transexuais e os Outros: Identidade e Experiência de vida**. Nitério, UFF, 2003.

ASOCIACIÓN DE PSICOLOGÍA AMERICANA. **Respuestas a tus preguntas sobre Individuos Transgéneros e Identidad de Género**. Disponível em: <<https://www.iguales.cl/wp-content/uploads/2012/10/IG-APA.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

ÁVILA, Simone; GROSSI, Miriam Pillar. **Transexualidade e movimento transgênero na perspectiva da diáspora queer**. Disponível em: < <http://nigs.ufsc.br/files/2012/01/TRANSEXUALIDADE-E-MOVIMENTO-TRANSG%C3%80NE-RO-NA-PERSPECTIVA-DA-DI%C3%81SPORA-QUEER-Simone-%C3%81vila-e-Miriam-Pillar-Grossi.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BENTO, Maria Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2009.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1955**, de 3 de setembro de 2010. Revoga a RES/CFM 1652/02 e dispõe sobre os critérios e condições da Cirurgia de Transgenitalização. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em 06 nov. 2016.

BRASIL. **Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero**. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2016.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CARNEIRO, Sueli. **Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.

CHANTER, Tina. **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Penso, 2011.

CORRÊA, Sonia. **Princípios de Yogyakarta**. Disponível em: <<http://www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/ARTIGO%202007%20SoniaCorrea%20RESENHA%20PRINCIPIOS%20YOGYAKARTA%20s%20Orientacao%20Sexual.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

DA SILVA, Cristiane Gonçalves. **Orientação sexual, Identidades sexuais e Identidade de gênero**. Unidade 1 – Sexualidade: Dimensão conceitual, diversidade e discriminação. Semana 3. Disponível em: < http://www.comfor.unifesp.br/wp-content/docs/COMFOR/biblioteca_virtual/GDE/mod3/Semana3_Mod3_GDE.pdf >.

DE JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade gênero: conceitos e termos**. Disponível: < https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989>.

DE JESUS, Jaqueline G.; ALVES, Hailey. Feminismo transgênero e movimento de mulheres transexuais. **Cronos - Revista do Programa de Pós Graduação em Ciências Sociais da UFRN**, v. 11 n 2, jul/dez, 2010, p. 6.

FRAGOSO, Heleno Claudio. Transexualismo: cirurgia: Lesão corporal. **Revista de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v. 5, 1979 p. 29.

GOMES, Claudia Albuquerque; BATISTA, Mirela Fernandes. **Feminicídio: Paradigmas para análise da violência de gênero com apontamentos à lei Maria da Penha**. Disponível em: <https://www.unisul.br/wps/wcm/connect/57571c15-0bd8-498c-baca-599dde5e74cf/artigo_gtdir_claudia-mirela_vii-spi.pdf?MOD=A-JPERES>. Acesso em: 20 nov. 2016.

GRANT, Carolina. **Bioética e Transexualidade: para além da patologização, uma questão de identidade de gênero**. Disponível em:<https://www.academia.edu/2954954/Bio%C3%A9tica_e_Transexualidade_para_al%C3%A9m_da_patologiza%C3%A7%C3%A3o_uma_quest%C3%A3o_de_identidade_de_g%C3%AAnero> Acesso em: 30 ago. 2010.

GRANT, Carolina. **Direito e gênero em trânsito: Quando corpos e gêneros trânsito obrigam o trânsito do Direito – uma análise crítica da ley de identidad de género argentina e do PL 5.002/2013 a partir dos estudos queer**. Disponível em: <https://www.academia.edu/10198782/DIREITO_E_G%C3%8ANERO_EM_TR%C3%82NSITO_Quando_corpos_e_g%C3%AAneros_em_tr%C3%A2nsito_obrigam_o_tr%C3%A2nsito_do_Direito_uma_an%C3%A1lise_cr%C3%ADtica_da_ley_de_identidad_de_g%C3%A9nero_argentina_e_do_PL_5.002_2013_a_partir_dos_estudos_queer>. Acesso em: 30 set. 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JURNIOR, Aníbal Ribeiro Guimarães. **A Bioética da Proteção e a População Transexual Feminina**. Disponível em: < <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2526>>. Acesso em: 30 set. 2016.

KOLODNY, Robert C., MASTERS, William H., JONHSON, Virginia E. **Tratado de medicina sexual**. Barcelona: Salvat, 1983.

LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho – ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista. Novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURA, Renan Gomes; LOPES, Paloma de Lavor. **O Preconceito e a Discriminação de Transgêneros no Processo de Recrutamento e Seleção de Pessoal: uma Revisão Bibliográfica**. Disponível em: < <http://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos14/36520376.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.

NASCIMENTO, Ewerton S. **Alternativas de mercado de trabalho para as travestis de Aracaju**. Aracaju: Ministério da Justiça, 2003.

PERES, ANA PAULA ARISTON BARION. **Transexualismo, O direito a uma nova identidade sexual**. São Paulo: Renovar, 2001.

PISCITELI, A. Re-criando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, L.(Org.). **A prática feminista e o conceito de gênero**. Campinas: IFCH-Unicamp, 2002.

QUAGLIA, Dorina. **O paciente e a intersexualidade**. São Paulo: Sarvier, 1980.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Os Princípios de Yogyakarta e os Direitos Humanos: Uma Análise sobre a Construção dos Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45088&seo=1>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

SANTOS, Ana Raquel Cerqueira. **Violência doméstica e Transexualidade: Uma investigação acerca da possibilidade e viabilidade da aplicação da lei maria da penha à mulher trans**. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <rafaellabmms@gmail.com>. Em 21 ago 2016.

SCHRAMM, Fermin Roland; BARBOZA, Heloisa Helena; GUIMARÃES, Aníbal. **O processo transexualizador no SUS como paradoxo entre o reconhecimento da existência da pessoa transexual e a sua invisibilidade institucional**. Disponível em: <http://files.dirppg.ct.utfpr.edu.br/ppgte/eventos/cictg/conteudo_cd/espanhol/E8_O_Processo_Transexualizador.pdf>. Acesso em: 21 out. 2016.

SCHULZ, Kelvyn Roberto; LIMBERGER, Maiara de Oliveira; DE MOURA, Leandro Rodrigues; ARGERICH, Eloisa Nair de Andrade. **A violência contra a mulher e o feminicídio no Brasil: as inovações no código penal brasileiro**. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/viewFile/5337/4515>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

SEXUALITY POLICY WATCH. **Sala de notícias**. Rio de Janeiro, 26 de maio de 2009. Disponível em: <<http://sxpolitics.org/ptbr/atividades-do-spw/782>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Direito à adequação de sexo do transexual**. São Paulo: Revista Literária de Direito, 1996.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e sexo: mudanças no registro civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SEGRE, Marco. **Bioética e Sexualidade**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

Capítulo IX

A possibilidade de exclusão do
condômino por comportamento
inadequado em prol da garantia do
direito de vizinhança

Tereza Beatriz Nogueira Ferraz

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.



A possibilidade de exclusão do condômino por comportamento inadequado em prol da garantia do direito de vizinhança

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA 2.1 TUTELA CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO SOCIAL 2.3 DAS FACULDADES: PROPRIETÁRIO E POSSUIDOR 3 DIREITO DE VIZINHANÇA 3.1 UMA RESTRIÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA 3.2 MAU USO DA PROPRIEDADE 4 DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO POR COMPORTAMENTO INADEQUADO EM PROL DA GARANTIA DO DIREITO DE VIZINHANÇA 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

RESUMO: Artigo destinado à análise da possibilidade de exclusão do condômino por comportamento antissocial em prol da garantia do Direito de Vizinhança. Em virtude disso, tem-se a necessidade de abordar o direito à propriedade privada com base na Constituição Federal do Brasil; as faculdades que envolvem a propriedade e posse; bem como as limitações impostas ao direito fundamental de propriedade diante da exigência de função social e não violação ao direito de vizinhança, almejando assim,

um relacionamento harmônico entre condôminos. Por fim, chega-se a reflexão a respeito da exclusão ou não do condômino nocivo, devido ao mau uso da unidade autônoma por comportamento reiteradamente antissocial.

Palavras-chave: Posse e propriedade privada; função social; direito de vizinhança; exclusão; condômino nocivo; mau uso da propriedade; antissocial.

1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é discorrer sobre a possibilidade de exclusão do condômino detentor de conduta socialmente inadequada em face da garantia dos direitos fundamentais dos demais vizinhos.

Objetiva-se apresentar um panorama geral das consequências do reiterado comportamento antissocial do condômino, abordando o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial consolidados no Brasil a respeito do assunto.

Cumprе salientar que, a análise da referida exclusão advém da compreensão acerca de questões preliminares que atuam como alicerces na sustentação do tema em questão, o qual não poderia ser visto isoladamente, sem ao menos fazer menção aos assuntos que o antecedem.

Sendo assim, inicialmente, tratar-se-á do direito à propriedade privada, cuja tutela constitucional refere-se a um direito fundamental relativo, por incidir sobre ele limitação referente à exigência do atendimento da função social da propriedade, acarretando, portanto, ônus para o proprietário ou possuidor que agir em descontento com o ordenamento.

Em seguida, também limitando o direito de propriedade, tem-se o Direito de Vizinhança, o qual dispõe de um conjunto de regras que visam regular o convívio entre vizinhos, proporcionando assim, um relacionamento sadio e harmônico entre todos que

compartilham de edificações urbanas, rurais, comerciais, residenciais, industriais, ou até mesmo terrenos não edificadas. Embora o termo “vizinhança” seja amplo, aqui, não será trabalhado em “lato sensu”, mas em “stricto sensu” para designar relações entre aqueles que integram o condomínio edilício.

As mencionadas restrições estão dispostas no ordenamento jurídico, na Convenção e Regimento Interno do condomínio edilício, e não lesionam o direito de propriedade, apenas o delimitam para evitar o mau uso da unidade autônoma capaz de provocar danos aos vizinhos.

Diante da violação do Direito de Vizinhança, do mau uso da propriedade e do não atendimento à sua função social, incidirão multas pecuniárias sobre o infrator, visando coibir a conduta deletéria, contudo, se tal comportamento for enquadrado como antissocial e assim o persiste, o proprietário ou possuidor estará sujeito a punições mais severas.

É partindo dessa perspectiva que surge a necessidade de dissecar o conceito de condômino antissocial, já que, embora a Constituição Federal o mencione de forma a majorar determinada punição, ela é omissa quanto a sua definição, e, por fim, serão tecidas considerações a respeito da possibilidade de exclusão do morador nocivo da unidade condominial.

2. DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

O entendimento atual sobre propriedade privada consolidou-se ao longo do tempo em decorrência de uma evolução histórica milenar que transcorreu diversas sociedades, dentre elas as primitivas, a romana, a grega e a Idade Média. Cada povo e cada momento histórico têm compreensão e extensão particulares do conceito de propriedade (VENOSA, 2015, p. 169).

Outrossim, tanto a Revolução Francesa, por tratar do direito de gozar e dispor da propriedade de forma absoluta, quanto a Revolução Industrial, por restringir as faculdades do proprietário precursoramente dispostas no Código de Napoleão à finalidade social, são marcos históricos extremamente relevantes para a presente compreensão do direito à propriedade.

Parte-se do pressuposto de que não existe uma definição absoluta de propriedade, pois, entende-se que este conceito não é universal, nem tão pouco estagnado, ele varia de acordo com os regulamentos jurídicos de cada país, inclusive, sofre mutações, sendo um direito dinâmico.

Contudo, o direito de propriedade está inserido no ramo dos Direitos Reais, que trata do estudo de bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tendo eficácia “erga omnes”, ou seja, é oponível contra tudo e todos. Até mesmo, acredita-se que o direito de propriedade é o mais importante e o mais sólido de todo o universo de direitos subjetivos; logo, é o direito das coisas por excelência, ou seja, o eixo em torno do qual gravita o Direito Real (MONTEIRO; DABUS, 2013, p. 98).

2.1. TUTELA CONSTITUCIONAL E FUNÇÃO SOCIAL

Embora a Constituição Federal não traga um conceito de propriedade, define-se como sendo o poder jurídico atribuído a um titular de usar, gozar e dispor de um bem seja ele, corpóreo ou incorpóreo, em sua totalidade e dentro das limitações estabelecidas na lei, assim como o direito de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha (GONÇALVES, 2014, p. 229-230).

No Brasil, o direito de propriedade é um tema disciplinado pelo Código Civil, estando especificamente imerso no Direito das Coisas, bem como, também está tutelado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XII e XXIII, por ser uma garantia fundamental, conforme se segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXII- é garantido o direito de propriedade;

XXIII- a propriedade atenderá a sua função social

Apesar de ser assegurado o direito à propriedade privada, a Constituição também instituiu restrições a essa garantia, porque o proprietário do bem deve dar-lhe uma utilidade de forma a atender

sua função social, ou seja, já não é mais suficiente que o proprietário evite causar danos a terceiros ao desempenhar o seu direito, sendo preciso, ademais, que esse titular venha utilizá-lo de determinada forma que contribua para a promoção do desenvolvimento social, sob pena de até mesmo perder integralmente o seu direito (CÂMARA, 2007, p. 147).

Inexistindo atribuição de função social à propriedade, a exemplo de um terreno abandonado pelo proprietário acumulando matos, entulhos, podendo até atingir negativamente a sociedade, o detentor pode perder a sua posse sobre o bem, assim como o seu domínio, porque é obrigação do proprietário desfrutar dos seus bens e explorá-los, uma vez que o proprietário e possuidor, devido ao fato de manter uma riqueza, tem o dever social de torná-la operativa (VENOSA, 2015, p. 177).

2.2. DAS FACULDADES: PROPRIETÁRIO E POSSUIDOR

Durante décadas posse e propriedade se confundiam, porém, sabe-se hoje, que são institutos bem distintos, por isso, convém destacar, sucintamente, a diferença entre eles. Ao que concerne à propriedade, pressupõe a existência de título e domínio, então, o proprietário tem o direito de uso, gozo, disposição e sequela do bem. Já a posse, refere-se ao exercício dos direitos de propriedade, logo, é a atribuição de normalidade para os atos de proprietário a partir do “animus domini”, adquirindo o possuidor, apenas a faculdade de usar e gozar da coisa.

Como a posse é sempre um poder de fato, que coincide à execução de uma das faculdades intrínsecas ao domínio (VENOSA, 2015, p. 47), não necessariamente o proprietário tem a posse do bem, existem situações em que o mesmo detém a propriedade, mas não é o possuidor, seja por vontade própria, por atos de terceiros ou por imposição legal.

Em face da amplitude do assunto em questão, já que propriedade é um tema genérico por tratar-se de bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, como mencionado, faz-se um recorte a fim de analisar restritivamente as limitações impostas ao direito da propriedade imobiliária, qual seja, bem corpóreo e imóvel, no que tange a faculdade do proprietário usar, gozar, dispor e reaver

o bem, de quem injustamente o possua ou detenha (art. 1.228, do Código Civil); tal como a capacidade do possuidor, enquanto ocupante, seja mero possuidor, usufrutuário, locatário ou comodatário de usar e gozar do imóvel. É sob essa ótica que incidirá o direito de vizinhança, que é uma restrição ao direito de propriedade destinada a possibilitar o convívio pacífico entre condôminos.

3. DIREITO DE VIZINHANÇA

Inicialmente, entende-se por vizinhança o conjunto de unidades particulares próximas umas das outras, melhor dizendo, são propriedades contíguas, como se observa no condomínio residencial ou comercial; outrossim, estabelecimentos comerciais ou propriedades habitacionais que não estejam inseridas em uma coligação condominial, mas que façam fronteiras com outras propriedades.

No que se refere ao direito de vizinhança, cumpre salientar que, atribui uma denominação diferente ao tema Limongi França (1999, p. 422), por acreditar que o Código e os demais autores que, em princípio, lhe seguem o comando, adotam terminologia errada, ao mencionarem “direitos de vizinhança”, quando na verdade se trata de relações de vizinhança, porque não abrangem só direitos, mas também obrigações.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 351) descreve que as normas que constituem o direito de vizinhança propõem-se a evitar antagonismos de interesses entre detentores de prédios contíguos. Porém, o termo “prédios” não distingue entre o imóvel urbano ou rural. Também não se indaga se a sua propositura é residencial, comercial ou industrial. Trata-se apenas de uma edificação, seja uma casa ou apartamentos em condomínio, independente da finalidade. Inclusive, o terreno não edificado é considerado imóvel lato sensu. É satisfatório que dele emane interferência prejudicial que gere reflexos no prédio vizinho (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 436).

Acredita-se que o homem não consegue viver isoladamente, à parte de uma comunidade; pois dispõe de necessidade intrínseca, qual seja, de manter relações interpessoais, assim sendo, acredita-se que o bom convívio entre condôminos decorre de regras de condutas que possibilitam um relacionamento amistoso entre todos, evitando conflitos.

Então, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin (2014, p. 195), entende que o conflito de vizinhança não é apenas um conflito individual, mas também metaindividual, em que os direitos devem ser percebidos e exigidos por mecanismos eficazes, apresentando-se o direito de vizinhança, tanto no âmbito privado quanto no público, indistintamente.

As medidas de prevenção dos direitos devem ser utilizadas, justamente tendo como foco evitar lesão, danos. O convívio precisa estar sempre protegido. O direito de todos merece respeito de todos. (SILVA, 2012, p. 37)

Ainda cabe destacar que a corrente doutrinária majoritária entende que os direitos de vizinhança ou relações de vizinhança são obrigações “propter rem”, ou seja, obrigações que se ligam ao prédio, tendo que assumi-las quem quer que esteja em sua posse (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p.437).

3.1. UMA RESTRIÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA

Aldemiro Rezende Dantas, citado por Hamilton Quirino Câmara (2007, p. 147), acredita que a restrição à propriedade privada constitui um aglomerado de limitações impostas ao direito de propriedade motivadas diretamente por interesses particulares, ou melhor, dos vizinhos.

Limitações ao direito de propriedade fundamentam-se nos condicionamentos que tocam os atributos tradicionais desse direito, pelo que era tido como direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Absoluto, por garantir ao proprietário a liberdade de dispor do bem do modo que melhor lhe agrada; exclusivo, pois quando imputado ao proprietário, e só a ele, em princípio, cabe; perpétuo, porque não desaparece com o falecimento do proprietário, porquanto passa a seus herdeiros, significando que tem duração ilimitada (CC, art. 1.231), e não se perde pelo não uso simplesmente. (SILVA, 2005, p. 279).

Diante o exposto, os direitos de vizinhança retratam limitações às unidades autônomas, logo, o proprietário ou possuidor não pode utilizar seu imóvel como bem entender, precisa respeitar regras de condutas impostas por lei, tal como pela Convenção

Condominial, Regimento Interno e Assembléia Geral do Condomínio, pois almejam uma relação harmoniosa entre condôminos.

Há de se perceber que as limitações de vizinhança afetam abstratamente a todos os vizinhos, mas apenas se concretizam em face de alguns. Ou seja, são potencialmente indeterminadas, mas se manifestam apenas em face daquele que se encontre perante a situação afirmada pela norma (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 438).

Partindo desse pressuposto, o Condomínio é um exemplo de comunidade que preza pela pacífica relação entre condôminos, criando sua própria Convenção Condominial e Regimento Interno, cujas normas comportamentais destinam-se ao exercício obrigatório dos seus habitantes. Tais dispositivos viabilizam uma convivência sadia entre todos que compartilham das mesmas áreas comuns e unidades autônomas, afastando possíveis conflitos. Inclusive, cabe salientar que é dever, e não faculdade do condomínio elaborar normas que possibilitem a “política da boa vizinhança”, sem infringir direitos alheios.

Seria um absurdo que todos pudessem exercer o direito à propriedade de forma ilimitada, como faziam os romanos, pois conduta desse jaez implicaria o abuso do direito, ou seja, que o direito exercido por uns, lesionasse outros cidadãos (SCAVONE JUNIOR, 2016, p. 997). Então, é inquestionável que haja um equilíbrio entre propriedade privada e o seu exercício, pois, se o seu detentor dispusesse de total liberdade para gerir sua propriedade, desencadearia um caos social capaz de afetar os direitos fundamentais dos demais, diante da ausência de bom senso de determinados cidadãos para com os demais.

3.2. MAU USO DA PROPRIEDADE

O descumprimento das normas disciplinadoras do condomínio edilício, sejam elas instituídas pelo próprio empreendimento ou pela legislação, bem como a falta de “bom senso” nas relações condominiais, isto é a não observância das regras de boa convivência, caracterizam o “uso anormal da propriedade”, independente da intenção do agente de produzir tal resultado. Os atos inadequados poderão acarretar punições aos condôminos antissociais.

Para Orlando Gomes (2012, p. 224) o conceito de uso nocivo da propriedade é relativo, mas não se condiciona à intenção da conduta praticada pelo proprietário. O propósito de prejudicar, ou incomodar, pode nem sequer existir e haver o uso inadequado da propriedade.

Deste modo, como já mencionado alhures, assim como a Constituição Federal garante o direito de propriedade privada, e, de igual forma o restringe, limitando a sua usufruição ao atendimento da função social, o Código Civil também o faz em seu artigo 1.277. Este por sua vez prevê que “o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”.

O direito de vizinhança está de certa forma vinculado ao mau uso da propriedade, pela mensuração de comportamentos de proprietários e possuidores que extrapolam o razoável e prejudicam a segurança, sossego e saúde de vizinhos. (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p. 440). Portanto, se o detentor do imóvel agir de forma a incomodar os demais vizinhos por qualquer um dos motivos supra-mencionados, incidirá sobre ele advertências e penalidades advindas da Convenção e Regimento Interno do Condomínio ou da lei, a depender da natureza jurídica da situação perturbadora, logo, do direito de vizinhança violado.

Diante o exposto, surge o conflito de vizinhança em função da prática de atos ilegais, lesivos ou abusivos de direito praticados pelo condômino, que devem ser solucionados de acordo com o Enunciado de número 319 da IV Jornada de Direito Civil que retrata “Art. 1.277: A condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente”.

Hamilton Quirino Câmara (2007, p. 149) faz uma distinção entre a utilização das regras condominiais e legais:

No condomínio edilício, os conflitos acerca da utilização das áreas comuns são resolvidos de acordo com as regras condominiais. Porém, quando referentes ao mau uso de cada uma das unidades autônomas, com repercussão na outra, já se configura

nitidamente como conflito de vizinhança. O direito positivo, neste caso, prevalecerá sobre eventual cláusula da convenção ou do regulamento.

Em tese, conflitos provenientes de questões mais simples disciplinadas por regras condominiais, podem ser solucionadas no âmbito do próprio condomínio, isto é, o legislador atento à questão, procurou dar ao condomínio alguns expedientes para que ele realize o seu efetivo controle (PASCHOAL, 2014 p. 93). No entanto, ao se tratar de contendas mais graves, das quais, apenas o direito positivo pode versar ou quando a aplicação de determinadas medidas pelo condomínio não surtem mais efeitos, deve-se levar a demanda ao judiciário.

4. DA POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DO CONDÔMINO POR COMPORTAMENTO INADEQUADO EM PROL DA GARANTIA DO DIREITO DE VIZINHANÇA

Com o advento do Código Civil de 2002, o legislador inovou na regulamentação das normas que tratam “Do Condomínio Edifício” ao preocupar-se com a utilização da unidade autônoma em atividades ilícitas, ou intimidadoras aos demais condôminos (CÂMARA, 2007, p.155), limitando o exercício da propriedade unitária a prática dos bons costumes, com base no artigo 1.336, IV, do Código Civil; outrossim reprimindo com multas mais severas as condutas inadequadas, também chamadas de antissociais, na forma do artigo 1337, parágrafo único, do Código Civil.

Consta nos artigos anteriormente mencionados uma escala progressiva de multas pecuniárias que poderão ser aplicadas aos infringentes das normas do condomínio, iniciando pelas multas convencionadas (art. 1.336, §2º, do Código civil) ou regimentadas, passando pela multa de até 05 (cinco) vezes o rateio do Condomínio, pela reiteração destas infrações (art. 1.337, *caput*, do Código Civil) e culminando na multa de até 10 (dez) vezes o rateio ao mês, aplicável ao condômino reiteradamente antissocial (art. 1.337, parágrafo único, do Código Civil) (PASCHOAL, 2014 p. 93).

Dá-se destaque ao parágrafo único do artigo 1.337, do Código Civil:

[...]

Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia.

A previsão supramencionada trata da punição mais severa no âmbito condominial, qual seja aplicada ao condômino nocivo, em razão do comportamento reiteradamente antissocial. Mas, o que seria essa conduta antissocial?

O vigente Código Civil não especificou o que de fato seria o comportamento antissocial, trata-se de um conceito vago que deve ser preenchido de acordo com as referências atuais da sociedade (ZULIANI, 2010, p. 26). O legislador fez uso das chamadas “cláusulas abertas”, que são termos vazios e abstratos os quais demandarão construção doutrinária e jurisprudencial que delinieie seu verdadeiro significado e delimite sua extensão (PASCHOAL, 2014 p. 93).

Para Arnaldo Rizzardo (2015, p. 133), o condômino antissocial é aquele que tem uma conduta incompatível com a vida em condomínio, que desrespeita as limitações naturais dos edifícios coletivos, que viola os mais simples princípios de convivência social, que briga com os vizinhos, apresentando um comportamento insuportável. O ato de jogar lixo em local inadequado; perturbar o sossego dos demais condôminos; utilizar o imóvel para fazer festas estrondosas; consumir e traficar entorpecentes, cometer assédio sexual e pedofilia também caracterizam tal comportamento.

Superada a análise do termo “antissocial”, constata-se que, a multa do parágrafo único, do artigo 1.337, do Código Civil, apenas será aplicada ao condômino reincidente na conduta inadequada, ou seja, àquele que reiteradamente proceder com o lastimável comportamento nocivo. Trata-se de uma medida excepcional que deve ser utilizada sensatamente, apenas para situações de extrema urgência e gravidade, as quais ameacem a vida, a integridade física ou o conglomerado condominial.

Pois bem.

Aplicada à multa pelo reiterado comportamento antissocial, e mesmo assim o proprietário ou possuidor persiste na conduta deletéria, pode esse condômino ser expulso do condomínio?

O Código Civil não dispôs sobre a possibilidade de exclusão do condômino nocivo. Embora o legislador tenha chegado muito perto, ele não ousou admitir expressamente a possibilidade de um proprietário ou ocupante ser impedido de utilizar a unidade autônoma (VENOSA, 2015, p. 392).

Possivelmente o legislador não quis enfrentar o problema temeroso de ferir o direito de propriedade sobre partes privativas do edifício. Rigoroso em outros pontos, o legislador foi muito tímido ao regular a utilização do apartamento da porta para dentro (FRANCO, 2001, p. 198).

Porém, diferentemente do legislador, embora ainda não haja um entendimento unânime na doutrina, esta se manifesta categoricamente a respeito do tema, bifurcando-se em duas correntes, a que não admite a exclusão do condômino antissocial e a que admite.

A primeira corrente doutrinária, a qual se posiciona contra a proibição do condômino poder ingressar no seu imóvel, fundamentam-se na ausência de previsibilidade legal versando sobre o tema, para defender a impossibilidade de excluir o um morador do condomínio, já que o Código Civil apenas trata da majoração de multa ao condômino reiteradamente antissocial.

Assim entendem os professores Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013, p.295) ao falarem que a exclusão ou expulsão do condômino antissocial é uma medida exagerada, que não pode ser aceita diante da tendência de personalização do Direito Civil. Dentro dessa linha de raciocínio, não se podem tolerar penas civis com limitações aos direitos alheios. No máximo, pode ser permitida a aplicação de penalidades pecuniárias, caso da severa multa de até dez vezes o valor do condomínio.

Já a segunda corrente doutrinária, talvez a mais difundida no Brasil, apesar da carência de julgados favoráveis, admite a exclusão do proprietário ou possuidor detentor de reiterada conduta inadequada, então, antissocial, em prol do direito de vizinhança, sem ao menos violar o direito de propriedade.

Nesse seguimento, Álvaro Villaça Azevedo (2008, p. 57) entende:

A exclusão do condômino nocivo é a única solução para conter os aludidos abusos no direito de propriedade, que tem seu fundamento, principalmente constitucional, na ideia de função social. A propriedade há de exercer-se, sempre, segundo sua função social. A lei civil, assim, dá um passo adiante na complementação desse significado importante, do condicionamento do uso da propriedade de forma harmônica, pacífica, nos moldes legais, preservando o bem-estar dos condôminos, dos vizinhos e o meio ambiente.

Consoante referido, apesar de tratar-se de uma solução drástica, não viola ao direito de propriedade, pois, além do condômino não utilizar seu imóvel de acordo com a função social, também está cometendo incessantes abusos de direito, os quais interferem na qualidade de vida digna dos demais vizinhos.

Obsta que a expulsão atinja todo o direito de propriedade do condômino em questão, ela apenas o restringe, privando o seu direito de habitar e usar da coisa em prol de toda uma coletividade (VENOSA, 2015, p. 393).

Como exposto, saliente-se que o proprietário não vai perder o direito sobre o imóvel, apenas será impedido de usa-lo diretamente. Em se tratando de imóvel alugado, poderá ser proposta ação de despejo pelo locador, então proprietário, contra o locatário antisocial, ora detentor da posse. Mas, isso não impede que o condomínio tome as providencias cabíveis, quais sejam multa e expulsão, diante da omissão do dono do imóvel (CÂMARA, 2007, p. 159).

O objetivo da expulsão é impedir que o condômino continue praticando atos atentatórios aos bons costumes, princípios e regras, que atingem diretamente e incisivamente a harmonia condominial, e, em momento algum refere-se a uma medida contra o direito de propriedade (ZULANI, 2010, p. 29).

Ressalta-se, inclusive, que a exclusão do condômino nocivo apenas poderá ser realizada em juízo, mediante ordem judicial, em razão do pleito do condomínio, e, é claro que, trata-se de uma situação excepcional que só ocorrerá em último caso, quando as multas aplicadas às infrações reiteradas não surtirem mais efeitos.

Não é necessária a existência de cláusula na Convenção ou Regimento Interno autorizando que se peça a exclusão do condômino antissocial, embora fosse importante que tivesse esse regulamento, a falta desta norma não impede que o grupo recorra ao Judiciário para pleitear tal medida (ZULIANI, 2010, p. 29). Porém, é indispensável que notifique o condômino para que compareça à assembleia designada, na qual o tema será debatido, dando-lhe a oportunidade de se defender, tanto através do uso da palavra como por escrito, encaminhando o seu recurso aos participantes da reunião (RIZZARDO, 2015, p. 134).

O Enunciado 92 da I Jornada de Direito Civil dispõe “as sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”. Portanto, independentemente da ausência ou não do dispositivo que versa sobre a expulsão do morador, deve ser observado o direito ao contraditório e à ampla defesa concedidos a ele, não podendo assim, ser surpreendido por eventual processo.

Destaca-se, nessa oportunidade, o presente julgado da 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou improcedente a ação de exclusão de condômino por entender não haver conduta antissocial que a justificasse, bem como por não ter sido garantido ao morador o direito de defesa perante assembleia, conforme a ementa abaixo:

Condomínio edilício. Sanção de exclusão do condômino nocivo por reiterado comportamento antissocial. Ainda que em tese possível, solução depende do devido processo e da verificação de fatos muito graves, um e outro, na espécie, ausentes. Improcedência, posto que por motivo diverso. Deslinde mantido. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 91587295920098260000 SP 9158729-59.2009.8.26.0000, Relator: Claudio Godoy, Data de Julgamento: 10/09/2013, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/09/2013)

Levado o pedido ao Poder Judiciário, a depender da gravidade do comportamento antissocial do nefasto vizinho, o juiz poderá determinar o seu afastamento do condomínio e do convívio das demais pessoas, inclusive mediante tutelas de urgência. Mas, para que isso aconteça, o fundamento que embasou a demanda

deve ser provado, e especialmente, a certeza de que não existe outra medida para controlar a ilicitude perigosa que, na maioria das vezes é progressiva (ZULIANI, 2010, p. 28). Assim entendeu a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo pela expulsão da condômina antissocial por acumular sujeira na área comum do condomínio, e, embora a aplicação das multas pecuniárias do artigo 1.337, do Código Civil, a mesma persistiu no comportamento nocivo, conforme a seguinte ementa:

CONDOMÍNIO CONDÔMINO ANTISSOCIAL EXCLUSÃO POSSIBILIDADE Requerida mantém grande acúmulo de sujeira em prédio de apartamentos Risco de incêndio SENTENÇA DE EXTINÇÃO, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil Sanções pecuniárias do art. 1.337 do Código Civil não esgotam as providências para fazer cessar a conduta ilícita do condômino Requerida utiliza da propriedade de maneira nociva aos demais condôminos Possibilidade de imposição de obrigação de não utilizar o imóvel RECURSO DO AUTOR PROVIDO, para julgar procedente a ação, vedando a Requerida de fazer uso direto do imóvel, com a desocupação em 60 dias (imóvel limpo e higienizado), sob pena de execução, arcando a Requerida com as custas e despesas processuais e honorários advocatícios dos patronos do Autor (fixados em R\$ 7.000,00), além da multa de 1% do valor da causa (a que foi atribuído o valor de R\$ 10.000,00) e de indenização de 20% do valor da causa, em decorrência da litigância de má-fé. (TJ-SP - APL: 00031223220108260079 SP 0003122-32.2010.8.26.0079, Relator: Flavio Abramovici, Data de Julgamento: 27/08/2013, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/08/2013)

A 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também decidiu pela procedência da Ação de Exclusão de Condômino Antissocial, concedendo, de início, a tutela antecipada de expulsão, com base no documento explicitado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXCLUSÃO DE CONDÔMINO ANTISSOCIAL. TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. POSSIBILIDADE. Verossimilhança dos fatos alegados, tendo em vista que o agravado comprova, de forma inequívoca, o comportamento antissocial do demandado a impedir a convência pacífica com os demais moradores. Receio de dano irreparável ou de difícil reparação, uma vez que a permanência do réu no condomínio coloca em risco à segurança

e à integridade dos demais moradores. Manutenção da decisão que deferiu a tutela antecipada de exclusão do condômino, nos termos do art. 273, I, do CPC. NEGARAM SEGUIMENTO ao recurso, por decisão monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70065533911, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 13/08/2015). (TJ-RS - AI: 70065533911 RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Data de Julgamento: 13/08/2015, Décima Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/08/2015)

Cabe reprimir que, as decisões proferidas acima tratam-se de punições excepcionais, pois, a exclusão do morador nocivo não é comum, e só será legitimada quando as multas condominiais mais severas já não forem suficientes para reprimir as reincidentes condutas inadequadas, quais sejam prejudiciais aos demais condôminos, optando assim pela garantia dos direitos coletivos em prol da boa convivência condominial.

5. CONCLUSÃO

A exclusão do condômino possuidor de reiterada conduta antissocial é um tema polêmico e objeto de muitas discussões, dividindo os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais entre aqueles que acreditam na possibilidade do afastamento do morador da sua unidade autônoma e os que repugnam a aplicação de qualquer penalidade que não esteja devidamente expressa em lei e limite os direitos alheios.

Contudo, embora os fundamentos da primeira corrente sejam respeitáveis, os da segunda corrente são mais sensatos e embaçados, pois a exclusão do condômino trata-se de uma penalidade excepcional, é o último recurso para extinguir determinado comportamento nocivo à integridade física ou psíquica dos demais vizinhos, uma vez que já foram realizadas diversas advertências e aplicadas as multas mais severas, e estas, por sua vez, se demonstraram ineficientes para coibir o comportamento do infrator, que se tornou uma pessoa de difícil convivência no condomínio.

Apesar de ser uma posição rara, alguns tribunais se manifestaram favoráveis à expulsão, desde que tenham sido aplicadas todas as penalidades administrativas possíveis e mesmo assim o

condômino persiste no comportamento nocivo aos vizinhos. Inclusive, esses tribunais entendem que tal posição não viola o direito de propriedade, porque o expulso não perderá o direito sobre a coisa, ou seja, a sua propriedade, ele apenas ficará impossibilitado de residir no local onde fora excluído, podendo, ademais, alugar e vender o seu imóvel.

Por fim, conclui-se que, assim como na sociedade, em se tratando de relação condominial, deve-se prezar pelo aprazível convívio entre vizinhos, e, se necessário, os interesses da coletividade devem se sobrepor aos individuais, pois ninguém quer e pode ser obrigado a residir num local onde seus direitos são constantemente desrespeitados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Condomínio Edilício e Exclusão do Condômino Nocivo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, v. 27 (nov./dez. 2008), p. 48-60.

BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Jornadas de direito civil I e IV: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/>>. Acesso em: 18 de jan. 2016.

CÂMARA, Hamilton Quirino. Condomínio Edilício: **Manual Prático com Perguntas e Respostas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CORDEIRO, Camila. **Condômino antissocial: é possível a exclusão?** Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3995, 9 jun. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29336>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos de Vizinhança e o novo Código Civil Brasileiro: uma sucinta apreciação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). **Questões Controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: MÉTODO, 2014, vol. 2.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANCO, J. Nascimento. Condomínio. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2001, p. 196-200.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 5.

MONTERO, Washington de Barros; DABUS, Carlos Alberto Maluf. **Curso de Direito Civil 3: Direito das Coisas**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PASCHOAL, João Paulo Rossi. O direito ao sossego e o condomínio edilício. **Revista Opinião Jurídica: Direito Imobiliário**. Secovi-SP (Sindicato da Habitação), v. 2, ago. 2014, p. 90-94.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Direito de Vizinhança: Comentários ao Uso Anormal da Propriedade**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38491&seo=1>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

RIOS, Thiago Meneses. **Direito de propriedade, função social e limitações constitucionais** Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3919, 25 mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27032>>. Acesso em: 6 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Agravo de Instrumento Nº: 70065533911. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Nelson José Gonzaga. Julgado em: 13 ago. 2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/219768352/>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Nº: 91587295920098260000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Claudio Godoy, Julgado em: 10 set. 2013, Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117768806/>. Acesso em: 12 set. 2013.

SÃO PAULO. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Nº: 00031223220108260079. Segunda Câmara de Direito. Privado Relator: Flavio Abramovici. Julgado em: 27 ago. 2013. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117346675/>. Acesso em: 28 ago. 2013.

SCAVONE, Luiz Antonio Junior. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Carlos Sousa Silva. Direito de Vizinhança. **Revista Prática Jurídica**. Brasília-DF: Consulex. Ano XI, nº. 129, dez. 2012, p. 37.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 5. ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, v. 4.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 5.

ZULIANI, Ênio Santarelli. O que Fazer com o Condômino Antissocial que Não Muda o Comportamento Nocivo, Apesar das Multas Aplicadas? **Revista Magister de Direito Civil e processual Civil**. Porto Alegre: Magister, v. 39 (nov./dez. 2010), p. 25-31.



Capítulo X

Uber como transporte individual
(público ou privado?) e a relação
concorrencial com o “monopólio”
taxista à luz da Constituição
Federal de 1988

Rebeca Bárbara Guimarães de Melo

Graduanda na Faculdade Baiana de Direito e Gestão.



Uber como transporte individual (público ou privado?) e a relação concorrencial com o “monopólio” taxista à luz da Constituição Federal de 1988

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do monopólio e da concorrência no serviço público; 2. Distinção do serviço público e atividade econômica stricto sensu; 3. Uber como transporte privado individual e a inocuidade da discussão; 4. Uber como transporte público individual; 5. A defesa do consumidor no serviço público; 6. A liberação e a desregulamentação dos táxis: solução?

RESUMO: O presente trabalho se destina a pesquisar e aprofundar o estudo sobre a natureza jurídica do serviço de transporte individual intermediado pelo aplicativo Uber ou similares: a partir da jurisprudência e da doutrina objetiva-se determinar se o serviço prestado é um transporte público ou privado individual. Ainda no âmbito desta discussão, aborda-se o tema do “monopólio” exercido pelos taxistas, do direito à concorrência inerente a ordem econômica constitucional e a defesa do consumidor no embate Uber versus táxi. Por fim, também interessa a este estudo tratar do conflito Uber versus táxi sob o

aspecto econômico, no qual o CADE conclui pela inexistência de elementos impeditivos ao funcionamento de novos prestadores de serviços de transporte individual.

Palavras-chave: natureza; constituição; transporte; Uber; CADE.

INTRODUÇÃO

Independentemente de sua classificação como transporte individual público ou privado, o fato é que o aplicativo Uber traz ao consumidor um novo agente econômico no mercado de transporte individual, fazendo com que o aplicativo se torne um concorrente, mesmo que privado, aos taxistas. Surgem então questionamentos quanto ao monopólio realizado pelos taxistas quanto ao transporte individual de pessoas.

Mas o que se trata o termo *monopólio*? Em capítulo específico o celebre professor de economia da Universidade de Harvard, N. Gregory Mankiw, em explanação didática, diferencia uma empresa competitiva e uma empresa monopolista. Conceitua que uma empresa monopolista, pelo fato de não possuir concorrentes próximos, tem o poder de influenciar o preço de mercado de seu produto, sendo, portanto, uma *formadora de preço*. Diferindo de uma empresa competitiva, uma *tomadora de preço*, a qual oferece produto essencialmente idêntico ao demais existentes no mercado, não possuindo o poder de influenciar no preço do produto¹.

Desta forma, temos que uma empresa monopolista possui esta característica por ser a única vendedora de seu produto e se seu produto não possuir substitutos próximos. A causa fundamental dos monopólios está nas *barreiras à entrada*, as quais são: os recursos de monopólio; a regulamentação do governo; ou o processo de produção.

A primeira se trata da matéria-prima para a confecção do produto, caso esta seja de produção exclusiva de uma única empresa.

1 MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings e Elisabete Paes e Lima. 5. ed. São Paulo: Editora Cengage Learning, 2012, p.299.

A segunda ocorre quando o governo de um país concede a uma única empresa o direito exclusivo de produzir um determinado bem ou serviço. E por fim, a última barreira diz respeito ao fato de que uma única empresa consegue fornecer produtos a custo mais baixo que um grande número de produtores².

Malgrado a existência de três barreiras econômicas, daremos ênfase àquela pertinente a este trabalho, a barreira da *regulamentação do governo*. Esta barreira surge na medida em que o governo concede a uma só pessoa ou empresa o direito exclusivo de vender bem ou prestar serviço em nome do interesse público³.

A Constituição Federal nos termos do art. 173, §4º dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A expressão “abuso do poder econômico” está intimamente associada à defesa da concorrência como uma garantia institucional. Isso porque neste caso a proteção da concorrência, ao passo em que se restringe o abuso de poder econômico não se trata da proteção do indivíduo, típico das liberdades individuais, objetivando a proteção contra agressões por parte do Estado. Trata-se, contudo, justamente da atuação do Estado no sentido de garantir a correta atuação no mercado, disciplinando, assim, a ordem econômica. Os direitos da ordem econômica já não mais são dotados das características típicas dos direitos fundamentais individuais de caráter negativo do Estado. Pelo contrário, são direcionados à coletividade, estabelecendo ditames de comportamento concreto para o Estado e também para os particulares. Portanto, a defesa da ordem concorrencial é diante da Constituição pátria uma garantia institucional⁴.

Ainda sobre o dispositivo constitucional supracitado, atribui ele, ao poder econômico, uma função pública ou social, uma vez que se trata de um poder-dever do Estado na medida em que reprime o abuso do poder econômico.

A repressão ao abuso do poder econômico possui duas importantes características: garantir ao direito concorrencial proteção

2 *Ibidem*, p.300.

3 *Ibidem*, p.301.

4 SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.106-109.

contra qualquer ato lesivo, os quais foram enumerados no §3º do art. 174, como objetivos visados pelo ato abusivo – o domínio do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e afastar o desvio de função do poder, afirmando a função econômico-social dos agentes econômicos no mercado, tal como dado ao monopolista que em razão de ser o único detentor de bens essenciais ao mercado, possuindo a obrigação de fornecimento para a produção de seus derivados por outros agentes econômicos - contudo aqui se trata apenas dos casos de monopólio natural⁵.

1. DO MONOPÓLIO E DA CONCORRÊNCIA NO SERVIÇO PÚBLICO

Antes de adentrarmos a regulamentação do governo, é imperioso destacar a diferença deste instituto ao da regulação. A regulação (art. 174 CF) não se confunde com a regulamentação, posto que enquanto aquele representa uma função administrativa, processualizada e complexa, compreendendo o exercício da função normativa, executiva e judicante, a regulamentação é caracterizada como função política, inerente ao chefe do Executivo que envolve a edição de atos administrativos normativos complementares à lei⁶.

Enquadra-se ainda no conceito de regulação, o poder-dever fiscalizatório e sancionatório, o que reforça a diferença entre atividade regulatória e normativa, editando inclusive atos normativos, contudo dentro dos respectivos setores regulados, ampliando-se o sua abrangência.

Na obra o professor Rafael Rezende, este conclui que os atos das agências prevalecem sobre os regulamentos editados pelo Chefe do Executivo, pelo fato de que os atos das agências tem caráter técnico e setorial, na medida em que o regulamento presidencial possui conteúdo político e genérico (vide fundamento no art. 84, IV, CF). Neste diapasão, pela autarquia regulatória ser pessoa jurídica (e não órgão público) instituída por lei de iniciativa do próprio

5 *Ibidem*, p.108-114.

6 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.155.

chefe do Executivo, o qual opera a descentralização de atividades e reconhece a autonomia da entidade, não há que se falar de hierarquia entre o Ente Federado e a agência. Portanto, a solução da antinomia deve ser pautada pelo critério da especialidade, prevalecendo o ato de agência⁷.

A regulação possui dois principais objetivos: a promoção; e a defesa da concorrência nos setores regulados. O ordenamento jurídico atual consagra a preocupação com a concorrência na prestação de serviços públicos por múltiplos delegatários (concessionárias e permissionárias) com o objetivo de gerar benefícios aos respectivos usuários/consumidores. Contudo, este entendimento nem sempre foi assim, posto que as atividades econômicas (lato senso) baseavam-se nos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência (art. 170 CF), salvo aqueles serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado⁸.

A atividade econômica, uma vez compreendida como serviço público, sai da livre iniciativa e passa à titularidade do estado, o que poderia gerar a falsa ideia de que a sua prestação somente poderia ser imputada a uma única pessoa.⁹ A titularidade do serviço público pelo Estado não faz com que a outorga de concessão ou permissão tenha um caráter de exclusividade, exceto nos casos de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º da Lei 8.987/1995¹⁰.

Dessa forma, depreende-se que quando não houver obstáculos estruturais e tecnológicos intransponíveis deverá ser instituída a concorrência na delegação do serviço público. Questiona-se, portanto, se haveria na concessão ou permissão do serviço de táxi, qualquer peculiaridade que o torne uma atividade de monopólio pela sua inviabilidade técnica ou econômica, devendo haver a delegação do alvará aos particulares de forma geral pela prefeitura.

7 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.155.

8 *Ibidem*, p. 160.

9 *Ibidem*, p.162.

10 Art. 5o O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

O autor revela ainda a preocupação existente com a regulação dos monopólios naturais que tem como finalidade impedir que o monopolista use de seu poder de mercado e suas instalações essenciais para impedir a competição nas demais atividades do setor. A regulação dos monopólios se manifesta através da instituição da concorrência nos diversos segmentos de determinada atividade quando não houver óbices estruturais ou tecnológicos intransponíveis. Atualmente no Brasil, a regulação tem criado condições favoráveis à concorrência em múltiplos setores considerados tradicionalmente monopólios (ex.: petróleo, energia elétrica)¹¹.

Neste diapasão, Rafael Rezende traz interessante constatação a respeito da regulação dos serviços públicos, asseverando que a regulação estatal de tais atividades tem se pautado na criação de condições favoráveis à competição entre as concessionárias, destacando que a premissa econômica da regulação é da maior eficiência gerada pela concorrência, quando comparada à prestação de serviços em regime de monopólio.

Desta forma, a regulação jurídica dos serviços públicos deve criar condições favoráveis à concorrência nos setores regulados, e o faz utilizando-se de estratégias econômicas, tais como: a) a liberdade de entrada; b) a liberdade relativa de preços; c) a fragmentação do serviço público; d) o compartilhamento compulsório das redes e infraestruturas¹².

A liberdade de entrada nada mais é que a eliminação ou diminuição de barreiras à prestação de serviços públicos. Ademais, além da atuação dos agentes reguladores, deve haver por meio de lei, a previsão de orientações para o novo cenário concorrencial dos serviços públicos, viabilizando a competição¹³.

A previsão de autorizações vinculadas para a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado (art. 131, §1º da Lei n. 9.472/1997) ¹⁴ é um exemplo desta diminuição de barreiras,

11 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.163.

12 *Ibidem*, p. 164.

13 *Ibidem*, *loc.cit.*

14 Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

posto que faculta à atividade privada a exploração do serviço de telecomunicação, desde que preenchidas as condições necessárias.

Observe que o exercício do serviço de telecomunicação pelo particular está aberto a quem preencher os requisitos dispostos em lei, ao contrário do que ocorre no caso da delegação privativa aos taxistas do serviço de transporte público individual (vide art. 2º, caput da Lei 12.468/11)¹⁵, na qual o exercício da atividade está adstrito em regime privativo à determinado prestador de serviço.

Outra estratégia diz respeito à liberdade por parte dos agentes regulados no estabelecimento de preços, os quais deverão obedecer um preço-teto para a tarifa, estabelecido pelo regulador, a qual deverá ser reajustada anualmente pela taxa de inflação¹⁶.

No tocante à desverticalização ou fragmentação do serviço público (*unbundling*), diz respeito à dispersão das diversas etapas de prestação de serviço para evitar a concentração em um único particular. Um exemplo dado na obra em referencia foi o da energia elétrica, a qual poderá ser dissociada em diversas etapas, tais como: geração; transmissão; distribuição; e comercialização. Com a utilização do *unbundling* na prestação de atividades de utilidade pública, abre-se a possibilidade de concorrência de setores tradicionalmente marcados pelo monopólio natural. Este tipo de monopólio se dá no setor de telecomunicação, de energia elétrica e na produção de petróleo, a exemplo da Petrobras, a qual deverá constituir uma subsidiária com atribuições específicas para operar e construir os seus dutos (consoante art. 65 da lei 9.478/97)¹⁷. Ou seja, há aqui uma desverticalização jurídica, com obriga-

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que **faculta a exploração, no regime privado**, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. **(grifo nosso)**

- 15 Art. 2º É atividade **privativa** dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros. **(grifo nosso)**
- 16 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.163.
Ibidem, p. 165.
- 17 Art. 65. A PETROBRÁS **deverá constituir uma subsidiária** com atribuições específicas de operar e construir seus dutos, terminais marítimos e embarcações para transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, ficando facultado a essa subsidiária associar-se, majoritária ou minoritariamente, a outras empresas. **(grifo nosso)**

toriedade que de que cada segmento regulado seja explorado por pessoa jurídica diversa, o que não raro, ocorrerá obrigatoriamente pela criação de uma subsidiária¹⁸.

Por fim, a quarta estratégia para implementação da concorrência, o compartilhamento compulsório das redes e infraestruturas (*essential facilities doctrine*). Trata-se da teoria das *essential facilities* (instalações essenciais, infraestrutura essencial, insumo essencial ou bens essenciais), segundo a qual a infraestrutura monopolizada por determinado agente econômico é considerada essencial para o desempenho da atividade deve ser compartilhada pelos concorrentes¹⁹.

2. DISTINÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA STRICTO SENSU

Assevera o professor Luís Roberto Barroso que a diferenciação do serviço público da atividade econômica em sentido estrito é uma temática de grande controvérsia no Direito Público, em razão das mudanças políticas, socioeconômicas e sociais sob as quais a sociedade é submetida aos longos dos tempos²⁰.

Tanto a atividade econômica em sentido estrito quanto o serviço público, implicam em espécie de atividade econômica sem sentido amplo, diferenciando-se por ser a primeira atividade econômica desenvolvida principalmente pela iniciativa privada e o serviço público o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público²¹.

Cabe afixar que aquelas atividades de titularidade do Estado, as quais a Constituição de 88 expressamente intitula de serviço público, restam incontroversas, a exemplo dos serviços postais,

18 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op.cit*, p. 165-168.

19 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.163.
Ibidem, p. 168-174.

20 BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. *In: Temas de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 171-173.

21 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.289.

disposto no inciso X, art. 21 da CF, e demais serviços previstos nos incisos seguintes²². Em contra ponto a essa previsão expressa, a Carta não faz qualquer menção ao transporte individual de passageiros como um serviço público. A única referência que realiza a Constituição de 88 se trata do transporte coletivo, o qual é atribuído à titularidade aos Municípios, consoante art. 30, inciso V da CF.

De acordo com a doutrina majoritária, a qual o professor Daniel Sarmiento faz parte, não existe reserva à Constituição para a criação de serviços públicos, podendo o legislador determinar que a atividade “X” seja um serviço público. Quanto a isto, cabe apenas uma ressalva no que diz respeito aos limites constitucionais à atividade do legislador. Essa limitação constitucional ocorrerá na medida em que o legislador ao fixar um regime jurídico de direito público, determinando que o serviço “X” seja um serviço público, estaria ele violando o princípio da livre iniciativa e instituindo monopólios públicos. Imagine, o exemplo dado pelo professor, que pela edição de uma nova lei que determina a produção e comercialização de perfumes, sob o regime jurídico dos serviços públicos, elidindo a participação da iniciativa privada. Haveria em tal situação, clara violação ao princípio da ordem econômico, à livre iniciativa, assim como estaria o legislador destoando da finalidade precípua a qual se destinam a prestação de serviços públicos, quais sejam: a satisfação das necessidades coletivas no que diz respeito a sua essencialidade; e a indisponibilidade para concreção de interesses sociais²³.

Para Eros Grau, a menção a atividade econômica em sentido estrito evidencia a impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar qualquer parcela da atividade econômica sem sentido amplo como serviço público²⁴.

22 Art. 21. Compete à União: X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:).

23 SARMENTO, Daniel. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.17-21.

24 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.132.

Diante deste panorama, entende Marçal Justen Filho que só pode ser qualificado como serviço público pelo legislador as atividades vinculadas diretamente a um direito fundamental, e que sejam, ademais, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da iniciativa privada²⁵.

O parecerista questiona a essencialidade do transporte individual de passageiros, ao compará-lo ao coletivo, demonstrando ser este de “*indiscutível caráter essencial*”²⁶.

Para arrematar este ponto, de modo a lançar nova questão para o item seguinte, não reputa-se imperceptível a questão e que não há que se falar em qualquer proibição a uma atividade econômica sem lei que a proíba. A partir do preceito constitucional disposto no art. 5º, inciso II da CF, no qual preleciona que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, depreende-se que qualquer tentativa de sociopolítica que promova qualquer embargo aos serviços do Uber, demonstra-se manifestamente inconstitucional.

Não é porque inexistente regulamentação de determinada atividade econômica em sentido estrito que importará na vedação ao seu exercício, mas sim, na possibilidade do particular poder exercê-la. Tal entendimento também é consagrado pelo parágrafo único art. 170 da Constituição no âmbito da ordem econômica, segundo o qual “*é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”. É a partir deste preceito que mora a diferenciação precípua da vinculação do Estado e dos particulares com relação a atividade econômica: cabe àquele, positivamente vinculado a ordem jurídica, agir senão mediante lei; ao passo que estes podem atuarem plena liberdade, sempre que inexistir vedação ou imposição legal de determinada conduta, portanto, negativamente vinculados à lei²⁷.

25 FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.728 *et seq.*

26 SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p.22.

27 SARMENTO, Daniel. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.22-23.

Em suma, a inexistência de lei que regule determinada atividade econômica em estrito senso, não impede que sobrevenha lei a tratar da questão. Diante disto, deverão ser acatadas as limitações advindas com a lei, desde que não representem limitação à inovação e não configure a defesa corporativa de segmentos econômicos prejudicados pela concorrência. Qualquer destas limitações representa clara violação a Carta Constitucional no que diz respeito à Livre Iniciativa e à Livre Concorrência²⁸.

3. UBER COMO TRANSPORTE PRIVADO INDIVIDUAL E A INOCUIDADE DA DISCUSSÃO

A norma básica de regência do transporte urbano no Brasil é a Lei nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da política Nacional de Mobilidade Urbana. No art. 3º, parágrafo 2º, a lei trata da classificação de transporte urbano: quanto ao objeto, de passageiros e de cargas; quanto à característica do serviço, coletivo e individual; e quanto à natureza do serviço, público e privado. Essa lei não regula o transporte individual, seja ele público ou privado, apenas os conceituando: como transporte público individual, o serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas; e como transporte privado individual, o meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares.

E é esta atividade de transporte público individual que a Lei nº 12.486/2011 elegeu como atividade privativa dos taxistas, nos termos do seu art. 2º²⁹.

Contudo, não se concebeu aos taxistas o monopólio do exercício de toda a atividade de transporte individual de passageiros, a qual diz respeito tanto à modalidade pública, quanto à privada. Diante disso, apenas pelo fato de inexistir regulação do transporte individual privado pela Lei nº 12.587/2012 não significa tirá-lo do

28 *Ibidem*, p.22.

29 Art. 2º É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros.

âmbito da livre iniciativa e livre concorrência. Daniel Sarmento, em parecer quanto à legalidade do Uber, conclui que a atividade desempenhada pelos motoristas parceiros da Uber é atividade econômica estrito senso, ou seja, transporte privado individual, amparado pela livre iniciativa e a livre concorrência³⁰.

A partir do regime estabelecido pela Lei nº 12.468/11 e da Lei nº 12.827/12, o professor e jurista português Canotilho, entende como *inequívoca* a natureza privada da atividade econômica de transporte individual de passageiros, mesmo que a atividade seja legalmente qualificada como de utilidade pública³¹ – tese esta que será elucidada no decorrer deste capítulo.

Gaspar Arino Ortiz, assim como Alexandre Aragão, comunga do entendimento de que o serviço de táxi sequer se trataria de um serviço público na medida em que este seria atividade desempenhada diretamente ou indiretamente (delegação à iniciativa privada) pelo próprio Estado em razão da impossibilidade de a iniciativa privada atender os interesses públicos pertinentes; enquanto que as atividades econômicas privadas não se sujeitam ao controle ou em caso de sujeição, o faz apenas frente ao poder de polícia que verifica se a atividade não fere a ordem pública³².

O serviço de táxi estaria, portanto, no meio-termo entre o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, pelo simples fato de se enquadrar como um serviço de utilidade pública, o qual se encontra no campo da atividade econômica, mas se sujeita a intensa regulação e fiscalização estatal em razão do interesse público insito à sua prestação³³.

Neste sentido, o artigo 12-A da Lei de Política Nacional de Mobilidade Urbana que prevê exploração do serviço de táxi por aqueles que satisfaçam os requisitos estabelecidos pelo Poder Público, o qual deverá ser interpretado de forma sistemática com o art. 12 da

30 SARMENTO, Daniel. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.24-26.

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 18 abr. 2016, p.14.

32 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.192-196.

33 SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, 2015, p.27.

referida Lei³⁴. Essa interpretação caminha no sentido de caracterizar o serviço de táxi como sendo um serviço de utilidade pública.

Neste diapasão, conclui-se que o serviço de táxi não é de um serviço público, como já vinha entendendo Celso Antônio³⁵:

(...) os serviços prestados pelos táxis – e quanto a isto nada importa que o sejam por autônomos ou por empresas – possuem especial relevo para toda a coletividade, tal como se passa, aliás, com inúmeras outras atividades privadas, devendo por isso ser objeto de regulamentação pelo Poder Público, como de fato ocorre, mas obviamente isto não significa que sejam categorizáveis como serviços públicos. (...)

Nem a Constituição, nem a Lei Orgânica dos Municípios, nem a lei municipal regente da matéria qualificam os serviços de táxi como serviços públicos. Contudo, a Constituição foi expressa em qualificar como serviço público o serviço municipal de transporte coletivo local de passageiros (art. 30, V), não se podendo, como é óbvio, considerar casual a explícita menção a ‘coletivo’. Nisso, a toda evidência, ficou implícito, mas transparente, o propósito de excluir o transporte individual de passageiros da categorização de serviço público.

Muito embora o serviço de táxi não esteja sob a égide do direito público, o mesmo apresenta-se fortemente regulado (art. 174 CF³⁶), como, por exemplo, por meio da fixação de preços a serem cobrados dos usuários. Contudo, essa regulação da Administração Pública não pode ser legislativa ou administrativamente imposta, como se fosse própria do Estado e não da iniciativa privada. As empresas que executam serviços de utilidade pública devem, portanto, ser instrumentalizadas pelo Estado para a consecução de

34 Art. 12. **Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros** deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Redação dada pela Lei nº 12.865, de 2013). **(grifo nosso)**

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Serviços Públicos e Serviço de Utilidade Pública – Caracterização dos Serviços de Táxi – Ausência de Precariedade na Titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo”. In: **Pareceres de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiro, 2011, p. 216-217.

36 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

políticas públicas, porém não poderão ser forçadas a executá-las em detrimento do direito fundamental a livre iniciativa econômica.

No que diz respeito ao regime jurídico, o serviço de táxi, foge à regra dos serviços públicos que são submetidos à prévia licitação, ao passo que serviço de táxi é exercido por prévia concessão ou permissão dentre os particulares. Ademais, o exercício da atividade poderá ser alienado ou transmitido *causa mortis* (art. 12-A, §§1º e 2º da Lei nº 12.587/2012³⁷), o que é absolutamente inconciliável com a lógica do serviço público. Por fim, outro ponto que diverge do serviço público, se trata da não obrigatoriedade de assegurar por parte dos taxistas a continuidade da prestação do serviço³⁸.

Em suma, não há por parte do Estado um inescusável dever de prestar o serviço de transporte individual de passageiros, haja vista que o legislador, ao delegar a competência legislativa do transporte coletivo aos Municípios, excluiu o transporte individual, com a clara intenção de não submetê-lo ao regime dos serviços públicos, mas sim, como atividade econômica em sentido estrito.

Ainda sobre a discussão supra-abordada, não se pode olvidar o interessantíssimo raciocínio de Canotilho no tocante a modificação do art. 12 e a introdução do art. 12-A da Lei nº 12.587/12 realizada pela Lei nº 12.865/13. Antes da modificação do art. 12, a sua disposição inicial era a seguinte: “Os serviços públicos de transporte individual de passageiros, prestados sob permissão, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas”³⁹.

37 Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013). §1º É permitida a **transferência da outorga a terceiros** que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal. (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013) §2º Em **caso de falecimento** do outorgado, o direito à exploração do serviço será **transferido a seus sucessores legítimos**, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). (Incluído pela Lei nº 12.865, de 2013).

38 SARMENTO, Daniel. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 07 abr. 2016, p.28.

39 A Lei nº 12.865/13 é originária da conversão da Medida Provisória nº 615/13, a qual realiza diversas disposições materiais.

Bem diferente é a atual redação do artigo, a partir da modificação feita pela Lei nº 12.865/13: os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. E, nos termos do novel artigo 12-A: o direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local⁴⁰.

Das alterações o autor luso extrai as seguintes conclusões cruciais para o deslinde da discussão: primeiramente, da modificação do texto normativo do art. 12, tem-se a eliminação legal do transporte individual e passageiros como uma atividade econômica pública, portanto, a exclusão como um serviço público; em segundo lugar, houve a substituição do título autorizativo pela poder público, portanto, houve a revogação da permissão no que diz respeito ao transporte individual e passageiros, a qual foi substituída pela mera outorga de um “direito à exploração de serviços de táxi”, com a introdução do art. 12- A⁴¹.

Observe que neste último ponto, o termo “*permissão*” foi suprido, sendo o mesmo substituído pela “*outorga de direito a exploração pelo taxista*”. E como é sabido, a permissão não se confunde com a referida outorga, posto que a permissão tem como objeto um serviço público, diante do que preestabelece a Carta Magna em seu art. 175⁴². Já a outorga, a qual é acertadamente introduzida pelo art. 12-A e conforme ao dispositivo constitucional supracitado, apenas habilita que uma atividade econômica estrito senso seja exercida pelo serviço de taxi, uma vez que este por disposição legal não mais figura como um serviço público, mas sim, como um serviço de utilidade pública.

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 18 abr. 2016, p.14- 15.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 18 abr. 2016, p.14- 15.

42 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou **sob regime de concessão ou permissão**, sempre através de licitação, **a prestação de serviços públicos. (grifo nosso)**

Como bem pontua o parecerista, Procurador do Município de Salvador, Eduardo Porto⁴³:

A rigor, está-se diante, na realidade, de mera autorização do poder público municipal, o qual credencia profissionais e lhes concede alvará de circulação, visando a exercer o controle de atividade de interesse público (e não de serviço público propriamente dito), de acordo com requisitos estabelecidos para a melhor qualidade na prestação do transporte de passageiros (que não se confunde, ressalte-se, com o transporte coletivo).

A ampliação da concorrência tende a ser benéfica ao consumidor e a tentativa de criação de reserva de mercado para os taxistas não se mostra legítimo para a restrição da concorrência e da livre iniciativa. Essa restrição de mercado é claramente identificada pela sociedade a partir do poder de mobilização e de pressão política exercida pela classe dos taxistas sobre as autoridades públicas. O STF já assentou em decisão que afastou a exigência legal de inscrição dos músicos na Ordem dos Músicos do Brasil que interesses meramente corporativos não justificam a imposição de restrições à liberdade profissional e a liberdade de iniciativa econômica⁴⁴:

É que as exigências de cunho formal **não podem servir a um grupo, não podem se prestar à reserva de mercado**, só se justificando a imposição de inscrição em conselho de fiscalização profissional, mediante a comprovação da realização de formação específica e especializada, nos casos em que a atividade, por suas características, demande conhecimentos aprofundados de caráter técnico ou científico, envolvendo algum risco social. **(grifo nosso)**⁴⁵

Além do argumento de embargos a entrada do Uber no mercado de transporte individual, não se pode olvidar que as restrições concorrenciais são ilegítimas, posto que essa atividade não visa a

43 PORTO, Eduardo Vaz. **Parecer**. Parecer nº 08/RPGMS/SEMOB – Processo Administrativo nº 1208/2013. Análise de Minuta de Decreto. Regulamento Do Serviço De Táxi-Setaxi. [Mensagem Pessoal]. Mensagem recebida por rebecabarbaragm@gmail.com. Em 10 mai. 2016.

44 SARMENTO, Daniel. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p.32.

45 STF, Pleno, **RE 414.426**, Rel. Ellen Gracie. Julgado em 10 out. 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6242682>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

universalização de um serviço de modo a desenvolver uma atividade deficitária. Pelo contrário, como bem exemplifica o professor Daniel Sarmiento, a atividade de transporte individual de passageiros não exige que taxistas cobrem menos dos passageiros mais carentes ou que recebam valores menores por corridas durante a madrugada, ou em regiões mais longínquas ou inóspitas⁴⁶. Não visa, dessa forma, o exercício do transporte individual pelos taxistas minorar adversidades do exercício da atividade com o intuito de fomentá-la em seus setores mais desfavorecidos, não sendo, portanto, razoável qualquer medida que mitigue a ampla concorrência justificada na promoção da universalização desse serviço.

Ademais, a regulação estatal do serviço de táxi se justifica também no que diz respeito à assimetria de informações ao consumidor. Hodiernamente, o consumidor não possui acesso às informações necessárias para realizar as suas escolhas sobre serviços e produtos, o que justifica a regulação estatal de forma a garantir o interesse público. Historicamente, as licenças concedidas aos motoristas de táxis serviram para que os passageiros que não conheciam o motoristas, pudessem confiar, graças a autorização estatal, haja vista que hipoteticamente, essa autorização representa a reunião de requisitos à prestação do serviço a contento. Contudo, a inovação tecnológica trazida pelo Uber traz mecanismos aparentemente mais eficazes, na medida em que o passageiro tem de antemão acesso ao nome e a foto dos motoristas, o modelo e a placa do carro. E além disso, poderá o passageiro visualizar através do aplicativo, as avaliações de usuários anteriores. Outra vantagem é o conhecimento da rota que será seguida, assim como a estimativa de preço, o tempo de espera e o tempo de viagem⁴⁷.

O Uber foi alvo de discussão na Comisión Federal de Competencia Económica do México⁴⁸, órgão atuante em prol da defesa da concorrência, o qual realizou a seguinte consideração⁴⁹:

46 SARMENTO, Daniel. *Op.cit.*, p.32-33.

47 SARMENTO, Daniel. **Parecer.** Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016, p.33.

48 Cofece da el visto bueno a Uber y Cabify. **El Financiero.** 10/06/2015. Disponível em < <http://www.elfinanciero.com.mx/tech/cofece-recomienda-reconocer-a-uber-y-cabify-como-medios-de-transporte.html>>. Acesso em 26 abr. 2016.

49 SARMENTO, DANIEL. *Op.cit.*, 2015, p.34.

“El uso de esta tecnología se há constituido como una herramienta efectiva para resolver de una forma eficaz los problemas de información assimétrica (...) entre conductores y pasajeros (...)

Estas nuevas plataformas construyen un nuevo producto en el mercado, ya que ofrecen al pasajero, además de movilidad, atributos nuevos y diferenciados en cuanto a: (i) confiabilidade y seguridad personal, (ii) certidumbre en cuanto al cobro que se va a realizar y el método de pago (iii) confort y conveniência, (iv) búsqueda y tempos de espera e (v) información sole el traslado.”

Por fim, não se sustenta a tese de que os motoristas parceiros do Uber violariam a legislação ou praticariam concorrência desleal, por não se submeterem às normas atinentes ao exercício da função de taxista, justamente porque o Uber não se configura como transporte público individual, mas, sim, como uma modalidade de atividade privada.

Assim, é possível enquadrar os táxis como transporte público individual e o Uber como transporte privado individual. O transporte privado individual seria o transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares, e é aqui que se encaixa o serviço de intermediação realizado pelo Uber entre motoristas e consumidores. A diferença entre as duas modalidades é que: o transporte público individual é aberto ao público, podendo qualquer cidadão pegar um táxi na rua⁵⁰, portanto, há aqui a obrigatoriedade de atendimento universal; o que não acontece com o Uber, no qual depende o consumidor do aceite do motorista parceiro para realizar a corrida, o que ratifica a sua autonomia da vontade no exercício da profissão, bem como a conveniência de prestar ou não o serviço ao consumidor⁵¹.

50 RIO DE JANEIRO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Sentença Cível Nº 0406585-73.2015.8.19.0001,.Sexta Vara da Fazenda Pública. Juíza: Ana Cecília Argueso Gomes de Almeida. Julgado em 05 abr. 2016. Disponível em: < <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?GEDID=000472E030E3B79C850B-55335461048C8A76C504600E1D59>>. Acesso em: 02 mai. 2016, p. 10.

51 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INTERNET. **Palestra da Min. Nancy Andrighi**. Disponível em: <<http://www.abranet.org.br/Noticias/Ministra-do-STJ-diz-que-municipios,-distritos-e-estados-nao-podem-legislar-sobre-Uber-828.html#.VIEYVnarTIU>>. Acesso em: 02 mai. 2016.

Dessa forma, a sua submissão as normas atinentes ao exercício da atividade de taxista, desnaturaria a inovação promovida pelo serviço, além de frustrar o direito de escolha dos consumidores⁵².

Em suma, não há razão substancialmente plausível que elimine essa alternativa de transporte individual dos consumidores. Nas palavras do professor Canotilho, a reserva monopolista do exercício da atividade de transporte individual de passageiros não está apenas a fazer uma interpretação *contra legem* das Leis n° 12.587/12 e n° 12.468/11, por imputar à lei um sentido que nem o seu espírito, nem a sua dimensão gramatical comportam, mas, sobretudo a “converter” esse regime legal num regime manifestamente inconstitucional, seja por violação sistematicamente agregada ou conjunta e simultânea desses diversos preceitos são as bases estruturais e transversais do Pacto fundante da República do Brasil e do seu Estado de Direito⁵³.

4. UBER COMO TRANSPORTE PÚBLICO INDIVIDUAL

Em capítulo anterior foi discutido as razões da proibição do funcionamento do aplicativo Uber e dos seus parceiros em liminar concedida pelo juízo da 12ª Vara Cível do Estado de São Paulo. Dentre os argumentos que respaldaram a decisão estava a de que “o serviço prestado pelo Uber se enquadra como transporte público individual em razão de ser um aplicativo, e como tal, está disponível para *download* por qualquer interessado maior de 18 anos em lojas virtuais de aplicativo de aparelho de celular, sendo oferecido, portanto genericamente, de modo indeterminado”. E que por este motivo, o Uber se submeteria ao regime de concessão e permissão, posto que serviço público, e como tal deveria aguardar regulação, a qual equipararia o Uber aos taxistas, e que até o lançamento desta disposição pela Administração Pública, o serviço seria considerado clandestino.

52 SARMENTO, Daniel. **Parecer**. Ordem Constitucional Econômica, Liberdade e Transporte Individual de Passageiros: O “caso Uber”. Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf> >. Acesso em: 26 abr. 2016, p.34-35.

53 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 26 abr. 2016, p.20.

Na cidade de São Paulo foi editada lei, a qual proíbe a rodagem dos parceiros do aplicativo Uber, e para tanto, foi editada *Portaria n.º 095/15-SMT.GAB* que criou do “táxi preto”, modalidade esta equiparável aos veículos do Uber, mas regulado pelo município como serviço público.

Os professores Rafael Oliveira e Lenio Streck em oposição à natureza de transporte individual privado dos parceiros do aplicativo Uber fazem avaliação no que diz respeito à sua legalidade e à sua constitucionalidade, aspectos estes, os quais serão explorados no capítulo seguinte, mas já se faz pertinente quanto as seguintes indagações⁵⁴:

Ora, se o Uber pode, cobrando comissão, autorizar e organizar diretamente uma atividade de transporte individual, por qual motivo um particular autônomo não poderia também colocar seu próprio carro à disposição dos clientes, independentemente de qualquer controle por parte do poder público municipal? Qual a diferença entre um particular não vinculado ao Uber transportar um passageiro e um motorista associado ao Uber realizar o mesmo serviço?

Ademais, há quem defenda a tese de que os motoristas parceiros do Uber exercem transporte público individual, e neste sentido, alega a inconstitucionalidade com base no art. 175 da Constituição Federal, no sentido de que *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*⁵⁵.

O raciocínio levantado trata do exercício privativo da atividade de transporte público individual pelos taxistas, nos termos da Lei dos Taxistas (Lei nº 12.468/11) e aborda tese da configuração de concorrência desleal. Neste sentido, constata-se a existência de concorrência entre os fornecedores de um mesmo bem ou serviço, com o objetivo de trazer para si o maior número de consumidores (clientes), ou seja, um ato resultante da violação de normas e de

54 OLIVEIRA, Rafael Tomaz; e STRECK, Lenio Luiz. **Uber e o Pretensão Iluminismo do Transporte Individual de Passageiros**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-08/diario-classe-uber-pretensao-iluminismo-transporte-individual-passageiros?imprimir=1>> Acesso em: 18 abr. 2016, p. 02-03.

55 CRIVELLI, Ivana Có. **Concorrência Desleal do Aplicativo Uber é Evidente**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/ivana-co-crivelli-concorrenca-desleal-aplicativo-uber>>. Acesso em: 18 abr. 2016, p.01.

usos honestos, que seja suscetível de repreensão e que venha ou possa vir a causar prejuízo⁵⁶.

A autora da coluna no Conjur, conclui pela deslealdade na competição, afirmando que os parceiros do aplicativo Uber não se submetem às mesmas obrigações legais que os taxistas, exemplificadamente, no que diz respeito às medidas de segurança, à utilização do taxímetro, a única forma de pagamento pelo cartão de crédito e por fim, não possuem o termo de Permissão e Alvará de Estacionamento, configurando, portanto, uma atividade clandestina⁵⁷.

Antes de qualquer conclusão jurídica que está presente pesquisa ou se realizar, forçosa se faz uma análise do seja o serviço público no sistema jurídico pátrio, assim como uma análise das suas principais características e princípios.

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem delega, destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, sob o regime de Direito Público⁵⁸.

Eros Grau diz que a noção de serviço público é construída sobre as ideias de coesão e de interdependência social. Assume o caráter de serviço público qualquer atividade cuja consecução se torne indispensável à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social, ou seja, qualquer atividade que se torne um serviço existência para determinada sociedade⁵⁹.

Na concepção de Tavares, serviço público será aquele cuja prestação seja usualmente considerada como típica do Estado, com fulcro no atendimento do interesse público, de modo que a sua prestação por particulares dependa de sua transferência formal e expressão pelo Estado, submetendo-se ao regime de Direito Público⁶⁰.

56 *Ibidem*, p.02.

57 CRIVELLI, Ivana Có. **Concorrência Desleal do Aplicativo Uber é Evidente**. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/ivana-co-crivelli-concorrancia-desleal-aplicativo-uber> >. Acesso em: 18 abr. 2016, p.02-03.

58 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, anual, p.627-630.

59 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p.131.

60 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.292.

Deste conceito de serviço público extraem-se dois importantes elementos: o material, qual seja a prestação de utilidade ou comodidade fruível individualmente pelos administrados; e o formal, que dá o caráter jurídico ao conceito, que consiste no regime jurídico de Direito Público⁶¹.

Além da definição, imperioso abordar os princípios atinentes ao serviço público. Bandeira de Mello entende os princípios do serviço público integral o aspecto formal do seu conceito, portanto, pertencente ao regime jurídico. Traz, portanto, nove princípios: dever inescusável do Estado de promover a execução dos serviços públicos seja pela via direta, ou por meio da autorização, concessão ou permissão; o princípio da supremacia do interesse público; o princípio da adaptabilidade, ou da mutabilidade ou atualização, ou seja, a modernização do serviço prestado dentro das possibilidades econômicas do Poder Público; o princípio da universalidade ou generalidade, que determina que o serviço é aberto a todos, indistintamente; o princípio da continuidade que trata da impossibilidade da interrupção do serviço público e o pleno direito dos administrados para que não seja suspenso ou interrompido; o princípio da transparência; o princípio da motivação; e por fim o princípio da modicidade das tarifas⁶².

Ademais, imprescindível se faz a provocação promovida por Bandeira de Mello em sua obra, o que é preciso para que uma atividade seja considerada como serviço público? Qualquer atividade que o Estado deseje como serviço público, assumirá o regime de Direito Público? A resposta é sim. Cabe ao Estado por meio do Poder Legislativo determinar se a atividade econômica em discussão será qualificada como serviço público ou não. Contudo, tal qualidade deverá respeitar os limites constitucionais, dentro do disposto pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. É que como visto em tópico anterior, a exploração da atividade econômica, via de regra, assiste aos particulares, cabendo ao Estado atuar em caráter excepcional⁶³.

61 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op.cit.*, p.631-633.

62 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, anual, p.634-635.

63 *Ibidem*, p.647-648.

Além de a Constituição indicar alguns serviços como públicos no art. 21, X a XV e XXIII, e no art. 25, §2º, Tavares exemplifica alguns serviços que possuem natureza pública, como: saneamento; abastecimento de água; energia elétrica; iluminação; limpeza de vias públicas; coleta de lixo; etc. Por fim, o Estado também poderá, como dito acima, por meio de normas, definir quais serviços poderão ser considerados como públicos⁶⁴.

Pelo exposto acima a respeito do serviço público, tem-se que pelo simples fato de o serviço intermediado pelo aplicativo Uber se dar através de uma plataforma eletrônica, aberto a todos aqueles que queiram realizar o *download*, não o qualifica como um serviço público.

O serviço exercido pelos motoristas parceiros do aplicativo Uber, não se sujeitam aos princípios atinentes ao serviço público, a mencionar: o princípio da universalidade – o motorista parceiro poderá recusar a corrida; o princípio da continuidade; o princípio da motivação; o princípio da transparência; e o princípio da modicidade das tarifas.

Portanto, a concepção de serviço público é complexa, e não se resume a mera disposição a todos, está muito além do princípio da generalidade, haja vista ser esse aspecto apenas um dos vários supramencionados que compõe o entendimento do serviço público no ordenamento jurídico brasileiro.

5. A DEFESA DO CONSUMIDOR NO SERVIÇO PÚBLICO

Muito se tem discutido a respeito do interesse do Uber e dos taxistas, no que tange a liberdade de iniciativa, a liberdade laboral, a liberdade de concorrência, do papel do Estado como ente decisor da permanência ou não do Uber no Brasil, mas pouco se tem ilustrado a respeito do sujeito central e finalístico de toda a prestação de serviço, o consumidor.

Adiante será explorado o papel do consumidor no serviço público, compreendendo o Uber como exercente de transporte público individual para que possamos discutir no âmbito do serviço

64 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2011, p.294-295.

público a relevância da concorrência com os taxistas para melhor satisfazer as necessidades do cidadão e do interesse público.

A respeito deste protagonismo exercido pelo consumidor, Alexandre Aragão, pontua que inserida a concorrência na prestação do serviço público, esse serviço passou a ser atividade regida pelo mercado (total ou parcialmente), e como consequência, tem-se que a aplicação do Direito do Consumidor constitui uma das bases da disciplina jurídica do mercado⁶⁵. O nobre autor cita Sandie Chillon (CHILLON *apud* ARAGÃO, 2008, p. 505)⁶⁶, no que se refere a crescente individualização dos serviços públicos ao longo da história, e assim pontua:

O usuário foi por muito tempo percebido como uma pessoa abstrata, não claramente individualizada, submetida à boa vontade do gestor do serviço público. Todavia, aos poucos a figura de cliente foi se substituindo àquela de usuário. A exigência de um serviço individualizado é a principal consequência da abertura à concorrência e da comparação entre o setor público e o setor privado. Essa exigência traduz a rejeição da imagem de um usuário submetido ao serviço público.

Vale asseverar que a noção atual de interesse público não mais justifica a prestação de um serviço por um único agente, mas impõe que seja adotada a maior concorrência possível, pela diversidade de prestadores, tornando mais benéfico para aqueles que precisam do serviço do que a sua monopolização⁶⁷.

Neste diapasão, tem-se que para a maior satisfação dos usuários, efetivando os seus direitos fundamentais, não está na maximização do poder do Estado, mas sim, pela retirada, nunca total, do Estado, como agente econômico ou regulador de determinadas atividades, as quais a concorrência pode ser adotada como principal instrumento de satisfação dos interesses dos usuários⁶⁸.

Comunga do mesmo entendimento, Mônica Spezia Justen (JUSTEN, *apud* ARAGÃO, 2008, p.512), a qual afirma que a re-

65 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.504-505.

66 *Ibidem*, *loc.cit.*

67 *Ibidem*, *loc.cit.*

68 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.511-512.

gulação dos serviços públicos sempre existirá, contudo nega-se a lógica, segundo a qual quanto mais regulação houver, mais atendida estarão os interesses dos usuários/consumidores, não havendo uma relação necessária entre estes e a regulação do serviço público. Apesar de tal entendimento, mitiga a autora o seu próprio entendimento, trazendo à baila a doutrina do Direito Comunitário no sentido de que a liberalização das atividades econômicas de interesse geral não pode ser total, preservando-se parcelas suas como serviço público como meio de evitar que alguns direitos fundamentais sejam fragilizados em face da ausência do Estado em alguns setores⁶⁹.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) no §2º do art.3º define serviço como 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. Os serviços públicos – como o fornecimento de água e de energia elétrica - que forem específicos e divisíveis (*uti singuli*) que ensejam a exigência de taxa⁷⁰ estão sujeitos à disciplina do CDC⁷¹.

Já os serviços públicos gerais (*uti universi*) – como a segurança e a iluminação pública – não comportando a exigência de remuneração específica, estão excluídos do regime jurídico das relações de consumo⁷².

Conforme o art. 7º da Lei de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/95), aplica-se o Código de Defesa do Consumidor (CDC) aqueles serviços públicos sujeitos a essa lei. Além disso, o próprio CDC contempla expressamente, em seus art. 4º, II, 6º, X e 22, a aplicabilidade deste ordenamento aos serviços públicos. Apesar de tal previsão, forçoso destacar que a relação existente na prestação de serviço público é de natureza complexa, haja vista a existência

69 *Ibidem, loc.cit.*

70 Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - **taxas**, em razão do exercício do poder de polícia ou **pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis**, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. **(grifo nosso)**

71 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p.242.

72 *Ibidem, loc.cit.*

do Poder Público, do concessionário e do usuário/consumidor do serviço público⁷³.

Um primeiro aspecto que denota tal complexidade diz respeito à relação concessionário e usuário/consumidor, na qual inexistente direito adquirido, ou ato jurídico perfeito para impor a manutenção das condições iniciais de prestação do serviço, que podem ser unilateralmente alteradas pelo *jus variandi* da Administração Pública, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Isso ocorre dada a conotação muito mais coletiva do serviço público se comparado à atividade econômica em sentido estrito⁷⁴.

Perscrutadamente, o serviço público visa à coesão social, como um instrumento técnico de distribuição de renda e realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), com o financiamento através das tarifas dos usuários. Este financiamento por parte dos usuário/consumidores não representa apenas a contraprestação das prestações, sendo, outrossim, um elemento fundamental da preservação ao longo prazo do equilíbrio da política pública e do projeto de infraestrutura consubstanciados na concessão. E é neste ponto que está a grande diferença entre o serviço prestado no regime privado, como atividade econômica estrito senso, e o prestado no regime público, o serviço público. Concretiza-se esta dicotomia quando aquele que frui do serviço público é mais onerado do que aquele que está em uma relação de consumo em geral, posto que no serviço público, o usuário/consumidor paga além do serviço prestado, pelo fato deste financiar a longo prazo a prestação daquele serviço em questão para todos os cidadãos, enquanto membros de uma dada sociedade⁷⁵.

Ante o exposto, o Estado Contemporâneo de Direito assume a obrigação não apenas de regular o mercado, mas de garantir o bem-estar dos indivíduos, a dignidade, a qualidade mínima de vida, ou seja, ao passo que a preocupação é com o bem-estar nos defrontamos com a intenção político do Direito do Consumidor e do papel do Estado. Assim, será possível se determinar qual é a

73 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.519.

74 *Ibidem*, p.521.

75 *Ibidem*, p.521-524.

medida razoável para se fixar preços e para se estabelecer políticas públicas⁷⁶.

Dessa forma, temos que o consumidor do regime de direito privado e o consumidor do regime de direito público possuem incidência direta do CDC e uma incidência relativizada pelo Direito Administrativo, respectivamente, por conta justamente, dessa especificidade presente na relação triangular (ou complexa) na prestação do serviço público.

Em suma, a aplicação do CDC no regime jurídico dos serviços públicos não poderá ser absoluta, sob pena de desnaturar a atividade como serviço público, devendo se considerar qual tipo de serviço está sendo prestado, o de utilidade singular (*uti singuli*) ou universal (*uti universi*).

6. A LIBERAÇÃO E A DESREGULAMENTAÇÃO DOS TÁXIS: SOLUÇÃO?

Ao tempo do processo de estudo e de redação desta pesquisa, o mercado dos taxistas sofreu grande abalo com o início do funcionamento no Brasil do aplicativo Uber, e conseqüentemente a operacionalização de seus parceiros nas cidades do Rio de Janeiro, de São Paulo, de Minas Gerais, de Brasília e de Salvador, por exemplo.

Malgrado ainda haja discussões a respeito da natureza jurídica dos motoristas parceiros do Uber, e também questionamentos sobre a natureza jurídica do próprio serviço de táxi, nada obsta questionar “e se” ambos forem compreendidos como atividade econômica estrito senso? E se ambas as atividades não sofressem qualquer tipo de limitação correspondente a um serviço público? Em discussões nos itens já abordados, vimos que existem fortes argumentos legais e doutrinários para que essa tese possa ser firmemente sustentada. E se o mercado fosse totalmente liberado para o exercício do transporte individual (como já quer dizer o art. 12 da Lei nº 12.587/12)?

76 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros Editora, 2006, p.253.

Em artigo publicado no site do Senado Federal, na página Economia e Governo, o consultor legislativo desta casa, o professor da UnB Paulo Springer de Freitas, faz o seguinte questionamento “Quem ganha e quem perde com a liberação dos táxis?”⁷⁷. Claramente ele responde que “inequivocamente os consumidores ganham”, e diz que a curto prazo os taxistas antigos seriam aqueles que mais poderão sofrer com a possível liberação do serviço de táxi. E com isto, o consultor/professor registra a estranheza de que o foco dos debates sobre o assunto esteja apenas voltados aos motoristas de táxi, achando ele que o principal objetivo da discussão deveriam ser os consumidores. E neste ponto o autor promove a seguinte reflexão⁷⁸:

Afinal, o objetivo último do serviço de transporte individual remunerado é prestar um serviço público, e não garantir a renda ou o emprego de quem o presta! Se, ao longo da história, a manutenção do emprego e da renda de profissionais afetados por inovações tivesse sido mais importante que a própria inovação, ainda veríamos pelas ruas os acendedores de lampião, e toda ligação telefônica ainda seria intermediada por uma telefonista.

Neste diapasão, afirma existir uma confusão entre a liberalização e a desregulamentação. Obrigar motoristas e automóveis a atenderem aos requisitos mínimos de segurança não é incompatível com liberar o número de licenças. Para tanto, o supracitado autor faz uma analogia com os restaurantes: “faria sentido dizer que uma cidade só pode ter um número ‘x’ de restaurantes para garantir a higiene de suas cozinhas? É claro que não.”. Isso porque o processo de obtenção de alvarás e fiscalizações da vigilância sanitária, em tese, garantem a segurança do estabelecimento⁷⁹.

Este mesmo raciocínio vale para os taxistas, posto que a liberação para todos aqueles interessados em exercer a atividade,

77 O texto se baseia em pergunta realizada pelo Prof. Milton Friedman aos seus alunos “O que determina o valor da placa de um táxi?”.

78 FREITAS, Paulo Springer de. **Quem ganha e quem perde com a liberação dos táxis?**. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/07/08/quem-ganha-e-quem-perde-com-a-liberacao-dos-taxis/>>. Acesso em: 21 abr. 16, p.01-02.

79 FREITAS, Paulo Springer de. **Quem ganha e quem perde com a liberação dos táxis?**. Disponível em: <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2015/07/08/quem-ganha-e-quem-perde-com-a-liberacao-dos-taxis/>>. Acesso em: 21 abr. 16, p.03.

não significa qualquer desatendimento dos requisitos básicos de segurança e higiene dos automóveis e na prestação do serviço - a regulação-, consoante às exigências dispostas no art. 3º e 5º da Lei nº 12.468/11. Springer, portanto, propõe a desregulamentação da entrada, mantendo-se regulamentada a atividade em seus demais aspectos.

Assim como o professor da Universidade de Brasília, Canotilho, a partir da análise das leis atinentes ao exercício da profissão de taxistas (Lei nº 12.468/11) e da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei nº 12.587/12), conclui que esse regime legal, não pretende excluir, no sentido de vedar o acesso à atividade econômica privada de transporte individual de passageiros aos cidadãos que queiram exercê-la⁸⁰.

Segundo entendimento do CADE, fica a cargo da autoridade administrativa a adoção de uma das quatro diferentes políticas para o mercado de táxi: a) a liberação do mercado sem barreiras a entrada, assim como sem qualquer regulação dos preços; b) restrições apenas à entrada, sem regulação de preços; c) entrada livre, com a regulação de preços; d) regulação de entrada e preços⁸¹.

Consoante parecer editado pelo CADE, em termos gerais, os táxis são regulados para endereçar as seguintes preocupações: a) questões atinentes à segurança pública, no que tange a proteção física dos consumidores, de terceiros e da adequação dos veículos; b) a proteção econômica dos consumidores, no sentido de prevenir os consumidores de incorrer em prejuízos em situações de barganha desproporcionalmente desvantajosa; c) no tocante ao congestionamento, posto que os táxis são regulados de forma a serem evitados maiores congestionamentos nos centros urbanos - deste modo as licenças de táxi podem ser racionadas conforme a disponibilidade de espaços urbanos para pontos de táxi; d) e por fim, quanto ao desempenho - os reguladores podem manipular diferen-

80 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Parecer**. Disponível em < <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-canotilho-uber.pdf> >. Acesso em 18 abr. 2016, p.16-19.

81 BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer**. O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015, p.22.

tes combinações de disponibilidade de pontos, tarifas máximas e número de licenças para alcançar um mercado que opere sob um grau de desempenho desejado⁸².

A respeito dos aspectos supracitados, faz-se necessário a abordagem de argumentos favoráveis e desfavoráveis à regulação da entrada, assim como no tocante a regulação de preços trazidos pelo centro de estudos do CADE.

Incluem-se como argumentos favoráveis à regulação da entrada: a livre entrada implicaria em uma demanda excessiva por espaço em pontos de táxi; o custo para o monitoramento da frota seria elevado; a entrada excessiva reduziria a taxa de ocupação dos táxis, criando pressões para aumento dos preços para equilibrar o fluxo presença de receitas e despesas; a entrada de motoristas pode criar uma oferta desproporcional nos horários de maior pico ou em locais onde as corridas são mais atrativas - como no aeroporto, por exemplo; podem ser criadas pressões para aumento dos preços para atender às corridas não atrativas para os motoristas⁸³.

Por outro lado, tem-se como argumentos contrários a regulação da entrada: o elevado custo para a regulação; a regulação confere posições de poder e proteção; a regulação gera um prêmio para os detentores das licenças; e por fim, o controle do mercado de táxi não é aplicado a mercados similares⁸⁴.

Quanto à regulação do preço, são alguns dos aspectos favoráveis à sua regulação: no que diz respeito à equidade, algumas regiões de uma cidade são mais atrativas que outras, e dessa forma a regulação de preços seria uma forma de equiparar as desigualdades; e do ponto de vista da ordem pública, a competição de preços entre motoristas, em um mesmo ponto de taxi, por exemplo, seria inviável, posto que cada um praticaria uma política de preços única na tentativa de atrair o consumidor⁸⁵.

82 BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer.** O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação, Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015, p.20-21.

83 *Ibidem, loc.cit.*

84 *Ibidem, loc.cit.*

85 BRASÍLIA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. **Parecer.** O Mercado de Transporte Individual de Passageiros: Regulação,

Inexistindo a regulação de preços, os taxistas teriam maior liberdade em praticar seus próprios preços, competindo, portanto, com os mercados similares ao de táxi, os quais não apresentam regulação de preço.

Apesar de ter apresentado estudos e fontes estrangeiras para a composição da sua pesquisa, não deixou de ressaltar que o processo de desregulamentação, depende, por óbvio, das especificidades de cada mercado a ser desregulamentado. O mercado de táxis depende de diversas características de uma cidade, tais como o uso e a ocupação do solo, a rede de transporte coletivo, as diferentes distribuições de densidades populacionais nos bairros, etc⁸⁶.

Sob o ponto de vista econômico, o referido Conselho concluiu que não existem elementos impeditivos ao funcionamento de novos prestadores de serviços de transporte individual. Em sua abordagem, trouxe dados da literatura estrangeira, como por exemplo, o bem-sucedido caso holandês que conseguiu desregulamentar o mercado de táxi, associando-o à rede de transporte coletivo das cidades⁸⁷.

Externalidades e Equilíbrio Urbano. Elaborado por Luiz Alberto Esteves. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/O%20Mercado%20de%20Transporte%20Individual%20de%20Passageiros.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015, p.22.

86 *Ibidem*, p.48.

87 *Ibidem*, p.47.



Capítulo XI

A aplicação da Justiça restaurativa como mecanismo de redução da reincidência e maior possibilidade de ressocialização.

Caroline Barreiros de Pinho

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito



A aplicação da Justiça restaurativa como mecanismo de redução da reincidência e maior possibilidade de ressocialização.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 JUSTIÇA RESTAURATIVA. 2.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA X JUSTIÇA RE-TRIBUTIVA. 2.2 PROCEDIMENTOS PARA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. 3 SISTEMA PRISIONAL ATUAL. 3.1 VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS APENADOS 4 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DA REINCIDÊNCIA E MAIOR POSSIBILIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo trazer à tona as questões que permeiam a justiça restaurativa e sua aplicação na sociedade, evidenciando as distinções entre esse sistema restaurativo e as mazelas existentes no sistema retributivo, além de apresentar o procedimento necessário para a efetiva aplicabilidade desse sistema, apontando também a realidade do sistema prisional atual, abordando o aumento exacerbado da população carcerária e a precariedade vivenciada dentro dela, as quais, de maneira

gritante, ferem nitidamente os direitos humanos dos apenados. Busca-se, por fim, demonstrar os benefícios da aplicação do modelo supracitado no que tange a ressocialização do indivíduo, bem como a alarmante redução do índice de reincidência daqueles que são beneficiados pela justiça restaurativa.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Procedimento; Justiça Retributiva; Sistema Prisional atual; Violação aos Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

Diante da atual situação de caos e falência no sistema prisional, a questão das penas alternativas vem sendo cada vez mais pesquisadas e aplicadas. Com o advento da Constituição Federal de 1988, com a reforma do Estatuto da Criança e do adolescente e, principalmente com a Lei 9.099/1995 e com base no princípio da oportunidade, possibilitou-se a aplicação do modelo restaurativo no sistema jurídico brasileiro, em determinados casos. Ficando ainda mais evidente o interesse do Estado em buscar alternativas para melhorar a atual conjuntura.

Destaca-se como relevante o presente estudo pela hodiernidade da questão, afinal, como destacado, são crescentes os números de detentos e cada vez mais precário o sistema penal retributivo que os recebem. Necessitando assim, de um modelo mais humano e eficaz para atuar em conjunto com o modelo atual.

Assim, inicialmente, busca-se conceituar justiça restaurativa, bem como tratar da sua aplicação no Brasil e no mundo, apresentando as divergências entre os modelos restaurativo e retributivo, detalhando inclusive o procedimento para aplicabilidade da justiça restaurativa.

Em seguida, salienta-se a atual realidade do sistema prisional brasileiro no que tange a estrutura física e funcional, demonstrando a partir de dados o crescente aumento da população carcerária

e conseqüentemente o aumento dos problemas decorrentes desse aumento. Além disso, relaciona-se com a incontestável violação aos direitos humanos dos apenados resultado da realidade atual.

Por fim, será examinado a atuação do movimento restaurativo no cenário presente, e observa-se claramente todos os benefícios causados por essa aplicação, destacando a redução da reincidência do indivíduo infrator e a sua maior ressocialização no ambiente afetado pelo delito após o cumprimento do procedimento restaurativo em detrimento do modelo retributivo vigente.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

Começou-se a conceituar Justiça Restaurativa a partir da década de 70, nos Estados Unidos. Ao longo desses anos até, o momento atual, a Justiça Restaurativa foi pouco abordada, tendo em vista que a maioria dos países adotam o sistema punitivo/retributivo como forma de aplicação da sanção para quem comete ato delituoso.

No Brasil, a Justiça Restaurativa, ainda que de forma pouco exercitada, está em funcionamento há cerca de 10 anos com ênfase em alguns estados como São Paulo, Rio Grande do Sul, Bahia, Maranhão e Distrito Federal. (CNJ, 2014).

O movimento vitimológico, que exerceu forte influência no movimento restaurativista, exaltou, entre outros, a necessidade de não se excluir a vítima da justiça penal. A justiça restaurativa promove a democratização das partes envolvidas no conflito, ou seja, as vítimas não serão, tão somente, substituídas pela autoridade Estatal, como os ofensores não serão apenas interrogados a respeito do fato delituoso, haverá uma contextualização do fato, onde a vítima assumirá uma postura ativa e viverá a experiência da justiça, e o ofensor, por sua vez, terá oportunidade de se retratar perante a vítima e a sociedade na qual se encontra, redimindo-se e reparando, inclusive, o dano causado. Superando assim, o modelo punitivo/retributivo, como expõe Renato Pinto (2005, p.22):

A vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva

do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas.

E como aduziu Howard Zehr (2008, p.192):

A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa, que foi feita a justiça e que agora a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Não é suficiente para que haja a justiça, é preciso vivenciar a justiça.

O que se objetiva nesse modelo é pacificação social e a proteção da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista o contato direto entre a vítima, a sociedade e o ofensor, esse modelo busca reintegrar os envolvidos no conflito, salientando ainda a redução expressiva, a partir da prevenção, as possibilidades de danos futuros.

O juiz Asiel Henrique de Souza citado por Renato Pinto (2005, p. 20), em um estudo preliminar para a implantação de um Projeto Piloto em Brasília, no Núcleo Bandeirante, frisa a respeito da finalidade do paradigma restaurativo: Resgatar a convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime, em especial naquelas situações em que o ofensor e a vítima têm uma convivência próxima.

Em outra reflexão, porém ainda não publicada pelo mesmo, acrescenta que:

Em delitos envolvendo violência doméstica, relações de vizinhança, no ambiente escolar ou na ofensa à honra, por exemplo, mais importante do que a punição é a adoção de medidas que impeçam a instauração de um estado de beligerância e a conseqüente agravamento do conflito. (apud. Renato Pinto, 2005, p.20)

Ou seja, em determinadas situações conflituosas, as que contemplam os delitos de menor potencial ofensivo, o modelo mais adequado para aplicação da sanção seria o restaurativo, sob pena de agravamento do conflito já existente.

Compreende-se a justiça restaurativa como uma reformulação da concepção de justiça, tendo como objetivo trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa para que haja

a humanização dos envolvidos, possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime e a conseqüente responsabilização de todos os afetados, direta ou indiretamente, para que, de uma forma ou de outra, se comprometam e contribuam para sua resolução. (AGUIAR, 2009, p.109).

Idealiza-se um sistema criminal que prime pela composição dos danos e do equilíbrio das relações sociais abaladas, ou seja, que tenha seu foco voltado para o futuro. (SILVA, 2007, p.5)

É preciso salientar, parafraseando Leonardo Sica (2007, p.34), que a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir, complementar-se.

Objetiva-se com as práticas restaurativas, não substituir o sistema de justiça tradicional (o processo), afastando-se da esfera estatal, mas sim complementar as instituições legais existentes e melhorar o resultado na busca de justiça na esfera penal. (PEIXOTO, 2009, p.112).

2.1. JUSTIÇA RESTAURATIVA X JUSTIÇA RETRIBUTIVA

É impossível negar que este novo modelo difere, de forma acentuada, do modelo penal imposto de forma geral (justiça retributiva); as práticas restaurativas revelam-se como uma abordagem diferente à atual justiça penal, uma vez que foca na reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos em detrimento da mera resposta punitiva aos transgressores. Isto é, a justiça restaurativa busca promover a inclusão da vítima e do ofensor a partir de comunidades de assistência, permitindo, dessa forma, que as partes diretamente envolvidas ou afetadas possam participar de processos colaborativos, cujo objetivo se dá na redução do dano ao mínimo possível. (GIMENEZ, 2013, p. 113)

São inúmeras as diferenças entre os dois modelos, o autor Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 24-27), de forma sucinta e precisa, definiu quatro naturezas de diferenciação, sendo elas: quanto o valor, procedimento, resultados dos dois modelos e efeitos que cada um deles projeta para a vítima e para o ofensor.

Quanto aos valores é possível diferenciar de modo que a justiça retributiva é um conceito jurídico-normativo de crime. O ato ocorre contra a sociedade representada pelo Estado, seguindo a ideia de unidisciplinariedade. Há o monopólio estatal da Justiça Criminal, onde está presente a estigmatização do indivíduo e sua preocupação tem enfoque no passado, há uso dogmático do Direito Penal Positivo. Nesse modelo, o Estado é indiferente quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados. Já a justiça restaurativa consiste no conceito realístico do crime, ideia de multidisciplinariedade. Prevalece-se o interesse das pessoas envolvidas e da sociedade, é uma justiça criminal participativa, onde se preza pela responsabilidade e restauração numa dimensão social, voltada para o futuro. Há o uso crítico e alternativo do Direito possibilitando o maior comprometimento com a inclusão e Justiça Social. (PINTO, 2005, p.24)

Quanto aos procedimentos, diferenciam-se de modo que a justiça retributiva é um ritual solene e público, contencioso e contraditório, com linguagem, normas e procedimentos formais e complexos, ocorrendo seu processo decisório a cargo de autoridades e profissionais do Direito. Em contrapartida, a justiça restaurativa tem procedimento comunitário, voluntário e colaborativo com as pessoas envolvidas. Gira em torno da informalidade com confidencialidade e o seu processo decisório é compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade). (PINTO, 2005, p.25)

No que tange aos resultados, diferenciam-se de modo que a justiça retributiva visa a prevenção geral e especial, onde o foco é o infrator para intimidá-lo e puni-lo. A penalização ocorre na forma de pena privativa de liberdade, restritivas de direitos e multa (estigmatização e discriminação). Visa a tutela de bens e interesses com a punição do infrator e proteção da sociedade. São comuns penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminógeno ou penas alternativas ineficazes (exemplo, cestas básicas). A Vítima e Infrator se comportam isoladamente, são desamparados e desintegrados. A paz social é alcançada com tensão. (PINTO, 2005, p.25-26)

Já na justiça restaurativa a abordagem do crime e suas consequências têm foco nas suas relações entre as partes para restaurar. Ocorre o pedido de desculpas, reparação, restituição, pres-

tação de serviços comunitários, reparação do trauma moral e dos prejuízos emocionais (restauração e inclusão). Visa responsabilização espontânea por parte do infrator. Incorre a proporcionalidade e razoabilidade das obrigações assumidas o acordo restaurativo. A reintegração do infrator e da vítima funciona como prioridade. A paz social é alcançada com dignidade. (PINTO, 2005, p.25-26)

Quanto aos efeitos para vítima, analisa-se que no modelo retributivo a vítima ocupa lugar periférico, há pouquíssima ou nenhuma consideração perante a mesma, a vítima não participa nem é protegida, logo, não há praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado. Cultiva-se um sentimento de frustração e insatisfação com o sistema. Já no modelo restaurativo, a vítima ocupa o centro do processo, com um papel e voz ativa, além de participar detém o controle sobre a situação. Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação. Supre-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade. (PINTO, 2005, p.26)

Quanto aos efeitos para o infrator, diferenciam-se de modo que o infrator é visto em suas faltas e sua má formação, raramente tem participação, comunica-se com o sistema através de advogado, é desestimulado e inibido a dialogar com a vítima, além de desinformado e alienado sobre os fatos processuais. O infrator não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato. Assume o papel de intocável, não tem suas necessidades consideradas. Já na justiça restaurativa, o infrator é visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito, participa ativa e diretamente, interage com a vítima e com a comunidade, além da oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima, é informado sobre os fatos processuais e contribui para decisão, é inteirado das consequências do fato para a vítima e comunidade, fica acessível e se vê envolvido no processo, supre-se suas necessidades. (PINTO, 2005, p.27)

2.2. PROCEDIMENTO PARA APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Com base na Cartilha do Núcleo de Justiça Restaurativa, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o procedimento da Justiça Restaurativa se inicia com a análise dos casos identificados

pelos atendentes judiciários no momento da apresentação da queixa ou da recepção do Termo Circunstanciado que se submete à equipe técnica a qual emitirá um relatório a ser analisado pela Promotoria e pelo Magistrado. Após essa fase inicial, as pessoas envolvidas no conflito serão consultadas e convidadas à participação do procedimento restaurativo, porquanto a anuência das partes se constitui elemento essencial para a instauração do procedimento. (TJ-BA, 2011).

Aceito o convite de participação do procedimento, as pessoas envolvidas no conflito (vítima - comunidade - ofensor) se reúnem com um ou mais mediadores ou facilitadores, os quais integram a equipe multidisciplinar e são profissionais das áreas jurídica, psicológica e social avaliando à luz dos parâmetros legais e éticos, definindo prioridades e estratégias de ação compatível a cada caso a fim de estabelecer o plano restaurativo. Esses profissionais dialogarão sobre o ocorrido e suas consequências, expondo os prejuízos emocionais, morais e materiais causados, as necessidades da vítima e as possibilidades do ofensor, estabelecendo, assim, um modo de reparar a dor, os traumas, as relações, a autoestima da vítima e os danos materiais sofridos. (TJ-BA, 2011).

Esse encontro é chamado de Círculo Restaurativo, durante a sua realização, o facilitador/mediador coordena e orienta as pessoas direta e indiretamente envolvidas de forma a ser construído um acordo que atenda às necessidades criadas pelo conflito. (TJ-BA, 2011).

O espaço oferecido para esse procedimento é seguro para abordagem dos problemas e constituição das soluções pacíficas para o futuro com garantia de sigilo dos conteúdos tratados no encontro. (TJ-BA, 2011).

3. SISTEMA PRISIONAL ATUAL

No mundo globalizado, as prisões, segundo a sagaz observação de Noam Chomsky, têm uma função primordial: 'limpeza social', 'controlar a população surplus' (os excluídos), pois o método favorito tem sido o de confinar as 'pessoas supérfluas' em guetos urbanos, se isso não dá certo, apela-se para as cadeias, que são a contrapartida, numa sociedade mais rica, dos esquadrões da morte. (2000, p.38)

No Brasil, de acordo com os últimos dados coletados, a população prisional brasileira ultrapassou a marca de 600 mil pessoas. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. A população prisional cresceu dez vezes mais do que o crescimento da população brasileira. Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma a cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade. (INFOPEN, 2014)

No que tange a estrutura física e funcionamento administrativo do sistema prisional brasileiro atual, apesar do alto custo que o Estado tem para manter uma instituição prisional, a realidade é bastante crítica. Os problemas perpassam todo o sistema.

3.1. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DOS APENADOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU preveem as regras mínimas para o tratamento do preso. No Brasil, a Constituição Federal versa em todo seu artigo 5º as garantias fundamentais do cidadão e a proteção das garantias do homem preso. Existem ainda dispositivos infraconstitucionais, como a Lei de Execução Penal que trata a respeito das garantias do sentenciado ao logo da execução penal. (ASSIS, 2007, p. 75).

O que não faltam são dispositivos legais para o bom funcionamento do sistema prisional, porém, constantemente há a violação de direitos e inobservância das garantias previstas nos dispositivos supracitados.

De acordo com Tailson Pires Costa (2004, p.88):

Não é preciso ser presidiário para saber que os estabelecimentos penitenciários no Brasil são sinônimos de locais insalubres e não atingem o mínimo de condições exigido para a preservação da dignidade da prisão do infrator. Celas superlotadas, com pouca ventilação, pouca luminosidade, péssimas condições de higiene e de alimentação, que em hipótese algumas simbolizam e atingem a finalidade da sanção penal.

A superlotação das celas devido a população carcerária muito grande, sua precariedade para suportar este contingente e a insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças, como também a má-alimentação, sedentarismo, uso de drogas, falta de higiene, toda a lugubridade da prisão, além de que algumas vezes abusos e agressões por parte dos agentes penitenciários e por policiais fazem com que os detentos sejam submetidos a ambientes e situações degradantes, resultando muitas vezes em rebeliões e fugas, como exemplo histórico, o conhecido 'massacre do Carandiru', ocorrido em São Paulo, no ano de 1992, onde foram executados 111 presos. (ASSIS, 2007, p. 75).

Diante da violação aos direitos humanos dos apenados o que ocorre é a dupla penalidade do condenado: a pena de prisão propriamente dita, onde tem sua liberdade tolhida e a perda dos seus direitos fundamentais.

Inserir-se neste contexto a referência aos Direitos Humanos e o reconhecimento dos impasses do injusto, ocasionado pela justiça comum. A justiça restaurativa também enfatiza os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e de alguma forma resolver esses problemas, ao invés de simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma. Dessa forma, seu objetivo é restituir a vítima a segurança, o auto respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas consequências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos (MORRIS, 2005, p. 441).

4. A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MECANISMO DE REDUÇÃO DA REINCIDÊNCIA E MAIOR POSSIBILIDADE DE RESSOCIALIZAÇÃO.

O movimento em prol da justiça restaurativa reconhece que o crime atinge a vítima, a comunidade, e o autor do delito. A justiça restaurativa considera que, para combater com êxito os efeitos do crime, devem ser atendidas as necessidades das vítimas indivi-

duais e das comunidades. Ademais pondera que deve dar-se aos autores de delitos a oportunidade de responderem, perante suas vítimas, de forma significativa e de responsabilizarem-se pela reparação do dano que tenham causado. Entende que a mera recepção de uma pena constitui um ato passivo, e não requer que aqueles se conscientizem de suas responsabilidades. (SANTANA, 2009, p. 76).

A justiça restaurativa estima que se deve oferecer-lhes a oportunidade de emendar seus erros e de redimir-se ante a si mesmos e a comunidade. Entende que, se não se oferecem tais oportunidades, tanto os ofensores quanto as próximas vítimas, e a comunidade, todos pagarão o preço. (SANTANA, 2009, p. 76).

Ao contrário do que pode se imaginar, a justiça restaurativa não é branda com o crime, ela se mantém em expectativa os infratores e submete-os a grandes exigências, maiores que as do sistema punitivo tradicional, não é contrária a privação de liberdade, põe sua atenção na capacidade do infrator de corrigir-se e não em seus defeitos e falta de capacidades. (SANTANA, 2009, p. 76-77).

Sob o viés da sociedade pós-moderna, em que o pluralismo e as desigualdades sociais são características marcantes, centra-se na prisão como única maneira de recordar a lei violada, em outras palavras, como expressão legítima da vingança pública, fixando-se apenas em intimidar e punir o infrator. Contudo, a retribuição assumida como fonte de justiça não logra êxito em atacar seu desiderato, qual seja, a diminuição dos delitos. Ao contrário, gera resultados maléficos à sociedade e ao indivíduo, como a estigmatização e a exclusão da vítima do cenário penal, causando somente, a alienação dessa vítima e da comunidade envolvida, além da eliminação de qualquer forma autocompositiva de solucionar conflitos. (PETERLE, 2015, p.2).

É nesse contexto que nasce a justiça restaurativa, visando ultrapassar o fracasso dos ideários retributivos. Nessa quebra de paradigma, objetiva-se transferir o foco do sistema criminal, não por meio da abolição do modelo vigente, pelo contrário, busca-se aderir e reformular novos conceitos à ideia de crime e de justiça. Nessa perspectiva, a justiça restaurativa apresenta-se como alternativa viável à resposta punitiva estatal, colocando como elemento

fundante desse novo conceito de justiça as necessidades da vítima e mais, o infrator, espontaneamente, deseja restaurar as relações sociais abaladas em virtude do delito. (PETERLE, 2015, p.2).

Objetiva-se um sistema criminal que prime pela composição dos danos e do equilíbrio das relações sociais atingidas, assim, mantendo o olhar para o futuro e não mais, para o passado. (PETERLE, 2015, p.2).

Diante do atual cenário da crise do Direito e da Justiça Penal no Brasil, onde a pena de prisão encontra-se em falência, pela incapacidade do Sistema Prisional de cumprir a sua função de devolver o apenado ao convívio social sem os riscos da reincidência, tem-se buscado meios alternativos de justiça que possam auxiliar neste processo. (COSTA;GARDENAL, 2016)

No escopo das alternativas penais, a justiça restaurativa deve ter lugar de destaque, de modo a fomentar modelo que supere o paradigma punitivo de política criminal.

Os impactos causados com a aplicação do modelo restaurativo são inúmeros, dentre os mais importantes, segundo o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2015, p.9):

- a) Maior sentimento de justiça e de segurança: possibilita às vítimas expressar o sentimento, afastar medos, participar da construção da solução; permite aos infratores compreender em concreto o dano, assumir responsabilidade, pedir desculpas;
- b) Resolução do conflito de fato, não só do processo;
- c) Desestímulo à criminalização e à busca do Judiciário para apreciar condutas irrelevantes;
- d) Redução de processos criminais;
- e) Redução de custos.
- f) Melhor percepção da sociedade sobre justiça criminal;
- g) Redução dos danos do uso da prisão;

Além da questão em relação à redução da reincidência, a privação da liberdade não ressocializa o detendo e conseqüentemente impossibilita a sua reintegração social, reduzindo então a pena de prisão a um mero e desesperado instrumento de tentativa de redução da violência e criminalidade. O próprio fato da punição por pena de reclusão já cria uma discriminação, uma margina-

lização do indivíduo, que permanentemente taxado de criminoso não consegue oportunidades de reintegração social. Para a efetiva ressocialização, porém é imprescritível a participação da sociedade recebendo estes indivíduos em busca da reintegração social. (TARANTINI JUNIOR, 2010, p. 12).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, como ficara demonstrado, busca tratar aplicação da justiça restaurativa como mecanismo de redução da reincidência e maior possibilidade de ressocialização, observando o atual modelo de encarceramento, o qual tem sido pouco ou quase nada eficiente. Dessa forma, a Justiça Restaurativa surge como um modelo mais eficiente para o Direito Penal, a reparação do dano aparece como sanção satisfatória para determinadas espécies de crime.

Nesta senda, a Justiça Restaurativa gira em torno de três perspectivas, da responsabilidade, da restauração e da reintegração. A Responsabilidade do autor, o qual deverá ser responsabilizado, e deve, na medida do possível, reparar o dano causado a sua vítima, seja ele material ou moral. Restauração da vítima, onde se deve minorar ou curar as consequências advindas com o delito sofridas pela vítima, e deste modo sair da posição de vítima. E a reintegração do infrator, que é a tentativa de restabelecer os relacionamentos lesados com a ocorrência da restauração e da reintegração.

Além disso, vale ressaltar, que o que se busca não é a substituição total do modelo retributivo para o modelo restaurativo, e sim a coexistência de ambos, tendo em vista, que são modelos compatíveis e complementares, cabendo a cada um ser aplicado na medida do crime praticado. Repousando na ideia que o sistema retributivo deverá ser aplicado em “ultima ratio”.

Por fim, convém acentuar, que o modelo restaurador, visa não somente a punição do ofensor por meio da reparação do dano, mas também a pacificação social e conseqüentemente, a redução significativa de eventos criminosos futuros, facilitando ainda ressocialização posterior no ambiente afetado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa: A Humanização do Sistema Processual como forma de Realização dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ASSIS, Rafael Damaceno. A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro. **Revista CEJ**. Brasília, Ano XI, n. 39, p. 74-78, 2007.

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

_____. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. 13 jul. 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.> Acesso em: 07 Nov. 2016

_____. **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Brasília, DF. 26 set. 1995. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em: 07 Nov. 2016

_____. CNJ. **Justiça Restaurativa: o que é e como funciona**. 2014. Disponível em: <www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 15 Ago 2016.

CHOMSKY, Noam. Democracia e Mercados na Nova Ordem Mundial. In: GENTIL, Pablo (org.). **Globalização Excludente**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.p 38

COSTA, Maísa Marques. GARDENAL, Izabela Barros. **Justiça Restaurativa e Reeducação Delitiva**. Disponível em:

<<http://maisamcosta.jusbrasil.com.br/artigos/318015947/justica-restaurativa-e-reeducacaodelitiva>.> Acesso em: 20 Set 2016.

COSTA, Tailson Pires. **A dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Editora Fiúza Editores, 2004.

CNPCP - **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Ministério da Justiça. Dados sobre impactos causados com a aplicação do modelo restaurativo. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf.> Acesso em: 25 Out 2016.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **Justiça Restaurativa versus Processos de Criminalização e Exclusão: a implementação de uma cultura de paz**. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2013.

INFOPEN - **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Junho/2014. Disponível em: <www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em: 13 Out 2016.

TARANTINI JUNIOR, Mauro. **O sistema prisional brasileiro**. Curitiba: Estácio, 2010.

MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa In: SLAKMON, C., R. de Vitto; R. Gomes Pinto (org). 2005. **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. p. 441

PEIXOTO, Geovani de M. **A justiça restaurativa como política pública alternativa ao sistema penal**. 2009. Dissertação (Mestrado em políticas sociais e cidadania) - Universidade Católica do Salvador, Salvador.

PETERLE, Luana do Amaral. Justiça Restaurativa: a superação do paradigma punitivo. **IBCCRIM**. Revista nº 19, Maio - Agosto de 2015. p. 1-9.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. (Orgs). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento, 2005. p.19-40.

SANTANA, Selma P. Justiça Restaurativa: um resgate, ainda que tardio, das vítimas de delitos. **Revista do CEPEJ**. Salvador: Janeiro a Junho de 2009, Nº 10, Cap. III, páginas 57-87.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

TJBA - **Cartilha do Núcleo de Justiça Restaurativa**. Salvador, 2011. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/jrcartilha.pdf>> Acesso em: 15 Set 2016.



Capítulo XII

A (im) possibilidade jurídica da concretização do estupro marital

Gleizy Santos Almeida

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.



A (im) possibilidade jurídica da concretização do estupro marital

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 A CONTEXTUALIZAÇÃO PERTINENTE FACE AO DELITO 3 CRIME DE ESTUPRO: ANÁLISE PENAL 3.1 DO ADVENTO DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009 3.2 SUJEITOS PASSIVOS E ATIVOS 3.3 CAUSAS DO AUMENTO DA PENA 4 DAS RELAÇÕES CONJUGAIS 5.1 DÉBITO CONJUGAL 5 A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONCRETIZAÇÃO DO ESTUPRO MARITAL 5.1 DISSENSO DA VÍTIMA: NÍVEL DE RESISTÊNCIA 5.2 OBSTÁCULOS PARA REALIZAREM A DENÚNCIA 5.3 MEIOS DE PROVAS EM RELAÇÃO AO ESTUPRO MARITAL 6 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

RESUMO O artigo propõe uma análise do crime de estupro, perpassando por diversos períodos com o objetivo de contextualizar as mudanças conferidas nas legislações em geral. Com fundamento principal na possibilidade da concretização do estupro marital, ou seja, a possibilidade do marido figurar o polo ativo na configuração do crime de estupro. A partir disso explorar o avanço das leis e os embasamentos doutrinários

que de certa feita divergem em determinados aspectos no que se refere a consumação do estupro marital, levando em consideração as relações conjugais com base na legislação civil. Além disso, proporcionar interpretações pertinentes sobre a dignidade sexual e consequentemente a liberdade sexual da mulher em face do advento de legislações com maior capacidade protetiva.

Palavras-chave: Débito conjugal; Estupro marital; Liberdade sexual.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo parte de uma análise contextual referente ao delito de estupro, com o fito de explorar temática concernente ao crime de estupro consubstanciado pelo Art. 213 do CP, mais especificamente, o crime de estupro praticado na relação conjugal, doutrinariamente denominado como estupro marital. Este se apresenta com a violência sexual empregada pelo esposo, contra a sua mulher, sem o consentimento da mesma, tornando-a vítima desse reportado delito.

O crime de estupro apresenta violação não só a liberdade sexual, como também ao direito à intimidade, e principalmente à dignidade sexual, que é posto como bem jurídico tutelado nesse delito. Nesse prisma tais direitos sedimentados na Constituição Federal previamente, que influenciou diretamente a complementação de legislações futuras.

Assim sendo, mesmo com advento de profundas transformações legislativas e consequentes mudanças sociais no bojo da humanidade, o crime de estupro continua presente mesmo sendo totalmente reprimido pela sociedade conseguindo encontrar resquícios dos séculos passados.

Nesse contexto, conforme oportunizado pelas legislações anteriores, fez-se necessário disciplinar garantias e direitos que conferem a mulher uma maior proteção e além disso a possibilidade

de encontrar amparo em legislação específica que visa diminuir os riscos enfrentados diariamente.

Nesse diapasão, o artigo deter-se-á à análise da concretização do estupro marital, o qual tem como sujeito ativo o marido, que coage mediante violência ou grave ameaça a sua esposa com a intenção de manter relações sexuais, materializando tal entendimento baseados em doutrinadores contemporâneos. Ato contínuo, a análise interpretativa da Lei nº 12.015/09, que trouxe importantes transformações ao que dispunha anteriormente a legislação penal, ampliando o conceito de estupro, em conjunto ao que dispõe legislação civil referente aos direitos e deveres conjugais.

Por fim, analisando as dificuldades encontradas para a imputação desse delito, relativamente pouco disseminado, seja por ausência de informação de que tal crime pode ser cometido pelo marido, seja por temer as consequências dessa denúncia, seja por sentir-se oprimida pela sociedade, sabe-se portanto que o estupro marital encontra grandes obstáculos.

2. A CONTEXTUALIZAÇÃO PERTINENTE FACE AO DELITO

Caminhando de acordo com o contexto histórico, o crime de estupro é considerado inaceitável desde os povos mais antigos, sendo tratado por diversas legislações e conseqüentemente reprimido das mais variadas formas, as sanções cominadas dependiam de diversos fatores referente as épocas.

Desde os mais antigos tempos e entre quase todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício. (HUNGRIA, 1980, p.103).

Numa análise entre os povos mais antigos percebe-se formas severas no que tange a aplicação das punições. Entre os hebreus, se a vítima era moça *desposada* (prometida em casamento), o autor pagava com a própria vida (*Deuteronômio*, capítulo XXII, 28). Se, entretanto, a moça não era desposada, a pena consistia no pagamento de 50 ciclos de prata (ao pai da vítima), além de obrigatória reparação do mal pelo casamento. (HUNGRIA, 1980, p. 103).

De acordo no Hungria, os povos egípcios aplicavam ao infrator a pena de mutilação. Já na Grécia antiga, de início a pena era de

multa, porém posteriormente foi cominada a pena de morte, que tornou-se invariável. (1980,p.103).

Entre os Romanos,

Após a *Lex Julia de adulteris* (18 d.C.), no antigo direito romano, procurou-se distinguir *adulterius de stuprum*, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se *estupro* toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, os romanos incluíam no conceito amplo do *crimen vis*, com a pena de morte. (BITENCOURT, 2014, p. 969).

Na Idade Média, também era a pena de morte a que se aplicava aos réus de *stuprum violentum* (Fabxnacio). Refletia esse rigor o Livro V das Ordenações Filipinas, nossa primitiva legislação penal: pena de morte contra “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher”, e não a excluía o próprio casamento do réu com a vítima. (HUNGRIA, 1981, p. 103).

Na legislação Brasileira, no Código Criminal do Império de 1830, a primeira tipificação do crime de estupro, em seu Art. 222.

O art. 222 do Capítulo II que tratava dos crimes contra a segurança da honra, em sua Secção I, trazia a pena de três a doze anos de prisão, e ainda o dever de oferecer dote a ofendida, ao que tivesse cópula carnal por meio de violência ou ameaça, com qualquer mulher honesta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaça, com qualquer mulher honesta.

Penas – de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida.

Se a violentada for prostituta.

Penas – de prisão por um mês a dois anos

O casamento desta com o ofensor extinguiu a pena (art. 225). O primeiro Código republicano (reservando o nome *estupro* para designar a copula violenta) foi ainda mais benigno: prisão celular por um a seis anos (aumentada de quarta parte, se havia concurso de duas ou mais pessoas), mantida a obrigação de dotar a ofendi-

da, bem como a extinção da punibilidade pelo *subsequens matrimonium*. (HUNGRIA, 1980, p. 104).

Já o Código de 1890 reservava o nome *estupro* para designar “o ato pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não”. (HUNGRIA, 1981, p. 104). Disposto no artigo 268, título VIII, dos crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor. “Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão celular por um a seis anos”.

Pode ser entendido que foi nesse período histórico que a denominação “estupro” foi consagrada, o Código ainda trazia no bojo do seu Art. 269, o que se entendia como violência, e os meios utilizados para a prática do delito que seriam caracterizados como estupro. (HUNGRIA, 1980, p.104). Esse código trouxe de uma forma mais ampla a tipificação do crime com relação ao Código do Império, porém não deixou de ser conservador.

Observa-se nas legislações de 1830 e 1890 o uso da expressão “mulher honesta”, servia como discriminação para com as mulheres e como forma de diminuição da pena se essa não fosse “honesta”, expressão essa que felizmente foi superada na legislação posterior.

No Código Penal de 1940, o crime de estupro está previsto no Título VI “dos crimes contra os costumes”, mais especificamente no capítulo I “dos crimes contra a liberdade sexual”. Sendo que essa tipificação restringia a aplicação do disposto, somente a mulher que figuraria o polo passivo, e o homem estaria no polo ativo.

Vale ressaltar a titularidade concedida ao tipo “crimes contra os costumes”, nos remete que o bem jurídico tutelado era o costume, ou seja, não havia uma proteção efetiva com relação a liberdade sexual da mulher, o crime não era contra a liberdade da vítima, e sim um atentado aos bons costumes da sociedade. (SANTOS, 2015, p.5).

Segundo Fernando Capez (2012, v. 3, p. 22)

A proteção dos bons costumes, portanto, sobrelevava em face de outros interesses penais juridicamente relevantes como a liberdade sexual. Era o reflexo de uma sociedade patriarcal e pautada por valores ético-sociais que primava, sobretudo, pela

moralidade sexual e seus reflexos na organização da família, menoscabando, isto é, deixando para um segundo plano, a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo.

Grande marco para as mulheres foi a Lei 11.340 de 07/08/2006 (Lei Maria da Penha), a qual criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (TEIXEIRA, 2015, p.13)

Porém para Cezar Roberto Bitencourt, a despeito de toda essa elástica previsão, que tem natureza puramente programática, em seara criminal, o novo diploma legal não trouxe nenhum acréscimo à definição da violência física, essa não abrangência das “vias de fato” na criminalização das lesões corporais domésticas coloca em destaque a deficiência e a insuficiência desse tipo penal, que, para atender às aspirações dos movimentos sociais referidos, mereceria outra redação, mais abrangente, mais técnica e menos excludente. (2012, p.872).

Com o advento da Lei 12.015 de 2009, fora revogado o disposto no Art. 213 do CP, de fato ampliando a aplicação desse delito, dando uma maior margem de interpretação com relação aqueles que podem ser sujeitos passivos e ativos do delito, e conseqüentemente as formas de consumação do delito. Entretanto mesmo com a incidência dessa lei ainda existem opiniões contrárias em relação ao cometimento do delito pelo marido, por não existir tipificação específica para o “estupro marital”, todavia fazendo uso de uma interpretação extensiva é possível chegar a conclusões pertinentes sobre o assunto.

3. CRIME DE ESTUPRO: ANÁLISE PENAL

De acordo com o Art. 213 do Código Penal vigente que ainda é do ano de 1940, todavia revogado pela lei 12.015 de 2009, o crime de estupro está disposto no Capítulo I – “Dos crimes contra a Liberdade Sexual “:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos

Todavia, com embasamento no Código Penal Brasileiro, o crime de estupro configura-se na ação de constranger alguém, com fundamentos na Lei n. 12.015/2009, homem ou mulher, independentemente de idade ou de classe social, a ter conjunção carnal ou praticar ou permitir ato libidinoso, por meio de violência ou grave ameaça.

3.1. DO ADVENTO DA LEI 12.015 DE 07 DE AGOSTO DE 2009

Com a entrada em vigor da referida lei 12.015/09 a tipificação do crime de estupro disposto no Art. 213 do CP, sofreu importantes mudanças, a começar pela unificação da figura de estupro e do atentado violento ao pudor no mesmo artigo citado.

Destaca Cezar Bittencourt (2014, p. 970), referente ao que determina a lei n. 12.015/09, tem como finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente.

Observa-se que o dispositivo amplia o conceito de estupro, considerando a prática de qualquer outro ato libidinoso, além da conjunção carnal como formas de praticar o delito. A expressão utilizada pelo legislador “qualquer outro ato libidinoso” deixa uma margem grande de interpretação sobre quais seriam tais atos.

Em análise a nova redação dada ao caput do Art. 213, Rogério Greco (2013, p. 461) traz que na expressão outro ato libidinoso, “estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente”. Reflete ainda que a conduta do agente poderá ser ativa atuando sobre o seu próprio corpo, no corpo do agente que a constrange ou mesmo sendo assistida pelo agente (masturbação do agente, praticando sexo oral), ou a conduta poderá ser passiva, “a

vítima permite que com ela seja praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por terceiro, a mando daquele” (receber sexo oral, dedos na genitália).

De acordo com embasamento do Código Penal atual, os meios executórios do delito, podem variar de um beijo lascivo até o coito anal, frisa Capez que “não há de se falar em atipicidade por ofensa ao princípio da proporcionalidade uma vez que se trata de critério discricionário do legislador, ditado pela política criminal de reprimir com maior intensidade delitos sexuais violentos” (2012, p. 33).

A questão é exatamente definir o que significa ato libidinoso, bem como se foi praticado com violência ou grave ameaça, insere-se que o ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. O nova redação trazida pela lei 12.015/09, nos oferece uma diversidade de atos e novas interpretações que possibilitam a concretização do delito.

3.2. SUJEITOS PASSIVOS E ATIVOS

Como já explanado anteriormente, somente o homem poderia ser sujeito ativo da delito e a mulher seria sujeito passivo no ato da conjunção carnal. Porém com as modificações introduzidas pela lei 12.015/09 concretizou a possibilidade na conjunção carnal (cópu-la vagínica) que pressupõe relação heterossexual, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo do delito, nesse caso, o sujeito passivo deverá ser do sexo oposto, no que diz respeito a pratica de outro ato libidinoso, qualquer pessoa pode ser sujeito ativo, bem como sujeito passivo. (BITENCOURT, 2012, p.883)

Em se tratando da mulher, para que se configure o crime, não é necessário que ela seja virgem, como expõe Fernando Capez, “não se exclui da proteção legal a prostituta, que, embora mercantilize seu corpo, não perde o direito de dele dispor quando bem quiser.” (2012, p. 38)

Em virtude da nova redação do Título VI do Código Penal, temos como bens jurídicos protegidos pelo art. 213 tanto a liberdade sexual quanto a dignidade sexual, a lei 12.015/09, tutela direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o seu corpo,

no que diz respeito às suas atividades sexuais, possibilitando uma maior proteção, há quem realmente necessita de proteção. (BITENCOURT, 2012, p. 92).

3.3. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Determina o Art. 226 do Código Penal, com redação determinada pela Lei n. 11.106/05:

Art. 226. A pena é aumentada:

I –de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;

II –de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

O Art. 234 – A também configuram aumento de pena relativo aos crimes contra dignidade sexual, acrescentado pela Lei n. 12.015/09:

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

I - (VETADO)

II - (VETADO)

III - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

No inciso I do art. 226, segundo prevê Rogério Greco, “a majorante poderá ser aplicada se os agentes praticarem, conjuntamente, atos de execução tendentes à prática do delito sexual” (2013, p.472).

O inciso II, foram inseridas no artigo, para aplicação das majorantes, as figuras do padrasto e da madrasta, do tio, como também do cônjuge e do companheiro. Percebe-se nessa segunda hipótese que a relação de parentesco faz com que seja aumentada a pena levando um maior juízo de reprovação sobre as pessoas acima elencadas. (GRECO, 2013, p.473).

Na hipótese do inciso III do art. 234 –A, a pena será majorada se do crime resultar gravidez, o código portanto possibilita a mu-

lher vítima do estupro a possibilidade de rejeitar o feto, que foi fruto da violência.

A pena deverá ainda ser aumentada de acordo com o inciso IV do mesmo artigo, se o agente do crime transmitir à vítima doença sexualmente transmissível, para a aplicação dessa causa recai sobre o agente que ele saiba ou pelo menos deva saber que é portador de doença sexualmente transmissível. Nesse caso para que a pena seja majorada, há necessidade da vítima ter contraído a doença. (BITENCOURT, 2012, p.889).

4. DAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Em tempos mais remotos a família era uma entidade que se organizava em torno da figura masculina, a mulher por sua vez ocupava papel pouco importante na relação, sendo submissa a autoridade marital, havia uma concentração de poder na formação dessa relação e quem o detinha era o homem.

Ao passo de uma visão contemporânea, a Constituição Federal de 1988 adotou uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana realizando verdadeira revolução do direito de família. Nas palavras de Gonçalves “a nova Carta abriu ainda outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família”. (2012, p.35).

As alterações introduzidas relativas a coesão familiar, visam preservá-las, como também confere a família moderna um tratamento mais consentâneo à realidade social, atendendo as necessidades da prole e de afeição entre os cônjuges ou companheiros e aos elevados interesses da sociedade. (GONÇALVES, 2012, p. 26).

Com as mudanças advindas da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 trouxe inovações importantes sobre preceitos que circundam a relação conjugal, principalmente em relação a constituição do poder familiar, consubstanciados sob a égide do princípio da igualdade, impondo um regime colaborativo, e não de subordinação, como prevê o “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na Igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. (SILVA, 2011, p.17).

4.1. DÉBITO CONJUGAL

De posse da análise anterior, existe uma relação contratual com a contemplação do casamento, sendo assim quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como outro contrato qualquer, tem o seu núcleo existencial no consentimento, sem se questionar por óbvio, o seu especial regramento e consequentes peculiaridades. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 115).

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 170) “embora o casamento estabeleça direitos e deveres recíprocos aos cônjuges a lei ateve-se aos principais, considerados necessários para a estabilidade conjugal”, dentre eles estão os previstos no Art. 1.566 do CC/02, a saber:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.

Numa análise do inciso II do artigo supracitado, temos como dever recíproco entre os cônjuges “vida em comum, no domicílio conjugal” ou dever de coabitação, que significa mais do que a convivência sobre o mesmo teto, mas também sobretudo a união carnal. (GONÇALVES, 2012, p.172).

No sentido de coabitação entende Roberto Gonçalves “que nele se inclui a obrigação de manter relações sexuais, sendo exigível o pagamento do debitum conjugale”, porém frisa que a obrigação não envolve a aceitação de taras ou abusos sexuais. (2012, p.172).

Nessa mesma linha de raciocínio estabelece Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 297), que:

Embora existam situações em que o casal não está obrigado a relações sexuais (por decisão conjunta razões biológicas, convicções religiosas, enfim), afora essas justificadas hipóteses, a conjunção carnal é, em geral, sem nenhuma sombra de dúvida, uma consequência fundamental, um especial dever jurídico decorrente do casamento.

De acordo com a interpretação conferida ao dispositivo é compreensível que em decorrência do casamento haja um “dever especial” de comunhão de vida sexual, que é um desejo natural do ser humano, quem casa tem a expectativa lícita e legítima de manter conjunção carnal com seu cônjuge. Embora essa condição não constitua elemento fundamental do casamento, do seu descumprimento poderão resultar em consequências jurídicas, como o divórcio, ou até mesma a depender da situação a invalidade do casamento. (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 298)

Nesse sentido, embora exista expressamente a configuração desse dever, é inaceitável portanto, situações de constrangimento em relação a um dos cônjuges, sendo vedado um cônjuge obrigar o outro a cumprir tal disposição sob pena de violação a liberdade individual. (GONÇALVES, 2012, p.172).

5. A (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONCRETIZAÇÃO DO ESTUPRO MARITAL

Sobre a concretização do estupro marital, assim denominado pela doutrina e juridicamente, é questionado se o marido (cônjuge, companheiro), poderia figurar no polo de sujeito ativo no crime de estupro. Questão essa que durante muitos anos a doutrina se dividiu, e encontra inúmeras controvérsias. Nesse caso o estupro marital consubstancia-se em duas correntes doutrinárias, que se dividem entre aqueles que defendem a possibilidade do estupro e em uma corrente tradicional que entende inexistir a configuração do estupro na relação conjugal. (SILVA, 2011, p.22)

Doutrinadores mais remotos como Nelson Hungria e Magalhães Noronha, se asseguravam na objetivação do dever do débito conjugal, previsto no Código Civil (tanto no art. 231 II do revogado código de 1916, quanto no atual art. 1.566, II). Essa corrente tradicional entendia pela inexistência do crime de estupro do cônjuge como autor, mesmo diante de violência forçando a vítima à prestação sexual, pois acreditavam ser direito do marido ter relações sexuais com sua companheira por conta da existência do débito conjugal. (SILVA, 2011, p.24).

Ainda de acordo com os entendimento dessa corrente, é uma obrigação do casamento a conjunção carnal, e mesmo que o ma-

rido constrangesse a mulher ao ato sexual, esse que não configuraria estupro, pois o estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento), e o ato sexual seria mero exercício regular de um direito (GRECO, 2010, p. 466).

Conforme se verifica na posição de Nelson Hungria (1980, p. 114):

Questiona-se sobre se o marido pode ser, ou não, considerado réu de estupro, quando, mediante violência, constrange a esposa a prestação sexual. A solução justa e no sentido negativo. O estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula intra matrimonium e recíproco dever dos cônjuges.

Nelson Hungria (1980, p.115) sustenta ainda que

O marido violentador, salvo excesso inescusável, ficara isento até mesmo da pena correspondente a violência física em si mesma (excluído o crime de exercício arbitrário das próprias razões, porque a prestação corpórea não é exigível judicialmente), pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito.

Observa-se ainda que segundo Nelson Hungria, a mulher somente pode escusar-se se o marido, por exemplo, estivesse afetado por moléstia venérea, nesse caso o marido estaria incidindo no art. 130 CP. (1980, p.115).

Dentro do mesmo raciocínio, expõe Edgard Magalhães Noronha, que o marido tem o direito à posse sexual da mulher, aceitando a vida em comum, e não poderia portanto se furtar ao congresso sexual, cujo fim seria a perpetuação da espécie, e conseqüentemente a violência por parte do marido na configuraria o estupro, desde que a razão da esposa para não atender à união sexual fosse mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia ele responder pelo excesso cometido. (2002, p. 70).

Antigos acórdãos, que retratam concepção “machista” da sociedade, aduz que marido não poderia concretizar o crime de estupro contra a mulher. (CONJUR, 2003). Concepção essa defendida por doutrinadores tradicionais citados anteriormente, como Nelson Hungria e Edgard Magalhães Noronha.

Assim, por exemplo: Inadmissibilidade da prática do crime do marido contra mulher - TAGB: “Exercício regular de direito. Marido que fere levemente a esposa, ao constrangê-la à prática de conjunção sexual normal. Recusa injusta da mesma, alegando cansaço. Absolvição mantida. (...)” (RT 461/44 apud MIRABETE, Julio Fabbrini. Código penal interpretado. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1246). (CONJUR, 2003).

Tais pensamentos expostos apresentam conotação nitidamente machista, e fora dos contextos atuais, levando em consideração as leis que advieram posterior a essas conceituações, destarte, tal corrente não encontra sustentabilidade modernamente.

Embora a relação sexual constitua dever recíproco entre os cônjuges, os meios empregados para sua obtenção são juridicamente inadmissíveis e moralmente reprováveis, relata Fernando Capez (2012, p. 37)

Entretanto, conforme segunda corrente defendido por doutrinadores hodiernos, o “débito conjugal” não assegura ao marido o direito de “estuprar sua mulher”, logo qualquer dos cônjuges, que constranger, criminosamente, o outro a prática de qualquer ato libidinoso estará incorrendo nas sanções cominadas.

A mulher deve ter seu direito à inviolabilidade do seu corpo garantida, como também a sua dignidade sexual e sua liberdade preservada, de forma que jamais poderão ser empregados meios ilícitos, como a violência ou grave ameaça, para constrangê-la à prática de qualquer ato sexual. (BITENCOURT, 2012, p.95).

Modernamente melhor caminho vem sendo trilhado, a jurisprudência atua de forma positiva em relação admissibilidade da concretização do estupro marital, se valendo de decisões mais consentâneas com a sociedade atual.

Qualquer interpretação contrária nesse sentido constitui violação constitucional da dignidade da pessoa humana. É importante mencionar que, se a mulher se recusa continuamente à realização da conjunção carnal, o marido poderá lançar mão de instituto previsto na lei civil e dar ensejo, a separação judicial, em virtude da violação dos deveres do casamento que torne inviável a vida em comum; jamais poderá, porém obrigá-la violentamente a satisfação do seu desejo, discorre Fernando Capez. (2012, p.38).

5.1. DISSENSO DA VÍTIMA: NÍVEL DE RESISTÊNCIA

Como já observado anteriormente o estupro ocorre quando há o dissenso da vítima, que não deseja a prática do ato sexual. Faz-se necessário para a caracterização do crime, que não tenha havido consentimento da vítima para o ato sexual, pois, caso contrário, estaremos diante de fato atípico. (GRECO, 2013, p. 476).

Para Bitencourt, a ordem jurídica não poderia exigir de ninguém a capacidade de praticar atos heroicos, na sua concepção nessa análise vigem ainda os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, recomendando-se, concretamente, a avaliação da correlação de forças, especialmente a superioridade de forças do agente. (2014, p.974).

Nesse caso vale salientar que não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco sua própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça. (CAPEZ, 2013, p.42).

Segundo Rogério Greco (2013, p. 477), se a vítima correspondeu sexualmente de alguma forma com o agente, isso não significa que este chegue ao ato culminante da conjunção carnal, a vítima tem o direito de dizer não, e sua negativa deve ser compreendida pelo agente, mesmo que em momentos anteriores houvesse alguma cumplicidade entre eles.

5.2. MEIOS DE PROVAS EM RELAÇÃO AO ESTUPRO MARITAL

Muitas circunstancias deverão ser consideradas para se apurar se houve, no caso concreto, resistência da vítima, justamente por isso há uma dificuldade na produção de provas nos delitos sexuais, e essa se torna ainda maior quando a vítima mantinha, de alguma forma, relações de intimidade com o agente. (GRECO, 2012, p.464).

O estupro nem sempre deixa vestígios, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, como relata Fernando Capez, “mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido, como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça” (2013, p.41).

Porém se “a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, conforme disciplina o art. 158 do CPP.

Segundo Fernando Capez, “nos crimes praticados às ocultas, sem a presença de testemunhas, como nos delitos contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, desde que corroborada pelos demais elementos probatórios, deve ser aceita.” (2013, p.41).

Ou seja os fatos antecedentes devem ser levados em conta para feito de provas, uma vez que na sua maioria o crime de estupro, não é praticado na presença de testemunhas, nada impede portanto que a palavra da vítima seja fonte de prova, porém seu relato deve ser analisado em confronto com outros elementos probatórios, podendo contribuir para a convicção do juiz. (CAPEZ, 2013, p.44).

Segundo a Juíza Ângela Cristina Leão, da comarca de Goiânia, para a configuração do estupro não há, necessariamente, a coleta de provas físicas que demonstrem lesões ou indícios, a mesma dispõe que “a palavra da vítima é uma prova eficaz para a comprovação da prática, se corroborada pelas demais provas e fatos”. (CONJUR, 2014).

5.3. OBSTÁCULOS PARA REALIZAREM A DENÚNCIA

Nos dias atuais ainda é evidente a dificuldade que as mulheres encontram para denunciar a prática do estupro cometido por seus maridos, isso acaba gerando certa impunidade ao autor da agressão. Isso porque muitas vezes a mulher desconhece a criminalização desse ato na relação conjugal, e entende que a prática de ato sexual é inerente de um dever conjugal ainda que seja forçadamente ou mesmo sem consentimento. (TEIXEIRA, 2015, p.22).

Ainda segundo Teixeira, em muitas das vezes o crime acontece no silêncio do lar e isso dificulta ainda mais pois a vítima teme em não conseguir provar o crime. As vítimas também se sentem envergonhadas em denunciar por conta da repercussão que pode gerar entre a vizinhança ou mesma entre a sociedade, sem contar que muitas mulheres se sentem retraídas em realizar a denúncia porque dependem financeiramente do marido. (2015, p.22).

Pesquisa realizada pela BBC Brasil (2015) listou alguns obstáculos que as mulheres enfrentam para denunciar o agressor. A pesquisa foi realizada com promotora e vítimas da violência. Dentre os obstáculos foi exposto que, as Delegacias da Mulher não estão abertas 24h e nos finais de semana não estão funcionando, como também só existem 368 Delegacias para 5,5 mil municípios no Brasil, dentre essas a reclamação mais comum é a falta de capacitação dos agentes públicos, outra dificuldade como já referida anteriormente é a dificuldade em comprovar o crime, outro obstáculo é o descrédito de que o agressor será efetivamente punido.

Felizmente, com o avanço da comunicação, a mulher a cada dia vem se conscientizando do seu valor, e essa mentalidade vem se modificando de maneira gradual, embora haja, ainda, muitos casos em que o silêncio se sobrepõe em relação a violência sofrida por elas, em particular aquelas que sofrem a violência sexual dentro da sua própria casa. Na condição de mãe e esposa, temem por consequências maiores e repúdio do meio social, como também a exposição da sua intimidade, fatores esses que preponderam e limitam uma atitude eficiente para relatar a agressão sexual sofrida. (BARBOSA, TESSMANN, 2014).

CONCLUSÃO

É visível portanto uma gradual evolução em face da condição de ser mulher na sociedade, se pensarmos numa escala evolutiva é possível perceber sem muito esforço que direitos e deveres inerentes a todo e qualquer ser humano passaram por uma expressiva transmutação conferida principalmente pela nossa Constituição Federal, trazendo no seu bojo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio esse que confere igualdade sem distinção de qualquer natureza. A Constituição Federal de 1988, também dispõe no seu texto igualdade de gênero, onde homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Faz-se necessário aduzir que a mulher contemporânea ainda encontra dificuldades para se sobrepor ou mesmo para se manter em equilíbrio de igualdade com o homem, por conta de costumes que lamentavelmente parecem estar enraizados na sociedade. Mesmo com gradual evolução das legislações e normas garanti-

doras em face da proteção da mulher não é incomum quando nos encontramos frente a situações que nos fazem refletir sobre a efetividade das conquistas alcançadas ao longo dos séculos.

Em face das mudanças conferidas pela Constituição Federal, norma superior do ordenamento jurídico, as demais legislações passaram a acolher a mesma, por ser norma fundamental que deveria estar inserida em todas as disposições legais.

Conforme disposto, diante da problemática do era conferido nas legislações obsoletas, era possível perceber uma “proteção da dignidade feminina” de forma maquiada, ou seja, existia uma certa proteção, porém excludente, pois continham disposições como “mulher honesta”, levando a uma interpretação que somente “mulher honesta” seria digna de proteção.

Sem dúvidas na atual conjuntura da sociedade a proteção conferida a mulher alcançou altos voos, porém ainda são encontradas lacunas no que se refere a igualdade conferida entre homens e mulheres. Em face da problemática apresentada em razão do marido poder figurar o polo ativo no que concerne a concretização do estupro com a esposa, temos a consciência de que essa possibilidade está sedimentada na sociedade hodierna.

Apesar da disponibilidade de legislação civil conferindo, em artigo próprio deveres concernentes da relação conjugal, o qual dispõe débitos conjugais relativos a relações sexuais, a mesma não poderá em nenhuma situação ser praticado sem o consentimento da mulher, como também não é permitido o emprego de violência ou grave ameaça, pois dessa forma estaria se consumando o estupro marital, destarte sedimentado entendimento pela Lei 12.015/09, a relação sexual praticada no âmbito de relação conjugal não configura exercício regular de um direito.

Porém o problema maior está na forma em que essa violência é praticada, e conseqüentemente nos meios disponíveis e acessíveis para que a mulher possa se desvincular dessa opressão sofrida, muitas das vezes no seu próprio lar. A liberdade sexual e a dignidade sexual é direito intrínseco da existência humana, muito além de estarem previstos em disposições legais, o aparato estatal deve oportunizar possibilidades eficazes para contribuir com a proteção da mulher, e torná-los efetivos no combate a violência contra à mulher.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, C., TESSMANN, D.. Violência sexual nas relações conjugais e a possibilidade de configurar-se crime de estupro marital. **JUDICARE**. 6, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.judicare.com.br/index.php/judicare/article/view/65/191>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

Decreto Lei 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em:<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 22 out. 2016.

Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 31 out. 2016.

Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o código criminal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 22 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4 :parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fê pública. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva,2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359- H). 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Casamento não direito ao marido de forçar relação sexual com a mulher. Revista **Consultor Jurídico**. 3 de ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-03/casamento-nao-direito-marido-forcar-relacao-sexual>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

Marido que força ato sexual comete crime de estupro. Revista **Consultor Jurídico**. 14 de jul. 2003. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2003-jul14/marido_forca_ato_sexual_comete_crime_estupro>. Acesso em: 9 nov. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. As Famílias em Perspectiva Constitucional.6.ed.São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.6.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MENDONÇA, Renata. **Violência doméstica: 5 obstáculos que mulheres enfrentam para denunciar**. BBC Brasil em São Paulo. 10 dez. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151209_obstaculos_violencia_mulher_rm>. Acesso em: 9 nov. 2016.

NORONHA, E. M. **Direito penal**. v.3. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v.8.

SANTOS, Cláudia Luísa Barreto. **ESTUPRO MARITAL: aspectos jurídicos**. 2015. Trabalho de conclusão de curso - artigo científico. (Curso de graduação em direito) - Universidade Tiradentes, Aracaju

SILVA, Suellen Aparecida de Lima. **Possibilidade jurídica do estupro na relação conjugal**. 2011. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Universidade Vale do Rio Doce, Governador Valadares.

TEIXEIRA, Ivânia dos Santos. **(Im) possibilidade jurídica de configuração do crime de estupro na relação conjugal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53329&seo=1>>. Acesso em: 10 nov. 2016.