

**Elda Coelho de Azevedo Bussinguer
Breno Maifrede Campanha**

(Organizadores)

Direitos Humanos em Sociedades Complexas



Vitória
2014

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

Copyright © 2014 by FDV Publicações
Faculdade de Direito de Vitória - FDV
Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, nº 779
Santa Lúcia - Vitória -ES
CEP 29056-295
Telefone: (27) 3041-3669
www.fdv.br



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D 598 Direitos humanos em sociedades complexas / Organizadores
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer; Breno Maiffrede Campa-
nha. Vitória, FDV Publicações, 2014.

Bibliografia.
ISBN 978-85-68600-00-9

1. Direitos humanos - Brasil. 2. Pesquisa jurídica. I. Faculdade
de Direito de Vitória. II. Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo.
III. Campanha, Bruno Maiffrede.

CDU-342.7

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem autorização do editor.

Editora responsável

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Comissão Executiva

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

Altiva Correa da Silva

Ana Paula Galdino de Deus

Revisão de Texto

Alina da Silva Bonella

Capa, projeto gráfico e diagramação

STUDIO S • Diagramação & Arte Visual

(48) 3025-3070 | studios@studios.com.br

Sumário

Prefácio	5
O juiz-gestor: administração da justiça no Brasil e o direito fundamental à tutela jurisdicional célere	
Andréa Abrahão Costa	7
“Eu não sou essa palavra”: o (des)respeito ao nome social das travestis do município de Vitória - ES	
Luciano de Oliveira Adolfo, Cristina Grobério Pazó.....	21
A construção do sentimento constitucional brasileiro e a legitimação das decisões judiciais	
Ivy de Souza Abreu.....	36
A responsabilidade civil sistêmica dos profissionais envolvidos na prestação do direito à saúde com ênfase na administração de medicamentos	
Alzira Cristina Prest, Cristina Grobério Pazó	52
Dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade e o direito a morte digna do paciente terminal	
Diana Andreão Zandonade	78
Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?	
Fernanda Gomes Pedroni.....	103
O perfil do adolescente submetido à medida de internação no Estado do Espírito Santo	
Nevylle Mendes Oliveira Rodrigues, Rhiani Salamon Reis Riani	125
A vulnerabilidade do consumidor perante o regime jurídico vigente sobre a compra coletiva no Brasil atual	
Mariana Paiva Frizzera, Cristina Grobério Pazó	148

Instrumentos processuais democráticos na tutela de acidente de consumo: um estudo de caso do incêndio da Boate Kiss	
Thais Dumas Simoneli Barbosa, Cristina Grobério Pazó	171
A criação da Comissão Nacional da Verdade: uma análise a partir da obra de Boaventura de Sousa Santos	
Bruno Ribeiro Machado.....	193

Prefácio

A presente obra compreende abordagens técnicas\teóricas de diversificadas incursões investigativas no âmbito dos direitos humanos, compartilhadas e prestigiadas no XI Seminário de Pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

O propósito de promover a reflexão diante de determinados fenômenos sociais, jurídicos, políticos e filosóficos, preponderantemente emergentes no contexto hodierno brasileiro, tem motivado a periódica organização, por parte da FDV, de seminários de pesquisa com ampla abertura ao diálogo e à diversidade de ideias.

Para coroar a décima primeira edição do evento, marcada por essa ampla abertura ao diálogo e à diversidade de perspectivas teóricas, consideramos por bem privilegiar algumas das produções acadêmicas, estendendo maior publicidade às respectivas construções por meio da presente obra coletiva “Direitos Humanos em Sociedades Complexas”.

A significativa complexidade de fenômenos tão impactantes, e muitas vezes tão específicos, na realidade das sociedades modernas demanda investigações não apenas cuidadosas e criteriosas, mas em certo nível consistentes e originais para não recair no lugar comum e indesejado.

A presente obra, ao oferecer alguns diagnósticos e prognósticos em face de problemas de origem moderna, e ainda problemas que, apesar da remota gênese, insistem em se perpetuar ao alvedrio das circunstâncias, ora de maneira progressiva, ora apenas com sutil perda de força, enseja a convicção de que os trabalhos cumpriram o papel de atingir alguns horizontes de uma idealizada pauta humanista.

Se o sutil ou o drástico correspondem a um grande avanço ou a um lamentável retrocesso nesse contexto de forças e esforços, cumpre ao intérprete avaliar segundo o substrato teórico disponível.

Nessa realidade, de constante confronto de ideias, a presente obra permite a aproximação de olhares diversificados, distantes do corriqueiro, e acessíveis a um nível desejável.

A conciliação de direitos individuais com deveres coletivos, interesses de minorias com os anseios das maiorias, o tradicional e consagrado com o inovador e aflorante, mostra-se um desafio contínuo e exaustivo. Para trilhar essa trajetória a imersão científica não é apenas útil, mas uma opção conveniente em virtude do seu potencial de alcance.

Nosso empenho, em meio a tantos dilemas jurídicos, sociológicos, filosóficos e políticos existentes e persistentes no âmbito dos direitos humanos, compreende o compromisso de viabilizar um espaço privilegiado de discussão. Um cenário de acesso ao discurso, de oportunidade discursar e também de possibilidade de influir no discurso.

A obra “Direitos Humanos em Sociedades Complexas” finaliza uma etapa deste ciclo contínuo de buscas e conquistas, renovando o propósito de enfrentamento das crescentes demandas sociais, por meio de novas incursões do gênero em momento e evento futuro.

O juiz-gestor: administração da justiça no Brasil e o direito fundamental à tutela jurisdicional célere

ANDRÉA ABRAHÃO COSTA¹

INTRODUÇÃO

Não é novo o debate sobre a chamada crise vivida pelo Poder Judiciário, a necessidade de respostas mais efetivas ao jurisdicionado e a demanda por novos instrumentos processuais e seu aperfeiçoamento.

Nesse sentido, muito já foi escrito a respeito da temática do acesso à justiça e da necessidade de a tutela jurisdicional ser efetiva, tudo sob o enfoque de que de nada adiantaria a atuação da jurisdição se ela não fosse tempestiva ao titular do direito material.

Por meio dos estudos sobre as ondas reformistas, tomando como referência o denominado “Projeto Florença” de Capelletti (1988, p. 31), foi possível compreender que o acesso à justiça passou por três fases distintas. A primeira teve como objetivo a maior assistência judiciária aos pobres; na segunda vislumbrou-se a representação dos interesses difusos; e a terceira viabilizou a efetivação do acesso à justiça com todos os meios a ela inerentes, inclusive “outros meios” de resolução de conflitos.

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR); pós-graduada em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp); professora do curso de Direito e de Pós-Graduação *Latu Sensu* da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR); assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: candreac_2@yahoo.com.br

No Brasil, sabe-se, em meados dos anos 90, vivenciamos a primeira grande onda reformista que, dentre tantas inovações, destacando-se a nova conformação dada à prova pericial e a ação monitória, possibilitou a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais – Lei 9.099/95, os quais são marcados pelas já conhecidas oralidade, informalidade, ausência de custos e assistência facultativa de advogado até o limite de 20 salários mínimos quando se está em primeira instância.

Nesta esteira, outra inovação foi a instituição da tutela antecipada, em 1994 e, posteriormente, a tutela inibitória em 1998 – dois grandes marcos das tutelas de urgência, encerrando o falho sistema anterior de utilização da tutela cautelar de forma indiscriminada, fenômeno conhecido como “patologia das tutelas de urgência” ou “teratologia” das tutelas emergenciais (FABRÍCIO, 2008, p. 2).

A segunda onda reformista, por sua vez, concretizou-se pela abertura do sistema aos direitos coletivos e difusos, destacando-se a criação do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – e o maior enfoque ao Direito Ambiental. Da mesma forma, em meados do ano 2000, com a reforma no processo de execução cível, cristalizando-se o que se convencionou chamar de processo sincrético, almejou-se um efetivo acesso à justiça a partir do ideal da razoável duração do processo. Conferiu-se, ainda, maior eficácia e elasticidade às decisões judiciais por força do comando inserto no art. 461, § 5º do Código de Processo Civil.

Todavia, todo este percurso, constata-se, não foi suficiente para debelar os problemas relativos ao acesso à justiça, a ponto de atualmente aventar-se de novas ondas reformistas, às quais estariam ligadas seja às dimensões éticas dos operadores do direito, seja ao “regresso da justiça” ou à “resolução adequada do conflito” (BACELLAR, 2012, p. 19).

Seja como for, não é sob o aspecto processual propriamente dito que o assunto será aqui abordado, pois a constatação é a de que as inúmeras reformas não foram capazes de aniquilar a insatisfação ainda vivida. Parte-se da idéia de que a temática da Administração da Justiça é imprescindível para a análise dos descaminhos vividos

no âmbito do Judiciário, uma vez que está intimamente ligada com aspectos relacionados à necessidade de recursos materiais e pessoais e sua correspondente gestão, assim como à adoção de técnicas inovadoras próprias de uma lógica privada e de maior tecnologia.

O recorte para tal tipo de abordagem é o de investigar a mudança sentida no papel desempenhado pelos juízes, agora muito pautados por princípios de gestão administrativa, tomando por referência a circunstância de que foi em torno de seus poderes que se centraram as profundas modificações empreendidas na legislação processual.

É o que será tratado, a breve espaço, no próximo tópico.

TUTELA JURISDICIONAL E O NOVO PAPEL DO JUIZ

Para Castro Junior (1998, p. 19), a apontada crise não se constitui em um evento tópico, pois:

A crise do Poder Judiciário na sociedade moderna brasileira não é uma crise autônoma e com características exclusivas das suas próprias cultura e estrutura. Ela traduz a crise de expansão e do crescimento desta mesma sociedade, bem como a desestabilização dos Poderes entre si, decorrente da expansão da ação do Estado, especificamente do Poder Executivo, nas esferas econômicas tradicionalmente reservadas à iniciativa privada e à atuação dos monopólios e grupos econômicos organizados.

E nem poderia ser diferente, já que o debate acerca da necessidade de o Judiciário resolver tempestiva e efetivamente os conflitos a ele trazidos, no contexto do chamado direito de “acesso à justiça”, é consequência dos influxos advindos da primeira metade do século XX, momento de criação de direitos sociais e de reivindicação da ação positiva do Estado para tornar efetivos os direitos então formalmente proclamados.

Aos poucos, sabe-se, o sistema foi se abrindo para adotar mecanismos processuais que respondessem às novas pretensões, já que não bastariam apenas garantias formais sem a correspondente proce-

dimentalização, não tendo ele, contudo, ficado imune aos problemas resultantes de tamanha transformação. Estes, vão desde a falta de resposta de forma eficaz, rápida e satisfatória às demandas propostas, até a falta de estrutura suficiente, o número escasso de juízes, a precariedade de insumos materiais, o excesso de recursos disponibilizados e a falta de abertura a novas formas de gestão administrativa.

Mas, como o evento crítico não poderia se dissociar do ponto de vista de alguém que o está suportando (HABERMAS, 1999, p. 12), neste caso, o próprio Poder Judiciário, essencialmente desintegrado de sua função primordial,² uma franca remodelação no processo civil brasileiro foi realizada a partir de 1990. Como anteriormente destacado, foram previstos mecanismos de tutela de urgência com a antecipação dos efeitos da tutela por meio da Lei 8.952/94, hoje inscrita no art. 273, do Código pátrio e da tutela específica da obrigação de fazer e entrega de coisa (Leis 8.952/94 e 10.444/2002), passando pelo terreno dos recursos (Leis 10.358/2001 e 10.352/2001 e Lei 11.187/2005) até a reforma no processo executivo (Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) e a previsão da “repercussão geral” como requisito de admissibilidade nos recursos excepcionais (Lei 11.418/2006).

Sobre a maneira como se iniciou a resposta à falta de operatividade do sistema, vale mencionar a explicação de Wambier (2001, p. 29-30):

As alterações se têm dado no modo de conceber e de lidar com o direito e no nível do próprio direito positivo. É fácil notarem-se modificações, como se disse há pouco, no âmbito da própria legislação, que acompanham o movimento acima descrito e que implicam certo amortecimento quanto à vontade de que haja segurança, em troca da efetividade, notadamente no âmbito do processo. Basta que se lembre da recente alteração do art. 273 do CPC dando à possibilidade de se anteciparem os efeitos da tutela uma abrangência antes desconhecida do nosso ordenamento jurídico. Todavia, se esta possibilidade

² Esta ideia foi desenvolvida, juntamente com Alexia Rodrigues Brotto Cessetti, no Congresso de Processo Constitucional realizado na Universidade Federal do Paraná em setembro de 2013.

tem vantagens, é de se reconhecer que preteriu-se uma idéia ‘radical’ de segurança, para admitir-se a produção de efeitos com lastro em hipótese, altamente plausível: tudo indica que a parte tem direito. As premissas materiais do silogismo, no caso, deixam de ser havidas ‘como verdadeiras’ e são, apenas, ‘prováveis.’ [...] Ainda no âmbito do processo, substituiu-se a ideia de que a vontade do devedor deveria ser considerada invulnerável (até mesmo no contexto da prática de um ilícito, pois fazia o que prometia não fazer, ou deixava de fazer o que prometera fazer), que levava à regra de que obrigações de fazer ou não fazer, em face da resistência do devedor, seriam automaticamente transmudadas em obrigações pecuniárias, tendo-se optado por dotar o juiz de poderes mais efetivos no sentido de levar o devedor a cumprir a obrigação in natura.

É nesse contexto, ainda, que se ventila a edição de um Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8046/10). Como resposta às exigências de celeridade e, assim, para dar concretude ao direito fundamental a uma “[...] razoável duração do processo”,³ visando a atender as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça⁴ por força do “II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo” assinado no dia 13/04/2009. No documento, restou estabelecido o compromisso para garantir, dentre os objetivos traçados, o acesso universal à Justiça, “[...] especialmente dos mais necessitados”, e processos mais rápidos e eficientes.

As diretrizes do projeto podem ser assim sintetizadas: (iii) criação de incidentes de coletivização de litígios de massa, com eleição de uma causa piloto que sirva de paradigma a todas as ações semelhantes; (iv) simplificação de procedimentos visando à desformalização do processo; (v) execução imediata da sentença; (vi) exclusão da oposição, nomeação à autoria e chamamento ao processo; (vii) esco-

³ Segundo estabelece a Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXVIII, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁴ Órgão inserido na estrutura do Poder Judiciário Brasileiro pela via da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o qual tem como atribuição, em síntese, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

lha da conciliação como primeiro ato de convocação do réu a juízo. Sobre este último aspecto, fala-se de um sistema com perfil híbrido, que comportaria formas consensuais e impositivas de resolução de conflitos movimentando-se em paralelo. Seria, tal como afirma Baccellar (2012, p. 39-46), a concretização última da abertura do sistema externos ao processo estatal na resolução de lides já judicializadas.

Assim, ao tempo em que houve referida transformação, com a defesa da necessidade de mudança, inclusive, do comportamento do juiz na direção do processo, novo desafio é posto ao Poder Judiciário: integrar-se aos novos tempos orientando-se por outros parâmetros de funcionalidade burocrática (ARAUJO, 2004, p. 413), reforçando sua atividade jurisdicional com presteza e efetividade e desmitificando o próprio sistema, em verdadeiro processo de transparência e simplificação de suas atividades (CASTRO JUNIOR, 1998, p. 106).

Trata-se, enfim, de uma ressignificação no fornecimento da prestação de serviços jurisdicionais que, sem sombra de dúvida, insere-se em um conceito de administração pós-moderna da justiça, com capacidade de adaptação às mudanças que ocorrem no contexto temporal e ambiente cultural. É neste ponto, portanto, que se põe em evidência a temática da Administração da Justiça e da construção da figura do juiz-administrador.

O JUIZ-GESTOR

A temática da Administração da Justiça foi negligenciada por longo tempo no Brasil, mas, segundo aponta Freitas (2012), nos anos 2000,

[...] as coisas começaram a mudar, a partir de congressos realizados pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em Brasília. O último deles foi em 2005. Hoje há uma consciência geral e todos se empenham no aprimoramento dos serviços judiciários. O CNJ dá uma importante contribuição, instituindo programas como o Conciliar é Legal e promovendo pesquisas como a Justiça em Números. Os tribunais internalizam boas práticas. A Escola Superior da Magistratura da Ajuris (RS) criou um Centro de Pesquisa “Judiciário,

Justiça e Sociedade”. Em Mato Grosso, o TJ, o TRT, a Justiça Federal e outros órgãos do Judiciário ou a ele ligados criaram um grupo de estudos, destinado a aperfeiçoar o sistema judicial. {...} O TRF da 4ª Região tem longa tradição na área. Vários presidentes da Corte Regional, a partir de Gilson Dipp, hoje ministro do Superior Tribunal de Justiça, em 1995, preocuparam-se em dar-lhe mais efetividade. Somaram-se as ações nas gestões de Ellen Northfleet, Fábio Rosa e Teori Zavaski, todos empenhados, cada um no seu estilo

Ainda em 1994, foi editado o primeiro estudo sobre administração da justiça no Brasil, no âmbito da Justiça Federal, por meio da edição no número 41 da “Revista AJUFE”, da Associação dos Juizes Federais do Brasil. À época mencionava-se que o referido tema era tão importante quanto ainda descuidado e, naquela ocasião, foi tratado sob os seguintes aspectos: (i) controle externo do Poder Judiciário; (ii) controle de qualidade do Judiciário, o que veio a ser concretizado em 2004 com a criação do Conselho Nacional de Justiça; (iii) especialização de Juizes; (iv) planejamento no âmbito da administração judiciária como um processo contínuo e sistemático de olho num futuro de incertezas e riscos; (v) produção de dados estatísticos, o que hoje reverbera com a produção do “Justiça em Números” do CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

É certo que a lógica de gestão no âmbito do Judiciário veio a modificar profundamente as práticas profissionais dos juizes e funcionários da Justiça, já que, atualmente, exige-se destes atores tanto maior eficiência nas atividades que desempenham.

Nesse contexto, afirma Medeiros (2006, p. 68):

Os problemas relativos à administração judicial podem ser analisados sob dois enfoques: o primeiro, de natureza interna, aponta para questões tais como: morosidade, pouca racionalidade na organização do trabalho, prioridades discutíveis na alocação de recursos, resistência a inovações, excesso de recursos processuais das decisões dos juizes e poucos investimentos na formação e atualização de magistrados e servidores. O segundo, de natureza externa, está relacionado especialmente à falta de políticas públicas sérias de investimentos, ao volu-

me insuficiente de recursos orçamentários, ao quantitativo de juízes e servidores, às pressões governamentais, à chamada 'inflação legislativa', caracterizada por uma grande produção de leis, de modo desordenado e assistemático.

E sobre a postura do novo juiz, prossegue Medeiros (2006, p. 64):

[...] envolve até mesmo o processo de linguagem – a forma como se expressa e como sua mensagem chega ao jurisdicionado. A linguagem verbal judiciária continua marcada por seu hermetismo, do que não destoa de outras áreas do conhecimento, como a medicina, a economia e a filosofia. Apesar de dominarem o mesmo jargão, ainda assim, juízes, promotores e advogados se valem de expressões ambíguas e anacrônicas; acabam sempre criando barreira que frustram o processo de comunicação. Essas barreiras, no tocante ao acesso à Justiça, têm consequências nefastas, pois podem implicar o próprio distanciamento entre os interlocutores, na falta de compreensão das decisões judiciais pelo jurisdicionados. O crescimento da participação popular na administração da Justiça, por meio de implemento de júzos arbitrais e de conciliação, terá reflexos na própria concepção do julgador: segundo o jurista italiano Alessandro Giuliani, na verdade, a experiência – do processo civil ou do processo penal – mostra hoje um juiz que decide cada vez menos, medeia e contrata cada vez mais, assume um papel 'promocional' e chega a desempenhar uma função de orientação política e econômica.

No mesmo sentido aponta Junior (2008, p. 111):

[...] contemporaneamente, percebe-se que o sucesso da jurisdição não corresponde, apenas, ao avanço da técnica processual, mas, sobretudo, à operacionalização do poder jurisdicional, via mecanismos de gestão administrativa. [...] A jurisdição, exercitada pelo processo, hoje é desafiada a produzir resultados, atendendo às expectativas quanto à qualidade e à duração

razoável do processo. A tutela jurisdicional não é mais pensada como aquela que apenas produz decisões, que declara direitos ou que diz quem tem razão. A declaração de direitos hoje não basta. Ninguém almeja sentenças. Almeja-se, pela jurisdição, a consecução de resultados, a obtenção do bem da vida que corresponde ao direito material. Para atender a essa perspectiva presente, é necessário inovar o pensamento, incluindo um novo paradigma: a ciência processual, ao desvelar as normas processuais, orientando a conduta dos sujeitos do processo, deve considerar a realidade da gestão judiciária.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a administração da justiça é tema atrelado à redefinição da missão da justiça e à denominada aceleração do tempo judiciário. Engloba, como ressaltado, tantos aspectos, que vão desde os critérios de seleção de magistrados, adoção de técnicas de qualidade no setor público, até a adoção de parcerias com universidades para a solução extrajudicial de conflitos das mais diversas naturezas. Mas, todos eles, têm no Juiz seu centro catalisador. Como ressaltam Freitas, Mello e Sanchotene (2012, p. 3):

A rotina do juiz contemporâneo é diferente. Ele tem entre as suas atividades um rol cada vez maior de responsabilidade. Sua ação não se limita mais a presidir audiências e proferir sentenças. Nos tribunais é preciso assumir novas atividades administrativas, como a Escola da

Magistratura, Gabinete de Conciliação, sem falar das mais tradicionais, como a participação em bancas de concursos públicos, corregedoria ou presidência. Conciliador, administrador judicial, gestor de pessoas, do meio ambiente e de presídios, tudo, além de decidir ações judiciais cada vez mais intrincadas, com reflexos muitas vezes internacionais.

Nesta linha também aponta Medeiros (2006, p. 67):

Do juiz, mais do que de qualquer outro ator do cenário judicial, exigese essa mudança de postura e de mentalidade, visto re-

presentar, na atual estrutura, o vértice do sistema judicial. Suas funções, no entanto, acabam por se transformar, da tradicional resolução de conflitos individuais, sem verdadeiras atividades promocionais, em que alguns autores inclusive o vêem como sucessor ou administrador do Estado-Providência. Sem chegar a tais extremos, a preparação dos magistrados, nessa nova realidade, deve ser reformulada. A formação dos juízes brasileiros, em regra, é fruto do seu esforço pessoal. Em matéria de administração, todos se revelam autodidatas. Os juízes, em geral, não estudam matérias relativas a administração, do que decorrem grandes dificuldades quando chamados a exercer funções como a diretoria do foro, a coordenadoria de subseção ou, mais tarde, cargos administrativos na direção do tribunal.

Sobre a necessidade de especialização nas atividades afetas à administração da Justiça, Freitas (2012) adverte que administrador judicial é o:

[...] nome que se dá aos membros da cúpula dos tribunais nos países da *Common Law* e em alguns da Europa. Equivalem aos nossos diretores-gerais, secretários-gerais ou diretores administrativos dos tribunais ou dos foros. A diferença é que eles se dedicam exclusivamente a administrar o Judiciário, enquanto os nossos diretores, regras geral, permanecem no prazo do mandato de quem os indicou, ou seja, 2 anos. Por isso mesmo, nem sempre eles detêm experiência administrativa. Muitos foram sempre assessores, dedicando-se exclusivamente ao estudo de teses jurídicas. A falta de uma cultura específica desses gestores sobre administração da justiça colabora para gestões pouco expressivas.

Indubitavelmente novos problemas se abrem a partir da assunção de novos papéis pelos Juízes, como os que foram apontados em recente seminário⁵ realizado na França em que se discutiu a figura do

⁵ Judge ou gestionnaire? Questions sur une identité en tension. Disponível em: <http://www.ihej.org/juge-ou-gestionnaire-questions-sur-une-identite-en-tension/>. Acesso em: 15 fev. 2013.

“magistrado administrador”. Nele, que nos conduz à chamada crise da própria identidade do juiz, chama-se a atenção, paradoxalmente, para a sensação de que a Justiça não é uma administração como qualquer outra, mas passa a responder por uma lógica de gestão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se no Brasil contamos com quase 90 milhões de ações judiciais e, anualmente, por volta de 20 milhões de novos processos são criados⁶, de fato, não há como não pensar em novas formas de gestão para o Judiciário.

A reflexão sobre a eficiência, nesse sentido, não pode retroceder e passa pela grande área de investigação denominada de Administração da Justiça, ainda mais quando ela, a eficiência, é princípio consagrado no artigo 37, da Constituição da República.

Bem verdade, contudo, que o sucesso de qualquer iniciativa, ou sua assimilação, passa, inexoravelmente, pela criação de uma nova cultura jurídica que faça com que o sistema judiciário deixe de lado seu isolamento, dialogue e interaja com outras instituições e ramos do conhecimento. Isto porque, uma administração da justiça não efetiva é consequência da doutrina jurídica que a sustenta.

Mas, por isto mesmo, indaga-se: como contextualizar a multireferida eficiência na reflexão sobre o papel do juiz na sociedade contemporânea? Considerando a autossuficiência epistemológica do Direito, não seria ela mesma impeditiva da clara compreensão por parte do juiz do que seja um Estado constitucional, ideia essa tão importante para a garantia do direito a uma tutela célere?

Estas as questões que transbordam os objetivos do presente artigo, mas que revelam, a um só tempo, a conclusão de que novas técnicas de gestão, sozinhas, não são capazes de debelar a malfadada crise sentida no âmbito do Judiciário.

⁶ Dados extraídos do Relatório “Justiça em Números 2012”, o qual pode ser consultado no sítio www.cnj.jus.br.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: março de 2013.

_____. **Código de Processo Civil. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: mar. de 2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **A democratização do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. **Argumenta Revista Jurídica**, Jacarezinho: Fundinopi, n. 5, 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Adroaldo%20Furtado%20Fabr%C3%ADcio%20-formatado.pdf>>. Acesso em: nov. 2012.

FALCÃO, Joaquim. **O futuro é plural**: administração de justiça no Brasil. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13600/15418>>. Acesso em: 04 abr. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de; MELLO, Júlio César Ferreira de; SANCHONETE, Salise Monteiro. **Manual de bens apreendidos**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Atualidade e futuro da Administração do Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=282>. Acesso em: 19 mar. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. Países discutem Administração da Justiça em Haia. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-17/segunda-leitura-paises-discutem-administracao-justica-haia>. Acesso em: 19 mar. 2013.

FUX, Luiz. O que se espera do Direito no Terceiro Milênio, frente às crises das Leis, da Justiça e do Ensino Jurídico. **Revista BDJur**, Brasília-DF, 1998. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8659>. Acesso em: Ago. 2009.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. Processo e administração da Justiça: Novos caminhos da ciência processual. In: FREITAS, Vladimir Passos de; KÄSSMAYER, Karin (Coord.). **Revista IBRAJUS 1 - Poder Judiciário e Administração da Justiça**, Curitiba: Juruá, 2008.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas**. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf. Acesso em: jul. 2013.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de. **Inovações na Administração e funcionamento da Justiça Federal**: um novo juiz para um novo Poder. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/715>. Acesso em: 05 abr. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, Roberto Armando Ramos de (Orgs.). **Introdução crítica ao direito do trabalho**. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

“Eu não sou essa palavra”: o (des)respeito ao nome social das travestis do município de Vitória - ES

LUCIANO DE OLIVEIRA ADOLFO¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ²

INTRODUÇÃO

Antes mesmo do nascimento, o nome marca a identidade do ser humano em sociedade. “Ser um nome” faz parte de “ser alguém”. E o prenome, sobretudo, é necessário para as relações sociais, jurídicas e afetivas que o indivíduo trará em toda a vida.

A complexidade da psique humana admite a existência de pessoas que tem seu reconhecimento de gênero divergente do seu sexo biológico e jurídico. Para elas, deve o Direito ser uma ferramenta de inclusão e respeito.

A partir desse cenário, o presente artigo objetiva demonstrar o dano moral coletivo sofrido pelas travestis do município de Vitória, ao serem impedidas de utilizarem seus nomes sociais no ambiente escolar. Cingidas pela discriminação, têm seu direito civil negado pelo Projeto de Lei Municipal nº 120/2011.

Concebido como um projeto de pesquisa e adaptado à estrutura de artigo científico, este estudo intenta contribuir para o alerta à ne-

¹ Graduando da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); participante do Núcleo de Estudos em Gênero e Sexualidade da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF); mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Advogada.

cessidade de se discutir, conhecer e respeitar a diversidade sexual e de gênero, e coibir as práticas homofóbicas e de negativa de direitos a qualquer coletividade minoritária.

O NOME COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

Todo indivíduo, quando do seu nascimento, adquire o que a doutrina chama de personalidade jurídica. Através dela, torna-se apto genericamente a adquirir direitos e contrair obrigações. Alguns dos direitos adquiridos com a personalidade jurídica estão no rol não exaustivo que o legislador enumerou como “Direitos da Personalidade” (DINIZ, 2011, p. 131).

Tais prerrogativas de direitos, por serem consideradas inerentes à condição humana, deviam (e são) reconhecidas como inalienáveis. Sobre tal aspecto e conceituando o que seja direitos da personalidade, o eminente civilista Carlos Roberto Gonçalves postula que:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, **ao nome**, ao próprio corpo, a imagem e a honra (2012, p. 184, grifo nosso).

Estudados vastamente pelos acadêmicos, os direitos da personalidade estão abarcados, embora não exaustivamente, em um capítulo inexistente no Código Civil de 1916. Neste capítulo, o legislador pretende resguardar o nome, a imagem, o direito de dispor do próprio corpo para fins científicos, entre outros direitos. Tais direitos não eram abarcados pelo antigo diploma civil por que ainda não havia construída a dogmática dos direitos da personalidade, o que só foi possível em fins do século XX, com o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1º da Constituição Federal de 1988 (DINIZ, 2011, p. 315).

Tal premissa de salvaguarda de direitos está apoiada no que o constituinte, ao conceber a Constituição de 1988, expressou através do inciso X, do art. 5º da Carta Maior: “X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 2012).

Por ser a dignidade da pessoa humana referencial ético de todo o ordenamento jurídico, fica claro que proteger o indivíduo ultrapassa a concepção moderna de direitos subjetivos de caráter patrimonial preservados, a atual jurisprudência precisa atrelar “[...] a concepção de direito subjetivo à noção de liberdade, imprescindível para a proteção e desenvolvimento dos direitos da personalidade” (PERES, 2001, p. 139).

Um desses direitos é expresso pelo artigo 16 do Código Civil de 2002, que postula ter toda pessoa direito ao nome. Esse direito compreende tanto a identificação, quanto o uso e defesa de uma possível exposição indevida.

Haja vista a hipercomplexidade social e sexual enxergada hodiernamente, o nome, tão genericamente expresso pela legislação civil, recebe novas facetas de interpretação e utilização. Exemplo disso é o nome social de travestis, que, embora registradas civilmente com prenomes masculinos, são conhecidas e reconhecem-se pelos prenomes femininos.

CORPO TRAVESTI E O NOME SOCIAL: ABORDAGENS SOBRE GÊNERO, RECONHECIMENTO E DIREITO

Mesmo antes do nascimento, o nome é o que individualiza e identifica o ser humano em sociedade. No entanto, o que quase nunca é notado é a carga de valores e relações de gênero que são inseridas no imaginário familiar do indivíduo que ainda não nasceu e que orientará a criação do mesmo. Junto ao nome escolhido para o nascituro, há uma determinação intrínseca de gênero e sexualidade.

Com a definição do que seja masculino e feminino através do nome, já se percebe a natureza do “sexo jurídico”: espelho do bio-

lógico, objetiva ser coerente, mas estigmatiza quem não está nesses padrões, como as travestis e transexuais.

Imprescindível para a inteligibilidade integral do presente artigo é a noção de que quando se defende a oficialização do nome social de travestis não se está defendendo a criação de um “terceiro sexo”, está-se defendendo a necessidade da aceitação de um gênero identitário que constitui a subjetividade da pessoa travesti.

A diferenciação amplamente discutida demarca o sexo em termos biológicos, na permanência binária do feminino e do masculino com relação ao desejo sexual. Já o gênero é entendido muitas vezes como a interpretação cultural do sexo, a maneira como os indivíduos posicionam-se socialmente, como vivem seus corpos socialmente, ou seja, demarca a interpretação múltipla do sexo (PROCHNO & ROCHA, 2011, p. 257).

A jurisprudência brasileira tem sido bastante consistente nas recentes decisões em relação à mudança de prenomes e até de sexo em certidões de nascimento de transexuais. Todavia, a cidadã travesti nem sempre tem o desejo de ter modificado seu nome na certidão de nascimento, por que por vezes é no passado masculino que tem o reconhecimento familiar que gera parte da força para encarar o presente em constante fluxo e diálogo entre construções de gênero, fenômeno descrito por autores como o “fazer gênero”. Abaixo, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a temática:

SÃO PAULO – Retificação de registro civil (assento de nascimento) – Transexualismo (ou disforia de gênero) – Sentença que autorizou a modificação do prenome masculino para feminino – Controvérsia adstrita à alteração do sexo jurídico no assento de nascimento – Admissibilidade – Cirurgia autorizada diante da necessidade de adequação do sexo morfológico e psicológico – Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a negativa de alteração do sexo originalmente inscrito na certidão – Evidente, ainda, o constrangimento daquele que possui o prenome _____, mas

que consta no mesmo registro como sendo do sexo masculino – Ausência de prejuízos a terceiros – Sentença que determinou averbar nota a respeito do registro anterior – Decisão mantida – Recurso Improvido. (TJSP, AC 439.257-4-3-00, 8ª Câmara, Rel. Des. Salles Rossi, 19/04/2007).

No entanto, há que se notar um ponto nevrálgico: a justiça brasileira costuma pautar-se tão somente na cirurgia de transgenitalização como fator determinante para a pretensão de mudança de prenome. Novamente, ao objetivar categorias sexuais coerentes, discrimina outro grupo social, as travestis. Ademais, ignora o direito de tantas outras transexuais de terem seus prenomes modificados antes da cirurgia, que é custosa e quando feita pelo Sistema Único de Saúde, demorada.

Os não costumeiros estudos sobre travestis, normalmente ligados à psicologia e sociologia, mostraram que esses indivíduos não sentem a necessidade da mudança biológica de sexo, porque não sentem seu psicológico completamente feminino e aceitam sua genitália tal como é. Insta salientar que, ao contrário das transexuais, as travestis não se reconhecem no feminino das mulheres, mas com um feminino que tem características masculinas, porque está em um constante fluir entre dois polos (BENEDETTI, 2005).

As formas femininas que vão adquirindo durante a vida não anulam completamente o seu sexo psicossocial, masculino. Inequívoca é a necessidade de se permanecer sensível às fronteiras tênues entre o que um ser humano “é” e como “está”, e nesse sentido, a aparência não deve ser fator uno de classificação. O que difere uma transexual de uma travesti é o seu reconhecimento de sexo, seu modo de sentir-se e reconhecer-se.

O nome social feminino surge quando a travesti começa a sua transformação. Seu corpo, então completamente masculino, se molda às novas formas e sua subjetividade clama por uma identificação mais condizente com o papel social que desempenha. Portanto, o respeito ao nome que a travesti utiliza para identificá-la enquanto ser feminino em desenvolvimento deve estar para além da concep-

ção médico-jurídica, mas pautada na cidadania plena, no respeito à dignidade humana e às liberdades individuais.

O DESRESPEITO À CIDADANIA TRAVESTI: O PROJETO DE LEI Nº 120/2011 – VITÓRIA/ES

É fato sabido que viver travesti no Brasil não é fácil. Elas são massacradas pela discriminação, que vem de todos os lados: a família nem sempre aceita, os amigos mudam, as perspectivas de vida acabam por adaptar-se à realidade que não conseguem olvidar, e até percebe-se a resistência na apreciação da convivência mesmo em ambientes gays, uma verdadeira “fobia” por parte de alguns homossexuais em entender e aceitar a travestilidade.

Se no campo social o cenário é o supramencionado, não há que se duvidar de que no campo jurídico existam direitos negados – além dos já negados aos homossexuais – ao exercício por parte delas. Tal negativa de direitos é um espelho de uma sociedade machista, patriarcal e com um forte histórico de racismo, sexismo e homofobia.

Além do preconceito, suas vidas são marcadas pela violência. A violência moral e simbólica, já demonstrada pela discriminação pungente sofrida e a violência física. Elas estão na “ponta do iceberg”, marginalizadas pelo convívio social, são as que mais enfrentam ataques homofóbicos, porque representam maximamente o que o machismo não suporta ou respeita: a mudança – ou fluxo fluido – de papéis sociais e sexuais. “A desestabilização provocada por sua performance de gênero, constantemente associada a um conjunto de estereótipos negativos sobre a homossexualidade em geral, torna as travestis as vítimas preferenciais de violência homofóbica em diferentes contextos” (CARRARA & VIANNA, 2006, p. 234).

Para combater a problemática de invisibilidade social e exclusão acima apresentada, diversas ONG’s têm trabalhado no tocante de dar voz, vez e oportunidades às travestis. Tais organizações também conseguiram atingir importantes avanços no tocante aos direitos civis dessa coletividade, entre eles a utilização do nome social em

documentos escolares, como forma de diminuir a prática homofóbica e facilitar a permanência da travesti no ambiente de aprendizagem.

Nesse sentido, um grande avanço foi a assinatura da primeira portaria que permitia o registro de nome social em documentos escolares. Datada de 2008, e assinada pela então Secretária de Estado de Educação do Pará, a portaria de nº 016/2008 estabelecia “[...] que, a partir de 02 de janeiro de 2009, todas as Unidades Escolares da Rede Pública Estadual do Pará passarão a registrar, no ato da matrícula dos alunos, o prenome social de Travestis e Transexuais” (PARÁ, 2008).

Depois dessa portaria, diversos pareceres, projetos de lei e resoluções confirmaram-se favoráveis à utilização do nome social de travestis no ambiente escolar como forma de promover a diversidade, a dignidade da pessoa humana e a cidadania.

Vitória, capital do Estado do Espírito Santo, no ano de 2011 recebeu em sua câmara de vereadores um Projeto de Lei imagem de uma vanguarda do atraso, que pretendia legislar “sobre a obrigatoriedade dos estabelecimentos de ensino, públicos e privados, de usar o nome civil no registro dos documentos escolares” (VITÓRIA, 2011). Eis a proposta legislativa de nº 120/2011 na íntegra:

Art. 1º - Ficam os estabelecimentos de ensino de Vitória, públicos e particulares, obrigados a usar somente o nome civil nos registros dos documentos escolares.

Parágrafo Único - Entende-se por documentos escolares os diários de frequência, as declarações, o histórico escolar, os certificados e os diplomas.

Art. 2º - Esta Lei entre em vigor na data de sua publicação (VITÓRIA, 2011, grifo nosso).

A justificativa escrita pelo autor do projeto, o então vereador Esmael Barbosa de Almeida, pauta-se basicamente na idade em que crianças poderiam ter acesso ao nome social. A experiência de respeito à diversidade de gênero em outros países nada diz ao vereador, e ele ainda indaga: “e se a utilização do nome social for uma pressão de um meio e não uma decisão pessoal? [...] E se os pais do aluno

entregarem requerimento pela utilização do nome social sem o seu consentimento?” (VITÓRIA, 2011).

Pelo questionamento trazido, faz-se necessário lembrar que a construção de gênero é condição existencial humana, não de exclusiva construção do meio, e mesmo que se aceite a influência dele, é risível pensar em uma formação familiar – responsável pela assinatura da matrícula e permanência da criança no ambiente escolar – que pressionaria seu filho a expressão de gênero travesti, quando esta não for sua condição de existência e vida.

Além dos argumentos aludidos, o vereador faz considerações sobre o que considera democrático para o debate de diversidade sexual no ambiente escolar. Mais uma citação se faz necessária:

Meu entendimento é que a diversidade sexual, dentro do espaço escolar, deve ser abordada de forma mais **democrática**, envolvendo, por exemplo, os pais, alunos e entidades civis organizadas, aqui **incluídas as lideranças religiosas**. Recentemente, o próprio MEC suspendeu a elaboração do Projeto Escola sem Homofobia, em razão da preocupação com os impactos de sua implementação (VITÓRIA, 2011, grifos nossos).

O político considera democrático que se convide lideranças religiosas – de religiões cujos dogmas doutrinários não aceitam diferentes expressões sexuais – para o debate sobre diversidade sexual. Portanto, não percebe que a discussão sobre diversidade sexual deve se pautar no comprometimento ao respeito dela, não em um debate para escolha entre uma aceitação ou negação de tal respeito.

No dia 05 de setembro de 2012, o então Prefeito Municipal vetou o projeto de lei em sua totalidade, em conformidade com o ofício da Secretaria Municipal de Educação e a assessoria jurídica da Procuradoria Geral do Município. Importante salientar parte do Opínamento Jurídico Nº 428/2012, de autoria da Procuradoria Geral do Município, em que argumenta sobre a necessidade do veto total ao Projeto de Lei:

Ressaltamos que o autógrafo de lei em tela, ao modificar a possibilidade de se incluir o nome social nas listas escolares e obrigar que estes se utilizem apenas do nome civil é frontalmente contrário aos preceitos constitucionais de respeito à dignidade da pessoa humana, bem como contrária aos objetivos fundamentais do Município de Vitória previstos no Art. 3º da Lei Orgânica do Município de Vitória (PMGV, 2012).

Continuando a análise cronológica dos fatos, no dia 18 de setembro de 2012, o vereador Fabrício Gandini, relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara Municipal de Vereadores de Vitória, assinou pela rejeição do veto total. Em seu parecer, aduz que a assessoria técnica da Câmara Municipal de Vitória não encontrou vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade no projeto de lei ou qualquer irregularidade para o interesse público.

O art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu inciso III positiva a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Se a assessoria técnica da Câmara Municipal de Vereadores de Vitória não nota a inconstitucionalidade do referido Projeto de Lei, não percebe ser a obrigatoriedade do uso de nome civil por travestis uma ofensa à sua dignidade.

Ademais, no preâmbulo da Carta Maior, ao instituir um Estado Democrático, o poder constituinte busca assegurar o exercício pleno dos direitos individuais e a promoção de uma sociedade sem preconceitos. Claramente, não é o que se percebe nas linhas do Projeto de Lei em comento.

Quanto à contrariedade ao interesse público, mais uma ressalva precisa ser observada. É de interesse público que determinado grupo minoritário tenha seus direitos resguardados e promovidos, pois é um dever do Estado agir para promovê-los. Não obstante, ainda que não seja de interesse da maioria, há um direito personalíssimo em jogo, logo, deve caber às travestis a escolha de utilizarem ou não seus nomes sociais. Negar-lhes o registro do nome social, principalmente no ambiente escolar, é negar-lhes a chance de serem estudantes normais.

Ainda sobre o ambiente escolar, é de se esperar que as instituições tenham tanta dificuldade em manter e entender as travestis

em sua maneira de ver o mundo. Já que é também na escola que se propaga a violência simbólica que idealiza as formas de relações sociais, de gênero e sexuais heteronormativas, que se ensina como o indivíduo deve se portar frente à determinada situação, e até consigo mesmo. (FERREIRA et al, 2009, s.p)

Vale observar a relevância que essa negativa de direito tem sobre o bullying homofóbico nas instituições, fato que afasta ainda mais as travestis da escola e as deixam fadadas a escolha quase instintiva: salões de beleza ou prostituição. A instituição escolar, que deveria ser acolhedora e inclusiva, acaba por rechaçá-las. E somente para isso a proposta legislativa em comento contribui.

Por fim, no dia 05 de março de 2013, os vereadores votaram pela derrubada total do veto executivo ao Projeto de Lei 120/2011. Consoante veiculação midiática feita pela versão online do Jornal “A Gazeta” no dia 07 de março de 2013, o regimento interno da câmara delibera voto secreto na ocasião e teve como grande defensor da medida o vereador Davi Esmael, filho do autor da proposta, baseado nos mesmos inconsistentes e antidemocráticos argumentos.

Felizmente, antes da publicação deste artigo, um novo projeto de lei foi votado e aprovado. Nele, o direito personalíssimo em estudo foi garantido e atualmente as travestis e transexuais podem utilizar seus nomes sociais em instituições de ensino na cidade de Vitória, ES.

O DANO MORAL À COLETIVIDADE TRAVESTI DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA - ES

Presente no Capítulo II, da Parte Geral do Código Civil de 2002, o direito ao nome é um direito da personalidade. Portanto, inalienável, extrapatrimonial e necessário ao exercício pleno da cidadania e a promoção da dignidade humana. O nome nos é garantido logo quando nascemos, sendo, inclusive, um dos artigos da Convenção sobre os Direitos da Criança, datada do ano de 1989, e ratificada no Brasil em 1990.

Durante o enfrentamento do caso concreto em estudo, fica perceptível que o Projeto de Lei, quando aprovado, simplesmente negligenciou um direito personalíssimo das travestis: o direito ao nome.

Em Responsabilidade Civil, um dos possíveis danos passíveis de reparação são os chamados danos morais, que se diferem dos materiais na medida em que estão para além do patrimônio do lesado. Conceitua Gonçalves que o

[...] dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se inferne dos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (2012, p. 379).

Há que se perceber que além do direito ao nome, completamente ignorado, estão a honra e a dignidade em vias de sofrerem abusos. Quando impedidas de utilizarem o nome social em documentação apresentada junto à instituição escolar, as travestis são obrigatoriamente chamadas pelo nome civil, que as expõem ainda mais ao preconceito e à discriminação.

Nesse íterim, quando chamadas pelo nome masculino, constante em suas certidões de nascimento, além de ferido o seu reconhecimento de gênero, está a demonstração da extra oficialidade e marginalidade com que são tratadas, transformando sua travestilidade em uma afronta às regras escolares.

O dano sofrido não é tão somente individual, mas de toda uma coletividade. E por isso pode ser tutelado em vias coletivas. O diploma legal que melhor possibilita e embasa o ensejo de ações coletivas é o Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 81 aduz que

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas pode ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – [...]

III – Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

O interesse na ação de dano moral no caso em tela é de todas as travestis do município de Vitória que no momento estudam e estão impedidas de utilizarem seus nomes sociais. Para cada travesti e cada caso, dependendo da profundidade e da discriminação sofrida, deverá haver uma ação individual – já que a noção de dano moral em um direito intrínseco ao âmage merece a individualização – que, no entanto, não impossibilita a existência de um dano moral coletivo.

A individualização ora pretendida é pautada na noção de que existe o direito ao nome e à utilização do nome social e o seu impedimento legal gera um dano que fere um direito individual, embora homogêneo, ou seja, comum a todas as travestis. Na mesma seara, Watanabe lembra que “[...] os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais, que podem ser tratados no processo coletivamente, é certo que o dano – moral e mesmo o material – terá que ser apurado individualmente, enquadrando-se na reparação dos danos pessoais, incluindo os morais” (2011, p. 68).

Os danos morais coletivos ora observados se fundam tanto na lesão injusta ao interesse de uma coletividade (as travestis), quanto ao direito difuso a uma sociedade sem preconceitos e sem discriminação por sexualidade ou gênero.

Uma república de fato sem preconceitos, como preceitua o preâmbulo da Constituição Federal, deve promover a cultura de paz, de diversidade e de respeito. E nessas condições, a derrubada de veto executivo de um Projeto de Lei que representa um retrocesso na legislação sobre sexualidade e gênero precisa ser rigorosamente encarada e desfeita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do exposto pelo estudo, vale retomar importantes pontos abordados, que merecem profunda reflexão e

interesse. Precipuaente, a temática dos direitos da personalidade, que são intrínsecos a nossa existência e devem ser prezados para a convivência saudável em sociedade.

Não obstante, uma introdução à temática travestilidade e transexualidade, famigerada e ao mesmo tempo desconhecida pelo senso comum e até pelo público jurídico. Que a partir desse primeiro contato, surja a motivação e o interesse na compreensão destes grupos, iluminando o imaginário popular repleto de dogmas machistas e preconceituosos.

A frase “Eu não sou essa palavra”, título deste artigo, muito traduz: a desconformidade do gênero e do papel social da travesti em relação ao seu nome civil, que se transforma em uma palavra e não sua identidade.

Por fim, não se pode reduzir um ser humano a uma palavra. Somos mais que o nosso nome: somos nosso corpo, nosso gênero, nossa honra, nossa imagem, e quando se permite uma ofensa a quaisquer dessas esferas está se permitindo a perpetuação de uma ofensa à vida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 661-693.

BENEDETTI, Marcos Renato. **Toda feita**: O Corpo e o gênero das travestis. Rio de Janeiro: Guaramond, 2005.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

“Eu não sou essa palavra”: o (des)respeito ao nome social das travestis do município de Vitória – ES

_____. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Câmara dos vereadores de Vitória. **Projeto de Lei nº 120/2011**. Acrescenta artigo à Consolidação das Leis do Trabalho, para dispor sobre a garantia no emprego durante e após as férias. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491075>. Acesso em: 02/06/2013.

CARRARA, Sérgio; VIANNA, Adriana. “Tá lá o corpo estendido no chão...”: a violência letal contra travestis no município do Rio de Janeiro. **Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 233-244, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTADO DO PARÁ. **Portaria nº. 016/2008 da Secretaria de Estado da Educação**. Belém: Secretaria de Estado da Educação, 2008. Disponível em: <http://www6.seduc.pa.gov.br/prematricula/016-2008.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2013.

FERREIRA, Luciana do Carmo, et. al. **A educação escolar: Uma possibilidade real de combate ao preconceito de identidade de gênero**. Anais do XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social: Salvador: 2009.

TRAVESTIS estão proibidos de utilizarem nome social em escolas municipais de Vitória. **Gazeta online**, 07 mar. 2013. Disponível em: http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2013/03/noticias/politica/1414699-camara-vitoria.html. Acesso em: 01 jun. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 2012. v. 4.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; WATANABE, Kazuo.; NERY JÚNIOR, Nelson. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.v. II.

MONTREOZOL, Jeferson Renato. “Educação aquendada”: a violência social escolar contra travestis e transexuais e suas implicações na subjetividade. In: XV Encontro Nacional da Associação Brasileira de Psicologia Social. 2009, Salvador. **Anais...** Salvador, 2009.

Organização das Nações Unidas (ONU). Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef). **Convention on the rights of the child**. 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org.au/Discover/What-we-do/Convention-on-the-Rights-of-the-Child/childfriendlycrc.aspx>. Acesso em: 01 jun. 2013.

PERES, Ana Paula; Ariston barion. **Transexualismo**: o direito a uma nova identidade sexual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PROCHNO, Caio César Souza Camargo; ROCHA, Rita Martins Godoy. O jogo do nome nas subjetividades travestis. **Psicologia & Sociedade**, Uberlândia, v. 23, p. 254-261, 2011.

A construção do sentimento constitucional brasileiro e a legitimação das decisões judiciais

IVY DE SOUZA ABREU¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão da legitimidade é discutida, hodiernamente, no âmbito dos três poderes, na atuação do Executivo, do Legislativo do Judiciário, principalmente no que se refere à efetivação do princípio democrático pela sociedade. Neste contexto, surge a necessidade de legitimação das decisões judiciais, uma vez que os julgadores não são eleitos pelo povo, e, portanto, não representam diretamente, sob a ótica do sufrágio universal, os interesses da sociedade.

Destarte, uma das problemáticas enfrentadas, hodiernamente, pela sociedade brasileira é a ausência de legitimidade democrática das decisões proferidas pelo Judiciário, o que contribui negativamente para a construção do sentimento constitucional em relação à Constituição Federal de 1988, na verdade, gerando o que se denomina de “morte espiritual da Constituição”.

Os cidadãos não vislumbram seus anseios refletidos nas decisões judiciais, não se reconhecem na atuação estatal e, portanto,

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito a Saúde e Bioética da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); bolsista da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Espírito Santo (Fapes); MBA em Gestão Ambiental; especialista em Direito Público; licenciada em Ciências Biológicas; advogada; bióloga; professora universitária.

não verificam a efetivação do texto constitucional, que acaba por se tornar apenas uma folha de papel instituidora da ordem fundamental brasileira e perde sua força normatiza, já que fica desacreditado, gerando grande desestima.

À luz da teoria de Peter Häberle, um dos fatores que contribui para a realização da democracia no Poder Judiciário e, conseqüentemente, para legitimar suas decisões é a participação ativa e efetiva dos cidadãos comuns no processo de interpretação da Lei Fundamental. O que se pretende discutir é a sociedade aberta de intérpretes da Constituição como forma de aproximar o povo do processo decisório e interpretativo, possibilitando aos cidadãos construir o tão almejado sentimento constitucional.

Assim, como a (i)legitimidade democrática das decisões judiciais interfere no sentimento constitucional brasileiro? E como o pensamento de Peter Häberle com a construção da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição pode ser aplicado neste contexto? Eis a problemática que será trabalhada.

A hipótese do trabalho se pauta na ausência de legitimidade democrática das decisões judiciais como um fator negativo à construção do sentimento constitucional brasileiro. Neste sentido, destaca-se a teoria de Häberle como possível maximizadora da democratização da legitimidade no Poder Judiciário, com a participação efetiva da sociedade no processo decisório.

A (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A atuação dos poderes constituídos está (ou deveria ser) pautada no binômio legalidade-legitimidade. Essas expressões por muito tempo (e ainda hoje) foram utilizadas como sinônimos, entretanto, hodiernamente, a discussão se estabelece na distinção entre elas e, principalmente, nas formas de se alcançar a legitimidade democrática na atuação dos três Poderes do Estado Democrático de Direito brasileiro, em especial nas decisões judiciais.

Os conceitos de legalidade e legitimidade são tratados por Bobbio (2000, p. 674): legalidade é a conformidade com a lei (estabelecida ou, pelo menos, aceita), é um atributo e um requisito do poder. Já legitimidade é o consenso suficiente à garantia da obediência da lei sem o uso da força, “consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força” (BOBBIO, 2000, p. 675), é um atributo do Estado.

Goyard-Fabre (2002, p. 281 e p. 299) trabalha com as máximas “a base mais usual da legitimidade é a crença na legalidade” e “a crença na legalidade se deduz da crença na legitimidade”, que prevaleceram na modernidade. A legitimidade da decisão advinha do fundamento legal. Se determinada decisão era pautada em lei, presumir-se-ia que era legítima. A legalidade era, portanto, *conditio sine qua non* da legitimidade.

Da mesma forma, a crença na legitimidade dos poderes constituídos fundamenta a legalidade. A norma é válida – portanto deve ser aceita e cumprida por todos – porque adveio de um Poder legítimo. Destarte, se forma um círculo vicioso em que legalidade e legitimidade se retroalimentavam.

No contexto atual, a legalidade se vincula à existência de normas jurídicas, é um conceito pautado apenas no aspecto formal da lei ou da decisão judicial, sem juízo de valor acerca da mesma. Cumpridos os requisitos estabelecidos pela lei, a decisão judicial é dotada de legalidade.

E a legitimidade se vincula ao aspecto material da norma jurídica e da decisão. Quando se analisa a legitimidade, o interesse da sociedade expresso no conteúdo da lei e da decisão é primordial. Os valores, as ideologias e as necessidades da coletividade e o contexto social, histórico e cultural são indispensáveis para o alcance da legitimidade.

Neste sentido, Dantas (1989, p. 115) expressa bem:

Se o conceito de legalidade é um conceito jurídico-formal, ou seja, considera-se o que determinado está na lei, a legitimidade,

pelo contrário, é um conceito sociológico-político, interessando-lhe valores e ideais dos grupos, ou seja, legítimo é aquele poder que, mesmo à margem da lei, se exerce atentando aos interesses da sociedade para qual se destina.

A legitimidade é o reflexo dos anseios dos cidadãos nas normas jurídicas e nas decisões proferidas pelos magistrados. Quando o povo se percebe refletido na

decisão judicial, uma vez que seus interesses foram respeitados e seus direitos fundamentais garantidos, se pode afirmar que tal decisão é legítima. O que não acontece na realidade hodierna brasileira.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, estabelece em seu art. 1º, *caput*, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e para garantir a efetiva construção da democracia brasileira é necessária a atuação conjunta dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário neste sentido.

O princípio democrático não se restringe apenas ao processo eleitoral, ao ato de votar e ser votado ou a eleição de determinado candidato por maioria de votos. Cabe, outrossim, ao Judiciário efetivar o princípio democrático em sua atuação com a defesa dos direitos fundamentais, a proteção das minorias e dos indivíduos em qualquer situação de vulnerabilidade, a tutela da pluralidade e da heterogeneidade e o respeito aos direitos humanos.

Para que uma decisão tenha caráter democrático se faz necessário que seja aceita direta ou indiretamente pela maioria e também que tenha conformidade com as razões do princípio democrático (BRITO, 1995, p. 42). Com isso, não se afirma que o Judiciário não possa tomar medidas impopulares e contramidiáticas, pelo contrário, as pressões da mídia e de outros interesses escusos não devem interferir na tomada de decisão pelo julgador, o que deve prevalecer é o interesse da sociedade, asseguradas as garantias constitucionais.

Tal tarefa é complexa e árdua, como esclarece Sarmiento (2010, p. 220-221):

Quando um problema jurídico qualquer nos é apresentado, o nosso inescapável ponto de partida para equacioná-lo não é o texto da norma jurídica, como costumava proclamar a doutrina mais tradicional, mas a visão que já temos da questão, que é inevitavelmente impregnada pelos valores da cultura em que nos inserimos. [...] Não somos máquinas de interpretar, nem seres dotados de razão abstrata que consiga se desvencilhar completamente do seu meio e das suas circunstâncias. [...] **Neste cenário de fragmentação axiológica, torna-se muitas vezes difícil fundar a legitimidade das decisões estatais – sobretudo as judiciais – em um *ethos* comum, na medida em que as pessoas não compartilham necessariamente as mesmas crenças e visões de mundo.** (grifo nosso)

É imprescindível compatibilizar as diferentes dimensões da legitimidade. A legitimidade pela escolha (os tomadores da decisão de alguma forma – direta ou indireta – são escolhidos pelo povo) com a legitimidade pelo conteúdo da decisão (vinculação ao interesse social, a defesa dos direitos fundamentais a proteção dos grupos vulneráveis e das minorias). Acrescente-se, outrossim, a legitimidade material, consubstanciada na efetiva participação da sociedade na interpretação da Constituição, que será objeto de discussão no item 3.

O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E O RESSENTIMENTO CONSTITUCIONAL

Um dos grandes estudiosos acerca do sentimento constitucional foi o espanhol Pablo Lucas Verdú. Em sua teoria, Verdú trabalha com a ideia de *ter*, *estar* e *sentir-se* em Constituição. Ter uma Constituição não significa estar nela e tampouco sentir-se vinculado a ela.

Como assevera Moreira (2010, p. 27, grifo do autor) “O *ter* (anseios populares veemente demonstrados) e o *estar em* (ordenação racional da convivência política) *Constituição* foram sentimentos patentes de países que lutaram por independência”. O vínculo entre Estado e cidadãos é mais forte em nações que lutaram por seus direitos.

O sentimento jurídico é a sensação de confiança da sociedade no ordenamento jurídico vigente como justo e equitativo, garantidor efetivo da igualdade material entre os cidadãos. Quando esse sentimento se estabelece em relação à Lei Maior, que traduz a ordem fundamental de determinada sociedade, há, portanto, o sentimento constitucional.

A sensação de afeição em relação ao ordenamento vigente e de respeito às normas jurídicas configura uma noção de sentimento jurídico. Esclarece Verdú (2004, p. 69-70) que:

Em todo ordenamento jurídico maduro e com certa capacidade de lograr adesão social, opera um sentimento do Direito [...]. O sentimento jurídico é a convicção emocional, intimamente vivida por um grupo social, sobre sua crença na justiça e na equidade do ordenamento positivo vigente, que motiva a adesão em relação a este e o rechaço ante sua transgressão. Aqui, o sentimento jurídico é uma *afecção positiva* (adesão ao ordenamento). (grifo do autor)

[...] Em resumo, o sentimento jurídico aparece como expressão emotiva do justo e equitativo na convivência. Sua justificação depende de critérios de solidariedade e bem-estar.

O sentimento jurídico proporciona o respeito às normas vigentes, uma vez que gera a sensação de pertencimento ao grupo social que estabeleceu tais normas, tidas como justas e adequadas à realidade histórica vivenciada pelo grupo. A adesão ao ordenamento jurídico denota coesão social, os cidadãos se veem refletidos nas leis criadas e, conseqüentemente, confiam e acreditam que sua aplicação trará justiça e paz social.

Como preleciona Moreira (2010, p. 18): “Na verdade, quando se fala em *sentimento constitucional*, fala-se diretamente do sentimento de pertencimento do povo, não de uma minoria (privilegiada) do povo, mas de todo o povo à Constituição” (grifo do autor). O sentir jurídico-constitucional une os cidadãos em torno de sua Constituição e de seu ordenamento jurídico, tendo em vista que ambos são garantidores dos direitos daqueles.

O sentimento constitucional não é uma criação legislativa, não é uma imposição legal à sociedade. É uma sensação espontânea que surge no seio social de acordo com a confiabilidade dos cidadãos na Constituição e em seu efetivo cumprimento. “O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da nação, gerando formas difusas de obediência constitucional” (HORTA, 2002, p. 99-100).

Entretanto, nem sempre é esta realidade que se apresenta. O sentimento jurídico, dependendo do contexto social vivenciado, pode ter um aspecto negativo, quando a sociedade não verifica o ordenamento jurídico como justo e equânime, pelo contrário, a sensação é de que as leis são instrumento de injustiça e desigualdade social, por isso há rejeição das normas e não sua aceitação. Assim, o que prevalece é o sentimento de indignação, revolta e decepção ante as mazelas produzidas pela aplicação do ordenamento em vigor.

Acerca deste ressentimento jurídico, continua Verdú (2004, p. 69),

[...] o sentimento jurídico pode ter conotações *negativas* (repulsa do ordenamento), de modo que essa convicção emocional, intimamente vivida, versa sobre a crença na injustiça e na falta de equidade do ordenamento que regula a convivência, devendo, por isso, ser rechaçado.

[...] pode surgir o ressentimento jurídico, ou seja, a vivência de uma profunda frustração e/ou indignação a respeito da persistência do ordenamento jurídico em vigor. Neste sentido, o ressentimento jurídico consiste na convicção intimamente vivida, (res) sentida (ou seja, reiterada pela decepção e/ou indignação), porque se viram frustradas ou diminuídas as concepções particulares sobre a justiça e equidade mantidas pelo grupo, na medida em que o ordenamento vigente não as acolhe da mesma forma que as concebe.

Toda essa discussão acerca do sentimento e ressentimento jurídico também se aplica, especificamente, à Constituição Federal. Quando se debate o sentimento constitucional, obviamente por se

tratar da norma jurídica fundadora de um Estado, a “norma das normas”, ainda maior relevância é expressa no tema. Pelo mesmo motivo, “[...] o ressentimento constitucional é mais grave do que o ressentimento jurídico” (VERDÚ, 2004, p. 70).

Como conceito de sentimento constitucional, oportuno destacar:

O sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.

A posição contrária à anterior caracteriza o ressentimento constitucional. (VERDÚ, 2004, p. 75)

Destarte, o sentimento constitucional consagra a afeição dos cidadãos pelos valores e princípios eleitos como indispensáveis pela sociedade para a realização da justiça e, por isso, expressos na Constituição Federal. Como exemplos destes valores e princípios mais caros para a sociedade brasileira na Lei Maior de 1988, se destacam a dignidade da pessoa humana e a cidadania (que são fundamentos da República - art. 1º, inciso III e II, respectivamente), construção de uma sociedade justa, livre e solidária, erradicação da pobreza e promoção do bem de todos (que são objetivos da República - art. 3º, incisos I, III e IV, nesta ordem) e o direito a vida, a liberdade e a igualdade (que são direitos individuais - art. 5º, *caput*).

O ressentimento constitucional se traduz pela desestima dos cidadãos pelo texto da Constituição. Esses valores e princípios, tão caros e relevantes, perdem a credibilidade, uma vez que não são cumpridos e efetivados. A sociedade se torna desacreditada na Lei Fundamental e, nas palavras de Lassale (1933), a Constituição se torna apenas uma folha de papel, perdendo, parafraseando Hesse (1991) sua força normativa.

A MORTE ESPIRITUAL DA CONSTITUIÇÃO E A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES

A ausência de sentimento constitucional com o reiterado desrespeito à Constituição, que é utilizada como instrumento de dominação pelos Poderes constituídos e não como lei fundamental garantidora da ordem social e dos direitos fundamentais, é denominada por Comparato (1998) de “morte espiritual”.

Acerca da “morte espiritual” da Constituição da República Federativa do Brasil, se destacam as observações de Comparato (1998):

Não sejamos ridículos. A Constituição de 1988 não está mais em vigor. [...] A Constituição é hoje o que a Presidência quer que ela seja, sabendo-se que todas as vontades do Planalto são confirmadas pelo Judiciário. [...] Ela [a Constituição] continua a existir materialmente, seus exemplares podem ser adquiridos nas livrarias [...] e suas disposições são invocadas pelos profissionais do Direito [...]. Mas é um corpo sem alma.

A Constituição está em vigor, mas seu texto não exerce a função papel social querida pelo povo ao legitimar o Poder Constituinte. O ressentimento constitucional superou o sentimento constitucional no contexto brasileiro atual. Ironicamente, a Lei Maior, que deveria garantir direitos fundamentais e evitar o arbítrio estatal, se tornou mera ferramenta para concretização de interesses de governo.

Um dos fatores que contribuiu, e ainda contribui, para a “morte espiritual” da Constituição brasileira de 1988 e o conseqüentemente aumento do ressentimento constitucional é a ausência de legitimidade democrática das decisões judiciais, em especial pela falta de participação dos cidadãos no processo interpretativo da Lei Maior.

Häberle (1997) trabalha com a ideia da sociedade livre e aberta de intérpretes da Constituição, todos os cidadãos seriam intérpretes em potencial da Lei Máxima e estariam aptos a oferecer opções para a hermenêutica constitucional. Como destinatários da norma, os cidadãos seriam participantes ativos e legítimos do processo de interpretação.

Acerca da legitimidade material, Häberle (1997, p. 31-32) esclarece:

Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.

A participação efetiva da sociedade no processo de interpretação da Constituição não configura ameaça ao poder Judiciário ou a independência funcional dos magistrados, como muitos juízes encaram. Pelo contrário, o efetivo envolvimento dos diferentes setores sociais na hermenêutica constitucional confere legitimidade democrática ao processo.

A ampliação do rol de intérpretes da Lei Maior é um modo de garantir maior legitimidade democrática às decisões judiciais, o que configuraria maior respeito e concordância da sociedade com as mesmas, uma vez que, os cidadãos se veriam refletidos nessas decisões, reconstruindo o sentimento constitucional brasileiro.

Destarte,

[...] assegurando-se o acesso do cidadão, por exemplo, em casos que envolvam direitos fundamentais, assegura-se maior democraticidade do instituto do controle da constitucionalidade e, por consequência, adquire o Tribunal uma maior legitimidade sob essa perspectiva, especialmente aos olhos do cidadão comum (TAVARES, 1998, p.87).

Habermas (2011) corrobora que o patriotismo constitucional, aqui denominado sentimento constitucional, é fonte de legitimidade de toda a estruturação do Poder Constituinte. E Bonfim (2010, p. 14) esclarece que “[...] é necessário estabelecer como prioridade a efetivação dos direitos humanos e da soberania popular como suportes legítimos do Estado democrático de Direito”. Complementa, ainda, Bonfim (2010, p. 12):

A efetividade dos direitos humanos na construção dos provimentos estatais fica condicionada à abertura a participação dos cidadãos na (re)construção e (re)interpretação da Constituição. [...] A legitimidade do Estado democrático de Direito depende da abertura à discussão dos conflitos de interesse dentro dos meios inerentes para a resolução daqueles.

Para realizar o sentimento constitucional em uma sociedade tão plural, complexa e heterogênea como a brasileira é imprescindível proporcionar aos cidadãos modos diversos de participação efetiva nas tomadas de decisões estatais, em especial das judiciais.

Para estimar a Constituição os sujeitos constitucionais devem se sentir respeitados e ouvidos, efetivamente livres e iguais perante os Poderes constituídos, sendo reconhecidos e, assim, desenvolvendo o sentimento de pertença e de reconhecimento.

Para Habermas (2011, p. 283-284):

A identidade da nação de cidadãos não reside em características étnico- culturais comuns, porém na prática de pessoas que exercitam ativamente seus direitos democráticos de participação e de comunicação.

[...] Numa sociedade pluralista, a constituição expressa um consenso formal. Os cidadãos querem regular sua convivência de acordo com princípios que podem encontrar o assentimento fundamentado de todos, por serem do interesse simétrico de todos. Tal associação é estruturada através de condições de reconhecimento recíproco, sob as quais cada um espera ser respeitado por todos como livre e igual.

Na atual conjuntura do país, “[...] o Estado não cumpre seu papel de consolidação dos ditames constitucionais no seio da nação brasileira” (AMARAL, 2004, p. 171). E como, para Amaral (2004, p. 157), “[...] o sentimento constitucional, que envolve a valorização sentimental da Constituição, é incompatível com a indiferença popular em relação à Constituição”, inevitavelmente, as conclusões que se extraem são negativas e denotam grande responsabilidade do Estado, que é o principal causador da “morte espiritual da Constituição”.

O zelo pela Constituição é de responsabilidade do Estado. Cabe aos três Poderes em suas funções realizar a conscientização do cidadão comum acerca de seus direitos e deveres, apresentar as normas constitucionais ao povo, ensiná-lo a usufruir de suas garantias e mostrar efetividade e eficiência em suas ações para concretizar a Lei Fundamental. Assim, a sociedade poderia verificar a concretização da Constituição no mundo naturalístico, melhorando a estima pela Lei.

Ao Estado cabe proporcionar a disseminação da cultura constitucional. E como primeiro passo, deve dar o exemplo, cumprindo efetivamente os ditames da Constituição, garantindo os direitos fundamentais, protegendo as minorias e os vulneráveis e legitimando, democraticamente, suas decisões. A (re)construção do sentimento constitucional deve partir do próprio Estado, começando pelos entes públicos.

Conclui Tavares (2005, p. 513) que “[...] só se poderá assegurar uma efetiva proteção das minorias, ou uma proteção mais intensa, bem como a promoção de uma pluralidade, quando se promove a legitimidade pelo acesso participativo amplo”. A participação efetiva dos cidadãos nos processos decisórios é primordial à construção de um sentimento constitucional.

Neste contexto, a responsabilidade do Poder Judiciário se maximiza: suas decisões têm o condão de resguardar direitos ao cidadão plural e garantir que a isonomia material seja se estabeleça. Esse cidadão se sente parte integrante e indispensável da sociedade, se vê reconhecido na decisão e passa a acreditar numa possível mudança com o abandono do ressentimento constitucional para o acolhimento do sentimento constitucional. A Constituição teria a possibilidade de se tornar um corpo constitucional com alma, e quiçá haveria uma “ressurreição espiritual” da Constituição, uma “reencarnação”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legitimidade democrática das decisões judicial no Brasil hodierno está longe de ser, no mínimo, tolerável. As decisões, em via de regra, não se coadunam com o ideal democrático. Sobra o excesso de

zelo com o formalismo e faltam a participação efetiva dos cidadãos e o comprometimento com os interesses sociais.

O Poder Judiciário deveria levar em consideração todo o contexto social plural e complexo da realidade do Brasil para decidir. Com a maximização da participação real e efetiva da sociedade no processo interpretativo da Constituição, o Judiciário teria maior reconhecimento de suas decisões pelos cidadãos, que não estariam alheios ao processo, mas seriam parte integrante e indispensável da decisão e de sua legitimação.

O que se verifica na atualidade brasileira é a “morte espiritual” da Constituição. A sensação de segurança e amparo pelo ordenamento jurídico, coesão e integração social, respeito e confiança na Lei Fundamental, como garantidora dos direitos fundamentais, protetora das minorias e grupos vulneráveis, enfim, como fundamento do bem da sociedade é inexistente.

A sensação que aumenta é versão negativa do sentimento constitucional, o ressentimento constitucional. A indignação com as decisões dos poderes constituídos, em especial do Judiciário, a decepção com a realidade de uma efetividade mínima da Lei Maior, a falta de apreço e confiança na Constituição, a carência de comprometimento do Estado com a concretização dos valores e princípios constitucionais, esses (e outros) fatores originaram a descrença que os cidadãos brasileiros desenvolveram em relação à Lei Fundamental de 1988.

Neste ínterim de desestima constitucional, a sociedade livre e aberta de intérpretes da Constituição de Peter Häberle é uma forma de inserir os cidadãos no contexto estatal das decisões judiciais. A ampliação do rol de sujeitos constitucionais possibilita ao do cidadão comum se reconhecer como agente ativo e legitimador do processo hermenêutico, construindo uma real e efetiva cidadania.

A falta de legitimidade democrática das decisões judiciais gera o ressentimento constitucional e, como consequência, a “morte espiritual” da Constituição, pela ausência de reconhecimento do titular do Poder – o povo – nos atos do Judiciário. Com a abertura do processo interpretativo para outros intérpretes, os cidadãos comuns – sem conhecimentos técnicos específicos, sem inscrição na Ordem dos Advoca-

gados, sem participação em órgãos de classe ou partidos políticos, sem cargos públicos – se tornam fator de legitimação das decisões judiciais.

Ao legitimar o processo, a sociedade pode se ver refletida na decisão, diminuindo o descrédito nos órgãos públicos, ampliando a confiabilidade da Constituição e o reconhecimento de suas normas como potenciais efetivadoras da justiça e da equidade, quiçá, possibilitando o reencontro entre o corpo constitucional e o espírito social – “reencarnação” da Constituição.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rafael Caiado. **Peter Häberle e a hermenêutica constitucional**: alcance doutrinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 2.

BONFIM, Vinícius Silva. O patriotismo constitucional na efetividade da constituição.

Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 50, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/1328/1358>>. Acesso em: 01 jun. 2012.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2012.

BRITO, Jose de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, Jose de Sousa, *et al.* **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Uma morte espiritual. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 maio 1998. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz14059809.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1989.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição - contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** São Paulo: 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>. Acesso em: 14 ago. 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta. A filosofia política de Charles Taylor e a política constitucional de Pablo Lucas Verdú: pressupostos para a construção do sujeito constitucional. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 8, p. 16-54, 2010. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/25/27>>. Acesso em 01 jul. 2013.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

A responsabilidade civil sistêmica dos profissionais envolvidos na prestação do direito à saúde com ênfase na administração de medicamentos

ALZIRA CRISTINA PREST¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ²

INTRODUÇÃO

Um dos grandes avanços da Carta Política de 1988 pode ser caracterizado como a inclusão do direito a saúde no rol de direitos e garantias fundamentais. O direito à saúde, até então restrito a algumas leis esparsas, passou a ser constitucionalmente protegido, o que, inclusive, recebeu grande impulso do Movimento de Reforma Sanitária que através da realização de conferências, em particular, objetivou demonstrar a negligência a que estava submetida este direito. A partir de então, o direito à saúde passou a ser dotado da dupla fundamentalidade, formal e material, a primeira relacionada à sua inclusão no texto constitucional e a segunda à importância conferida ao bem jurídico tutelado, no caso, a vida com dignidade.

Destarte, para que o direito à saúde, agora constitucionalizado, possa ser efetivamente garantido, não só contra o Estado,

¹ Graduanda da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); bolsista de iniciação científica pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF); mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); advogada.

mas também contra os particulares, é necessária a prestação de um serviço de saúde com qualidade, presteza e zelo, o que, atualmente, com o estágio atual de desenvolvimento do campo da saúde e com a complexidade que o envolve, só se faz possível através da atuação de vários profissionais de diferentes áreas, o que é conhecido como a sistematicidade da saúde, ou seja, múltiplos profissionais de áreas disparem atuam, conjuntamente, em favor de um mesmo paciente.

O campo da administração de medicamentos envolve a atuação de diversos profissionais e constitui uma área propícia a ocorrência de erros, importante analisarmos a responsabilização que recai sobre estes atuantes em razão da ocorrência de um dano a determinado paciente, isto é, analisaremos se a responsabilidade será solidária, de todos conjuntamente, ou subsidiária, com a existência de um devedor principal, de sorte que os demais apenas responderão em caso de inadimplemento por aquele. Cumpre destacar, inclusive, que, na maioria das vezes, o estabelecimento de saúde em que o serviço é prestado também integrará a relação jurídica, motivo pelo qual também verificaremos a sua responsabilização.

Em razão da extensão do presente estudo e a fim de facilitá-lo elegemos alguns casos hipotéticos para a análise da responsabilidade civil, quais sejam, a responsabilidade do estabelecimento de saúde e do profissional, médico, farmacêutico ou profissional da enfermagem, na ocorrência de um erro, além da responsabilização do enfermeiro por erro de técnico de enfermagem a ele vinculado.

Com este intento, portanto, o presente estudo foi dividido em três tópicos. No primeiro apresenta-se o direito à saúde e todas as consequências advindas de sua inclusão no texto constitucional. No segundo tópico, por conseguinte, serão discutidos os conceitos básicos da responsabilidade civil, além de todas as suas dicotomias estruturais. Por fim, o último item abordará, de forma minuciosa, a administração de medicamentos e a sua sistematicidade, de sorte que serão analisados os casos hipotéticos acima listados a fim de solucionarmos o impasse da responsabilidade solidária ou subsidiária.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A positivação do direito à saúde e sua inclusão no rol de direitos e garantias fundamentais revela um dos principais avanços da Constituição Federal de 1988. A omissão das Cartas Políticas anteriores foi superada, em particular, pelas reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária que através da realização de Conferências visava exteriorizar a negligência depositada no direito à saúde.

A consagração do direito à saúde como um direito fundamental, bem como a criação do Sistema único de Saúde (SUS) demonstraram a relevância conferida a essa garantia o que, inclusive, fez surgir, no âmbito jurídico brasileiro, um novo ramo, qual seja, o direito sanitário, formado pela conjugação de normas federais, estaduais e municipais que visam tutelar a garantia de uma vida saudável.

Anteriormente a inclusão do direito à saúde no âmbito de centralidade do ordenamento jurídico o mesmo estava restrito a algumas normas esparsas, dentre as quais se destaca: “a garantia de “socorros públicos” (Constituição de 1824, art.

179, XXXI) ou a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência (Constituição de 1934, art. 113, *caput*)” (FIGUEIREDO e SARLET, 2008, p. 127).

O direito à saúde foi incluído no artigo 6^o da Constituição Federal de 1988 dentre os direitos sociais. Entretanto, sua divagação de forma mais enfática encontra previsão no artigo 196 do mesmo diploma legal que assim dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O direito a saúde, então, passou a receber proteção jurídica diferenciada do ordenamento jurídico brasileiro, o que aproximou o dever ser da realidade social. Uma das grandes características atribuídas a esse direito após sua inclusão no texto constitucional foi a consagração de sua dupla fundamentalidade, formal e material, inerente a todos os direitos e garantias fundamentais. A fundamentalidade formal refere-se a sua inclusão no texto constitucional, enquanto a material está ligada a importância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, qual seja, a vida com dignidade.

Ana Carolina Peduti Abujamra e Claudio José Amaral Bahia (2010, p. 60) explicitam, de forma clara, essa distinção, senão vejamos:

A fundamentalidade formal do direito a saúde consiste na sua expressão como parte integrante da Constituição escrita, sendo um direito fundamental do homem, uma vez que se situa no ápice do ordenamento jurídico como norma de superior hierarquia. Já a fundamentalidade da saúde, em sentido material, encontra-se ligada à sua relevância como bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, pois não pode haver vida digna humana sem saúde.

A definição do objeto de proteção do direito à saúde constitui um dos grandes desafios de interpretação das normas constitucionais garantidoras deste direito. A Constituição de 1988 não traduziu de forma clara o âmbito de proteção da saúde, o que gera dúvidas por parte dos juristas que se debruçam sobre o assunto. Entretanto, a falta de clareza do texto constitucional não pode constituir óbice à aplicação efetiva deste direito fundamental.

De início importante mencionarmos os objetivos estampados no Preâmbulo da constituição da Organização Mundial da Saúde (1948), na qual se encontra a definição de saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, e a nota de que “Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.

O legislador brasileiro não se afastou dessa conceituação mais abrangente do direito à saúde prevista no documento de constituição da Organização Mundial da Saúde “[...] que ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional da tutela jusfundamental” (FIGUEIREDO E SARLET, 2008, p. 135).

Sendo assim, o direito à cura de doenças, bem como a prevenção e a busca da qualidade de vida humana constituem direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional, a fim de garantir, efetivamente, a proteção à saúde.

Ademais, saliente-se que apesar de sua qualificação como direito social, o direito à saúde compreende, igualmente, para sua efetivação, as noções de direito de defesa e direito de proteção. No sentido de direito de defesa a proteção à saúde envolve a defesa contra ingerência do Estado e mesmo de particulares que possam, através de suas condutas, agredir o direito fundamental. Como direito de defesa, por sua vez, requer o direito à saúde a atuação engajada do Estado através de prestações materiais.

No que tange a titularidade do direito fundamental à saúde, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu, em seu artigo 5º, *caput*, que os direitos e garantias fundamentais nela consagrados destinam-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, o que, a partir de uma interpretação literal do excerto, conduziria a falsa ideia de que os estrangeiros não residentes no país estão excluídos da tutela dos direitos fundamentais, inclusive, do direito à saúde, o que não é aceito pela doutrina majoritária.

Outrossim, no que se refere aos destinatários do direito à proteção da saúde observa-se, que o mesmo não se restringe ao Estado, apesar, de ser o seu destinatário especial, obrigado a não efetuar ingerência indevidas que prejudiquem a efetivação do direito (dimensão negativa), além de tomar para si o dever de realizações materiais (dimensão positiva), de sorte que abrange também os particulares que devem observá-lo em suas relações.

RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é conceituada como o dever de reparação daquele que causou algum dano a outrem, por ação ou omissão ou ainda por um ato ilícito ou lícito, ou seja, é uma medida que busca o ressarcimento de um dano sofrido através da indenização.

Maria Helena Diniz (2008, p. 35) traduz a Responsabilidade Civil como:

[...] a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A responsabilidade civil, por conseguinte, possui uma série de dicotomias estruturais, de modo que, neste estudo, analisaremos, especificamente, as seguintes divisões: responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade contratual e extracontratual e responsabilidade solidária e subsidiária.

A responsabilidade subjetiva, regra geral no ordenamento jurídico brasileiro, é caracterizada como aquela em que se faz imprescindível a presença da culpa para a responsabilização do agente causador do dano. A culpa aqui expressa é em sentido amplo, *latu sensu*, englobando a culpa *stricto sensu* (imprudência, negligência e imperícia) e o dolo.

Na responsabilidade objetiva, por sua vez, não é necessário o elemento culpa, sendo que a caracterização da responsabilidade civil se faz apenas com a comprovação do dano e do nexo de causalidade.

Esse tipo de responsabilidade, no Código Civil, é encontrado no artigo 927, parágrafo único:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando

a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dessa forma, nota-se, que essa espécie de responsabilidade civil decorre da lei ou de casos em que está presente a chamada Teoria do Risco. De acordo com essa teoria existem algumas atividades consideradas de risco, de sorte que aquele que a promove deve assumir esse risco e, por conseguinte, repará-lo.

A responsabilidade civil, há algum tempo, é dividida entre aquela que decorre do contrato ou de suas relações (contratual) e aquela existente por uma imposição legal independente de qualquer relação anterior entre as partes (extracontratual).

Cavaliere Filho (2010, p. 15) expressa de forma clara essa diferença:

Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Em ambas as modalidades de responsabilização, destarte, está presente a transgressão de um dever jurídico. Entretanto, na responsabilidade contratual essa transgressão deriva de um acordo de vontade prévio entre as partes, enquanto a responsabilidade extracontratual independe de um liame jurídico anterior ao fato.

Além das subdivisões da responsabilidade civil acima explanadas resta esclarecermos as diferenciações em torno da responsabilidade solidária e subsidiária.

Em leitura do artigo 264⁴ do Código Civil brasileiro, percebe-se que a responsabilidade solidária restará configurada quando

⁴ Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

em uma mesma obrigação houver mais de um responsável pelo cumprimento integral.

Neste espeque, o credor, mediante uma situação de responsabilidade solidária, terá a faculdade de indicar apenas um ou todos os devedores para o cumprimento da obrigação, de sorte que aquele que procedeu ao cumprimento terá o direito de regresso contra os demais devedores solidários.

Essa espécie de responsabilidade encontra respaldo nos artigos 942 e 932 do Código Civil brasileiro, senão vejamos:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

Ari Pedro Lorenzetti (2003, p. 22) traduz a responsabilidade solidária da seguinte forma:

A responsabilidade subsidiária pode ser entendida como a vinculação de vários sujeitos à satisfação de uma obrigação jurídica, permitindo ao credor escolher de qual ou quais deles pretende obter, total ou parcialmente, a prestação a que tem direito.

A responsabilidade subsidiária, por sua vez, é caracterizada pela existência de um devedor principal, ou seja, o credor, em caso de inadimplemento, deve-se voltar contra o principal obrigado, os demais apenas poderão ser demandados caso aquele não cumpra a obrigação.

Nesse sentido, ao contrário da obrigação solidária, o devedor não terá a oportunidade de, ao seu livre arbítrio, demandar qualquer um dos coobrigados, deverá obedecer a ordem de preferência.

As principais causas de responsabilidade subsidiária, em nosso ordenamento pátrio, encontram-se na figura do fiador, no Direito Civil, e na terceirização da mão-de-obra, no Direito do Trabalho.

ADMINISTRAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Uma das grandes atribuições dos profissionais da saúde, na atualidade, é a administração de medicamentos, quadro que compreende a atuação de diversos profissionais, visto que se inicia com a prescrição médica, continua com o fornecimento do medicamento pelo farmacêutico e finaliza-se com a administração propriamente dita realizada pelos profissionais da enfermagem.

Importante, portanto, neste momento da pesquisa, tornar claro no que consistem os medicamentos e sua administração propriamente dita. Ivone Evangelista Cabral (2002, p. 81) define medicamento da seguinte forma:

Do ponto de vista legal um medicamento é definido como qualquer substância listada em um formulário oficial nacional, estadual ou municipal. Também pode ser definido como qualquer substância diferente de alimento que afete a estrutura ou função corporal e que possa ser utilizada para diagnosticar, mitigar, tratar ou prevenir doença.

Destarte, podemos estabelecer, de forma não exaustiva, medicamento como toda a substância que em contato com o organismo humano é capaz de externar sua função preventiva, diagnóstica e terapêutica.

Com base no conceito de medicamentos é possível esclarecer que sua administração seria inserção do medicamento no interior do organismo da pessoa humana.

Como expressa Klinger Fontinele Júnior (2003, p. 30-31) existem vários métodos e vias de administração dos medicamentos, dentre as quais destaca: administração enteral (oral), realizada mediante a ingestão do medicamento; administração parenteral, quando feita sem o auxílio do tubo digestivo, em particular, pelas vias intravenosa, subcutânea, intramuscular; administração pulmonar, por meio do aparelho respiratório; além da administração tópica, que se dará através da aplicação na pele, boca ou garganta do paciente.

Sistematicidade da saúde e da administração de medicamentos

A evolução no campo da saúde e a crescente complexidade que envolve a área demandam atuações cada vez mais específicas, de sorte que diversos profissionais de diferentes áreas devem atuar conjuntamente em prol de um único paciente.

Essa é, inclusive, a opinião de Gilberto Baumann de Lima (1999, p.42) ao expressar que:

Mais do que nunca, as atividades dos profissionais de saúde se caracterizam por uma multidisciplinaridade, obrigando cada segmento a ser permeável em relação às suas conclusões sobre o estado e o tratamento do paciente.

Percebe-se, portanto, que o atendimento à saúde requer a integração de diversos conhecimentos que, em conjunto, descrevem a melhor solução de cada quadro de cura hospitalar.

Destarte, o direito fundamental à saúde só será efetivamente garantido com a atuação conjunta de diversos profissionais, “Mesmo porque, hoje, a complexidade da assistência à saúde requer o concurso de muitos profissionais de áreas diferentes para atuarem coletivamente em função do paciente” (SANTOS, 1997, p. 287).

A área de administração de medicamentos, em particular, demonstra claramente essa atuação sistêmica no campo da saúde, na medida em que integra a atuação de, pelo menos, três profissionais diversos, quais sejam, o médico na prescrição do medicamento, o farmacêutico em sua provisão e, por fim, o profissional da enfermagem na administração propriamente dita.

Como dispõe Viviane Tosta de Carvalho et. al. (1999, p.67):

Administrar medicamentos é um processo multidisciplinar que envolve três áreas: a medicina, a farmácia e a enfermagem. Inicia-se no momento da prescrição médica, continua com a provisão do medicamento pelo farmacêutico e termina com o seu preparo e administração aos clientes.

No campo da administração de medicamentos, portanto, a falta do trabalho em equipe é propícia a ocasionar graves erros. A título de exemplo destaca-se a falta de comunicação entre o médico e o profissional da enfermagem no que tange a uma prescrição ilegível, que poderá, evidentemente, ocasionar danos ao paciente que receberá, por exemplo, medicamento diverso daquele prescrito.

Não é a outra a opinião de Coimbra e Cassiani (2001, p. 59) ao expressar que “Faz-se necessário uma integração entre médicos, farmacêuticos, enfermeiros, desenvolvendo um trabalho em equipe e objetivando a potencialização dos benefícios aos clientes”.

Dessa forma, conclui-se, que o estágio atual do desenvolvimento da saúde requer uma atuação sistêmica de diversos profissionais, atuação esta que deve ocorrer de modo colaborativo, de sorte que cada profissional deve ser permeável em relação as suas conclusões.

Responsabilidade solidária e subsidiária na terapêutica medicamentos: análise de casos hipotéticos

Com a ciência de que o procedimento de administração de medicamentos compreende a atuação de diversos profissionais em prol do mesmo paciente, na medida em que se inicia com a prescrição

médica conjugada com o fornecimento do medicamento pelo farmacêutico e com a administração propriamente dita realizada pelos profissionais da enfermagem, destaca-se a importância da análise referente à responsabilização pela ocorrência de erros no decorrer deste ciclo, ou seja, almeja-se verificar se a responsabilidade de todos estes profissionais se dará de maneira solidária ou subsidiária.

Cumprido destacar ainda que a responsabilização, solidária ou subsidiária, poderá recair ainda sobre o estabelecimento de saúde em que o serviço é prestado, tendo em vista que, na maioria das vezes, a administração de medicamentos realiza-se no interior de determinada casa de saúde.

A discussão da problemática referente à responsabilização solidária ou subsidiária por um erro decorrente do procedimento de administração de medicamentos incita a análise de diversas ocorrências no transcurso deste ciclo. Uma delas abarca a responsabilização do estabelecimento de saúde em que é prestado o serviço e do profissional, seja ele, médico, farmacêutico ou enfermeiro, que ocasionou dano a determinado paciente, em razão da administração de medicamentos, nas dependências do local.

De início cumpre salientar que a discussão referente à responsabilização conjunta, solidária ou subsidiária, no caso acima prescrito, apenas surtirá efeitos quando houver entre o estabelecimento de saúde e o profissional, um vínculo empregatício ou mesmo um contrato de prestação de serviços, na medida em que se o profissional apenas utilizar as dependências do local, de forma isolada, não há haverá responsabilização conjunta, de sorte que cada qual responderá pela ocorrência do dano de forma isolada, na medida de sua contribuição para o prejuízo.

É essa, inclusive, a posição de Rui Stoco (2013, p.817) ao debruçar-se sobre a responsabilização do médico e da sociedade comercial hospitalar, senão vejamos:

[...] se o médico não for preposto mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de apa-

relhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar a culpa de cada qual.

Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo exclusivo do profissional que o pensou, apenas este poderá ser responsabilizado.

Se, contudo, apurar-se manifestação incorreta do estabelecimento, através de ação ou omissão de seus dirigentes ou prepostos, podendo ser estes médicos, enfermeiros e funcionários, em geral, então poderá responder este, se a ação ou omissão culposa dele dimanar ou o hospital e o médico, solidariamente, se ambos obraram com culpa.

Destarte, quando não houver vínculo entre o profissional de saúde e o estabelecimento em que o serviço é prestado, não há que se falar em responsabilização conjunta, de modo que deverá ser demonstrado, no caso concreto, a contribuição de cada responsável pela ocorrência do dano.

A discussão em tela, portanto, deverá ter como foco aqueles casos em que há, entre a casa de saúde e o profissional, por meio de uma relação contratual, vínculo capaz de configurar uma relação de preposição. Sabe-se, por conseguinte, que o profissional será preposto do estabelecimento de saúde quando sua atuação se der mediante não só dependência técnica, mas também administrativa, como bem preleciona Néri Tadeu Câmara Souza (2006, p. 346) ao mencionar que:

O Enfermeiro que integra quadro funcional do hospital e a pessoa física ou jurídica que mantém empresa de saúde, são respectivamente, preposto e preponente. O fato de alguém prestar serviços sob as ordens de outro ou em evidente dependência funcional (técnica ou administrativa) é o suficiente para caracterizar a relação de preposição.

Aguiar Dias (1954, p. 292), estabelece raciocínio semelhante ao analisar a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde em relação à atuação de profissionais da medicina, senão vejamos:

Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nesta espécie de responsabilidade também o proprietário não-médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso do médico assalariado.

Dessa forma, havendo entre a casa de saúde e o profissional que ali presta seus serviços, um vínculo, seja ele empregatício ou mesmo decorrente de um contrato de prestação de serviços, que enseja a relação de preposição, estará presente a responsabilidade solidária com fulcro no artigo 932, III do Código Civil brasileiro⁶⁵, pelo qual, o patrão responde pelos atos de seus empregados, serviços ou prepostos.

Essa é também a posição da jurisprudência pátria, *ex vi* do aresto *in verbis*:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE MÉDICO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA.

Na hipótese, deve-se reconhecer a legitimidade passiva ad causam do recorrente, tendo em vista a possibilidade de responder solidariamente por defeito na prestação do serviço, caso seja comprovada a culpa dos médicos.

Agravo no recurso especial não provido.

(Agravo regimental nº 1196319 DF 2010/0101006-9. Terceira Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Nancy Andrigh, julgado em: 13 de setembro de 2012).

⁵ 6 Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: [...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Não há como contestar que todos os profissionais abordados neste estudo integram o quadro de profissionais liberais, que é classificado como aquele que atua com independência ou autonomia em virtude de seu conhecimento técnico científico oriundo de diploma em curso superior ou técnico.

Claro se faz que um profissional liberal poderá prestar seus serviços de forma autônoma, isto é, sem a presença de qualquer subordinação jurídica e, muitas vezes, também sem pessoalidade.

Ou seja, poderá o profissional da medicina, enfermagem ou farmácia atuar sem submissão aos poderes de qualquer empregador, de forma a gerir sua atividade e, por conseguinte, assumir os riscos dela advindos. Ademais, ocorrerá casos em que a prestação de seus serviços se dará de forma impessoal, como em um serviço de consultoria, em que não se considere relevante as características dos profissionais concretizadores da atividade, sendo que a qualquer profissional será permitida a execução do ofício.

Dessa forma, em casos de atuação autônoma, com ausência das características de subordinação e pessoalidade, esses profissionais atuarão sem constituir qualquer relação de preposição. Entretanto, quando atuarem por meio de uma relação empregatícia ou mesmo através de uma relação contratual de prestação de serviços com a casa de saúde, claro está que haverá relação de preposição, mesmo que seu atuar seja com independência técnica, uma vez que a subordinação não assume apenas a feição técnica.

Nesse sentido, a relação empregatícia restará constituída quando presentes os seguintes elementos fáticos-jurídicos: a) prestação de trabalho por pessoa física; b) com pessoalidade; c) não eventualidade; d) onerosidade; e) subordinação, esta classificada como um fenômeno jurídico, pelo qual o empregador direciona a forma de efetuação dos serviços, o que demonstra, claramente, que entre o estabelecimento de saúde e o profissional a ele vinculado através de contrato de trabalho, existe subordinação que configurará a relação de preposição.

Na celebração de um eventual contrato de prestação de serviços entre a casa de saúde e o profissional não será diferente, na medida em que, ainda neste caso, estará presente a subordinação. Ainda que

no contrato de trabalho esta característica esteja presente com mais vigor, claro está que no contrato de prestação de serviços o contratante possui o direito de dirigir e controlar o serviço prestado.

Mais uma vez, portanto, resta clara a presença de uma relação de preposição entre o estabelecimento de saúde e o profissional que nela presta seus serviços, o que acarreta a imposição da responsabilidade solidária em caso de erro que cause dano ao paciente, de sorte que, por óbvio, será cabível a ação regressiva daquele que arcou com o prejuízo.

Ainda no que tange a responsabilização da casa de saúde e do profissional a ela vinculado importante se faz analisar a discussão existente no que diz respeito à responsabilidade subjetiva ou objetiva de ambos os prestadores de serviços.

A doutrina majoritária, em particular, Sérgio Cavalieri Filho (2010), defende que em casos de danos ocasionados pelo profissional da saúde, o estabelecimento responderia de forma objetiva por interpretação do artigo 14, *caput*, do CDC, que impõe a responsabilização objetiva aos fornecedores de serviços, excetuando, em seu § 4º, apenas os profissionais liberais, que respondem subjetivamente.

É essa, inclusive, a posição majoritária do Superior Tribunal de Justiça, demonstrada aqui por ementas de acórdãos proferidos pelas Terceira e Quarta Turmas da Segunda Seção, responsável pela análise do Direito Privado, senão vejamos:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ

1 - A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).
3.- Recurso Especial do hospital improvido. (Recurso Especial n. 1184128/MS. Quarta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Sidnei Beneti, julgado em: 08 de junho de 2010).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS PREPOSTOS. DENÚNCIAÇÃO À LIDE DO MÉDICO. VEDAÇÃO. ART. 88 DO CDC. FATO DE TERCEIRO DESACOLHIDO. MÉDICO PREPOSTO. VINCULAÇÃO CONTRATUAL. DIREITO DE REGRESSO. AÇÃO AUTÔNOMA. DISSÍDIONÃO COMPROVADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado Regimental no Agravado de instrumento 1402439/RS. Terceira Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em: 27 de março de 2012).

Contudo, ousamos discordar do supramencionado entendimento, na medida em que, em casos como este, a casa de saúde apenas deverá responder se o profissional liberal atuou com culpa, seja, na modalidade de negligência, imprudência ou imperícia, de sorte que não bastará, para que ocorra a responsabilização, a existência de defeitos relativos à prestação dos serviços. Isso porque, o estabelecimento de saúde, não obstante o risco do negócio, não pode suportar de forma automática os danos decorrentes da má atuação de seus profissionais, fato que, muitas vezes, foge ao seu controle.

Nesse sentido argumenta José Alfredo Cruz Guimarães (2013, p. 878):

[...] parece-me rigorosamente correto sustentar que *não* devem os hospitais responder objetivamente pela prestação de um

serviço, *cuja execução lhes foge ao controle*, por melhor que eles selecionem aqueles que irão realiza-lo.

Ainda prossegue o autor ao mencionar a grande discrepância que pode advir ao adotar a tese da responsabilidade objetiva para a casa de saúde e subjetiva para o profissional liberal, senão vejamos:

[...] o problema pode gerar grandes distorções, como, por exemplo, a absolvição do médico e a condenação do hospital, em ação na qual figurem ambos como listisconsortes passivos, com o agravante de ficar o hospital tolhido do direito de regresso contra o profissional incumbido do tratamento, que não atendeu às expectativas do paciente (GUIMARÃES, 2002, P. 887).

A jurisprudência, apesar do posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, acima explanada, ainda é divergente no que diz respeito ao tema e colaciona decisões bem fundamentadas referente à responsabilização subjetiva da casa de saúde, a exemplo dos julgados abaixo colacionados:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA IDENTIFICADA. IMPE-
RÍCIA MÉDICA NA ADMINISTRAÇÃO DE ANESTESIA.
CULPA. PROVA. MATÉRIA DE FATO. REVISÃO. IMPOS-
SIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA.

DANO MORAL DEVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PREVIAMENTE. EM-
BARGOS INFRINGENTES.

SUCUMBÊNCIA FIXADA ANTE ALTERAÇÃO DO JULGA-
MENTO PROCEDIDO EM 2º GRAU. JULGAMENTO EXTRA
PETITA NÃO OCORRIDO.

I. Identificada a ocorrência de erro médico na anestesia do pa-
ciente com base nos elementos fáticos dos autos, a condenação
lastreou-se na responsabilidade subjetiva do hospital onde

efetuado o tratamento e a revisão da matéria esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ.

[...] (Recurso Especial nº 244838 MG 2000/0001395-1. Quarta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Adir Passarinho Júnior, julgado em: 29 de maio de 2006.)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO MÉDICO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 7/STJ. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. SUBJETIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O eg. Tribunal de origem concluiu que a autora não conseguiu demonstrar que o corpo estranho encontrado em seu abdômen foi deixado pelo preposto médico do hospital ora agravado, no procedimento cirúrgico de 1993, pois teria realizado outra cirurgia anteriormente. Modificar tal entendimento demandaria análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

No julgamento do REsp 258.389/SP, da relatoria do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES (DJ de 16.6.2005), este Pretório já decidiu que “a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.

Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”, de modo que não comporta guarida a assertiva de que a responsabilidade do hospital seria objetiva na hipótese.

Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1261142/SP. Quarta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Raul Araújo, julgado em 13 de agosto de 2013)

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFAS-TAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (Recurso Especial n. 258.389/SP, Quarta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Fernando Gonçalves, julgado em: 16 de junho de 2005).

Conclui-se, portanto, que em caso de defeito na prestação do serviço pelo profissional vinculado a uma casa de saúde, esta responderá, a contrário do que preceitua o Código de Defesa do Consumidor, de forma subjetiva, a depender da comprovação de culpa do profissional a ela vinculado, até porque, tal posicionamento não descaracteriza a aplicação do artigo 14 do diploma legal citado, na medida em que o mesmo, como demonstra jurisprudência acima, será utilizado, acarretando uma responsabilização objetiva das ca-

sas de saúde, naquelas ocasiões em que a prestação do serviço não foi intermediada por profissionais como médicos, enfermeiros que atuam no estabelecimento.

Nesse sentido, inclusive, dispõe o doutrinador Rui Stoco (2004, p. 729) ao explicar a contradição existente na atribuição de uma responsabilidade objetiva para os estabelecimentos de saúde para casos como este:

Cabe, finalmente, obter a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Em que pese, portanto, o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, em adotar a responsabilização objetiva dos estabelecimentos de saúde no caso acima disciplinado, acreditamos que a melhor solução é aplicar a responsabilidade subjetiva, vinculada a atuação dos profissionais, a fim de evitar discrepâncias nas decisões.

Caso diverso, porém com solução semelhante ao apresentado alhures, refere-se àquele previsto no artigo 11 da Lei 7.498, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da Enfermagem, senão vejamos:

Art. 11. O Enfermeiro exerce todas as atividades de enfermagem, cabendo-lhe:

I - privativamente:

- a) direção do órgão de enfermagem integrante da estrutura básica da instituição de saúde, pública e privada, e chefia de serviço e de unidade de enfermagem;
- b) organização e direção dos serviços de enfermagem e de suas atividades técnicas e auxiliares nas empresas prestadoras desses serviços;
- c) planejamento, organização, coordenação, execução e avaliação dos serviços da assistência de enfermagem;

Nestes casos, a responsabilidade do enfermeiro, por suas atribuições legais, seria solidária a de seu subordinado?

Mais uma vez resta evidente a presença de uma relação de preposição, na medida em que o técnico de enfermagem atua com subordinação em relação ao enfermeiro, por imposição legal.

Destarte, estará configurada, novamente, em hipótese de erro por parte do técnico de enfermagem, a responsabilidade solidária, ou seja, o enfermeiro responsável e o técnico de enfermagem responderão conjuntamente pelo defeito na prestação do serviço, se sorte que a vítima, ao recorrer ao judiciário, poderá demandar, qualquer um dos profissionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito à saúde e, por conseguinte, sua elevação ao status de direito fundamental revela um dos principais atributos da Constituição Federal de 1988.

O direito fundamental a saúde, agora no centro do ordenamento jurídico brasileiro, requer proteção integral, o que somente se alcança, com o estágio atual do campo da saúde, com a atuação conjunta de vários profissionais de diversas áreas em favor de um mesmo paciente, o que é conhecido como a sistematicidade da saúde, característica essa que é melhor demonstrada pela administração de medicamentos, procedimento que envolve a atuação de três profissionais distintos, o médico na prescrição do medicamento, o farmacêutico, na sua provisão e o profissional da enfermagem na administração propriamente dita.

Ficou confirmado no presente estudo que o campo da administração de medicamentos é propício a ocorrência de erros das mais diversas variedades e, por conseguinte, demonstrou-se a importância da análise da responsabilização por um dano ocasionado no decorrer do procedimento por algum desses profissionais, isto é, a verificação se essa responsabilidade se daria de forma solidária, de todos conjuntamente, ou subsidiária, pela existência de um obrigado principal, de modo que os demais apenas responderiam em caso de

inadimplemento por aquele. Não esquecendo que essa responsabilização poderá também recair sobre o estabelecimento de saúde em que o serviço é prestado, tendo em vista que este, na maioria das vezes, integra a relação jurídica.

Foi estabelecido, com este intuito, o estudo de casos hipotéticos, como o da responsabilização do estabelecimento de saúde e do profissional que ali presta seus serviços. Destarte, confirmou-se que existe entre ambos uma relação de preposição, caracterizada pela subordinação, o que induz a uma responsabilização solidária, isto é, em eventual litígio judicial qualquer deles poderá ser demandado pelo cumprimento integral da dívida, sendo possível, por óbvio, a ação regressiva.

Ainda no que diz respeito ao caso supramencionado foi estabelecido que a responsabilização do estabelecimento de saúde foge as regras do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, não se dará de forma objetiva, mas sim com a dependência da comprovação da culpa do profissional que ali atua, sob pena de impor um ônus excessivo ao estabelecimento pela atuação dos profissionais a ele vinculados.

Caso distinto, mas com solução semelhante, que também foi demonstrado no presente estudo refere-se à responsabilização do enfermeiro pelo dano ocasionado por técnico de enfermagem a ele vinculado. Mais uma vez estará presente, como foi visto, a responsabilidade solidária em razão da relação de preposição instaurada entre os profissionais, relação esta decorrente de imposição da lei do exercício profissional.

REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti; BAHIA, Claudio José Amaral. A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 892, p. 37-85, fev., 2010.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. **Código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Lei 7.498, de 25 de junho de 1986. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo**, Brasília, DF, 26 jun. 1986. Seção 1.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental n. 1196319 DF 2010/0101006-9**. Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22829307/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1196319-df-2010-0101006-9-stj> >. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento n. 1402439/RS**. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100574750&dt_publicacao=10/04/2012%20stj>. Acesso em: 07 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no agravo de instrumento n. 1261142/SP**. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200902393927&dt_publicacao=03/09/2013>. Acesso em: 07 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 244838 MG 2000/0001395-1**. Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/41984/recurso-especial-resp-244838>>. Acesso em: 22 ago. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1184128/MS**. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>

cia/15029205/recurso-especial-resp-1184128-ms-2010-0038999-0>. Acesso em: 07 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 258.389/SP**. Disponível em:< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7213834/recurso-especial-resp-258389-sp-2000-0044523-1/relatorio-e-voto-12960859>>. Acesso em: 07 ago. 2014.

CABRAL, Ivone Evangelista. **Administração de medicamentos**. Rio de Janeiro: Reichmann & Afonso, 2002.

CARVALHO, Viviane Tosta de et al. Erros mais comuns e fatores de risco na administração de medicamentos em Unidades Básicas de Saúde. **Revista latino-americana de enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 7, n. 5, p. 67-75, 1999.

CASSIANI, Silvia Helena de Bortoli; COIMBRA, Jorséli Angela Henriques. Responsabilidade da enfermagem na administração de medicamentos: algumas reflexões para uma prática segura com qualidade de assistência. **Revista latino-americana de enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 9, p. 56-60, mar., 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. revisado e ampliado. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1954.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**. 22. ed. revisada atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1998. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 67, p. 125 - 172, jul./set., 2008.

FONTINELE JÚNIOR, Klinger. **Administração de medicamentos em Enfermagem**. Goiânia: AB, 2003.

GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. Responsabilidade médico-hospitalar em face do direito do consumidor. (2002) In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Barrielo de Andrade. **Responsabilidade civil: direito fundamental à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 869-894.

LIMA, Gilberto Baumann. **Implicações ético-legais no exercício da enfermagem**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A Responsabilidade pelos créditos trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2003.

SANTOS, Elaine Franco dos et al. **Legislação em enfermagem: atos normativos do exercício e do ensino da enfermagem**. São Paulo: Atheneu, 1997.

SOUZA, Néri Tadeu Câmara. Responsabilidade civil do enfermeiro. Direito e liberdade. **Escola de magistratura do Rio Grande do Norte**, Mossoró, v. 2, n. 1, p.337-350, jan./jul., 2006.

STOCO, Rui. Responsabilidade Civil dos hospitais, sanatórios, clínicas, casas de saúde e similares em face do Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Barrielo de Andrade. **Responsabilidade Civil: direito fundamental à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 815-825.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade e o direito a morte digna do paciente terminal

DIANA ANDREÃO ZANDONADE¹

INTRODUÇÃO

A vida é considerada o bem mais precioso para a humanidade. Pois somente através da vida se pode desfrutar de todas as possibilidades de felicidade, consumo, trabalho e diversão que estão à disposição de todos. E a morte parece ser a sentença cruel e definitiva de privação de tudo isso.

Essa concepção atravessa toda a sociedade e as relações humanas. Assim como o direito, pois o ser humano só se torna um sujeito de direitos a partir do seu nascimento com vida.

De acordo com o artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2012), o nascimento com vida do homem marca o início da personalidade jurídica dele e com isso permite que este goze a plenitude de seus direitos. Dessa forma a vida é a *clausula* geral de todos os demais direitos.

Da mesma forma, a dignidade da pessoa humana, tornou-se o princípio norteador de todo o direito humanitário. Com isso, a proteção da vida digna está presente em todo o ordenamento jurídico pátrio e internacional.

Além disso, a proteção da vida como bem jurídico, ganhou o primeiro capítulo do Código Penal brasileiro (BRASIL, 2012), que

¹ Graduanda da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); fisioterapeuta do Centro Integrado de Atenção à Saúde - Unimed Vitoria. E-mail: ft.diana@gmail.com.

trata dos crimes contra a vida, como o homicídio, as lesões corporais graves e o aborto. Com isso, sem vida as pessoas não têm direitos. Portanto esse é o primeiro direito de qualquer ser humano.

Entretanto, é negligenciado no direito brasileiro o direito a morte digna. Pois uma pessoa que perde a dignidade de viver deveria ter a possibilidade de invocar o direito à morte digna, como no caso dos pacientes em estágio terminal ou fora de possibilidades terapêuticas internados nos hospitais do Brasil.

Nesse momento, em que a vida não parece ser mais digna de ser vivida a eutanásia poderia ser o único caminho para essas pessoas.

Mas, infelizmente, no Brasil, a prática da eutanásia ainda é equiparada ao homicídio pelo Poder Legislativo e Judiciário. Entretanto, de acordo com o parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal (BRASIL, 2012), o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor moral. Dessa forma, a pena pode ser diminuída devido a menor culpabilidade do agente.

Insta esclarecer que tramita no Senado federal o Anteprojeto de lei de reforma do Código Penal (BRASIL, 2012). Este traria mudanças na redação do artigo 121 do Código Penal. Pela nova redação, a eutanásia teria um atenuante de pena e a prática da ortotanásia seria um caso de exclusão da ilicitude, não havendo condenação para esses casos.

Merece menção que, no direito comparado, existem exemplos de países que legalizaram a eutanásia, dentre eles a Holanda, Bélgica e Luxemburgo. Mas na maioria dos outros países há uma mitigação da pena quando o agente pratica o ato movido por compaixão e piedade, ou a pedido do enfermo, isso ocorre no Uruguai, na Bolívia, na Itália, na Alemanha, na Áustria, na Suíça, na Colômbia e na Dinamarca (CARVALHO, 2001, p.52-55).

Recentemente a Argentina aprovou a lei da “morte digna”, que modificou a Lei sobre Direitos do Paciente. No caso argentino, o paciente em estado terminal, fora de possibilidades terapêuticas, pode rejeitar o tratamento médico e solicitar que as medidas que mantêm sua vida sejam suspensas. Para que isso ocorra de

forma legal, o paciente deve deixar por escrito uma autorização da suspensão do tratamento. Ou um familiar ou amigo, nos casos de inconsciência do paciente, poderão solicitar a interrupção do tratamento (BBCBRASIL.COM, 2012).

Pelo exposto, faz-se necessária uma análise jurídica e legal do ordenamento jurídico brasileiro para evidenciar quais as possibilidades de um individuo lograr êxito ao requerer o direito à morte digna num Tribunal Pátrio, quando este considerar que perdeu sua dignidade de viver frente uma doença em estágio terminal.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A discussão começa com o principio da dignidade da pessoa humana. Este é um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011). Mas não existe uma resposta acabada para o conceito de dignidade da pessoa humana, pois o termo dignidade da pessoa humana é muito amplo e abstrato. Quando se fala em dignidade da pessoa humana, a priori, vem à ideia, também, de vida digna. Mas será que o ser humano, ao viver dignamente, não poderia gozar do direito de uma morte digna? Agora, essa é a questão a ser discutida ao longo deste trabalho.

No que tange o Brasil, como dito anteriormente, a discussão acerca da dignidade da pessoa humana começa a partir da promulgação da Carta Constitucional de 1988. Embora, essa perspectiva já tivesse ganhado força no âmbito internacional desde o pós-guerra.

Nesse contexto, Piovesan (2011, p.170) alude que “[...] o Direito Humanitário foi a primeira expressão de que no plano internacional, há limites à liberdade e à autonomia dos estados, ainda que na hipótese de conflito armado.” Foi nesse momento que os Estados perderam as características de soberania, autonomia e liberdade em nome da proteção da dignidade humana e dos direitos individuais e sociais das pessoas (PIOVESAN, 2011, p.172).

Voltando ao caso brasileiro, depois de anos de ditadura foi a Constituição Federal 1988 (BRASIL, 2011), que trouxe no seu Titulo

I os princípios fundamentais da Republica Federativa do Brasil. E, dentre eles, destaca-se no inciso III - o principio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se observar que o Constituinte teve o cuidado de colocar a dignidade da pessoa humana como principio fundamental o que lhe confere a qualidade de norma embasadora e informativa do ordenamento jurídico (SARLET, 2008, p.65). Dessa forma, todas as outras normas constitucionais tem o dever de obediência a esse princípio. Uma vez que, no momento da sua elaboração, os princípios fundamentais são “[...] normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional” (SILVA, 2010, p.95).

Além disso, a “[...] dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida” (SILVA, 2010, p.105), que será discutido mais adiante.

A conta disso pode ser observado que longo do texto constitucional (BRASIL, 2011) existem diversas normas decorrentes desse princípio. Dentre elas: o rol de direitos fundamentais do artigo 5º, as garantias trabalhistas do artigo 7º, o incentivo a atividade econômica com fins de propiciar a todos uma existência digna no artigo 170, as políticas urbanas para levar bem-estar para a população no artigo 182, dentre outros.

Acresça-se a essa discussão, o fato de o princípio da dignidade da pessoa humana colocar todos os seres humanos em condições de igualdade e acima dos demais seres e objetos da natureza, o que impede qualquer forma de instrumentalização ou discriminação dos mesmos (CARVALHO, 2001, p.113).

Deste modo, os seres humanos são dotados de dignidade e esta tem que ser respeitada acima de tudo. Logo, “[...] o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 2006, p. 58).

É inegável que a dignidade da pessoa humana vai além da acepção do ser humano como um fim em si mesmo e do repúdio a

instrumentalização da vida. De acordo com Comparato (1997, p.27), “[...] a dignidade do homem consiste em sua autonomia, isto é, na sua aptidão para formular as próprias regras de vida”. Em outras palavras “[...] o homem é o único ser dotado de vontade, isto é, da capacidade de agir livremente, sem ser conduzido pela inelutabilidade dos instintos” (COMPARATO, 1997, p.22).

É relevante fixar que nesse caso, a liberdade vai além da sua concepção jurídica. Ou como alude Tavares (2009, p.556), “[...] não significa tão-somente uma permissão jurídica; inculca a ideia de agir em conformidade com as leis postas pela própria sociedade politicamente organizada (e, portanto, pelo próprio indivíduo no uso da razão)”.

Sob o mesmo ponto de vista, Bobbio chamou essa perspectiva de liberdade de liberdade positiva. Deste modo,

[...] por *liberdade positiva*, entende-se – na linguagem política – a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de sua finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de *autodeterminação* ou, ainda mais propriamente, de *autonomia* (BOBBIO, 1997, p.51).

Portanto, os seres humanos são dotados de liberdade para agir conforme suas convicções, crenças, valores morais e acima de tudo por sua razão. Logo, como alude Tavares (2009, p. 557):

[...] a dignidade do homem não abarcaria tão-somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir.

Pelo visto, o ser humano ao ser dotado de dignidade impõe barreiras a instrumentalização da vida e adquire a autodeterminação, ou seja, passa a ter o poder de decidir como viver. Consequentemente, se o ser humano tem a capacidade de decidir quanto a sua forma de viver, este também tem condições de decidir como deve morrer.

Tal premissa é de extrema importância nos casos dos pacientes com doenças crônicas e incuráveis. Pois, com o avanço da ciência e da tecnologia pode-se prorrogar a vida de uma pessoa por décadas, mesmo diante de doenças incuráveis. Foi o desenvolvimento de técnicas cirúrgicas, antibióticos, aparelhos que simulam a respiração, que estimulam os batimentos cardíacos, sondas para alimentação, que permitiram que doenças incuráveis fossem controladas e que pessoas gravemente enfermas fossem mantidas vivas.

Nesse contexto, a morte se mostra como o fracasso do tratamento e do esforço empregado para salvar o indivíduo e não como um fato inevitável. Com isso, a obstinação terapêutica tornou-se prática comum. E a cada dia, mais pessoas estão sendo submetidas a tratamentos de saúde cada vez mais invasivos que muitas vezes serão inúteis diante dos quadros clínicos irreversíveis.

Pelo visto, nessa busca desenfreada pela vida do paciente, o que ocorre é a instrumentalização da própria vida. O que é inadmissível num Estado Democrático de Direito como o Brasil, que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de sua ordem jurídica.

Por tais razões um indivíduo com uma doença incurável e em estágio terminal tem condições de decidir quando e como quer morrer. E o direito a morte digna é imprescindível para esses casos.

Segue agora, a discussão sobre o direito a vida e sua relativização no ordenamento jurídico brasileiro.

DIREITOS DE PERSONALIDADE E DIREITO À VIDA

No Brasil, como foi visto, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011) inaugurou o processo de proteção dos direitos do homem, quando adotou a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (art. 1º, III) e dedicou um capítulo para tutelar os direitos fundamentais individuais (art. 5º). Mas, o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2012), só compreendeu essa nova perspectiva em 2002, com a sua reformulação que destinou um capítulo ao reconhecimento dos direitos de personalidade (arts. 11 a 21).

Mas, para que isso fosse possível, os códigos civis tiveram que abandonar suas bases patrimonialistas e passaram a abarcar os direitos de personalidade. Como aduz Martins-Costa (2010, p.89):

[...] a finalidade, hoje, de um Código Civil, é menos “regulativa” e mais “ordenatória”, no sentido de “pôr ordem”, ordenar as relações interprivadas segundo certas técnicas e certos valores em regra postos como diretrizes, garantias e direitos fundamentais na Constituição.

Dentro desse contexto, pessoa humana vai além do sujeito de direito, pois reconhece o ser humano em sua complexidade de sentimentos, necessidades e ambições (MARTINS-COSTA, 2010, p.83). À conta disso, não bastava proteger as relações econômicas das pessoas, há a necessidade de proteger a personalidade humana. E, “[...] sendo a personalidade um conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição humana” (FARIAS e ROSENVALD, 2007, p.108).

Convém, neste momento, consignar as peculiaridades dos direitos de personalidade. De acordo com Farias e Rosenvald (2007, p.114) os direitos de personalidade classificam-se em:

- » Direito à integridade física: refere-se aos direitos que garantem a integridade física do indivíduo, como o direito a vida, ao corpo, à saúde, ao cadáver, dentre outros;
- » Direito à integridade psíquica/moral: respeito aos atributos psicológicos do indivíduo, como imagem, honra e intimidade.
- » Direito à integridade intelectual: proteção a atividade intelectual do indivíduo.

Como o direito autoral.

Não resta dúvida de que o direito à vida, à honra, à intimidade, à imagem e à integridade física são essenciais para o pleno desenvolvimento físico, psíquico e social das pessoas. E somente a garantia desses direitos mínimos permite a concretização do ideal de vida digna. Portanto, “[...] os direitos de personalidade passam a

expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade” (FARIAS e ROSENVALD, 2007, p.108).

Diante disso, faz-se necessário discutir sobre a cláusula geral que fundamenta todos os direitos de personalidade - a vida. Em conformidade com Farias e Rosenvald (2007, p.117):

[...] a defesa da vida com dignidade é objeto constitucionalmente assegurado pelo Poder Público. Por isso, funciona como verdadeira cláusula geral, que serve como motor de impulsão de tudo que vem expresso na ordem constitucional ou mesmo infraconstitucional.

Nesse caso, não se trata apenas da vida no sentido de estar vivo, mas a vida digna, pois somente ela permite o indivíduo gozar de todos os seus atributos físicos, psíquicos e sociais. Quanto a isso, alude Röhe (2004, p. 62),

[...] o direito à vida se apresenta como o bem mais desejado de todos, aquele que torna possível a existência dos demais. É o direito que aparece no primeiro plano dos direitos da personalidade, seja protegendo os interesses do nascituro, punindo o aborto ou discriminando a tentativa de suicídio.

Entretanto, hoje há uma busca desenfreada pela vida, muitas vezes, sem a preocupação com a dignidade da pessoa ao viver. Como no caso dos pacientes com doenças incuráveis que são mantidos vivos através de aparelhos que simulam a respiração, sondas para a alimentação, cateteres e agulhas implantados no corpo.

Voltando ao cerne da questão, a concepção de vida neste trabalho vai muito além do estar vivo. De acordo com Leite (2009, p.158), há uma dicotomia da ideia de vida, isto é, pode-se dividir a vida em biológica e artificial. Esse autor diz que, na vida biológica, “o ser humano nasce e, a partir daí, começa a ter compreensão do mundo, surgem os desejos, as aspirações.” Já a vida artificial se refere ao papel que esse indivíduo desempenha na sociedade.

Por conseguinte, segundo o mesmo autor, um paciente que estaria internado no hospital e dependesse de aparelhos e tubos conectados a seu corpo para manter-se vivo, possui apenas a vida na concepção biológica. Nesse caso, se fosse da vontade do paciente ou do familiar, deveria existir a possibilidade de invocar o direito a uma morte digna. E competiria ao Estado dar condições legais para o indivíduo dispor da sua vida através da eutanásia.

Vale ressaltar que toda essa linha de raciocínio parte:

[...] da premissa de que a vida não é meramente biológica, mas, sobretudo, artificial. Um paciente terminal que não mais pretende continuar vivendo em razão das circunstâncias pelo mesmo vivenciadas não pode ser compelido a continuar existindo, padecendo de intensas dores físicas e psíquicas (LEITE, 2009, p.159).

Nesse momento, há que se questionar sobre a dignidade da pessoa humana, pois nenhuma pessoa pode ser obrigada a se submeter a tratamento médico desumano ou degradante, que irá apenas prolongar sua vida biológica.

A propósito, apesar do legislador ter criado um arcabouço legislativo de proteção do direito a vida, este não é absoluto, pois existem situações em que esse direito a vida foi relativizado. Isso pode ser visto na própria Constituição da República que no art. 5º, inciso XLVII que autoriza a pena de morte em caso de guerra declarada. Da mesma forma o Código Penal no art. 23 traz as excludentes de ilicitude e diz que não há crime se o agente cometer um homicídio em estado de necessidade ou em legítima defesa. Além de ser permitido o aborto (art. 128, incisos I e II do CP) nos casos de perigo de vida para a gestante ou se a gestação for decorrente de estupro.

Em virtude dessa relativização do direito a vida, fica evidente a viabilidade de conceder um pedido de morte digna a um paciente em estágio terminal. Além do mais, a vida protegida por esse arcabouço legal é a vida digna e não o fato de estar vivo, por isso a legitimidade de se reivindicar o direito de morrer dignamente.

Mas como a eutanásia ainda é equiparada ao homicídio no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário abordar uma teoria do direito que vai além do positivismo, como a teoria do direito de Dworkin, para resolver esse impasse.

TEORIA DO DIREITO EM DWORKIN

As questões acerca de regras e princípios são muito discutidas atualmente. Até porque já é nítida a insuficiência de um modelo só de regras. E como a realidade fática muda numa velocidade superior que a legislativa os princípios podem suprir as necessidades jurídicas diante da falta de uma regra que tutele um direito. Como é o caso desse trabalho.

Com o intuito de resolver essa questão será discutida a teoria do direito de Ronald Dworkin. Este, por sua vez, é ex-aluno de Herbert Hart e utiliza a teoria do seu mestre como referência quando há a necessidade de dirigir críticas ao positivismo (SGARBI, 2009, p.147-148). Com isso, Dworkin inicialmente constrói sua teoria em cima de críticas ao positivismo jurídico e a teoria de Herbert Hart.

A primeira crítica que Dworkin lança contra o positivismo é que este “[...] simplifica o direito descrevendo-o como um conjunto de regras que são válidas ou inválidas com respeito a um critério de pertencimento” (SGARBI, 2009, p.151). Além disso, todos os aplicadores do direito são forçados a “[...] ignorar papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (DWORKIN, 2002, p.36). Nesse caso, Dworkin se refere aos princípios, já que estes não possuem um critério de pertencimento dentro do ordenamento jurídico.

Mas a distinção entre regras e princípios vai muito além dentro da teoria de Dworkin. Para este autor (2002, p.39), essa diferença é lógica. Segundo Dworkin, regras e princípios

[...] distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo ou nada. Dados os fatos que a regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a

resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2002, p. 39).

Já os princípios, dão certa direção do que seria justo na resolução do caso, mas sua aplicação necessita de uma decisão, até porque num mesmo caso podem ser aplicados mais de um princípio (DWORKIN, 2002, p.41). Em outras palavras, um juiz deverá escolher dentre vários princípios aquele que melhor se adéqua ao caso em questão.

A propósito dessa possibilidade de um princípio prevalecer sobre outro em determinadas situações é a segunda diferença entre regras e princípios que Dworkin descreve – a dimensão do peso ou importância. Então, quando dois ou mais princípios são aplicáveis ao mesmo caso, caberá ao juiz decidir qual deles tem maior peso ou importância para resolver a questão (DWORKIN, 2002, p.42-43). E isso não significa que o princípio de menor peso deverá ser eliminado, apenas sua força foi mitigada num determinado caso, mas poderá ter maior peso em outro.

O mesmo não ocorre com as regras. Conforme diz Dworkin (2002, p.43), “[...] se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida” e os critérios para determinar qual regra é válida geralmente estão expressos no próprio ordenamento jurídico. E, certamente, uma delas será considerada inválida e poderá ser retirada do ordenamento.

Portanto, Dworkin considera o direito um conjunto de regras e princípios e não apenas regras como o positivismo.

Outro ponto crítico da teoria do direito de Dworkin em relação ao positivismo jurídico é em relação ao poder discricionário do juiz. Esse poder discricionário do juiz seria aplicado nos casos difíceis, ou seja, quando o juiz não conseguisse subsumir claramente uma questão a uma norma jurídica existente no ordenamento jurídico. Nessas situações o juiz depois de analisar todo o processo teria o poder discricionário de decidir em favor de uma ou de outra parte (DWORKIN, 2002, p.127).

Tudo isso é inadmissível para Dworkin, pois o juiz estaria criando novos direitos e aplicando retroativamente ao caso concreto.

Segundo Dworkin, isso seria antidemocrático, pois cabe ao legislador criar as normas de um ordenamento jurídico e não ao juiz, e ofenderia a irretroatividade do direito, uma vez que as normas devem ser anteriores aos fatos. Além do mais “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, 2002, p.127).

Ainda consoante à teoria de Dworkin (2002, p.129), quando um juiz cria novos direitos este não estaria legislando. Para sustentar esse posicionamento, Dworkin traz um novo conceito para a sua teoria do direito, que são os argumentos de política e os argumentos de princípio.

Resumidamente, “[...] os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. E noutra vertente, “[...] os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2002, p. 129).

Diante disto, se os juristas fossem legisladores segundos, estes poderiam dar decisões baseadas tanto em argumentos de política, quanto em argumentos de princípios. Entretanto, Dworkin defende que os juristas devem basear suas decisões em argumentos de princípios, pois cabe ao jurista cuidar de interesses individuais. Além disso, caberia ao legislador utilizar os argumentos de política, pois este tem o dever de observar os interesses da sociedade (DWORKIN, 2002, p.131-135).

Voltando à questão dos casos difíceis, Dworkin cria a figura do juiz Hércules para resolvê-los. Esse juiz Hércules é um “[...] jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” e que, além disso, “ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição” (DWORKIN, 2002, p.165). Portanto, Hércules é um juiz que deverá decidir os casos difíceis baseado nos princípios que fazem parte da história jurídica e que regem aquela comunidade. Dessa forma, Hércules não estaria criando novos direitos.

Como se nota, Dworkin, com a figura do juiz Hércules, simboliza um juiz comprometido com seu trabalho. Dessa forma, o juiz

para proferir uma sentença deverá analisar todo o ordenamento jurídico do Estado, desde as leis, os princípios e as outras sentenças já produzidas. Isso é importante para evitar decisões conflitantes e dar coerência ao ordenamento jurídico (DWORKIN, 2002, p. 165-168).

Além disso, Dworkin (2002, p. 179-180), afirma que são argumentos de princípio que tem a capacidade de influenciar decisões futuras, ou seja, eles têm uma força gravitacional que atraem todas as decisões posteriores. Já os argumentos de política tem sua força restrita ao momento da sua promulgação, pois se referem às táticas do Poder Legislativo.

E, consoante o pensamento de Dworkin, o juiz Hércules deve abordar todos os casos sem deixar emendas, como uma teia inconsútil. Ou melhor

[...] ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (DWORKIN, 2002, p. 182).

Como se vê, para Dworkin sempre haverá uma resposta certa dentro do ordenamento jurídico para todos os casos concretos. Essa resposta deverá ser baseada nos princípios existentes e caberá ao juiz investigar qual se aplica ao caso.

Ainda de acordo com a teoria do direito em Dworkin, cabe ao teórico do direito interpretar a prática social, já que o Direito “[...] é uma prática social de característica argumentativa” (SGARBI, 2009, p. 174). Para justificar essa ideia, Dworkin usa a interpretação construtiva e o romance em cadeia.

No que tange a interpretação construtiva, esta é, em linhas gerais, “uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam” (DWORKIN, 2007, p. 63). Ou seja, para Dworkin a interpretação da prática social se preocupa com seu propósito e não com sua causa.

Para melhorar a aplicabilidade dessa interpretação construtiva no estudo do Direito, Dworkin a divide em três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa.

Na primeira etapa pré-interpretativa “realiza-se a identificação e qualificação do objeto interpretado como pertencente a um determinado gênero” (SCARBI, 2009, p.181), isto é, faz-se uma análise abstrata de qual regra caberia no caso real.

Já na segunda etapa, a interpretativa, é necessário que “[...] o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa” (DWORKIN, 2007, p. 81), ou ainda o intérprete não pode se ver criando uma nova prática social, ele deve se observar interpretando uma prática já existente, mesmo que esta prática não se adeque a todos os aspectos e as características encontradas (DWORKIN, 2007, p. 81).

Por fim, na terceira etapa, chamada de pós-interpretativa ou reformuladora, o intérprete faz um ajuste da “[...] sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir a justificativa que ele aceita na etapa interpretativa” (DWORKIN, 2007, p. 82). Noutras palavras, o intérprete vai adequar a prática social as características encontradas na fase pré-interpretativa e interpretativa. Diante disso, a prática social poderá permanecer a mesma, se expandir ou se restringir.

Toda essa compreensão se faz necessária, pois os juristas apenas interpretam o direito, já que todo o trabalho de criação normativa é feito pelo Poder Legislativo. E Dworkin assinala que esse é o grande problema a ser enfrentado pelos intérpretes do Direito, dar um propósito aos textos, dados e tradições que estarão interpretando.

Por conseguinte, Dworkin compara o direito à literatura e traz a ideia do romance em cadeia. Nesse romance em cadeia, Dworkin salienta que

[...] ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconte-

ceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então (DWORKIN, 2005, p. 238).

Dessa forma, cada juiz é como um romancista em cadeia. Cada vez que esse juiz produzir uma decisão, este deverá ter analisado todo o direito vigente e as decisões produzidas por seus antecessores.

Merece menção ainda, as duas dimensões estabelecidas por Dworkin dentro do romance em cadeia. A primeira é referente à adequação, em que é analisado o grau de envolvimento do escritor com a trama, se ele cumpriu seu papel de romancista ao escrever a sua parte na obra. E a segunda dimensão é a interpretação. Agora o autor é submetido a uma análise mais ampla, pois se avalia se dentre todas as possibilidades interpretativas o autor escolheu a que reflete melhor a trama (DWORKIN, 2007, p. 277-278).

Portanto, o direito é como uma obra narrativa em eterna construção. Pois os interpretes do direito deverão analisar novos personagens e cenários contextualizados no tempo histórico vivido, sem ignorar os capítulos anteriormente redigidos.

Resta agora a aplicação da teoria do Direito em Dworkin no difícil caso em questão: o direito a morte digna do paciente em estágio terminal de sua doença.

MORTE DIGNA: UM CASO DIFÍCIL

O direito a morte digna é um caso difícil primeiro porque juridicamente esse direito não existe explicitamente no ordenamento jurídico. Em segundo lugar, a sociedade, na busca incessante da beleza, da perfeição, do crescimento econômico e tecnológico, tenta, a qualquer custo, se afastar da morte (RÖHE, 2004, p.61).

Inicialmente, antes de adentrar na discussão, convêm conceituar a eutanásia, devido algumas confusões terminológicas existentes.

Neste trabalho, foi adotado o seguinte conceito de eutanásia: “[...] possibilidade de abreviar a vida humana, quando para o indivíduo esta não parece ser mais digna de ser vivida” (LEITE, 2009, p.137). Este ato seria movido pela compaixão diante de uma pessoa acometida por uma doença grave e sem possibilidade de cura, com o intuito de amenizar o seu sofrimento através da antecipação da morte.

Sempre que a eutanásia for produzida por uma conduta que leva o doente à morte, como a administração de um medicamento, chama-se eutanásia ativa. Já quando se retira o suporte físico e medicamentoso de vida do enfermo, diz-se que é eutanásia passiva. Sendo que, ambas as modalidades, ativa e passiva, podem ocorrer a pedido do próprio doente, de forma voluntária, ou a pedido de terceiros, de forma involuntária, quando há a incapacidade de o doente manifestar sua vontade (DINIZ, 2007, p.298).

A eutanásia passiva, descrita acima, é também denominada de ortotanásia (RÖHE, 2004, p.14). Esta foi regulamentada pela Resolução 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (2006) nos seguintes termos:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Entretanto, é difícil analisar em que momento o paciente ou indivíduo perde a sua dignidade, pois cada ser humano tem sua própria concepção.

Mas, depois de tudo o que foi exposto, um pensamento é certo, que a dignidade da pessoa humana repudia qualquer forma de instrumentalização e coisificação do ser humano. Além disso, todos os homens são dotados de liberdade e autodeterminação perante a sua existência.

Sobre este aspecto, é por demais desumano e indigno obrigar uma pessoa a viver conectada a aparelhos de respiração, na depen-

dência de terceiros para a mobilização de seus corpos, privadas das sensações agradáveis como saborear uma comida ou sentir o vento no rosto. Resumindo, obrigar uma pessoa a estar viva biologicamente apesar de não poder saborear os prazeres que a vida tem a oferecer.

Diante disso, o paciente em estado terminal tem o direito de reivindicar sua morte digna, ou no caso de incapacidade de sua parte, os familiares podem fazer isso por ele. Já que o homem pressa tanto por sua liberdade de escolhas e sua autodeterminação, nada mais justo que a liberdade de decidir sobre a própria morte, quando a vida deixa de ser digna.

Mas, como já foi dito, a eutanásia não é regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro. Diante disso, o juiz estaria diante de um caso extremamente difícil ao se deparar com um pedido de morte digna.

Voltando a teoria de Direito em Dworkin, o juiz ao se deparar com o pedido de morte digna através da prática da eutanásia, tem que aplicar o direito existente e não pode inventar novos direitos, pois estaria atuando como legislador. Com isso, o juiz deve olhar para o caso e encontrar qual o princípio ou regra se aplica.

Para resolver isso, Dworkin orienta a aplicação dos argumentos de princípios. Além disso, o direito é uma questão de interpretação dos fatos sociais. Dessa forma, o juiz deverá buscar dentro do ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de conceder o direito à morte digna ao paciente terminal sem instabilizar toda a sistemática jurídica.

Nessa situação, não se deve analisar a eutanásia por sua legalidade ou não. Deve ser feita a análise sistemática do ordenamento jurídico, da ordem fundante da justiça e verificar se há possibilidade do indivíduo diante de uma doença em estágio terminal tem o direito a uma morte digna.

Dessa forma, o juiz deverá buscar primeiro na Constituição da República um fundamento inicial para tomar a decisão. Em seguida deverá buscar nas leis esparsas se existe alguma norma tutelando a questão. E por fim deverá fazer uma análise das decisões tomadas pelos tribunais em casos idênticos ou semelhantes.

Ao seguir essa lógica, a Constituição da República ao consagrar a dignidade da pessoa humana como seu princípio fundante, já traz, de certa forma, a solução para o caso dos pacientes em estágio terminal requererem o direito a morte digna, como visto no primeiro tópico.

Além disso, o próprio legislador constituinte relativizou o direito a vida, com isso não se pode obrigar nenhum indivíduo que esteja padecendo de uma doença incurável permanecer vivo apenas biologicamente, já que a vida tutelada pelo direito é a vida artificial.

Acresça-se a isso, a possibilidade da prática de eutanásia passiva pelos médicos. Então se um médico pode suspender um tratamento diante da impossibilidade de cura da doença, o indivíduo tem o direito a se recusar a receber um tratamento desumano e degradante e requerer o direito a morrer dignamente.

Insta esclarecer que ao aceitar a morte digna, não se está banalizando ou refutando a vida. O que se quer é o direito de escolha, o exercício da liberdade de por fim a própria vida de uma forma menos dolorosa e sofrida.

Resta agora analisar o entendimento do Superior Tribunal Federal (STF) acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. Pois como foi dito, o juiz deve ser o narrador de uma história e o direito deve ser escrito de forma a manter uma uniformidade de posicionamentos, como num romance em cadeia.

Infelizmente, nem o STF tem uma resposta acabada sobre os limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Mas, em vários julgados o STF entende que a dignidade da pessoa humana repudia a coisificação e instrumentalização da pessoa humana e traz a ideia da dignidade como autodeterminação e liberdade de escolhas do indivíduo.

Tal entendimento do STF pode ser encontrado no RE 398.041 de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, no RE 541.627 de relatoria da Ministra Ellen Gracie, na [ADI 3.510](#), cujo relator foi o Ministro Ayres Britto, na [ADPF 153](#), que teve como relator o Ministro Eros Grau, no [ARE 639.337-AgR](#) de relatoria do Ministro Celso de Mello, no [RE 477.554-AgR](#), também de relatoria do Ministro Celso de Mello, no mesmo sentido a [ADI 4.277](#) e [ADPF 132](#) de relatoria do Ministro Ayres

Britto, a ADPF 54 que teve como relator o Ministro Marco Aurélio e o Inq. 3.412 de relatoria da Ministra Rosa Weber.

Nesses julgados os Ministros elevam o princípio da dignidade da pessoa humana ao patamar de postulado e vetor-fonte de todo o ordenamento jurídico pátrio. Em seguida elegem a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, a autodeterminação, o pluralismo, a intimidade, a não discriminação e a busca da felicidade como valores supremos da sociedade brasileira. E por fim dizem que a dignidade humana não tem preço, que ao ser humano não se pode atribuir um valor, pois este atributo é do objeto, da coisa e nenhum ser humano pode ser tratado como coisa ou objeto.

Portanto, um juiz pode conceder o direito a morte digna ao indivíduo em estágio terminal de uma doença sem contrariar o ordenamento jurídico posto. Pois, ao fazer isso, o juiz estaria interpretando o direito de acordo com as novas necessidades sociais, mas manteria a unidade do ordenamento jurídico e nem estaria inventando novos direitos. Já que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Diante disso, a sociedade e nem as autoridades parlamentares e jurídicas podem ignorar a relevância de se inserir a eutanásia ao ordenamento jurídico brasileiro. Para isso ocorrer, a eutanásia deve ser vista como uma morte digna. Entretanto, enquanto essa mudança legal não ocorre, o indivíduo tem o direito de ter uma morte digna, sem dor e sem sofrimento, de acordo com a interpretação dada ao princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria do direito em Dworkin.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade dá a vida um valor inestimável. Atualmente há uma busca incessante da beleza, saúde e vitalidade do corpo. Todos os dias aparecem novas técnicas para prolongar a vida das pessoas, tais como pílulas antienvelhecimento, dicas de alimentos que retardam a morte das células, técnicas cirúrgicas cada vez menos invasivas, dentre outros.

Nessa vertente, a tecnologia permitiu que aparelhos cada vez mais sofisticados fossem colocados no mercado. Com isso, milhares de pessoas são mantidas vivas nos hospitais pelo Brasil e pelo mundo conectadas a esses aparelhos. É inegável, que toda pessoa quer ser curada das doenças que a acometem. Entretanto, existe um momento que o tratamento se torna tão doloroso e insuportável para a pessoa que só restaria para ela o desejo de uma morte digna. Mas a eutanásia ainda é equiparada ao homicídio no direito pátrio.

Nesse momento, vem à tona o princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio tão celebrado pela comunidade jurídica após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988. Extrai-se desse princípio que um indivíduo tem que ser capaz de gozar de sua liberdade, autodeterminação, liberdade, imagem, resumindo, de todos os seus atributos físicos, psíquicos e sociais. Por isso, dignidade vai além da vida biológica.

Além disso, a dignidade da pessoa humana repudia todas as formas de instrumentalização e coisificação do ser humano e considera que ele deve ser considerado um fim em si mesmo. Infelizmente, isso se tornou uma prática comum nos hospitais devido à obstinação terapêutica, uma vez que as equipes médicas sentem-se fracassadas diante de doenças e quadro clínicos irreversíveis. Com isso, acabam prolongando e submetendo as pessoas doentes a tratamentos desnecessários e que não trarão a cura da doença.

Diante disso, é necessário invocar a teoria do direito em Dworkin, pois esta teoria garante a solução de todos os casos, inclusive os difíceis. Para isso, Dworkin considera o direito um conjunto de regras e princípios. Além disso, traz à tona a impossibilidade do julgador atuar com discricionariedade diante dos casos. Ou seja, os juízes devem interpretar o direito vigente e não criar novos direitos. Dessa forma, o juiz está vinculado ao ordenamento jurídico posto e deve sempre encontrar a resposta correta dentro dele. Acresça-se a isso, o fato de Dworkin considerar o direito como uma obra narrativa em eterna construção. Com isso, cada juiz estará escrevendo um capítulo dessa história como num romance em cadeia.

Por conseguinte, o juiz ao analisar um pedido de morte digna no Brasil, estará narrando uma parte da história do direito e deve encontrar a resposta dentro do próprio ordenamento já que a eutanásia é equiparada ao homicídio.

Então, ao fazer a análise doutrinária e jurisprudencial do princípio da dignidade da pessoa humana fica claro direito a morte digna de m indivíduo que perdeu a dignidade de viver devido a uma doença incurável e em estágio terminal. E para conceder essa ordem de morte digna, o juiz não está criando novos direitos, está apenas aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana de acordo com o entendimento da doutrina e jurisprudência.

Portanto, as autoridades jurídicas não podem negar o direito de uma pessoa morrer dignamente. Pois todo indivíduo que gozou de uma vida plena e digna deve ter o direito de reivindicar seu direito a uma morte digna quando a vida não lhe parecer mais digna de ser vivida.

REFERÊNCIAS

Argentina aprova lei da “morte digna”. **Estadão**, São Paulo, 9 maio 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/internacional,argentina-aprova-lei-da-morte-digna,870880,0.htm>>. Acesso em: 19 maio 2012.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Presidência da República e Casa Civil. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 19 set. 2012.

_____. Presidência da República e Casa Civil. **Código penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 20 set 2012.

_____. **Reforma do código penal**: relatório e anteprojeto de lei. Disponível em: http://www.mpdft.gov.br/portal/pdf/unidades/procuradoria_geral/nicceap/legis_armas/Legislacao_completa/Anteprojeto_Codigo_Penal.pdf. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 477.554**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

Dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade e o direito a morte digna do paciente terminal

jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Inquérito n. 3.412**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário n. 398.041**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570361>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

_____. Superior Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário n. 541.627**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=563991>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 52-55.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. 1997. Disponível em <<http://www.iea.usp.br/artigos>>. Acesso em: 26 set. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1805/2006**. Dispõe sobre a Ortotanásia. Disponível em: <http://www.portal-medico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 19 set. 2011.

DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 295-307.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelso. **Direito civil: Teoria Geral**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.106-170.

Em 2010 esperança de vida ao nascer era de 73,48 anos. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**, 01 dez. 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2032&id_pagina=1>. Acesso em: 08 nov. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEITE, George Salomão. Direito fundamental a uma morte digna. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e Estado constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137-162.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. revisão ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77-96.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 170-172.

RÖHE, Anderson. **O paciente terminal e o direito de morrer**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. versão atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade e o direito a morte digna do paciente terminal

SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. In: SGARBI, Adrian. **Ronald Dworkin**: levando os direitos a sério. 2 ed. versão ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 147-168.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 95-105.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. versão e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 552-562.

Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?

FERNANDA GOMES PEDRONI¹

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 resguarda a livre iniciativa e os valores sociais do trabalho como fundamentos da República, os quais, ao serem aplicados, devem visar o equilíbrio, de modo que a dignidade da pessoa humana seja alcançada.

Necessário reconhecer, contudo, que a saúde e a segurança do trabalhador, direitos fundamentais às vistas da Carta Magna de 1988, podem ser considerados limites ao desenvolvimento econômico das empresas e indústrias do País, de modo que as normas trabalhistas surgem como ferramenta para tutelar a relação empregatícia.

Não obstante, na prática, inúmeras são as situações em que há a sobreposição dos interesses lucrativos sobre os trabalhistas, tal como ocorre com a exploração do Amianto, eis que este mineral apresenta elevado teor carcinogênico, provocando doenças respiratórias e pulmonares naqueles que trabalham em contato com o mesmo.

O assunto é muito delicado na medida em que envolve o emprego de milhares de pessoas, a circulação de volumoso capital e o preceito constitucional de livre iniciativa, mas também os direitos dos trabalhadores brasileiros desta indústria já resguardados.

¹ Advogada; graduada pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PROBLEMÁTICA DA EXPLORAÇÃO DO AMIANTO

A liberdade de explorar o mineral amianto à luz do princípio da livre iniciativa

Conforme os ensinamentos de Rogério Roberto G. de Abreu (2008, p.74), conceitua-se a liberdade de iniciativa como aquela garantida aos indivíduos que se inserem na economia com o objetivo de, a partir da utilização dos meios disponíveis, alcançar os fins de uma sociedade capitalista, estando tal liberdade limitada aos preceitos constitucionais.

No Brasil, em 1967, a livre iniciativa passou a adquirir caráter de norma programática de eficácia limitada, caracterizando-se, portanto, como instrumento para o alcance da justiça social, conforme ensina Idevan César R. Lopes (2005, p.78). Porém, por força dos ideais econômicos neoliberais, os direitos à saúde e à segurança do trabalhador são amplamente desrespeitados.

A indústria do mineral Amianto, existente desde os primórdios, quando o mineral ainda era utilizado apenas pelos povos para reforçar utensílios de cerâmica, tornando-os refratários (AZEVEDO, 2007, p. 35), é uma prática empresarial que, diante da livre iniciativa e da tímida intervenção estatal no Brasil, enseja prejuízos a médio e longo prazo ao empregado que lida com a exploração deste mineral.

Diante disto, no contexto de Estado Democrático de Direito, necessário se faz limitar a livre iniciativa, uma vez que, apesar de buscar o desenvolvimento da economia, é preciso, também, resguardar os direitos sociais trabalhistas. Tal limitação justifica-se, evidentemente, pela inserção dos Princípios da livre iniciativa e do valor social do trabalho no mesmo dispositivo constitucional, o que se deu de forma intencional pelo legislador originário, isto porque, conforme entende Ana Paula Tauceda Branco (2007, p.73)

[...] a Constituição do Brasil não pode ser compreendida apenas em função da lógica de um só desses princípios, posto que

seu conteúdo vai muito além das evidências que cada qual deles isoladamente demonstraria, especialmente quando nos atemos ao Princípio Jurídico Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse viés, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, corolário da Constituição da República Federativa do Brasil, visa resguardar os direitos mínimos existenciais, consubstanciando-se, também, em verdadeira fonte para outros princípios constitucionais, tais como os princípios da livre iniciativa e do valor social trabalhista.

Evidencia-se, portanto, inadmissível permitir que os direitos à saúde e à segurança daqueles que laboram no ramo de exploração do amianto sejam relativizados pelos interesses claramente lucrativos do empresariado brasileiro.

O direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador

Os direitos do trabalhador à saúde e à segurança têm por fim resguardar o bem-estar físico, social e mental dos trabalhadores, bem como a sua integridade física no ambiente de trabalho.

Juntamente com outros direitos sociais, característicos da segunda dimensão de direitos fundamentais, os direitos à saúde e à segurança daqueles que se prestam ao trabalho encontram embasamento constitucional no caput do artigo 6º, e no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal.

Em âmbito internacional, as convenções da OIT, em especial as de número 148² e 155³, as quais versam sobre, respectivamente,

² Com efeito, o artigo 4.º da referida Convenção determina que “1. A legislação nacional deverá dispor a adoção de medidas no lugar de trabalho para prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, o ruído e as vibrações e para proteger os trabalhadores contra tais riscos”.

³ O artigo 4.º da Convenção em comento aborda o objetivo primordial trazido pela mesma, qual seja “1. Todo Membro deverá, mediante consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores interessadas e tendo em conta as condições e prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho.”

meio ambiente de trabalho (ruído e vibrações) e segurança e saúde do trabalhador, também tutelam esses direitos, condicionando a sua efetivação ao local em que se desenvolvem as atividades, local em que deve, portanto, prevalecer a dignidade humana.

Nesse liame, em virtude do Princípio Protetor previsto constitucionalmente no artigo 7º, caput, tem o empregador o dever de conferir um ambiente de trabalho digno àqueles que lhe prestam serviço, garantido, assim, a plenitude de direitos que, como já visto, são indispensáveis e invioláveis.

Assim, íntima é a relação entre os direitos trabalhistas e o meio ambiente de trabalho, o qual se caracteriza como obrigação a ser assumida pelo empregador, uma vez que, somente é possível garantir a eficácia dos direitos obreiros quando o ambiente oferece condições favoráveis para o desempenho das funções.

Em que pese as obrigações a serem assumidas pelo empregador, pontua Monica Maria L. de Moraes (2002, p.125) ser imprescindível a “[...] conscientização do empregador na aplicação e no respeito aos textos legais”, isto porque para que o empregado seja de fato afastado das possíveis lesões a que está submetido no meio ambiente de trabalho, é preciso que o respeito parta da tomada de consciência daquele que emprega. Além disso, a situação subordinativa inerente à relação de emprego implica e solidifica a “aceitação” por parte dos trabalhadores de situações lesivas, vez que submetidos aos ditames patronais.

Não obstante tais fatores, registre-se, ainda, ser relevante a postura das categorias profissionais e do Poder Público, as quais, apesar de indispensáveis ao devido resguardo do meio ambiente trabalhista, investem de forma tímida na defesa obreira, tendo em vista a prioridade das causas econômicas e os desfalques estruturais sofridos, como é o caso do Poder Executivo (MELO, 2005, p.213-214).

Percebe-se, portanto, que esses inúmeros elementos condicionadores à concessão e à manutenção do ambiente de trabalho digno, dão azo ao constante desrespeito às normas trabalhistas, como se verifica no caso da exploração do Amianto.

Consequências jurídicas diante do desrespeito ao direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador

Impulsionar a livre iniciativa em detrimento dos interesses sociais e direitos adquiridos ao longo dos anos pelos trabalhadores significa admitir a lesão aos direitos fundamentais ao meio ambiente de trabalho equilibrado e à dignidade da pessoa humana.

Visando a amenização dos efeitos danosos aos empregados no meio ambiente de trabalho, o ordenamento jurídico criou como solução a chamada pecuniarização dos direitos à saúde e à segurança, a qual corresponde ao pagamento de adicionais de periculosidade e insalubridade (FAVA, 2009, p.108).

Insta informar que, enquanto o adicional de periculosidade visa a proteção contra fatores de risco de morte, o adicional de insalubridade tem por fim proteger o empregado dos riscos de adoecimento, fazendo com que o pagamento seja efetuado quando não for possível afastar o risco da situação a que o empregado é exposto. Além dos adicionais, o instituto da responsabilidade civil do empregador pelos acidentes de trabalho configura outra forma de se compensar a ofensa aos direitos trabalhistas em comento, tendo em vista o seu caráter sabidamente preventivo e reparatório.

Outrossim, sabe-se que, a partir do direito constitucionalmente previsto, a ação judicial também se afigura como medida de amenização e reparação das lesões aos direitos sociais obreiros. Em 2011, inclusive, conforme informações estatísticas extraídas do site do Tribunal Superior do Trabalho, a cada cem mil habitantes, oitenta e oito ingressaram com ação ou recurso no Tribunal Superior do Trabalho, duzentos e noventa e seis nos Tribunais Regionais do Trabalho e um mil e noventa e sete nas Varas do Trabalho, ou seja, foi constatado um crescimento de 1,91% das demandas em relação a 2010 (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2011).

Estes dados, certamente, são alarmantes e evidenciam não apenas a judicialização das relações trabalhistas, mas também o desrespeito com os direitos conquistados, a coisificação do trabalho

Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?

humano, a fragilidade do empregado perante o empregador e a fragilidade do sistema preventivo e fiscalizatório trabalhista.

Diante disso, não obstante os mencionados intentos criados, é possível perceber que a atual sistemática adotada pelo Brasil no intuito de solucionar e amenizar a situação lesiva no ambiente de trabalho, em especial aos direitos à saúde e à segurança, mostra-se inócua, pois não apresenta uma solução de fato satisfatória.

Portanto, é preciso salientar que a saída encontrada para as lides trabalhistas, qual seja a indenização pelo dano que já foi causado, não pode ser admitida como suficiente, tampouco cabível. Necessário se faz atingir os níveis mais profundos da causa, atuando de forma a cessar aquilo que hoje é aceitável – a verdadeira “morte” do que se entende, desde 1988, como valores maiores e preceitos fundamentais daqueles que se doam na empreitada dignificadora.

A EXPLORAÇÃO DO AMIANTO E A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Aspectos gerais do amianto

Segundo informações extraídas do site da Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA, o mineral amianto consiste em um conjunto de substâncias as quais podem ser facilmente separadas em fibras altamente resistentes e encontradas em abundância na natureza, fatores que juntos promovem o interesse industrial em sua exploração.

Segundo a Convenção 162 da OIT, esse mineral pode ser encontrado em dois conjuntos de rochas metamórficas, quais sejam as serpentinas e os anfibólios. Enquanto as primeiras são representadas pelo crisotilo, também conhecido como asbesto branco, as segundas são representadas pela “actinolita, a amosita (asbesto pardo, cummingtonita-grunerita), a antofilita, a crocidolita (asbesto azul), a tremolita ou qualquer mistura que contenha um ou vários destes minerais” (artigo 2º, alínea *a*, Convenção 162 da OIT).

Das rochas acima elencadas, a espécie crisotila corresponde a mais de 90% da comercialização e circulação no mercado mundial, pois suas propriedades lhe conferem maior maleabilidade e capacidade de produção, sendo, por este motivo, bem como pelo fato de ser ainda sua exploração permitida no país, o mineral ao qual o presente artigo se dedicará com maior ênfase.

A partir do artigo “Desafios socioambientais contemporâneos” escrito por Fernanda Giannasi⁴ (GIANNASI, 2012) e publicado em junho de 2012 pelo site Planeta Saber, é possível identificar o surgimento do mineral amianto, o qual remonta aos primórdios da civilização, sendo, após a Revolução Industrial, destinado ao uso como isolante térmico de máquinas movidas a vapor, momento em que foram desenvolvidas pesquisas sobre os prejuízos acarretados à saúde humana pela utilização do mesmo.

Nesse viés, em 1906, resultados científicos apontaram para a gravidade da exploração do mineral, tendo em vista a identificação da sua alta capacidade de desenvolver em trabalhadores do ramo doenças graves e de cura impossível, tais como cânceres. Aliás, conforme a Associação Internacional de Seguridade Social, pelo menos três mil e quinhentos britânicos, em função do contato com a fibra, veem a óbito por ano, assim como, estima-se que nos Estados Unidos da América este número chegue a dez mil (MARTINS, 2012, p.35).

No Brasil, a utilização do mineral encontrou ascensão durante a Ditadura Militar, época marcada pelo forte setor industrial e pelas obras de infraestrutura e habitação recorrentes. Porém, foi em 1967, uma vez adquirida a autossuficiência produtiva do amianto a partir da descoberta da mina de Cana Brava - Minaçu (Goiás), que o Brasil adquiriu referência internacional entre os grandes fornecedores do mineral.

Registre-se que a mencionada mina, segundo Cláudio Viveiros (2009, p.13), ocupa o terceiro lugar entre as maiores minas de explo-

⁴ Fernanda Giannasi é Engenheira Civil e de Segurança do trabalho. Auditora-Fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego, desde 1983, lotada na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego em São Paulo, onde é Gerente do Programa Estadual do Amianto, hoje organizada em 7 estados da federação e em 10 grupos locais.

ração de crisotila do mundo e o primeiro lugar da América Latina, tendo como estimativa de produção para mais 60 (sessenta) anos.

Há que se falar, ainda, que a fibra apresenta (CARVALHO, 2009, p.11-12) uma série de características as quais fomentam tamanha utilização no ambiente industrial, dentre as quais merecem destaque: a resistência a produtos químicos e micro-organismos; boa capacidade de isolamento elétrica; durabilidade; estabilidade em ambientes com diferentes valores de pH; incombustibilidade; e, baixa condutividade térmica.

Conforme assinala Cláudio Viveiros de Carvalho (2009, p.12-13), o amianto é objeto de vários segmentos industriais, tais como as de fibrocimento, produtos de fricção, têxtil, papéis e papelão, além das indústrias voltadas para a produção de juntas de vedação, como as utilizadas em aviões supersônicos e foguetes, bem como as indústrias produtoras de cloro-soda, as quais também representam utilização significativa da fibra. No Brasil, vale frisar, o amianto é utilizado, primordialmente, na produção de cimento, telhas e tecidos. Dessa forma, as propriedades somadas à facilidade de ser encontrado no meio ambiente natural e o seu preço inferior, se comparado aos produtos concorrentes, fazem com que o amianto seja de fato um atrativo ao empresariado.

Entretanto, não obstante os benefícios à economia, o mineral acarreta, de forma mais enfática e alarmante, prejuízos irremediáveis à saúde e à segurança daqueles que laboram no ramo.

O consultor jurídico da Câmara dos Deputados, Cláudio Viveiros de Carvalho (2009, p.07), explana que, uma vez inaladas, as fibras do amianto se depositam sob estruturas pulmonares, como brônquios e alvéolos, e passam a ser envolvidas pelas células macrófagos e pneumócitos tipo I, as quais transportam as substâncias para outras estruturas pulmonares, acarretando, assim doenças das mais diversas.

Entre uma série de doenças provocadas pela exposição do homem ao amianto já catalogadas destacam-se algumas: asbestose (fibrose pulmonar), sendo seus sintomas percebidos apenas após dez anos de exposição à fibra; doenças pleurais; cancro do pulmão;

e mesotelioma, sendo o espessamento das placas pleurais a mais recorrente e a asbestose a mais conhecida entre as patologias.

Destaque-se que, em pesquisa recente, realizada pela Comissão Interministerial do Amianto, constatou-se que a frequência de mortes em decorrência da doença mesotelioma no Brasil cresceu de 42 (quarenta e dois) para 57 (cinquenta e sete), entre os períodos de 1996 e 2000, os quais totalizaram 312 (trezentos e doze) mortes (CARVALHO, 2009, p.10).

Além disso, dados fornecidos pela Carta Capital (MARTINS, 2012, p.35) apontam que em dez anos (entre 2000 e 2010) no Brasil aproximadamente dois mil e quatrocentos brasileiros faleceram em virtude do contato com o minério, sendo que “ao todo, foram 1.298 óbitos por neoplasias malignas da pleura (a membrana que reveste o pulmão), 109 por placas pleurais, 156 por pneumoconiose e 827 óbitos por mesotelioma”. Desta forma, frise-se novamente que a exposição ao amianto é comprovadamente prejudicial a todos aqueles que direta e indiretamente ligados a ele.

No tocante ao tratamento dado ao mineral pelos países, tem-se que, atualmente, cerca de sessenta e seis países proibiram todo e qualquer contato com o amianto visando garantir os direitos trabalhistas em equilíbrio com desenvolvimento econômico, inclusive o tipo crisotila, o qual no Brasil o uso é, ainda, permitido de forma controlada por se acreditar na inofensividade do mesmo a partir da utilização de EPI's e fiscalização por parte dos empregadores e órgãos competentes.

Nesse viés, de acordo com a Norma Regulamentadora 15 (anexo 12) e a Lei 9.055/95, no Brasil, a exploração do amianto anfibólio é proibida, sendo admitida, por outro lado, a exploração do amianto crisotila, cujas fibras caracterizam-se como finas, sedosas e flexíveis e sua medida corresponde a, no máximo, 40 milímetros, pelo fato de se acreditar na sua inofensividade a partir da utilização de EPI's e fiscalização por parte dos empregadores e órgãos competentes.

Obtempera, Fernanda Giannasi, contudo, que o Ministério da Saúde francês, já no ano de 1996, por meio de um Relatório do INSERM (INSTITUT NATIONAL DE LA SANTÉ E DE LA RECHERCHE MEDICALE), equiparou

Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?

[...] todas as fibras de amianto (crisotila ou anfibólios) no tocante ao seu potencial carcinogênico, independente de sua natureza mineralógica, como já o fizera o IARC-International Agency on Research of Cancer (1987), acabando com a polêmica que somente os anfibólios eram responsáveis pelo aparecimento de tumores, em especial o mesotelioma (2002, p.6).

Assim, em que pese a proibição do amianto anfibólio no país, não se pode afirmar que os trabalhadores estejam protegidos de doenças pelo contato com o mineral amianto crisotila, posto que as fibras, de ambos os grupos (crisotila e anfibólio), possuem o mesmo potencial cancerígeno.

Impera mencionar que, após alcançar a autossuficiência na exploração do Amianto Crisotila, com a descoberta da mina de Minaçu (Goiás), cuja produção representa aproximadamente 40% da arrecadação municipal, segundo cálculos da Comissão Nacional de Amianto (REIS; FEIJÓ. 2012), estima-se que cerca de três mil e quinhentos empregos são sustentados pela exploração do mineral e que, em todo o país, outras quinze fábricas empregam cerca de dez mil pessoas.

Nesta senda, trava-se uma infinita disputa de interesses entre aqueles que enriquecem e lucram com a atividade em comento e aqueles que dedicam suas vidas ao trabalho nas minas da morte.

De um lado estão os representantes da indústria de exploração do mineral no Brasil, os quais argumentam que a proibição da atividade no País trará exorbitantes transtornos à economia regional e nacional, mas também à população, tendo em vista que muitos perderiam sua fonte de sustento. No entanto, tal premissa não se sustenta, posto que a substituição do Amianto por outras substâncias traria a inovação de empresas e de trabalhos (GIANNASI, 2002, p.14).

No país, a Lei Federal 9.055 de 1995 permite o uso da substância amianto na fabricação de produtos, o que gera importante arrecadação tributária, bem como volumosas ofertas de emprego. Porém,

[...] as mesmas características que tornam o amianto economicamente atrativo são as principais responsáveis por seu

potencial carcinogênico, o que levou 58 países a proibirem-no formalmente, desde a iniciativa pioneira da Islândia, em 1983 (SILVA; ETULAIN. 2010, p.10).

Desta forma, embora haja previsão legislativa que regule o uso do amianto, é preciso reconhecer que não há mais justificativa para manter a exploração dessa substância no mercado brasileiro, posto que seus reflexos na saúde dos trabalhadores são incomensuráveis e superam, claramente, qualquer benefício econômico.

Além disso, pelo exposto, é possível aferir que a preservação do direito à saúde e à segurança do trabalhador motivou substancialmente a adoção de medida proibitiva da exploração do Amianto por diversos países.

Tal realidade lesiva persistente no Brasil pode ser atribuída ao uso controlado que visa incutir na sociedade a crença de que já não existem doenças pelo contato com o Amianto, o que não é verdade, pois o “controle” mostra-se falho em relação às pequenas jazidas localizadas em estados, como Minas Gerais, Alagoas e São Paulo e nos setores empresariais pequenos, como os familiares (GIANNASI, 2002, p.12 e p.05).

Com efeito, no Brasil, segundo entrevista concedida pelo Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Augusto César Leite de Carvalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2012), e disponibilizada pelo site do Tribunal, a medida adotada é a indenização na forma de dano moral, de modo que o empregador seja responsabilizado pelos efeitos nocivos causados pela exposição ao produto. Porém, saliente-se que, para o referido ministro, assim como outros ilustres entendedores do tema, tal como Fernanda Giannasi, a questão não se limita apenas a trabalhadores e ex-trabalhadores, mas também as pessoas para ocupacionais indireta ou ambientalmente expostas, isto é, toda a sociedade.

Desta forma, diante das recorrentes discussões sobre o tema no Brasil, em que se trava uma disputa entre a busca pelo capital e a proteção dos direitos à saúde do trabalhador e ao trabalho digno, o que, certamente, deve prevalecer são os direitos do trabalhador.

Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?

Afinal de contas, ao lidar com o tema Amianto, impossível deixar de fazer menção ao Princípio da Proteção do Trabalhador, basilar do Direito do Trabalho, a partir do qual,

[...] o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho. (DELGADO, 2012, p.193).

Como anteriormente visto, a busca pelo enriquecimento e lucro denuncia há anos situações de grandes impactos negativos à sociedade, no entanto, até hoje muito pouco foi feito para cessar tal lesiva situação no Brasil, denotando a persistente fragilidade trabalhista em nosso sistema.

A legislação infraconstitucional

Uma vez analisado o mineral amianto sob uma ótica mais ampla da questão, passa-se à análise do mesmo sob o ponto de vista legal que vigora no Brasil, o qual engloba a Convenção 162 da OIT, a Lei 9.055/95 e as Leis estaduais do Rio Grande do Sul e de São Paulo.

A partir da Convenção 162 da OIT, Convenção sobre o Amianto, restou determinado que, necessariamente, as leis nacionais seguiriam as diretrizes conceituais convencionalmente determinadas, sujeitando-se, inclusive, a possíveis alterações diante das inovações tecnológicas e científicas (artigo 3º, parágrafo 2). A Convenção, entre outros, determina a proibição do Amianto, contudo faz uma ressalva no sentido de ser o uso do crisotilo autorizado caso não seja verificada a possibilidade de substituição por outros produtos ou caso não seja a saúde do empregado exposta a riscos.

Neste viés a Convenção em análise, como um todo, prevê diversas formas de se proteger os direitos trabalhistas, seja por meio de monitoramento do ambiente ou da saúde (artigos 20 e 21), seja por meio de fornecimento de equipamentos de proteção adequados ou

pelo controle dos níveis de exposição ao mineral (artigo 15), o que seria plenamente admissível caso inexistissem provas de que o mineral anfibólio (permitido no país) é também capaz de causar doenças.

Assim, percebe-se que, em que pese a orientação da convenção no sentido de lançar alternativas como meio de amenizar ou extirpar os efeitos danosos, os quais, repita-se, são comprovadamente gerados por qualquer tipo de fibra amiantífera, infelizmente, não é o que se observa no cenário brasileiro, permanecendo a situação lesiva.

Em 1995, foi promulgada a Lei federal 9.055, a qual versa sobre a extração, a utilização e a comercialização de asbesto e dos produtos compostos pelo mesmo. Se por um lado a Lei foi responsável por proibir todos os tipos de anfibólios, ampliando o rol de espécies do mineral vedadas no Brasil, por outro lado, no entanto, restaram autorizadas a extração, a utilização, a industrialização e a comercialização do amianto da espécie crisotila, mantendo-se o tratamento legal ora dispensado a ela.

De maneira complementar a tal dispositivo, a Lei 9.055 de 1995 estabeleceu a necessidade da observância de limites de tolerância no ambiente de trabalho, de modo que a Lei em comento passou a admitir o uso controlado do mineral amianto no Brasil.

Imprescindível mencionar, ainda, as leis estaduais que tratam do tema no Rio Grande do Sul (Lei 11.643 de 2001) e em São Paulo (Lei 12.684 de 2007), as quais representam, de fato, um grande avanço na legislação interna brasileira, tendo em vista estabelecerem, primordialmente, a vedação da produção e da comercialização de produtos à base de amianto em qualquer espécie nos respectivos estados.

Vê-se, portanto, que a situação da fibra de amianto no Brasil ainda não está pacificada, sendo a sociedade subordinada a conviver com um ordenamento jurídico conflituoso a respeito do tema e a suportar uma situação eminentemente lesiva.

A tese do uso controlado: verdades e mentiras

Conforme observado anteriormente, considera-se retrógrado o tratamento dado pela legislação brasileira ao tema, isto porque,

em que pese a visão internacional voltada para o banimento do asbesto, bem como as descobertas científicas sobre os impactos à sociedade e as possibilidades de substituição do mineral por outros produtos seguros, o legislador brasileiro, de modo geral, tem insistido em um tratamento permissivo de uso e exploração do amianto do tipo crisotila.

Neste momento, imprescindível afirmar que o persistente tratamento atribuído ao Asbesto no Brasil, extraído da Lei 9.055/95, surgiu de uma série de fatores pensados de maneira articulada em âmbito internacional, tendo em vista a preocupação dos exploradores da atividade diante da conscientização social dos efeitos da fibra, conforme aduz Fernanda Giannasi (2002, p.04).

No Brasil, o lobby empresarial que permeia o tema distorce a realidade ao sustentar que o uso controlado do amianto, também conhecido como uso seguro ou responsável, deve permanecer sob uma série de fundamentos. No entanto, os fundamentos que sustentam a teoria do uso seguro caem por terra, a partir dos argumentos esposados pela renomada auditora fiscal, Fernanda Gianassi, no texto “A construção de contra-poderes no Brasil na luta contra o amianto: a globalização por baixo”, senão vejamos.

Inverídica é a alegação de que a atividade de mineração está controlada, tendo em vista a existência da mina de Cana Brava no estado de Goiás, mas também de outras jazidas menores nos estados paulista, mineiro e alagoano, as quais suprem as necessidades quando, por exemplo, a oferta no mercado é baixa (GIANNASI, 2002, p.12).

Além disso, não é possível afirmar que a utilização do amianto no Brasil sempre se deu de modo responsável, pois, não obstante a proibição do amianto sob a forma de spray, conforme prevê o inciso II do artigo 1º, da Lei 9.055 de 1995, há provas de que o produto já foi utilizado no Brasil (GIANNASI, 2002, p.07).

No que tange à capacidade do amianto crisotila de provocar doenças ser inferior se comparada com as outras fibras de amianto, tal afirmativa também não prospera, posto que estudos já comprovaram, por diversas vezes, que de forma igual as fibras de amianto apresentam o mesmo potencial carcinogênico (GIANNASI, 2002, p.06).

Aliás, a Organização Mundial de Saúde (OMS) em Norma Descritiva n. 343 de 2010, reconhece expressamente que todas as formas apresentam potencial cancerígeno aos seres humanos, manifestando-se, inclusive, que trabalha na eliminação das enfermidades relacionadas oriundas do Asbesto, conjuntamente com a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Por fim, quanto à nocividade de produtos alternativos em relação ao amianto, não se pode olvidar que os malefícios causados pelo amianto estão além daqueles causados pelas substâncias alternativas, tais como as fibras de celulose (GIANNASI, 2002, p.09).

Há que se falar, ainda, sobre a hipótese de geração de desemprego diante do banimento da fibra, premissa esta inverídica. Explana Giannasi (2002, p.13-14), primeiramente, que a atenção deve se voltar em especial aos mineradores, os quais deverão receber tratamento diferenciado por meio da promoção “segura dos postos de trabalho (realocação, aposentadoria especial e mesmo antecipada) e a proteção social (tratamento, indenização) para as vítimas”. Em relação aos demais setores, entende que não haveria desemprego como defendido pela elite da indústria do amianto, tendo em vista que a substituição exige mão de obra qualificada, como já percebido na prática.

Entretanto, sabe-se que após a instalação de grandes indústrias de exploração de Amianto no Brasil, bem como após a descoberta do solo brasileiro como fonte para os próximos 50 anos a partir da exploração da mina localizada em Goiás (REIS; FEIJÓ. 2012), o empresariado amiantífero ganhou força extrema no Brasil, a ponto de influenciar em todos os âmbitos, inclusive o legislativo, e distorcer o trajeto o qual deveria ser seguido pelo Brasil, qual seja o banimento da fibra que mata.

Desta forma, percebe-se que a discussão sobre o tema ainda está em voga, sendo que, diante do poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal atua apenas discutindo a constitucionalidade das leis estaduais perante o ordenamento jurídico, sem se debruçar sobre o tema que é de fato relevante à sociedade: a possibilidade de adotar a política de tolerância zero ao amianto.

Tal posição da Suprema Corte é inadmissível, uma vez que, além de não solucionar a questão, mostra-se indiferente às inúmeras

mortes e destruições de famílias, como é o caso de Gisélia Vicentin, a qual tem sua chocante história relatada na matéria “A verdade oculta no telhado” redigida por Rodrigo Martins na Revista Carta Capital de setembro de 2012, senão vejamos.

A triste luta do marido de Gisélia, Aldo Vicentin, que faleceu após três meses da descoberta da doença, tem marco inicial em 1964, quando Aldo tornou-se empregado da empresa Eternit, laborando como descarregador de caminhões que transportavam amianto por apenas 04 anos e, após se formar no curso de Direito, passou a laborar em outras indústrias.

Foi apenas em 1995, quando já estava aposentado, que Aldo descobriu que seus antigos colegas de serviço haviam desenvolvido as graves doenças decorrentes do contato com o mineral Amianto e, sensibilizado, ajudou a fundar a Associação Brasileira de Expostos ao Amianto (ABREA), acreditando ser o único que não havia sido “contaminado” com a doença.

Porém, antes mesmo de poder comemorar as vitórias conquistadas pelo seu esforço na amenização e no combate ao Amianto,

[...] Vicentin teve extirpados o pulmão esquerdo, o diafragma e a pleura. Com fortes dores e dificuldade de respirar, faleceu um mês depois. “Aldo sabia que estava marcado para morrer. Antes da Internação, preparou todos os detalhes do velório e reuniu documentos para que eu pudesse processar a Eternit”, diz a viúva, voz trêmula. (2012, p.36)

Após ajuizar ação em face da empresa, em 13 de agosto de 2008, a família Vicentin recebeu indenização de trezentos mil reais, tendo sido a ré condenada pelo Juiz André Eduardo Dorster Araujo.

Além da história da família Vicentin, muitas outras podem ser relatadas, pois são inúmeras as vítimas de amianto pelo mundo inteiro, não obstante aparentemente no Brasil propagar-se ideia oposta, como se o número de pessoas acometidas por doenças ou que faleceram em virtude do contato com o Amianto fosse reduzido.

Por todo o exposto, resta evidente ser impossível a compatibilização entre as vertentes do direito trabalhista e da livre iniciativa

voltada para a produção e o uso do amianto, tendo em vista os preceitos da vida e da saúde tidos, certamente, como de maior relevância em face do interesse econômico, o qual, no caso, evidencia situação lesiva e resultados danosos à sociedade como um todo.

Ainda que apresentasse ofensa menor à saúde dos trabalhadores que mantém o contato com a fibra, tal mineral ainda assim deveria ser eliminado, uma vez que no mínimo causaria inevitavelmente doenças àqueles que mantêm contato direta e indiretamente com a mesma.

Portanto, tem-se que não restam motivos para manter a extração de uma matéria ou a produção e comercialização à base da mesma diante da constatação de que a sua consequência pode ser a morte de milhares de vidas, além da verificação de que diversos países têm adotado a posição de banimento de tal mineral.

Nesta senda, vislumbra-se a necessidade de criar uma lei federal que de fato possibilite o banimento da fibra como um todo que há tempos mata à surdina, reconhecendo-se, assim, uma conduta que vá além da reparação dos danos causados às pessoas, isto é, que alcance a prevenção. Tal lei certamente deve pautar-se nos procedimentos previstos constitucionalmente e ser elaborada pela União, que detém da competência para legislar sobre minerais e afins, mediante, inclusive, a correspondente revogação das leis federal e estaduais que vigem sobre o tema, de modo que além de se preservar a sistematicidade do ordenamento jurídico brasileiro, também se evite possíveis contradições normativas.

Forçoso se faz elucidar que, a visualização, na prática, dos efeitos da inovação legal depende, também, do exercício dos deveres públicos, ou seja, não basta a promulgação da Lei, é preciso, ainda, que os órgãos públicos efetuem de fato a tarefa de fiscalizar o meio ambiente de trabalho, para que os direitos trabalhistas a serem reconhecidos alcancem o plano prático.

Diante disto, nada mais justo que a fibra que dá causa todos os anos à morte de milhares de vidas no mundo inteiro, bem como ao adoecimento de milhares de pessoas e, muito mais que isso, à destruição de sonhos e lares, seja urgentemente banida do Brasil, de maneira

Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?

que se permita, assim, a substituição da mesma por materiais de fato compatíveis com os preceitos do Estado democrático brasileiro, o qual preza pela dignidade de seus cidadãos, a saúde e segurança de seus trabalhadores, bem como o equilíbrio do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a previsão constitucional no que tange à tutela dos valores sociais trabalhistas, a Constituição Federal de 1988 corretamente reconheceu o direito à livre iniciativa, o qual se caracteriza como essência para a atual conjuntura econômica brasileira.

Desta forma, diante do embate entre os mencionados valores constitucionais, imprescindível reconhecer que os direitos trabalhistas devem se sobrepor à busca pelo lucro, o que se dá pelo fato de a discussão lidar com a vida e a saúde de milhares de pessoas.

De modo exemplificativo, mas não menos relevante que outras hipóteses, a indústria de amianto, a qual se instala em dias atuais no Brasil, se perfaz dos dois valores: livre iniciativa e trabalhista.

Produto de tal indústria, o Amianto ou Asbesto, apresenta composição fibrosa de alta resistência, o que fez com que, há anos, a mesma fosse amplamente utilizada pelas sociedades, desde os primórdios.

Contudo, após anos de estudos e descobertas científicas, foi possível constatar que todos os tipos do mineral amianto apresentam potencial carcinogênico e capacidade de produzir efeitos maléficos à sociedade, desde o meio ambiente à vida humana.

O Brasil, em contradição à referida evolução social internacional, permanece inerte tendo em vista a adoção da Lei Federal 9.055 de 1995, a partir da qual o uso “controlado” da fibra na espécie crisotila é ainda permitido, tendo sido banida somente a espécie anfibólio. A adoção de tal postura pelo País acarreta a exposição da sociedade, em especial dos trabalhadores que lidam diretamente com a fibra, aos males trazidos pela mesma, fazendo-se necessária, portanto, a existência de um método que possa interromper tal situação claramente desnecessária e lesiva.

Como método para a solução do tema é possível constatar que o Poder Judiciário se configura como tal, tendo em vista a sua atuação no sentido de prover as indenizações cabíveis às vítimas, diante da constatação do resultado maléfico, bem como no sentido de analisar as leis em vigor no País. Contudo, não se faz coerente declarar que a solução virá da atuação do Poder Judiciário, tendo em vista a insegurança a qual estariam submetidos os direitos sociais trabalhistas e comento, fazendo imprescindível a construção de uma lei, mediante a revogação da legislação federal que atualmente versa sobre o tema.

Desta maneira, diante da construção de um projeto de lei no sentido de banir integralmente a fibra no Brasil e a sua sanção, nos moldes procedimentais constitucionais, é que seria possível de maneira acertada conceder aos trabalhadores brasileiros o respeito à saúde e à segurança, concretizando-se, assim, a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v.874, p.70-102, ago, 2008.

Amianto ou asbesto. **Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto (Abrea)**. Disponível em: <http://www.abrea.com.br/02amianto.htm>. Acesso em: 10 ago. 2012.

AZEVEDO, Dorotéia Silva de. Amianto e Trabalho. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, n. 128, p. 34-39, out./dez. 2007.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2012.

Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?

_____. **Lei nº 9.055, de 01 de junho de 1995.** Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1 de jun. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9055.htm>. Acesso em: 12 ago. 2012.

_____. Ministério do Trabalho. **Portaria n 3.214, de 08 de junho de 1978.** NR 15. Atividades e Operações Insalubres. Diário Oficial da União, Brasília, 08 de jun. 1978.

CARVALHO, Cláudio Viveiros de. **Amianto.** Disponível em: <file:///C:/Users/shayane/Downloads/amianto_viveiros.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FAVA, Marcos Neves. Meio ambiente do trabalho e direitos fundamentais. **Revista de direito do trabalho**, Curitiba, a.35, n. 135, p. 102-111, jul./set. 2009.

GIANNASI, Fernanda. **A Construção de contra poderes no Brasil na luta contra o Amianto:** a globalização por baixo. Fev. 2002. Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/contrapoderes..pdf>>. Acesso em 24 ago. 2012.

Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n. 148, de 1º de junho de 1977.** Dispõe sobre meio ambiente de trabalho (ruído e vibrações). Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-148.htm>. Acesso em 26 mar. 2013.

_____. **Convenção n. 155, de 3 de junho de 1981.** Dispõe sobre segurança e saúde dos trabalhadores. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-155.htm>. Acesso em: 26 mar. 2013.

_____. **Convenção n. 162, de 4 de junho de 1986.** Dispõe sobre asbesto/amianto. Disponível em: < <http://portal.mte.gov.br/legislacao/convencao-n-162.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2013.

LOPES, Idevan César Rauén. Livre iniciativa e concorrência. **Revista de Ibero-Americana de Direito Público**, Rio de Janeiro, a.5, v. 17, p.75-96, 2005.

MARTINS, Rodrigo. A verdade oculta no telhado. **Revista Carta Capital**, São Paulo, n. 715, p. 34-37, set. 2012.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade de pessoa humana e meio ambiente do trabalho. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, n. 117, p. 204-220, jan./mar. 2005.

MORAES, Monica Maria Lauzid de. O Direito à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito UFPA**, Belém, v.7, n.16, p. 99- 132, jan./jun. 2002.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 11.643, de 21 de junho 2001.** Dispõe sobre a proibição de produção e comercialização de produtos à base de amianto no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/ambiente/legislacao/id4722.htm>. Acesso em: 3 maio 2013.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Lei n. 12.684 de 2007, de 26 de julho de 2007.** Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/legislacao/leg_produtos_geral/leg_pg_asbesto/448FF05F6B392FEBE040A8C02C013604. Acesso em: 27 maio 2013.

SILVA, Ana Lucia Gonçalves da; ETULAIN, Carlos Raul. **Avaliação do impacto econômico da proibição do uso do amianto na constru-**

Proibição da exploração do amianto: como compatibilizar o princípio da livre iniciativa e o direito fundamental à saúde e à segurança do trabalhador?

ção civil no Brasil. Relatório final de pesquisa. São Paulo: Unicamp, 2010. 35 p.

Ministro Augusto César defende restrições à crisotila. **Tribunal Superior do Trabalho (TST)**. 25 ago. 2012. Disponível em: http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/2328022. Acesso em: 27 ago. 2012.

_____. **Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho**. 2011. Disponível em: Acesso em: 03 maio 2013.

O perfil do adolescente submetido à medida de internação no Estado do Espírito Santo

NEVYLLE MENDES OLIVEIRA RODRIGUES¹
RHIANI SALAMON REIS RIANI²

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, fez vinte anos em 2010. Seu objetivo, quando de sua elaboração, era criar mecanismos que pudessem garantir a proteção integral das crianças e dos adolescentes superando as enormes deficiências do modelo instituído no anterior Código de Menores (Lei 6.697/79).

Desta forma, deve-se ressaltar que o ECRAD surge como resultado de um longo processo histórico e tem como marco simbólico a inclusão do artigo 227 na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esse artigo traz a previsão de que toda criança e adolescente têm, entre outros direitos, os direitos à educação, à profissionalização, à cultura e à convivência familiar e comunitária, introduzindo no país a doutrina da proteção integral.

Neste sentido, essa proteção legislativa tenta assegurar à criança e ao adolescente o gozo de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, o que significa que, segundo o artigo 3º do ECRAD, esses indivíduos devem ter todas as oportunidades e as facilidades para um desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

¹ Graduada pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: nevyllle_7@hotmail.com.

² Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); E-mail: rhiani@uol.com.br.

Todavia, apesar da Constituição de 1988 e da Lei 8.069/90 garantirem os direitos das crianças e dos adolescentes, não se pode comemorar seus mais de vinte anos sem questionar algumas violações a tais direitos, principalmente quando se está diante dos chamados “adolescentes em conflito com a lei”.

Os menores de dezoito anos são inimputáveis, o que significa dizer que quando envolvidos com a prática de ato infracional submetem-se às medidas socioeducativas previstas no artigo 112, da Lei 8.069/90. Sejam quais forem, as medidas aplicadas aos “adolescentes em conflito com a lei”, pelo seu próprio caráter socioeducativo, devem zelar sempre pela garantia de todos direitos fundamentais dos mesmos, tendo em vista a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 121, ECRriad).

Entretanto, por mais leve que seja a infração praticada, a internação é a medida mais aplicada, o que demonstra que provavelmente o ECRriad não cumpre os objetivos para os quais foi criado, além de gerar o abarrotamento dos centros capixabas de internação, sendo esses pouco preparados para receber o “adolescente em conflito com a lei”.

Por tais razões, foi realizada a pesquisa (O perfil do adolescente que sofre a medida de internação no Estado do Espírito Santo) com o objetivo de investigar o processo no qual se opera a prática de imputação de atos infracionais a partir de decisões judiciais que aplicam a medida socioeducativa de internação na 2ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Vitória. Além disso, foi analisado o perfil do adolescente submetido à medida de internação, com a análise de sua condição socioeconômica, o grau de escolaridade e o ato infracional praticado que culminou com a aplicação da medida.

Antes de traçar o objetivo principal da pesquisa, foi feito, no primeiro capítulo, uma abordagem do contexto histórico do instituto jurídico da pena, com enfoque no tratamento dispensado aos adolescentes. Na sequência, foi realizado um estudo referente às medidas socioeducativas, em especial a medida de internação.

Para tanto a pesquisa foi feita no município de Vitória-ES, na qual foram examinados processos compreendidos no período entre

2009 a 2011. Desta feita, o terceiro capítulo dedicou-se à apresentação dos dados obtidos a partir dos processos supracitados.

Assim, este trabalho apresentará um estudo elaborado mediante pesquisa bibliográfica e documental. Quanto ao método de abordagem foi usado o indutivo, no qual a partir de um número específico de processos analisados chegou-se a uma conclusão geral acerca da situação jurídica na aplicação da medida socioeducativa de internação.

Essa estruturação metodológica permitirá, por fim, responder a problemática deste trabalho que consiste em averiguar: qual é o perfil do adolescente que sofre a medida de internação no estado do Espírito Santo? Conseqüentemente, serão analisados os desdobramentos decorrentes das decisões judiciais que imputam a referida medida, verificando se estas respeitam os ditames do artigo 122 do ECRID.

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A História brasileira é testemunha de que o tratamento dado aos infanto-juvenis, ao longo dos séculos, não foi o mais adequado. Todavia, a década de 80, do século XX, foi uma década de descoberta, valorização, defesa e proteção de novos sujeitos sociais no Brasil. O processo de (re)democratização do Brasil se deu neste período, onde novos sujeitos procuraram se inserir no cenário público em busca de reconhecimento e de direitos, tudo com o intuito de formar um novo pacto político-jurídico-social, que viria a ser chamado de Constituição Federal de 1988.

Dentre os novos sujeitos, encontram-se as crianças e os adolescentes, que tiveram a sua situação jurídica modificada mediante a introdução de diversos dispositivos na Carta Constitucional de 1988 (artigos 227 a 229).

Até a vigência da Carta de 1988, as crianças e os adolescentes eram considerados objetos de caridade e de tutela da sociedade e do

Estado. Todavia, com o novo Texto Constitucional Brasileiro, foram criados direitos especiais para esses sujeitos em peculiar condição de desenvolvimento, que necessitam de um aparato integral especial (PIOVESAN, 2009, p. 282).

Esse novo modelo de tratamento é resultante de diversos documentos internacionais de proteção à criança e ao adolescente, dentre eles, cita-se: Declaração dos Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing), Convenção sobre os Direitos da Criança.

Contudo, apesar da ratificação de diversos tratados internacionais de garantias, a maior conquista veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente, uma lei infraconstitucional pautada na doutrina de proteção integral, que proclama um sistema garantista de direitos materiais e processuais para preservação dos direitos infanto-juvenis (HEIMERDINGER, 2009).

Em razão dessa nova vigência normativa, a aplicação do princípio da isonomia se iniciava, reconhecendo as autoridades públicas e a sociedade que era necessário um tratamento diferenciador para esses novos sujeitos em condições de personalidade em desenvolvimento. Isso significa dizer que as crianças e os adolescentes não devem ser tratados iguais aos adultos, a igualdade deve ser atingida por meio da regra “[...] tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” e, então, alcançar a sonhada justiça no âmbito infanto-juvenil (ARISTÓTELES *apud* BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 10).

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Conforme mencionado, em razão do advento Constitucional de 1988, no ano de 1990 foi promulgada a lei infraconstitucional responsável pela regulamentação dos direitos das crianças e dos adolescentes, denominada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD) – Lei 8.069.

O ECRIAD reformulou as bases normativas de diretos e demonstrou uma nova visão do Estado Brasileiro perante suas crianças

e seus adolescentes. Uma das mudanças foi o destinatário, sendo esse todo o indivíduo cuja idade seja inferior a 18 anos, em contraste com o Código de Menores (PIOVESAN, 2009), que era aplicado ao menor em situação irregular (AMIN, 2011, p. 13).

Considerado pelo UNICEF como um avançado documento jurídico, o ECRIAD divide-se em dois livros, o primeiro diz respeito ao rol de direitos fundamentais dos infante-juvenis e o segundo dispõe sobre diretrizes e bases da política estatal de atendimento e efetivação dos direitos da criança e do adolescente.

Em razão do novo sistema jurídico brasileiro, as crianças e os adolescentes possuem um amplo rol de direitos fundamentais, obrigando ao Estado Brasileiro respeitá-los, defendê-los e promovê-los, tanto em âmbito interno como internacional.

O adolescente e as medidas socioeducativas conforme o ECRIAD

O aspecto central da pesquisa reside no tratamento dado pelo ECRIAD ao adolescente que comete uma infração penal e, neste sentido, importa mencionar a diferença existente entre criança e adolescente conforme a legislação vigente.

A partir de muitos estudos e muitas discussões, foi determinada, pelo ECRIAD, a idade que diferencia a criança do adolescente. Assim, o artigo 2º dispõe que “[...] considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Essa diferenciação incide diretamente nas normas legais que regulam a esfera juvenil, pois as consequências jurídicas aplicadas aos adolescentes são diversas das aplicadas às crianças quando há prática de ato infracional.

Para que haja qualquer consequência criminal para o adolescente é necessário o cometimento de alguma ação prevista como criminosa pelo Código Penal ou pelas leis extravagantes. Desse modo, na hipótese de ter havido a prática de um crime ou de uma contravenção penal, o adolescente que cometeu o fato responderá por ato infracional análogo a crime ou contravenção penal.

Diante disso, caso haja ato infracional cometido por um adolescente, não lhe será aplicada pena privativa de liberdade, pena restritiva de direito ou pena de multa como ocorrem com aqueles que já atingiram a maioridade penal – as penas previstas no Código Penal –, mas ser-lhe-á aplicada uma punição específica (art. 27, do Código Penal).

Para tanto, o ECRIAD elencou um rol taxativo de medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes infratores no art. 104, que dispõe que “[...] são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei”.

A aplicabilidade das medidas socioeducativas, elencadas pelo ECRIAD, demandam do juiz uma análise de proporcionalidade entre o fato e a medida imposta. Isso significa dizer que estão previstas desde medidas mais brandas até medidas mais severas, divididas em dois grupos, ou seja, existem as medidas designadas para os fatos mais graves, em que podem inclusive restringir a liberdade do adolescente, bem como aquelas medidas voltadas para casos menos graves, nas quais são previstos outros tipos de punição com o fim de não atingir sua liberdade.

Por ser uma manifestação estatal direcionada aos menores de 18 anos e maiores de 12 anos de idade, a medida socioeducativa objetiva recuperar o adolescente que cometeu um ilícito tipificado como crime ou contravenção penal e que se encontra em extrema necessidade de apoio.

Com relação à sua aplicação, a escolha da medida socioeducativa dependerá do ato infracional cometido, assim o juiz competente decidirá qual medida adotará, podendo ser a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a inserção em regime de semiliberdade, a internação em estabelecimento educacional, ou qualquer uma das medidas de proteção previstas no art. 101, I a VI.

Para ser aplicada qualquer uma das medidas, deve ser levada em consideração a capacidade que possui o adolescente para cumpri-la, as circunstâncias envolvidas e a gravidade da infração.

Ademais, como já exposto, todas elas são aplicadas aos adolescentes infratores, sendo que as crianças, mesmo cometendo ato infracional, serão submetidas somente às medidas de proteção previstas nos art. 101 do ECRID, conforme os ditames estabelecidos pelo artigo 105 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, pelo enfoque da pesquisa ter sido a medida socioeducativa de internação, será feita uma abordagem acerca de suas principais características.

Em virtude do seu fim proposto, qual seja, privação de liberdade cumprida em estabelecimento educacional, a internação é utilizada para os atos infracionais mais graves. Deve ser aplicada somente quando estiver presente uma das circunstâncias do rol taxativo do artigo 121, do ECRID, e sempre será pautada pelos princípios da brevidade, da excepcionalidade e do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (*caput*, art. 121, ECRID).

Pelo Princípio da Brevidade, a restrição de liberdade deve durar o menor período possível, não podendo ultrapassar o tempo máximo de três anos, sendo que a cada seis meses o adolescente deve ser reavaliado por profissional competente para analisar a manutenção da internação ou a sua substituição por outra medida adequada a cada situação (§§ 2º e 3º, do art. 121, do ECRID).

Já o Princípio da Excepcionalidade se pauta pela subsidiariedade, ou seja, quando não houver possibilidade de ser imposta nenhuma das medidas anteriores, ou falhar a aplicação de uma delas, é que será permitido atingir o direito à liberdade do adolescente infrator e aplicar a medida de internação (JÚNIOR; RANGEL E ROSA, 2007, p. 40).

Por outro lado, o Princípio do Respeito à Condição Peculiar de Pessoa em Desenvolvimento pode ser entendido como aquele que considera a fase etária em que o adolescente se encontra, uma vez que este período é marcado pelo desenvolvimento físico, psicológico, social, educacional, e moral, devendo seus direitos serem integralmente protegidos, sem haver excessos ou constrangimentos (RIBEIRO JÚNIOR; RANGEL; ROSA, 2007, p. 40).

Vale ressaltar que após permanecer três anos internado, o adolescente infrator deverá ser liberado, posto em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida (art. 121, § 4º). Além disso, ao completar vinte e um anos de idade, deve ser o internado, em razão do art. 121, § 5º, compulsoriamente liberado.

A lei penal extravagante da criança e do adolescente, de forma taxativa, em seu art. 122 dispõe as hipóteses de aplicação da medida de internação.

A primeira causa geradora de internação é o cometimento de grave ato infracional mediante violência e grave ameaça à pessoa, tais como: homicídio, roubo e extorsão.

A segunda hipótese trata da reiteração da prática de outras infrações graves que não estão abarcadas pelo inciso anterior. Nesse contexto, é válido ressaltar que reiteração não significa necessariamente uma reincidência, pois pode haver a reiteração sem a reincidência, como nos casos em que o adolescente comete o ato infracional na circunstância em que ainda não há o trânsito em julgado da sentença, assim como pode ocorrer a reincidência sem a reiteração, uma vez que de acordo entendimento jurisprudencial para configurar reiteração é necessário executar pelo menos três vezes o ato infracional grave, sem a ocorrência do trânsito em julgado da decisão (AgRg no HC 211.845/SP, 2011).

Por fim, a terceira razão que enseja a internação é o descumprimento reiterado e injustificável da medida aplicada pelo juiz em momento anterior. Essa última não substitui a medida originária, e deve durar somente três meses (art. 122, §1º), pois é apenas um meio para obrigar o adolescente a cumprir aquela medida.

Cabe mencionar que a decisão judicial, ao aplicar qualquer uma das medidas socioeducativas, deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (artigo 93, IX, da CF/88).

A PESQUISA NA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Com o fito de se conhecer o perfil dos “adolescentes em conflito com a lei” que sofrem a aplicação da medida de internação no Esta-

do do Espírito Santo, foi realizado um levantamento de dados nos processos compreendidos no período de 2009 a 2011 que tramitam na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Vitória/ES.

Em razão de resoluções do Tribunal de Justiça capixaba, bem como de seu Código de Organização Judiciária, a 2ª Vara da Infância e Juventude de Vitória/ES, criada pela Resolução n. 032 de 12/07/2012, ficou responsável por processar os feitos envolvendo atos infracionais e a execução de medidas socioeducativas de todo o Estado capixaba, dentre elas a medida de internação.

No ano de 2012, tramitavam na 2ª Vara da Infância e Juventude de Vitória/ES cerca de 800 (oitocentos) processos de execução de medidas socioeducativas.

Para a elaboração desta pesquisa foram analisados 200 (duzentos) processos com o fim de alcançar os objetivos esboçados, sendo esses: examinar o perfil do adolescente que foi submetido à medida de internação e averiguar se essa medida está sendo aplicada conforme determina o artigo 122 do ECRID.

Para concretizar os objetivos delineados por esta pesquisa, foi desenvolvido um formulário, cujos dados a serem coletados foram: sexo; idade; residência; escolaridade; renda familiar; se assistido ou não pela Defensoria Pública; prática de infrações anteriores; o ato infracional cometido; local e a data da prática do ato infracional; se houve ou não internação provisória; medida socioeducativa aplicada; tempo de duração da medida e, por fim, a fundamentação da decisão judicial.

Os referidos dados foram coletados dos processos de execução de medidas socioeducativas compreendidos no período de 2009 a 2011, haja vista um adolescente, em virtude do disposto no artigo 121, § 3º, da Lei 8.069/90, não poder ficar internado por um período superior a 03 (três) anos em Unidades de internação.

Em razão do exposto, serão descritos em tópicos os resultados obtidos e organizados conforme estruturados no roteiro do formulário desenvolvido.

O perfil do adolescente que sofre a medida de internação no Estado do Espírito Santo: dados obtidos por meio da pesquisa de campo

Sexo

Dos 200 (duzentos) processos examinados, apurou-se que 95% (noventa e cinco por cento) dos adolescentes internados são do sexo masculino e 5% (cinco por cento) do sexo feminino.

Esta realidade se assemelha a do sistema prisional brasileiro, na qual cerca de 6% (seis por cento) da população carcerária é composta por mulheres. De acordo com o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen), em última pesquisa realizada no ano 2011, existem 471.254 (quatrocentos e setenta e um mil e duzentos e cinquenta e quatro) pessoas privadas de sua liberdade, sendo que 441.907 (quatrocentos e quarenta e um mil e novecentos e sete) são do sexo masculino e 29.347 (vinte e nove mil trezentos e quarenta e sete) do sexo feminino (BRASIL. Ministério da Justiça).

Desta feita, constata-se que esta realidade se repete na esfera juvenil, uma vez que ambos os dados se apresentam de forma similar.

Cabe destacar, ainda, que não houve variação significativa com relação ao sexo dos adolescentes que sofreram a medida de internação nos últimos anos. Esta afirmação tem como base a pesquisa realizada nos anos de 2002 e 2003, cujos dados mostram que 90,7% eram homens e 9,3% eram mulheres (JÚNIOR; RANGEL E ROSA, 2007, p. 73).

Faixa etária

Em relação à idade dos adolescentes, constatou-se que na maioria dos processos a idade variou entre 11 e 17 anos, sendo que os maiores percentuais se concentravam nas idades de 17, 16 e 15 anos, correspondendo a 32% (trinta e dois por cento), 30% (trinta por cento), 28% (vinte e oito por cento), respectivamente, dos adolescentes.

No momento da pesquisa, fato inesperado foi a constatação de aplicação de medida de internação a uma criança de 11 (onze) anos de idade, uma vez que as medidas socioeducativas, dispostas no artigo 112 do ECRID, são aplicadas somente aos adolescentes, ou seja, aos maiores de 12 (doze) anos e menores de 18 (dezoito) anos.

Entretanto, não há como afirmar se efetivamente ocorreu mero erro formal quanto à idade da criança no momento de triagem dos dados pessoais da referida. Apesar da possibilidade da ocorrência de erro formal, na dúvida, essa criança jamais poderia ter sofrido medida de internação.

Salienta-se que o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em pesquisa publicada no início do ano de 2012, realizada nas Varas da Infância e Juventude de todo o país, cujo título é “Panorama Nacional - A execução de medidas socioeducativas de internação”, do programa *Justiça ao Jovem*, concluiu que a média nacional dos jovens internados é de 16,7 anos de idade. Na região sudeste prevalece a idade de 17 (dezessete) anos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012), o que confirma os dados aqui apresentados. Desta forma, a faixa etária média dos adolescentes submetidos à medida de internação no ES corresponde à faixa etária nacional.

Residência

A respeito da residência dos infratores, constatou-se que 74% (setenta e quatro por cento) residem na microrregião da Grande Vitória, o que equivale a 149 (cento e quarenta e nove) dos 200 (duzentos) processos analisados.

A microrregião da Grande Vitória é seguida pela microrregião do Rio Doce, que corresponde aos municípios de Linhares, João Neiva, Aracruz, Sooretama, Rio Bananal e Ibirajú, onde concentram-se 8% (oito por cento) dos infratores que sofrem as medidas de internação.

No decorrer da pesquisa constatou-se que quatro adolescentes infratores residiam no estado de Minas Gerais e um do estado do Rio de Janeiro. Diante dessas informações, uma situação questionável, em razão dos fins da legislação infanto-juvenil, trata-se da presença

de adolescentes residentes em estados vizinhos cumprindo a medida de internação no estado capixaba.

Esta situação demonstra a inviabilidade de convivência com seus familiares, fato este tão importante para o processo de inserção e ressocialização almejado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro. Para tanto, em razão disto, o ECRIAD dispõe no § 2º, do artigo 147, que a execução das medidas socioeducativas poderá ser delegada à autoridade competente da residência dos pais ou responsável pelo infrator.

Escolaridade

No que tange à situação escolar, dos 200 (duzentos) processos analisados, em 145 (cento e quarenta e cinco) foi demonstrado que os adolescentes ainda não completaram o ensino fundamental. Além disso, 43 (quarenta e três) processos não apresentavam a escolaridade dos juvenis.

Os dados referentes à série escolar são complexos, haja vista a maioria dos processos analisados não informar o grau de escolaridade dos adolescentes internados. Dos 200 (duzentos) processos, 79 (setenta e nove) não informavam a série escolar dos adolescentes. Dos outros 121 (cento e vinte um) processos, a série dos adolescentes variou entre a 1ª série do ensino fundamental ao 2º ano do ensino médio, sendo que os maiores percentuais se encontravam na 5ª e 6ª séries do ensino fundamental, correspondendo a 13% (treze por cento) cada.

Salienta-se que a taxa de analfabetismo manteve-se baixa, uma vez que apenas 03 (três) processos apresentaram adolescentes analfabetos.

Após o estudo processual, constatou-se que apenas um adolescente no total de 200 (duzentos) havia completado o ensino médio, bem como que a maioria dos adolescentes abandonou os estudos entre a 4ª e 7ª séries.

De acordo com a legislação referente ao processo educacional, tais afirmações se tornam preocupantes. Nos moldes do art. 32 da Lei 9.394 de 1996, o correto seria o adolescente com 14 anos de idade

concluir o ensino fundamental, e não como foi constatado por meio da pesquisa, na qual a faixa etária dos adolescentes que cursavam no ensino fundamental oscilava entre 15 (quinze) e 17 (dezesete) anos de idade. Para as referidas idades, o ideal seria o adolescente cursar regularmente o ensino médio ou até mesmo tê-lo concluído.

Renda Familiar

A partir dos dados coletados, concluiu-se que a renda familiar média é de aproximadamente 02 (dois) salários mínimos.

É inegável que o sistema penitenciário brasileiro é composto, via de regra, por pessoas de baixo poder aquisitivo, e essa afirmação pode ser corroborada a partir dos dados encontrados na presente pesquisa, uma vez que 44% (quarenta e quatro por cento) dos adolescentes infratores faziam parte de famílias cuja renda mensal era formada por 01 (um) até 03 (três) salários mínimos.

Dessa forma, percebe-se que o público alvo das medidas socioeducativas de internação são adolescentes que se encontram nas classes mais baixas, perpetuando a realidade dos “clientes” do sistema sancionatório estatal e comprovando que a seletividade penal atinge não só os adultos, mas também os “adolescentes em conflito com a lei”.

Assistido pela Defensoria Pública

Os processos analisados demonstram que 78% (setenta e oito por cento) dos infratores foram assistidos pela Defensoria Pública capixaba no processo de apuração dos atos infracionais, 12% (doze por cento) não tiveram assistência da Defensoria, mas de advogados particulares ou advogados dativos. Além disso, 10% (dez por cento) dos processos não informavam se houve defesa técnica por parte de Defensoria Pública ou particulares.

Como consequência disso, verifica-se a constante atuação da Defensoria Pública nos processos analisados em prol da defesa dos adolescentes. Desta feita, o volume de demandas judiciais pode pre-

judicar a qualidade da assistência jurídica prestada ao adolescente acusado pelo cometimento de ato infracional. Não por incompetência da Defensoria Pública capixaba, mas pelo fato de não ser tratada pelo Poder Público como constitucionalmente ordenado.

Em contraposição, a parte acusatória (Ministério Público) esta devidamente amparada para cumprir suas finalidades institucionais, ocasionando, por consequência, uma desproporcionalidade entre acusação e defesa no momento em que se discute o fato eventualmente cometido pelo adolescente no Poder Judiciário.

A partir desta análise é possível questionar se está sendo garantido ao adolescente o seu direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa nas ações aqui discutidas. Por esta razão, seria adequado aparelhar a Defensoria Pública para que a mesma possa atuar paritariamente com o Ministério Público na defesa dos interesses de seus assistidos.

Infrações anteriores

Dos dados coletados, concluiu-se que 68% (sessenta e oito por cento) dos adolescentes cometeram infrações anteriores, em contrapartida 7% (sete por cento) dos juvenis não cometerem infrações anteriormente. Além disso, 25% (vinte e cinco por cento) dos processos não informavam se os adolescentes cometeram ou não infrações anteriores.

Ainda foi possível perceber que 68% (sessenta e oito por cento) dos adolescentes não reiteraram na prática do mesmo ato infracional. Em contrapartida, 14% (quatorze por cento) reiteraram na prática do mesmo ato infracional, ressaltando-se que 18% (dezoito por cento) dos processos analisados não trouxeram informação a este respeito.

Na análise dos processos, constatou-se uma realidade que há muito tempo o Poder Público não reconhece, ou reconhece, mas não atua efetivamente no sentido de minimizar ou extinguir as suas consequências. Esta realidade refere-se à ineficiência do aparato estatal com relação à aplicação de medida socioeducativa ao infrator, haja vista não impedir a ocorrência do retorno imediato do adolescente ao

ambiente infracional. Tais resultados traduzem o argumento vazio da ressocialização, vez que não existem políticas públicas efetivamente capazes de transformar a situação na qual se encontra o adolescente.

Ato infracional cometido

Os processos analisados demonstram uma triste realidade do ambiente juvenil eis que a maioria dos atos infracionais cometidos são considerados de maior potencial ofensivo. Atos infracionais análogos aos delitos de roubo e de homicídio prevalecem no cenário penal da Vara da Infância e Juventude onde foi realizada a pesquisa.

Assim, quanto às infrações penais cometidas, 49% (quarenta e nove por cento) dos adolescentes cometeram a infração análoga ao roubo e 27% (vinte e sete por cento) perpetraram a infração análoga ao homicídio. Destaca-se que 10% (dez por cento) dos adolescentes se inseriram na infração de tráfico de drogas. Infrações como furto e porte ilegal de armas apresentaram porcentagem de 5% (cinco por cento), ambas.

É necessário apresentar a realidade quanto ao ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. Esta infração representou 10% (dez por cento) dos atos infracionais cometidos pelos adolescentes. Ocorre que estes processos não apresentavam informações suficientes para permitir uma devida internação, haja vista o referido ato infracional não se tratar por si só de ato capaz de impor uma medida socioeducativa de internação.

Nestas circunstâncias, entende-se que a restrição de liberdade do adolescente só seria possível se houvesse práticas de infrações reiteradas, ou se o ato infracional de tráfico estivesse, por exemplo, combinado com o porte ilegal de arma, transformando-se, assim, em infração praticada com violência ou grave ameaça.

Tal apontamento é corroborado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tanto é que este órgão judiciário sumulou recentemente o assunto no enunciado 492, no qual dispõe que *o ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.*

Local

Quando analisado por microrregiões capixabas, conclui-se que a maior incidência de atos infracionais concentrou-se na microrregião da Grande Vitória, correspondendo a 73% (setenta e três por cento) dos 200 (duzentos) processos analisados. Em seguida, vem a microrregião do Rio Doce, representada pelos municípios de Linhares, João Neiva e Aracruz, que em termos percentuais equivale a 8% (oito por cento) dos processos.

Quando analisada as infrações na microrregião da Grande Vitória, os dados disponibilizados apresentam que a maior incidência de atos infracionais ocorre no município de Vitória. Em termos percentuais, equivale a 28% (vinte e oito por cento) dos atos cometidos na microrregião da Grande Vitória, em seguida vem o município da Serra com 24% (vinte quatro por cento) e Vila Velha com 23% (vinte e três por cento).

Internação provisória

A respeito da internação provisória aplicada aos adolescentes, 184 (cento e oitenta e quatro) adolescentes foram internados provisoriamente, sendo que apenas 06 (seis) não sofreram internação provisória.

Nos termos do art. 108 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a medida de internação provisória, que é aquela aplicada antes da sentença, não poderá ultrapassar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias. De acordo com os dados coletados, a média extraída foi de 41,2 dias de internação provisória, o que significa que não haveria, a princípio, violação à legislação pátria.

Entretanto, cabe mencionar que se o período máximo da internação provisória deve ser de 45 (quarenta e cinco) dias, os adolescentes, em sua maioria, ficam internados quase que no limite temporal da lei, o que é um prazo muito grande se considerar que não foi condenado por nenhum ato infracional.

Além disso, cabe destacar que houve casos específicos de internações provisórias que extrapolaram o limite legal. Para ser mais

preciso, dos 200 (duzentos) processos analisados, 51 (cinquenta e um) adolescentes foram internados provisoriamente acima do prazo legal, além disso, houve situações em que o adolescente foi submetido à internação provisória por período muito superior àquele permitido por lei, como por exemplo, internações “provisórias” com duração variável de 83 (oitenta e três) a 339 (trezentos e trinta e nove) dias.

Ademais, é nítido que a exceção se tornou regra, uma vez que, dos 200 processos analisados, em 184 (cento e oitenta e quatro) foram aplicadas a medida provisoriamente.

Fundamentação das decisões judiciais

Outro objetivo da pesquisa é analisar a fundamentação das decisões aplicadoras das medidas socioeducativas de internação, verificando se estas estão sendo confeccionadas em conformidade com os ditames legais dispostos pelo ECRIAD. Desta feita, para demonstrar tal constatação, serão apresentadas as decisões de acordo com os incisos previstos no artigo 122 do ECRIAD.

Com relação ao primeiro inciso, no qual estabelece a aplicação da medida de internação para o ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, destacam-se as seguintes decisões:

[...] O ECRIAD é claro no tocante à aplicação de medida que segregue do convívio social ao adolescente que cometer ato infracional mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa. O representado efetivamente cometeu ato infracional (homicídio – art. 121, parágrafo 2º, II e IV) que se molda neste caso, uma vez que atingirá maior bem jurídico tutelado, a vida de outrem.

[...] o ato infracional ora em julgamento é o mais grave da nossa legislação e exige uma resposta estatal à altura. A medida sócio educativa deve atender aos interesses do adolescente e também da própria comunidade em que vivem, ou seja, a medida sócio educativa também tem caráter retributivo e deve servir também como resposta à sociedade. (art. 157, parágrafo 3º, latrocínio).

Conforme demonstrado, diante dos atos infracionais cometidos pelos adolescentes infratores, vislumbra-se que os juízes agiram de acordo com a legalidade estrita disposta no inciso I, do art. 122 do ECRIAD, pois tratava-se de infrações praticadas contra a vida e contra o patrimônio, com emprego de violência ou grave ameaça.

No tocante ao segundo inciso do art. 122, do ECRIAD, o qual determina a medida de internação pela reiteração no cometimento de outras infrações graves, foram encontradas as seguintes decisões:

[...] segundo certificado e conforme informado pelo próprio adolescente, o mesmo responde perante este Juízo a diversas representações pela prática de atos infracionais graves, sendo estes ilícitos contra o patrimônio (furto e roubo), motivados pela necessidade de obtenção de dinheiro fácil para a manutenção de seu vício em drogas, que já se prolonga por cerca de três anos.[...]. está configurada, portanto, a reinteração na prática de atos infracionais graves, vez que o adolescente já se envolveu em pelo menos três atos anteriores da mesma natureza e em circunstâncias idênticas, situação que também autoriza a medida sócio educativa de internação[...]. (artigo 157 do CP). [...]. assim, já foram dadas oportunidades de ressocialização, onde não se obteve êxito, diante da personalidade do adolescente, o que em conjunto inviabiliza a aplicação de outra medida, senão a medida de internação. Vale ressaltar que o representado responde a um total de seis procedimentos, cinco de natureza grave [...]. (artigo 157, parágrafo 2º, II, do CP).

A partir destas decisões, bem como diante do contexto fático apresentado pelos processos, percebe-se que o magistrado novamente não se desvirtuou das regras estatutárias infanto-juvenis, haja vista o ponto nodal para a aplicação da medida ter sido a reiteração no cometimento de outras infrações graves.

Por fim, quanto ao terceiro inciso, em que estabelece a aplicação da medida de internação em caso de descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta, destacaram-se as seguintes decisões:

[...] O representado responde a outros processos neste juizado, em um dos gerais já lhe havia dado a oportunidade de cumprimento de medida de liberdade assistida. Entretanto, no decorrer de tal medida, voltou a cometer outro ato infracional. Assim, é necessária a aplicação da medida excepcional de internação, visto que o mesmo necessita de que seja reforçada a intervenção do Estado no processo educacional. (art. 155, parágrafo, II, CP)

[...] vê-se no caderno processual que o representado tem vários procedimentos, assistindo razão ao MP da necessidade de internação. A conduta praticada pelo representado é extrema, reprovável e grave. No decorrer da medida aplicada anterior, o representado voltou a cometer outro ato infracional constante deste processo [...]. (art. 33 da lei 11.343/06).

Os recortes das decisões demonstram que em todos os casos houve o descumprimento de medida socioeducativa anteriormente imposta, o que fez com que o juiz aplicasse a medida de internação.

Diante da análise processual e das circunstâncias do cometimento do ato infracional, a aplicação da medida de internação mostrou-se necessária para os magistrados, pois julgaram que as situações levadas ao Poder Judiciário se enquadravam nas hipóteses legais que justificam a aplicabilidade da referida medida socioeducativa.

Entretanto, faz-se necessário constar que, em sua grande maioria, não havia no corpo das sentenças a indicação de qual das hipóteses presentes no artigo 122, do ECRID, tratava-se o caso concreto. Este vício na fundamentação, presente em algumas decisões judiciais, fere o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais previsto no inciso IX, do artigo 93, da CRFB/88, o que torna as decisões nulas.

Outro ponto que precisa ser destacado refere-se à padronização das decisões judiciais proferidas pelos juízes da infância e juventude de Vitória. Foi constatado que muitas fundamentações apresentavam-se iguais, mesmo diante de processos envolvendo adolescentes e fatos diferentes. Em decorrência disso, é possível dizer que havia um esboço genérico de fundamentação capaz de abranger situações

diversas, o que jamais se espera em uma decisão judicial que vai privar alguém de liberdade, principalmente um adolescente.

Outrossim, cabe aos magistrados determinarem em suas decisões o dispositivo legal pertinente a cada situação submetida a julgamento (um dos três incisos do art. 122 do ECRID), bem como justificar de forma específica a motivação da restrição de liberdade do adolescente, pois ao contrário, proferirão sentenças eivadas de nulidade absoluta e privando adolescentes de sua liberdade em total afronta à Constituição da República.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração da pesquisa foi capaz de demonstrar que o adolescente submetido à medida socioeducativa de internação possui um perfil, qual seja: sexo masculino, baixa escolaridade, baixa renda, assistido pela Defensoria Pública em razão do cometimento de ato infracional análogo aos crimes contra o patrimônio e a vida.

O perfil do adolescente internado não difere do perfil dos adultos que estão presos no sistema penitenciário brasileiro, o que demonstra que, assim como a pena, a medida de internação também recai sobre a população mais pobre do país.

Merece destaque, ainda, o elevado índice de reinteração no cometimento de infrações penais, ou seja, os adolescentes, após ou durante o cumprimento de medidas socioeducativas, praticam outros atos infracionais, o que demonstra a total incapacidade do estado de realizar os fins propostos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além de traçar o perfil do adolescente, a análise processual também foi almejada pela presente pesquisa. Neste contexto foram verificadas que algumas decisões judiciais contrariam as regras processuais previstas no ECRID e também violam a Constituição da República.

A primeira crítica refere-se à aplicação da medida de internação provisória. Verificou-se que, de forma recorrente, antes mesmo de ser analisada a gravidade do ato infracional, o adolescente tem

sua liberdade restringida. O emprego de tal medida deveria se dar de forma excepcional e dentro do prazo legal previsto (45 dias), o que muitas vezes não acontecia, em total afronta à Constituição da República e ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outra constatação refere-se à ausência de fundamentação das decisões judiciais. Muito embora tais decisões estejam em consonância com os fatos cometidos, por serem, por exemplo, considerados graves, constatou-se certa padronização das decisões judiciais, proferidas sem a devida fundamentação.

Não havia o cuidado, por parte dos magistrados, de examinar, em concreto, a situação de cada adolescente e de cada ato infracional praticado. Em decorrência disso, não era expressamente indicado em qual inciso do *caput* do artigo 122, da Lei 8.069/90, se enquadrava a conduta do adolescente apta a impor a medida socioeducativa de internação.

Em respeito aos princípios constitucionais, do contraditório e da ampla defesa, os magistrados deveriam fundamentar suas decisões, sob pena de serem declaradas nulas, verificando as particularidades de cada caso, bem como apontar em qual das situações elencadas no supracitado artigo se encaixa a conduta infracional.

Desta forma, verifica-se que apesar do Estatuto da Criança e do Adolescente estar em vigor desde 1990, suas regras ainda não são totalmente observadas no Estado do Espírito Santo. Seja na forma de se executarem as medidas socioeducativas, com destaque para a medida de internação, objeto desta pesquisa, seja por meio das decisões judiciais analisadas, verificou-se que existe uma longa distância entre a legislação e a atuação dos poderes Executivo e Judiciário capixabas, o que faz com que a doutrina da proteção integral esteja longe de ser uma realidade no estado.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Aspectos teóricos e práticos. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 492**. Brasília, DF, RSTJ, v. 227 p. 95, 13 ago. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. **Palácio do Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional. **Palácio do Planalto**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75723>>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. **Conselho Nacional de Justiça - CNJ Pesquisa**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-pesquisa>>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. Ministério da Justiça. **InfoPen**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE-94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC 211.845/SP**, Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, DJe. 21/11/2011.

Conselho Nacional de Justiça. **CNJ Pesquisa**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/cnj-pesquisa>>. Acesso em: 14 maio 2013.

CÚSTÓDIO, André Viana. **Direitos da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com>.

br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2254.
Acesso em: 14 maio 2013.

HEIMERDINGER, Eloir. **A efetivação da doutrina da proteção integral nas instituições que desenvolvem o atendimento de ASEMA**. Porto Alegre, 2009.

RIBEIRO JÚNIOR, Humberto; RANGEL, Patrícia Calmon; ROSA, Edinete Maria. **O Adolescente, a lei e o ato infracional**. Vitória: Edufes, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A vulnerabilidade do consumidor perante o regime jurídico vigente sobre a compra coletiva no Brasil atual

MARIANA PAIVA FRIZZERA¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ²

INTRODUÇÃO

É indiscutível que o surgimento da Internet proporcionou às pessoas uma facilidade na celebração de contratos. A partir desse contexto, um grande número de transações comerciais são realizadas por meio de computadores conectados à Internet, e que em um simples *click* a compra está realizada. É esse ambiente digital que viabilizou um novo método de se fazer negócios: o comércio eletrônico.

Paralelo a esse significativo desenvolvimento do comércio eletrônico, surge a compra coletiva, que é uma inovação de compra e venda, em que muitas pessoas compram um determinado produto ou serviço com um desconto bem significativo. Esse tipo de comércio *on-line*, traz benefícios para todas as partes envolvidas na relação, ou seja, consumidor, fornecedor e *sites* de compra coletiva.

Diante do progresso da tecnologia, o Direito não pode estar omissos aos possíveis efeitos das relações contratuais de consumo celebradas por meio da Internet, essencialmente no que diz respeito à

¹ Graduanda da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF); mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); advogada.

proteção do consumidor. No Brasil, a vulnerabilidade do consumidor, princípio segundo o qual este é considerado a parte mais frágil da relação e por isso está mais suscetível a danos, é atestada no artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal. Assim, não há dúvidas de que, diante da rapidez e da interatividade com que os contratos eletrônicos são firmados, fica fácil que alguns princípios consumeristas não sejam respeitados.

Nesse delineamento, torna-se relevante suscitar alguns questionamentos, como: as leis utilizadas para tratar sobre o comércio eletrônico e as compras coletivas são suficientes? Que medidas jurídicas podem minorar a vulnerabilidade do consumidor que contrata pela Internet?

Em consonância a essas indagações, o objetivo dessa pesquisa é verificar a aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade do consumidor na contratação eletrônica. Visando alcançar esse propósito, o presente artigo foi dividido em cinco itens. O primeiro abordará as transformações das formas de se realizar a compra e venda, a utilização da Internet para efetivar o comércio eletrônico e a popularização das compras coletivas, analisando o seu conceito e funcionamento. Já no segundo item será realizado um estudo sobre a regulamentação jurídica do comércio eletrônico e, em especial, das compras coletivas, examinando a aplicabilidade do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor e a eficácia do Decreto nº 7.962/2013. Em seguida, o terceiro será direcionado ao princípio da vulnerabilidade, apontando o seu conceito, origem e espécies. O quarto item será voltado para a discussão a respeito da aplicabilidade do princípio da vulnerabilidade no comércio eletrônico. Por fim, o quinto item é dedicado à ponderação sobre o direito de arrependimento nas compras eletrônicas, abordando, para tanto, os diplomas legais que regulam o seu exercício.

Destaca-se ainda que esta pesquisa será analisada à luz do método hipotético-dedutivo:

Para Karl R. Popper, o método científico parte de um *problema* (P1), ao qual se oferecesse uma espécie de solução provisória,

uma *teoria-tentativa* (TT), passando-se depois a criticar a solução, com vista à *eliminação do erro* (EE) e, tal como no caso da dialética, esse processo se renovaria a si mesmo, dando surgimento a *novos problemas* (P2) (MARCONI; LAKATOS, 2003, p.95, grifos do autor).

Em suma, o método hipotético-dedutivo é válido em conformidade com o questionamento que se faz em relação à efetividade das leis que tratam da compra coletiva.

Pelo exposto, esse estudo pretende colaborar na busca de soluções a fim de atender ao consumidor que comercializa pelos sites de compras coletivas, oferecendo-lhe segurança jurídica com o objetivo de efetivar as relações comerciais.

COMPRA COLETIVA NO BRASIL ATUAL

É indiscutível que hoje a Internet é indispensável aos seres humanos, por possibilitar a troca de informações, a realização de negociações e de pesquisas entre o Homem e o seu convívio social. No Brasil, sua evolução teve uma vertiginosa ascensão, desde a sua utilização restrita à pesquisa e à educação até maio de 1995, quando passou a ser destinada comercialmente (LEONARDI, 2005, p. 2). Até então, a compra e venda era realizada de forma pessoal, isto é, o comprador teria que ir a uma loja comercial, a fim de adquirir o produto de que necessitasse.

Desse modo, o leque de opções, oferecidos pela Internet, é inesgotável, possibilitando, assim, que as pessoas estejam em suas casas conectadas em um ambiente denominado *ciberespaço*. Paralelo a isso, a Internet, associada aos meios de comunicação de massa, viabilizou o surgimento de uma nova modalidade comercial, que se tornou frequente entre os internautas de todo o globo, revolucionando o mundo do consumo: o comércio eletrônico (*e-commerce*).

O comércio eletrônico, de acordo com Cláudia Lima Marques (2011, p. 113-114, grifos do autor), consiste em:

[...] comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações a distância, que são conduzidas por meios eletrônicos (e-mail etc.), por internet (*on line*) ou por meios de telecomunicações de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo etc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim a distância).

Essa nova forma de se efetuar a compra e venda de mercadorias tem se expandido em grande escala e isso se justifica porque ela é benéfica tanto para o fornecedor quanto para o consumidor, visto que ela proporciona uma negociação mais célere, além de permitir uma comunicação efetiva entre os contratantes. Outra vantagem é a comodidade para o consumidor, já que ele pode realizar uma busca em diversos *web sites* a fim de saber qual é o melhor preço do produto ou serviço que ele deseja adquirir, sem que para isso precise sair do conforto da sua residência (CARVALHO, 2001, p. 98).

Com a viabilização da Internet, empreendedores investiram no ambiente virtual, criando novas estratégias de comércio eletrônico, com a intenção de captar e atrair consumidores, uma vez que a compra *on-line* passou a estar acessível para milhares de pessoas e em centenas de países, criando um mercado mundial único, e suscitando interesse no setor empresarial (CARVALHO, 2001, p. 97).

Neste contexto, surgiu o segmento das compras coletivas que, de acordo com Antônio Baptista Gonçalves (2012, p. 73), é um sistema virtual em que as pessoas se unem para realizar uma compra e conseguir um maior desconto do que o proposto pelo mercado. Para tanto, o *site* de compra coletiva estipula um número mínimo de pessoas que devem adquirir o produto ou o serviço em um determinado período de tempo. Caso esse número não seja atingido, o valor gasto será devolvido aos consumidores.

Para um bom funcionamento do sistema, deverá haver uma relação jurídica formada por três participantes: a empresa, proprietária do *site*; o comerciante, proprietário dos produtos e serviços; e os usuários-consumidores (FELIPINI, 2011, p. 7).

Primeiro, o comerciante faz um contrato com o *site* de compra coletiva, já que existe um grande interesse dos comerciantes em anunciar. Em segundo lugar, o *site* de compra coletiva faz a divulgação da oferta como se fosse um prestador de serviços, efetivando a intermediação entre os comerciantes e os clientes, usando uma estratégia, essencial, de divulgação por meio do *e-mail marketing* e de anúncios feitos na Internet. Normalmente, o prazo de encerramento da oferta é curto porque o objetivo do *site* é fazer com que o consumidor tenha uma necessidade de adquirir o bem naquele momento e com isso estimular a compra por impulso. Em terceiro lugar, os consumidores cadastram-se no *site* e adquirem a oferta, momento importante quando o comprador entra em cena para realizar a compra. Em quarto lugar, o *site* gerencia os recebimentos e repassa para o comerciante. Nessa fase, o pagamento é feito no próprio *site* e a liberação do cupom fica disponível em sua página de gerenciamento. E, finalmente, estando, o consumidor de posse do seu cupom, poderá se dirigir ao local de entrega do produto e receber ou utilizar o serviço (FELIPINI, 2011, p. 12-16).

Esse segmento de compra *on-line* surgiu em 2010, representando um *boom* no comércio virtual e depois passou por um crescimento expressivo em que foram contabilizados mais de mil *sites* de compra coletiva no Brasil (MELO, 2011). No entanto, a partir de 2012 ocorreu uma consolidação do mercado e diversos *sites* foram fechados, permanecendo somente aquelas empresas que se profissionalizaram e que melhor conseguiram acolher as expectativas dos consumidores com relação ao atendimento oferecido pelos *sites* e às espécies de produtos e serviços ofertados (E-commerce News, 2013).

Do ponto de vista crítico, analisando com rigor esse posicionamento, é difícil atestar que houve grandes melhorias nas compras coletivas porque ainda existem várias reclamações contra *sites* por não cumprirem o que oferecem e as pessoas que utilizam esse tipo de comércio não se sentem completamente seguras com relação ao recebimento do produto adquirido.

REGIME JURÍDICO DA COMPRA COLETIVA NO BRASIL ATUAL

O fato é que a Internet tem tomado uma dimensão jamais percebida antes, proporcionando uma crescente evolução da era digital, visto que ela está presente em todos os setores da economia. Além do mais, a Internet revolucionou o relacionamento social entre as pessoas, inclusive, no que diz respeito à forma como elas comercializam os seus interesses, na realização de negócios a distância, utilizando o meio digital.

Apesar da velocidade com que a rede de computadores cresceu e se expandiu, implantando novas práticas e costumes no cotidiano das pessoas, importante salientar que o ordenamento jurídico brasileiro carece, atualmente, de normas específicas para a regulamentação das relações jurídicas celebradas na *web*. Efetivamente, a Internet, por intermédio do comércio eletrônico:

[...] trouxe inúmeras alterações ao nosso dia a dia, fazendo com que o aplicador do direito busque cada vez mais a adequação dos fatos às possibilidades jurídicas disponíveis, seja por meio de novos conceitos técnicos e novas legislações, seja por meio da própria doutrina e jurisprudência. Assim sendo, todos os contratos – novos e antigos – que venham a ser celebrados pela rede mundial serão atingidos, carecendo de revisão o modo de sua elaboração quando inseridos nesse ambiente virtual (AMAD, 2002, p. 5).

Quanto às compras coletivas, existe um questionamento no que diz respeito à segurança do consumidor virtual, já que, independentemente das vantagens que esse tipo de comércio proporciona, muitos são os riscos que podem surgir. Então, é pertinente afirmar que os clientes de compras *on-line*, geralmente, não possuem clareza dos direitos e dos deveres que, como qualquer comprador, podem usufruir, o que faz deles alvos fáceis de *sites* desonestos. Esta linha de raciocínio é sustentada por Flávio Alves Martins (2008, p. 3213), segundo o qual:

A Constituição Federal afirma que nosso Estado Democrático de Direito funda-se, entre outros, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da livre iniciativa, que devem condicionar a atividade econômica para a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inc. I). Desta, um dos aspectos relevantes é a defesa do consumidor, quer como um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII), quer como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Desse modo, relevante se faz questionar até que ponto o ordenamento jurídico brasileiro está apto a proteger o consumidor diante da inexistência de um estatuto específico para regular a compra realizada via Internet. Posto isso, cumpre ainda ponderar que “a falta de uma legislação apropriada e atual, capaz de impor ordem aos ambientes eletrônicos, inibe a expansão do comércio. Com a regulamentação necessária, o *e-commerce*, contará com a confiança jurídica do consumidor” (E-COMMERCE NEWS, 2009, grifos do autor).

Atualmente, no que se refere ao regime jurídico da compra individual e coletiva, é possível aplicar o Código Civil, por analogia, visto que as semelhanças entre os contratos eletrônicos e os contratos em geral permitem a aplicação das mesmas regras (MARTINS, 2008, p. 3210). Dessa forma, desde que presentes todos os requisitos de validade do negócio jurídico, os contratos celebrados pelo meio eletrônico geram os mesmos efeitos dos contratos tradicionais. Logo, os contratos eletrônicos podem ser considerados negócios jurídicos por excelência, não se distinguindo de outro tipo contratual, por isso grande parte da doutrina e da jurisprudência faz uso da aplicação das regras gerais dos contratos, a fim de resolver casos em que se nota a utilização de meios eletrônicos (LORENZETTI, 2004, p. 271).

Ademais, o ciberconsumidor ainda encontra amparo no CDC, que lhe assegura todos os direitos provenientes da relação consumérista (LIMA, 2010, p. 2). Isso se justifica porque as normas do Código podem ser aplicadas a todas as espécies de contratos que envolvam consumidores e fornecedores de bens ou serviços, sendo irrelevante a existência de leis específicas para regulá-los, uma vez que “[...] as

normas de *ordem pública* (art. 1º) estabelecem parâmetros mínimos de boa-fé e transparência a serem seguidos obrigatoriamente no mercado brasileiro” (MARQUES, 2011, p. 447, grifos do autor).

Portanto, as compras coletivas também são reguladas por esse diploma legal, posto que nesse tipo de contratação estão presentes as figuras do consumidor e do fornecedor. Vale registrar que a Justiça Federal de Santa Catarina, ao julgar a Ação Civil Pública nº 5002178-30.2011.404.7200, destacou que os *sites* de compras coletivas integram a relação de consumo, visto que são considerados fornecedores intermediários entre o consumidor e o fornecedor primário (aquele que detém os produtos ou serviços), se enquadrando, assim, no conceito presente no artigo 3º do CDC. Complementando sua decisão, o Tribunal citou trecho do parecer elaborado pelo Ministério Público Federal o qual, ao se manifestar sobre o assunto, entendeu que:

A relação existente nessa modalidade de mercado eletrônico se compõe em consumidor, fornecedor primário ou mediato, que é aquele que detém os produtos e serviços e os oferece, por fim, o fornecedor intermediário ou imediato, cuja finalidade é divulgar e intermediar a venda dos produtos e serviços ofertados pelo fornecedor primário.

[...]

Os sites de compras coletivas colimam circular bens e serviços ofertados pelos fornecedores primários, e mesmo não adquirindo os produtos e serviços, como comumente fazem os comerciantes, intermedeiam as vendas com participação indireta nos lucros percebidos pelos fornecedores primários, cobrando comissão. Assim sendo, a relação entre o site e o consumidor será sempre de consumo, sendo aquele um comerciante para fins de aplicação do CDC (Ação civil pública nº 5002178-30.2011.404.7200. 2º Vara Cível. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Juiz Federal Substituto: Hildo Nicolau Peron, julgado em: 09/01/2012).

Nesse sentido, segundo Lorenzetti (2004, p. 76) “[...] as categorias analíticas e metodológicas operam com base na analogia, e

em que pese o fascínio exercido pelos novos termos, eles devem ser analisados mediante a assimilação dos fenômenos já conhecidos” presentes no CC e no CDC, podendo utilizar-se de um instrumento jurídico chamado de diálogo das fontes.

Apesar da possibilidade de utilizar o CC e o CDC por analogia, percebe-se que eles não estão aptos a regulamentar este novo mundo. Portanto, necessária se faz a criação de normas específicas para as transações efetuadas via computadores, já que o comércio eletrônico é complexo, devendo haver uma adaptação dos princípios gerais do Direito às peculiaridades que irão resultar dessas comercializações (MARTINS, 2008, p. 3210).

Partindo-se desse posicionamento, atualmente existe o Decreto nº 7.962/2013 que regulamenta a Lei 8.078/90 para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos: informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor, atendimento facilitado ao consumidor e respeito ao direito de arrependimento, conforme o artigo 1º do Decreto. Entretanto, ele também não é eficaz para regular a compra eletrônica, pois não exaure todas as questões levantadas em torno da temática, deixando em aberto assuntos duvidosos no que diz respeito à confiança depositada pelo consumidor nos *sites* ao realizar uma contratação eletrônica.

VULNERABILIDADE

No que diz respeito à proteção do consumidor, é essencial identificar o conjunto de princípios jurídicos que serão aplicados em prol de sua adequação às compras realizadas por meio da Internet. Cabe salientar que o uso desses princípios pode ser consolidado de maneira a direcionar a atividade do Direito sem que haja dificuldades significativas pela ineficácia da legislação específica sobre o comércio eletrônico.

Nesse sentido, pode-se afirmar que no CDC existem vários princípios aplicáveis não só ao comércio tradicional, como também ao *e-commerce*. A partir disso, não se pode deixar de reforçar a ideia

de que a aplicação desses princípios cria deveres para as partes contratantes e impõe limites à atuação do contratante mais forte sobre o mais fraco (MARQUES, 2011, p. 742).

Sendo assim, um dos principais princípios protetivos consumeristas e que norteia todo o CDC é o da vulnerabilidade, o qual representa o reconhecimento do consumidor como sendo a parte frágil da relação de consumo (NUNES, 2012, p. 178). Entretanto, para alcançar esse reconhecimento foram necessárias grandes transformações sociais que exigiram uma evolução do ordenamento jurídico.

No início do século XX, foi instaurado o modelo de produção em massa, marcando o surgimento da sociedade capitalista contemporânea, caracterizada pela produção e distribuição de produtos em série, de forma padronizada e uniforme, em grandes quantidades, objetivando atingir o maior número possível de consumidores a partir do aumento da oferta e da procura. Neste contexto, o CC de 1916 já se tornava ultrapassado, não sendo suficiente para regular os novos instrumentos contratuais que começavam a surgir (NUNES, 2012, p. 116).

Dessa forma, houve a necessidade de criar normas que regulassem essas relações jurídicas, pois tornava-se evidente a desigualdade de posição e de direitos entre o consumidor e o fornecedor. Em decorrência disso, a CF de 1988 dispôs sobre a proteção do consumidor como um direito e garantia fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXXII e também como um princípio geral da ordem econômica, no artigo 170, inciso V, autorizando a intervenção do Estado nas relações de consumo. Ademais, foi editada a Lei nº 8.078 de 1990 (CDC) que impõe um conjunto de princípios e regras destinados à proteção do consumidor.

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação (MARQUES, 2011, p. 323).

Vale destacar que a vulnerabilidade é presumida quando o consumidor é pessoa física, visto que ele, por ser sempre a parte mais fraca da relação consumerista, encontra-se em posição de desvantagem perante o fornecedor de produtos e serviços (MARQUES, 2011, p. 322).

Diante do exposto, existem diversos fatores capazes de gerar essa fraqueza do consumidor, entre eles está a vulnerabilidade técnica, a jurídica, a econômica e a informacional.

A vulnerabilidade técnica está relacionada aos meios de produção, já que o fornecedor detém todo o conhecimento sobre a técnica e administração da produção e fornecimento de produtos, bem como cabe a ele a decisão sobre o que, quando e como o bem será produzido. Assim, o consumidor pouco ou nada entende sobre o produto que ele comprou e ele apenas pode escolher dentre os produtos que estão presentes no mercado (NUNES, 2012, p. 178-179). Dessa forma, o consumidor pode ser facilmente enganado com relação às características e utilidades do bem.

Por sua vez, a vulnerabilidade jurídica é a falta de conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia (MARQUES, 2011, p. 327). Com isso, o consumidor encontra dificuldade em compreender as obrigações que lhe são impostas pelos contratos de adesão, nascendo para o fornecedor o dever de prestar as informações de forma clara e objetiva.

Já a vulnerabilidade econômica diz respeito à maior capacidade econômica que o fornecedor tem em relação ao consumidor, fato que fez com que este perdesse o seu poder de barganha perante aquele (NUNES, 2012, p. 179). Segundo Claudia Lima Marques (2011, p. 330), essa vulnerabilidade também se justifica em virtude da posição de monopólio do fornecedor e da essencialidade do serviço prestado por ele, impondo a sua superioridade.

Por fim, a vulnerabilidade informacional é uma espécie de vulnerabilidade técnica, podendo ser considerada o maior fator de desequilíbrio na relação consumerista e, portanto, cabe ao fornecedor compensar esse fator de risco, uma vez que ele é o único possuidor da informação. Essa vulnerabilidade é primordial para assegurar a dignidade do consumidor (MARQUES, 2011, p. 335).

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor permite resguardar a equidade entre os contratantes e, como uma consequência dessa situação, o artigo 47 do CDC estabelece que os contratos devem ser interpretados a favor do consumidor (MARQUES, 2011, p. 903).

VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR PERANTE O REGIME JURÍDICO QUE REGULAMENTA A COMPRA COLETIVA NO BRASIL

No Brasil, o comércio eletrônico vem ganhando cada vez mais destaque e esse crescimento é demonstrado pelos dados fornecidos pela consultoria *e-bit*, segundo os quais as vendas no setor devem atingir 28 bilhões de reais no ano de 2013, o que evidencia um aumento de 24% (vinte e quatro por cento) sobre o faturamento de 2012, conforme reportagem presente no *site* do G1 (VENDAS..., 2013).

Em decorrência do grande número de transações que são realizadas diariamente pela Internet, faz-se necessária maior atenção no que se refere à proteção das partes envolvidas na relação consumista, principalmente, dos consumidores, posto que são considerados parte vulnerável, conforme o artigo 4º, I, do CDC.

Entretanto, existe uma divergência sobre a aplicação do princípio da vulnerabilidade aos contratos celebrados via Internet. De um lado, Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 9), jurista com notório saber na área de Direito Comercial, defende que a vulnerabilidade do consumidor no comércio eletrônico é a mesma e, em determinadas situações, até menor do que no meio físico, em virtude dele ter acesso à várias informações sobre o produto ou serviço que deseja adquirir, podendo comparar preços e decidir calmamente, enquanto que o consumidor que pretendesse comprar um bem na loja física seria facilmente influenciado pelo vendedor.

Por outro lado, há quem reconheça que o consumidor virtual está mais vulnerável do que o consumidor no meio físico, já que ele está sujeito a outros riscos, como:

[...] a impossibilidade de ver e de experimentar o produto, riscos de erros e manipulações no momento de concluir ou de se arrepender do negócio, fornecedores não-sérios ou falsários, a perda do valor pago, a demora extrema no fornecimento do produto ou serviço, riscos com os dados sensíveis enviados, perturbação da privacidade, uso indevido dos dados sensíveis, das senhas e dos dados financeiros (KOGGE, apud MARQUES, 2004, p. 52-53).

É inegável que o consumidor do *e-commerce* possui várias informações à sua disposição na Internet, bastando que seja paciente para realizar a busca, mas isso não significa que a sua vulnerabilidade tenha desaparecido. Na verdade, não se pode confundir vulnerabilidade com hipossuficiência. A primeira é um elemento que caracteriza a figura do consumidor, norteando todo o Código, pois ela é presumida e independe do acesso que ele tenha aos dados sobre o produto ou serviço. A segunda, por sua vez, é um requisito que autoriza a inversão do ônus da prova, facilitando a defesa do consumidor (FORTALEZA; AMORIM, 2011, p. 178). Logo, o usuário pode ser considerado vulnerável e hipossuficiente, mas não necessariamente isso ocorrerá.

Além disso, Lorenzetti (2004, p. 365) alude que no comércio eletrônico existe outro tipo de disparidade entre o consumidor e o fornecedor que é a tecnológica, devendo-se considerar que:

[...] a tecnologia é cada vez mais complexa na sua programação, mas se apresenta de maneira bastante simplificada perante o usuário, ocultando deste modo uma grande quantidade de aspectos que permanecem na esfera de controle do fornecedor. Pode-se afirmar que a tecnologia aumenta a vulnerabilidade dos consumidores, instaurando uma relação que não lhes é familiar.

Visando proteger o consumidor que celebra contratos pelo meio eletrônico, foi criada a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da Comissão da Organização das Nações Unidas para o Direito do

Comércio Internacional (UNCITRAL), aprovada em 1996 com o objetivo de guiar os países na elaboração de suas legislações internas. A partir de então, vários países editaram normas à respeito do comércio eletrônico, tendo como fundamento a diretriz da Lei Modelo (E-COMMERCE NEWS, 2009).

No âmbito nacional, o ordenamento jurídico carece de normas específicas sobre o tema, fato que torna o consumidor ainda mais vulnerável, pois, caso algum dano ocorra, ele não terá um regramento jurídico para se amparar.

ANÁLISE DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR BRASILEIRO NA EFETIVIDADE DO SEU DIREITO DE ARREPENDIMENTO NAS COMPRAS COLETIVAS

O século XX foi marcado pela sociedade de consumo, caracterizada pelo crescimento do número de produtos e serviços. Entretanto, esse novo modelo social não trouxe apenas benefícios para os contratantes, ao contrário, ele retirou do consumidor o seu poder de barganha, permitindo que o fornecedor assumisse posição de força na relação consumerista. Neste contexto, foi necessária a intervenção do Estado no âmbito dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), a fim de superar essa vulnerabilidade (GRINOVER et al., 2011, p. 4).

Desse modo, um dos aspectos intervencionistas do Estado foi o direito de arrependimento, que é o direito do consumidor de “[...] arrepender-se e voltar atrás em declaração de vontade que haja manifestado celebrando relação jurídica de consumo” (GRINOVER et al., 2011, p. 562). No regime jurídico atual, esse direito é regulado por três diplomas legais (CDC, CC e Decreto nº 7.962/2013), que serão a seguir analisados.

No CDC esse direito está previsto no artigo 49, o qual dispõe que:

O consumidor pode desistir do contrato no prazo de sete dias, a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do pro-

duto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio.

Inicialmente, vale ressaltar que o direito de arrependimento existe *per se*, ou seja, não depende da existência de vício ou defeito do produto para ser exercido e, portanto, não é necessário que o consumidor justifique o motivo da sua atitude (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 292).

O prazo de reflexão estabelecido pelo Código é de 7 (sete) dias e a contagem ocorre a partir da conclusão do contrato, quando o produto/serviço é entregue/prestado no dia da assinatura do contrato, ou do ato de recebimento do produto/serviço, caso o contrato seja concluído em um dia e o produto/serviço seja entregue/prestado em data posterior. Isso ocorre porque o consumidor somente terá como saber se o produto ou serviço adquirido corresponde às suas expectativas, no momento em que ele tem a possibilidade de examiná-lo, isto é, quando o tem em suas mãos (GRINOVER et al., 2011, p. 562-563).

Ademais, é necessário destacar que o direito de arrependimento somente pode ser exercido quando a compra ocorrer fora do estabelecimento comercial. A razão de ser desse direito, decorre do fato de o consumidor não conseguir examinar adequadamente o produto ou serviço que deseja adquirir e de ser uma compra por impulso, em que não há o tempo necessário para o amadurecimento sobre a real necessidade daquele bem (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 292).

Então, o artigo 49 do CDC consiste em um prazo de reflexão obrigatório, instituído por lei, com o objetivo de equilibrar as partes da relação consumerista e permitir que o consumidor realize uma compra consciente, sem que ele tenha sido surpreendido com uma abordagem publicitária mais incisiva e possibilitando que ele examine o produto ou serviço, verificando suas qualidades e defeitos.

Nesse sentido, seria possível aplicar esse dispositivo ao comércio eletrônico, uma vez que se trata de uma relação celebrada fora do estabelecimento comercial, em que não há um contato físico do

consumidor com o produto. Adotando essa linha de raciocínio, Leal (2009, p. 107, grifo do autor) leciona que:

Os contratos eletrônicos realizados via *Internet* equiparam-se aos contratos a distância, sendo que a aplicação do prazo de reflexão e a possibilidade do exercício do direito de arrependimento servem para minimizar os efeitos da impessoalidade e satisfação incerta da contratação eletrônica.

Dessa forma, nessa modalidade de compra, também estão presentes as duas razões que justificam o exercício do direito de arrependimento. Em especial, nas compras coletivas, a compra por impulso é facilmente percebida, conforme afirma Dailton Felipini (2011, p. 20-21):

A compra coletiva é uma típica compra por impulso. Comprar por impulso refere-se à aquisição de algo cuja ausência não faria falta ao comprador e geralmente está associada a produtos de menor valor ou de oportunidade. O modelo de compra coletiva associa um produto atrativo a um desconto expressivo e a uma oportunidade com prazo certo para se extinguir. Tem-se assim uma ótima receita para uma venda bem-sucedida.

Ademais, caso não fosse permitida a aplicação do artigo 49, existiria uma verdadeira restrição do âmbito de alcance das normas de proteção ao consumidor, o que violaria os preceitos constitucionais protecionistas dessa categoria, enquanto direito fundamental (KLEE, 2012, p. 31).

Por outro lado, Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 10) entende que esse dispositivo legal somente pode ser utilizado no comércio eletrônico nos casos em que o fornecedor divulga “[...] menos informações sobre o produto ou serviço a adquirir nesse canal do que no comércio físico”. Com isso, se o consumidor tem acesso às mesmas informações que teria se a compra fosse realizada no ambiente físico, ele não poderia exercer o direito de arrependimento.

Analisando o CC, percebe-se que ele não faz referência a esse instituto no capítulo específico sobre contratos, mas tão somente no artigo 420, o qual dispõe sobre as arras penitenciais:

Se no contrato for estipulado o direito de arrependimento para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória. Neste caso, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á, mais o equivalente. Em ambos os casos não haverá direito a indenização suplementar.

Arras ou sinal corresponde a “[...] uma disposição convencional pela qual uma das partes entrega determinado bem à outra – em geral, dinheiro –, em garantia da obrigação pactuada. Poderá ou não, a depender da espécie das arras dadas, conferir às partes o direito de arrependimento [...]” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 372).

Assim, as arras podem ser classificadas em confirmatórias e penitenciais. A primeira tem como função confirmar o contrato, o qual se torna obrigatório após a entrega do sinal e, por conseguinte, as partes não possuem direito de arrependimento. Já a segunda, é regulada pelo artigo 420 do CC, e atua como uma sanção à parte que usufruir do direito de arrependimento (GONÇALVES, 2011, p. 425). Isso ocorre porque, em regra, quando um contrato civil é celebrado ele deve ser cumprido, não sendo possível a parte alegar arrependimento, apenas, excepcionalmente, é possível pactuar esse direito (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 374).

Desse modo, pode-se concluir que somente seria possível o exercício desse direito, se houvesse previsão expressa no contrato e mediante o pagamento de arras. Além do mais, se o direito de arrependimento for exercido regularmente, acarretará a extinção do contrato, independente do pagamento de indenização suplementar, levando à perda do sinal por quem o deu ou à restituição em dobro por quem o recebeu (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 374-375).

Por sua vez, o Decreto nº 7.962 prevê o direito de arrependimento no artigo 5º, o qual estabelece que “[...] o fornecedor deve

informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor”. Diante do exposto, constata-se que o referido dispositivo legal não disciplina o exercício desse direito, cabendo ao fornecedor realizar essa tarefa, deixando, assim, o consumidor desprotegido, visto que permanece a dúvida a respeito de qual diploma legal (CDC ou CC) deve ser aplicado ao comércio eletrônico e se, caso seja adotado o artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, haveria ou não direito de arrependimento em qualquer situação.

Logo, verifica-se que o Decreto se baseia na autonomia da vontade, considerando as partes igualitárias e deixando de lado o dirigismo contratual, em que o Estado deve intervir na relação contratual privada para igualar juridicamente as partes que são materialmente desiguais. Dessa forma, ele se distancia dos ideais do CDC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dessa pesquisa, foi possível verificar que as formas de celebração do contrato de compra e venda foram se transformando, juntamente com o desenvolvimento da Internet. Nesse contexto de propagação do comércio eletrônico, no Brasil e no mundo, surge a compra coletiva, cuja principal vantagem são os cupons oferecidos em produtos e serviços das mais diversas categorias com expressivos descontos.

Nesse diapasão, merece destaque a necessidade de regulamentar a compra eletrônica, visto que o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor cumprem o seu objetivo de modo limitado quando aplicados, por analogia, a esse tipo de comércio, em virtude das peculiaridades que ele possui. Assim, buscando sanar as lacunas presentes nesses diplomas legais, foi editado o Decreto nº 7.962, que entrou em vigor no dia 14 de maio de 2013, todavia, ele também não é eficaz, deixando em aberto várias questões sobre o tema.

Portanto, faz-se imprescindível a regulamentação específica do comércio eletrônico, principalmente, em virtude dos problemas e riscos que esse meio de contratação submete aos consumidores. Sendo

assim, é indispensável assegurar os direitos básicos do consumidor que contrata pela Internet, lhe conferindo segurança jurídica.

Desse modo, dentre os princípios que norteiam as relações consumeristas, há que se conferir maior atenção ao da vulnerabilidade. Esse princípio representa o reconhecimento de que o consumidor encontra-se em posição desfavorável na relação jurídica e, com isso, busca equilibrar, juridicamente, o fornecedor e o consumidor, pois, faticamente, eles são desiguais.

Entretanto, conforme o exposto no presente estudo, existe uma divergência doutrinária a respeito da possibilidade de aplicar o princípio da vulnerabilidade ao consumidor virtual. É indiscutível que o usuário da Internet possui à sua disposição várias informações sobre o produto ou serviço que deseja adquirir, mas tal fato não significa que a vulnerabilidade foi eliminada, sendo necessário distinguir quantidade e qualidade, já que muitos dados presentes nesse meio não são confiáveis.

Na verdade, o consumidor virtual está sujeito a diversos riscos inerentes ao comércio eletrônico e essa situação é agravada devido à insuficiência legislativa, especialmente, no que concerne ao direito de arrependimento, uma vez que o Decreto nº 7.962/2013 permite que o seu exercício seja regulado pelo fornecedor, deixando o consumidor ainda mais vulnerável.

Em suma, diante do expressivo número de transações realizadas por meio da Internet, aplicar somente o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Decreto nº 7.962/2013 não é suficiente. Há necessidade de criar normas específicas para esse tipo de comércio que, realmente, consigam alcançar o seu objetivo de regulamentação, protegendo o consumidor e, conseqüentemente, contribuindo para o desenvolvimento da compra eletrônica.

REFERÊNCIAS

AMAD, Emir Iscandor. **Contratos de software “shrinkwrap licenses” e “clickwrap licenses”**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03 de jul. de 2013.

_____. **Código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2013.

_____. Poder Executivo. **Decreto n. 7.962/2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm>. Acesso em: 21 maio 2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ação civil pública nº 5002178-30.2011.404.7200**. Disponível em: <www.procon.sc.gov.br/index.php/noticias/216-a-justica-federal-atraves-da-acao-civil-publica-impetrada-pelo-conselho-regional-de-odontologia-de-santa-catarina-cros>. Acesso em: 04 set. 2013.

CARVALHO, Rodrigo Benevides de. A Internet e as relações de consumo. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (Org.). **Internet: o direito na era virtual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 95-109.

COELHO, Fábio Ulhoa. Direitos do consumidor no comércio eletrônico. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 8, n. 48, p. 7-14, jul./ago. 2007.

E-COMMERCE NEWS. **Legislação sobre e-commerce**. [S.l.], 27 out. 2009. Disponível em: <<http://ecommercenews.com.br/artigos/legislacao-sobre-e-commerce>>. Acesso em: 29 maio 2013.

_____. **Pós-venda e parceiro eficaz são requisitos fundamentais para sites de compras coletivas.** [S.l.], 4 fev. 2013. Disponível em: <<http://ecommercenews.com.br/noticias/balancos/pos-venda-e-parceiro-eficaz-sao-requisitos-fundamentais-para-sites-de-compras-coletivas>>. Acesso em: 16 maio 2013.

FELIPINI, Dailton. **Compra coletiva: um guia para o comprador, o comerciante e o empreendedor.** Rio de Janeiro: Brasport, 2011.

FORTALEZA, Sheille de Oliveira; AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. O princípio da vulnerabilidade do consumidor na contratação eletrônica. **Revista Semente**, Maceió, v. 6, n. 6, p. 173-182, 2011. Disponível em: <<http://www.fejal.com.br/revista/index.php/semente/article/view/155/113>>. Acesso em: 12 maio 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Compras coletivas e as lesividades na relação de consumo. **Revista síntese direito civil e processual civil**, São Paulo, v. 12, n. 78, p. 72-89, jul./ago. 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A atualização do Código de Defesa do Consumidor: o projeto de lei do senado nº 281/2012 sobre o comércio eletrônico e a proteção do consumidor na internet. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 420, p. 10-52, out. 2012.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônico: validade jurídica dos contratos via internet.** São Paulo: Atlas, 2009.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Disponível em: <<http://leonardi.adv.br/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-servicos-de-internet/>>. Acesso em: 12 maio 2013.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque de. A aplicação do código de defesa do consumidor os contratos eletrônicos. **Revista Jurídica Faculdade Paraibana**, Paraíba, n. 1, p. 2-26, dez. 2010. Disponível em: <http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/artigo_aplicacao_codigo_defesa_do_consumidor_contratos_eletronicos_Jose_Edvaldo.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Flávio Alves. Considerações acerca da proteção ao consumidor nos contratos eletrônicos. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 17., 2008, Brasília. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/05_257.pdf>. Acesso em: 21 maio 2013.

MELO, Clayton. Compras coletivas: muito peixe, pouca isca. **Isto É Dinheiro**, São Paulo, n. 709, 06 maio 2011. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/56542_COMPRAS+COLETIVAS+MUITO+PEIXE+POUCA+ISCA>. Acesso em: 16 maio 2013.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A vulnerabilidade do consumidor perante o regime jurídico vigente sobre a compra coletiva no Brasil atual

VENDAS do comércio eletrônico do Brasil devem crescer 24% em 2013. **G1**. [S.l.], 20 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/03/vendas-do-comercio-eletronico-do-brasil-devem-crescer-24-em-2013.html>>. Acesso em: 16 maio 2013.

Instrumentos processuais democráticos na tutela de acidente de consumo: um estudo de caso do incêndio da Boate Kiss

THAIS DUMAS SIMONELI BARBOSA¹
CRISTINA GROBÉRIO PAZÓ²

INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor é um direito fundamental, trazido pela Constituição Federal no art. 5º, XXXII. Ocorre, ainda, que a tutela aos direitos do consumidor também está presente na Magna Carta como um princípio da ordem econômica, conforme o art. 170, V.

Depreende-se, portanto, que o direito do consumidor é um direito fundamental e, em decorrência de seu caráter constitucional é imprescindível a proteção em face do Estado e de particulares. Ressalta-se, ainda, que o consumidor é um sujeito vulnerável, em detrimento da superioridade fática, técnica, econômica e social do fornecedor, o que apenas reafirma a necessidade de uma tutela adequada desses direitos, em especial nos casos de acidente de consumo.

Cabe apontar que os danos provenientes de acidentes de consumo são, em geral, imensuráveis, principalmente no tocante ao dano moral. Tem-se como caso de análise o incêndio da boate Kiss,

¹ Graduanda da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); monitora da disciplina Direito Civil III da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), ministrada pela Professora Cristina Grobério Pazó.

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF); mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); professora da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); advogada.

ocorrido no dia 27 de janeiro de 2013, em Santa Maria, caracterizado pelas centenas de mortes e feridos, em decorrência da prestação de um serviço defeituoso. Observa-se que não é possível medir dano moral e, assim, trata-se de uma árdua tarefa a quantificação do valor indenizatório, o que traduz a necessidade de novos instrumentos processuais para uma melhor compensação dos danos sofridos.

Nesse contexto, busca-se uma efetiva proteção do direito do consumidor por meio de um sistema processual democrático, isto é, através de um processo que garanta a participação social, a fim de que os escopos sociais, jurídicos e políticos do sistema processual sejam, de fato alcançados.

Neste momento, cabe a seguinte indagação: quais os instrumentos processuais democráticos aptos à tutela de acidentes de consumo?

Para tanto, será analisada a instrumentalidade do sistema processual no Estado Brasileiro, bem como os escopos políticos, jurídicos e sociais a que é destinado o processo. Será apresentado o consumidor enquanto titular dos direitos fundamentais no Estado Brasileiro. Em seguida, será examinado o acidente de consumo da boate Kiss, bem como o dano moral sofrido, para então ser discutido os instrumentos processuais democráticos na tutela de acidentes de consumo.

A INSTRUMENTALIDADE DO SISTEMA PROCESSUAL NO ESTADO BRASILEIRO

Diante da complexidade do poder Estatal, este é dividido em várias funções. Entre elas, está a jurisdição, entendida como a atividade estatal que declara o direito, na medida em que promove a aplicação de leis e visa assegurar a justiça nas relações sociais (AZAMBUJA, 2008, p. 202-203).

Percebe-se, dessa forma, que a jurisdição não deve ser entendida puramente como poder, mas também deve-se compreender o caráter de função dessa atividade desempenhada pelo Estado. Em outras palavras, não corresponde a um mero poder estatal, como, do mesmo modo, traduz-se em um dever de solucionar os litígios, uma vez que não é permitido ao indivíduo, em regra geral, a autotutela. Assim,

[...] A atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Mas, desde que privou os cidadãos de fazer atuar seus direitos subjetivos pelas próprias mãos, a ordem jurídica teve que criar para os particulares um direito à tutela jurídica do Estado. E este, em consequência, passou a deter não apenas o *poder* jurisdicional, mas também assumiu o *dever* de jurisdição (THEODORO JÚNIOR, 2012, p.47).

Portanto, a partir do momento que o Estado incorpora essa função de solucionar conflitos, ao esvaziar as hipóteses de incidência da autotutela, a jurisdição torna-se um dever, que é exercido através do processo. De acordo com o entendimento de Bedaque (2010, p. 36),

Processo nada mais é, pois, que um método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução de litígios. Pretende-se seja adequado aos fins a que se propõe. Participam dele o próprio Estado e as pessoas de alguma forma envolvidas na controvérsia. Estes sujeitos passam a se relacionar, praticando atos segundo a ordem e os modelos previamente previstos na lei.

Observa-se, assim, que o processo é o instrumento em que o Estado e as partes envolvidas no conflito se relacionam, utilizando-se de um procedimento previsto em lei, com o objetivo de solucionar a lide. O processo, por sua vez, insere-se em um conjunto de órgãos, normas e técnicas, estruturando-se o que é denominado sistema processual. Este trata-se de um “conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos (DINAMARCO, 2004, p. 190).

Como já mencionado, o processo é instrumento, uma vez que, enquanto método para o exercício da jurisdição, é instrumental para a aplicação do Direito. No entanto, não é possível adotar essa visão reducionista para o sistema processual. Dinamarco (2000, p. 266) esclarece que:

O caráter instrumental do “processo”, enquanto categoria jurídica constitui, no entanto uma característica endo-sistemática que não coincide nem tem a riqueza desta outra de que se cuida e que é a instrumentalidade do *processo*, entendido agora como a expressão resumida do próprio *sistema processual*.

Logo, o processo, entendido como sistema processual, não é simples instrumento para a aplicação do direito material. Na verdade, a “instrumentalidade do processo” rompe os limites fixados pelo Ordenamento Jurídico, na medida em que produz consequências em esferas exteriores ao Direito.

Com efeito, é essencial o estudo da instrumentalidade do sistema processual. Em outras palavras, é imprescindível compreender o processo como instrumento para o alcance de determinadas finalidades, denominadas os escopos processuais. Isso porque atentar-se aos escopos significa um processo efetivo, que é aquele produz os efeitos legitimamente esperados.

O sistema processual jamais deve ser visto como um conglomerado de procedimentos. Pelo contrário,

Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhes liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça (BEDAQUE, 2010, p.45)

Depreende-se, portanto, que as regras processuais trazidas pela legislação são fundamentais para um tratamento igualitário das partes envolvidas na lide. No entanto, o sistema processual não se restringe à aplicação de um procedimento para a satisfação de um direito material. Na verdade, um processo de fato efetivo, isto é, apto a produzir os efeitos esperados (BEDAQUE, 2010, p. 32), atinge três escopos: o jurídico, o social e o político.

No plano jurídico, é fundamental destacar que o processo não só é regido pelas regras do Ordenamento jurídico, como também é instrumento que garante a certeza e a integridade do direito substancial. Inere-se, pois, que o sistema processual é:

[...] instrumento a serviço de uma ordem exterior. Essa ordem exterior é representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social –, ou seja, ela é representada pelo que se denomina *direito substancial* (DINAMARCO, 2000, p. 181).

De fato, o processo consiste em meio para que os direitos, extraídos das normas e dos princípios da Ordem Jurídica, sejam garantidos. Ocorre que, por intermédio de uma decisão jurisdicional, ao direito substancial é conferido uma certeza.

No entanto, a finalidade processual não se limita à obtenção de decisões judiciais, tampouco à garantia do direito substancial. Merece também destaque o escopo social do processo, que se traduz nos benefícios que deverá proporcionar à sociedade. Vale mencionar que:

[...] a vida em sociedade gera *insatisfações*, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e mercê de serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. [...] São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade (DINAMARCO, 2000, p. 160).

Assim, diante das insatisfações da vida em sociedade, o indivíduo busca uma solução a ser imposta pela jurisdição, isto é, almeja-se a pacificação social, por meio da segurança jurídica. Ademais, o processo deve possibilitar a conscientização da sociedade no que diz respeito aos seus direitos e obrigações (DINAMARCO, 2000, p. 162).

Por fim, destaca-se o escopo político do processo. O sistema processual possui como finalidade produzir uma decisão imperativa do Estado-juiz, uma vez que a jurisdição também se revela um

poder do Estado. No entanto, esse poder é limitado, em um Estado Democrático, já que a liberdade individual deve ser observada. Nesse sentido, explica Dinamarco (2000, p. 170) que:

[...] o próprio Estado sai reafirmado em sua condição de entidade responsável pela organização da vida social e sai reafirmada a autoridade do seu ordenamento jurídico [...], sendo inconcebível a sociedade política sem o processo e a jurisdição. A confiança no Estado pacificador e respeitoso do valor liberdade é indispensável fator legitimante do poder, do ordenamento e do Estado mesmo.

O sistema processual não só deve ser meio de reafirmação da função do Estado enquanto pacificador social garantidor da liberdade do indivíduo, como também deve permitir a participação democrática (DINAMARCO, 2000, p. 171).

A democracia, por sua vez, não se limita à esfera política, mas, na verdade, produz reflexos nas mais diversas dimensões da vida. Portanto,

Como sabemos, la Democracia, más que um simple régimen político, constituye todo um sistema de vida y se integra, además de la dimensión política – y como sustento indispensable – con la democracia social y económica (VESCOVI, 1988, p. 360).³

Assim, no Estado brasileiro, que possui como essência a democracia, esta deve impregnar não só a política, como também o processo, que torna-se, de fato, democrático, com uma efetiva participação popular.

Diante disso, percebe-se que o processo é instrumental não só para uma efetiva aplicação do direito material, como também está a serviço da pacificação social e de um processo, além de símbolo do

³ Como sabemos, a democracia, mais que um simples regime político, constitui todo um sistema de vida e se integra, além da dimensão política – e como suporte indispensável – com a democracia social e econômica (tradução nossa).

poder do Estado, garantidor da liberdade individual e da democracia. Logo, a efetivação da tutela de direitos fundamentais no Estado Brasileiro depende da observância desses pressupostos.

O CONSUMIDOR COMO SUJEITO TITULAR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO BRASILEIRO

A proteção ao consumidor é, conforme o art. 5º, XXXII da Constituição, um direito fundamental a ser efetivado pelo Estado brasileiro. Ademais, a tutela dos direitos consumeristas também é trazida pela Carta Magna como um princípio da ordem econômica, nos moldes do art. 170, V. Vislumbra-se, assim, que a defesa do consumidor não só possui proteção, como também consiste em direito fundamental.

A proteção ao consumidor, enquanto direito fundamental, consiste em direito subjetivo que deve ser assegurado, seja contra o particular ou contra o Estado. Percebe-se, dessa forma, que o consumidor é sujeito de direito protegido em patamar constitucional.

Essa especial proteção aos direitos do consumidor decorre de sua vulnerabilidade, que é proveniente da “superioridade técnica, fática, econômica e social do fornecedor, em relação ao consumidor, destinatário final dos produtos e serviços” (SOARES, 2006, p.39). Em razão desse desequilíbrio entre o consumidor e o fornecedor nos planos técnico, fático, econômico e social, torna-se imprescindível uma tutela constitucional, além da regulamentação por lei. Nesse sentido, é possível dizer que:

Toda e qualquer legislação de proteção ao consumidor tem, portanto, a mesma *ratio*, vale dizer, reequilibrar a relação de consumo, seja reforçando, quando possível, a posição do consumidor, seja proibindo ou limitando certas práticas de mercado (GRINOVER, 2011a, p. 05).

Diante da vulnerabilidade do consumidor, qualquer legislação que visa a defesa do consumidor, incluindo o Código de Defesa do

Consumidor, almeja o reequilíbrio da relação de consumo, para uma verdadeira proteção da parte mais frágil. Nesse contexto, ressalta-se a importância dessas legislações para uma efetiva tutela dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos do consumidor.

Reafirma-se, no entanto, que a devida proteção dos direitos fundamentais do consumidor no sistema processual somente ocorrerá se os escopos do processo forem, de fato, alcançados. Destaca-se, em especial, a necessidade de um processo democrático, caracterizado pela participação popular, a fim de que o consumidor seja trazido ao processo enquanto sujeito titular de direitos fundamentais.

O ACIDENTE DE CONSUMO E O INCÊNDIO DA BOATE KISS

O Código de Defesa do Consumidor, do art. 12 ao art. 14, traz a previsão de responsabilidade civil do fornecedor pelo defeito do produto e pelo serviço. Trata-se de uma responsabilidade, em regra, objetiva. Em outras palavras, na reparação pelo danos causados ao consumidor, é irrelevante a comprovação da culpa do fornecedor.

O defeito é a essência da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, também chamada de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço. O defeito, por sua vez, decorre da inexistência de segurança que legitimamente se espera daquele produto ou serviço. Dessa forma, a partir do momento em que o produto defeituoso causa qualquer espécie de dano ao consumidor, incidirá a responsabilidade civil.

O defeito de produtos ou serviços define-se como o não oferecimento da segurança que dele legitimamente se espera. O exemplo clássico de responsabilidade pelo fato do produto – acidente de consumo – é o do freio do automóvel que vem a falhar, por defeito de fabricação, provocando acidente. O consumidor, ou qualquer vítima do evento [...] tem o direito de ser indenizado pelos danos sofridos (MARÇAL, 2010, p. 374).

O termo “acidente de consumo” é muito utilizado para se referir aos casos de defeito do produto, como é possível perceber pelo exemplo de responsabilidade pelo fato do produto acima citado. No entanto, uma análise mais cautelosa quanto a esses termos é necessária.

Entende-se que essas expressões não se confundem. Na verdade, o defeito do produto ou do serviço é muito mais amplo que o acidente de consumo, denominação essa que somente deverá ser utilizada nos casos em que, de fato, ocorreu um acidente (NUNES, 2009, p. 272), como é o caso do incêndio da boate Kiss.

No dia 27 de janeiro de 2013, na cidade de Santa Maria, Rio Grande do Sul, ocorreu um incêndio na boate Kiss, que resultou em centenas de feridos e em 241 mortes, provocadas pela fumaça tóxica produzida no incêndio. Este teria se iniciado em decorrência do uso de um artefato pirotécnico pela banda Gurizada Fandangueira, durante a apresentação (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, p.01).

Ocorre que esse episódio não teria sido um simples acidente, mas o resultado de uma série de erros e omissões, inclusive dos responsáveis pelo estabelecimento, que oferecem aos consumidores um serviço defeituoso.

Inicialmente, é importante apontar que o produto pirotécnico, adquirido pelo produtor da banda, era de uso estritamente externo (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, p.14). Além disso, a espuma do teto do palco, local onde se iniciou o incêndio, era tóxica e foi comprada em uma loja de colchões (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, p. 21-22). Vale ainda apontar que o extintor de incêndio utilizado no palco não funcionava (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, p. 91-97).

Há ainda outros fatores que concorreram para o evento em questão, entre eles está a falta de treinamento dos seguranças, que impediram a saída de diversas pessoas (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, p. 101-107); a existência de apenas uma saída de emergência, o que contraria os padrões exigidos pelo Corpo de Bombeiros; a ausência de indicadores de saída; a superlotação da boate; e a presença de obstáculos (guarda-corpos) na saída do estabelecimento.

Tem-se como exemplo, o depoimento de Luiza Bissacott Mathias (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, p. 98), que declara que:

O extintor de incêndio não funcionou, embora tenha sido acionado. Era frequente a realização de show pirotécnico pela referida banda. Degraus internos, barras de contenção e táxis estacionados na frente da KISS dificultaram a evacuação. Não viu nenhum funcionário ou segurança indicar a saída. Não enxergou luzes de emergência nem sinalizações de saída. Na noite do sinistro e em outras ocasiões em que foi à KISS, presenciou a ausência de extintores nos locais indicados por setas. Na KISS, mesmo quando a boate já estava lotada, sempre era permitido o cliente entrar: nunca impediam o ingresso de uma pessoa em razão de o estabelecimento estar lotado.

Percebe-se, assim, o grande descaso da boate, que permitiu o seu funcionamento mesmo com diversos obstáculos que impediam a rápida evacuação do estabelecimento, quais sejam a falta de luzes de emergência e sinalizações de saída, barras de contenção, a lotação da boate e degraus internos. Ressalta-se, ainda, que inexistia extintores de incêndio nos locais indicados.

No tocante à ausência dos extintores de incêndio, estes eram guardados em locais impróprios, por questões estéticas. Conforme se extrai do Inquérito Policial (RIO GRANDE DO SUL, 2013a, p. 96-97),

[...] verifica-se uma excessiva preocupação, sobretudo de ELISSANDRO, com a estética da Boate KISS, pois conforme depoimentos de VANESSA GISELE VASCONCELOS, STENIO RODRIGUES FERNANDES e LUCAS CAUDURO PERANZONI, funcionários da boate, os extintores de incêndio eram guardados em locais impróprios, em vez de ficarem nas paredes nos locais próprios.

Todas essas irregularidades presentes na boate ressaltam a falta de zelo da boate Kiss com a saúde e com a segurança dos consumidores. Ocorre que os donos da boate, indubitavelmente, oferecem um serviço defeituoso, visto que disponibilizaram no mercado um serviço sem os mínimos padrões de segurança que se espera de uma boate.

Trata-se, até então, de 241 (duzentos e quarenta e uma) mortes e vários feridos. É certo que se trata de um acidente de consumo, uma vez que os danos causados, que possuem grandes proporções, decorrem da prestação do serviço pela boate Kiss.

DANO MORAL NO INCÊNDIO DA BOATE KISS

É possível dizer que o dano é justamente a razão de ser de todo o instituto da responsabilidade civil, na medida em que o objetivo principal da responsabilização do fornecedor é a reparação dos danos sofridos pelas vítimas do acidente de consumo. Assim,

[...] o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 70).

Dessa forma, fala-se apenas em indenização a partir do momento em que o consumidor sofre qualquer espécie de prejuízo em decorrência do acidente de consumo. Diante disso, é importante destacar que a responsabilidade civil, enquanto instrumento para a reparação dos danos, atenta-se não apenas ao dano patrimonial, sendo imprescindível analisar os danos estéticos e extrapatrimoniais de cada caso em questão.

O dano patrimonial é uma espécie de dano que atinge o patrimônio da vítima, sendo, portanto, possível avaliar pecuniariamente o prejuízo causado. Assim, o dano patrimonial é aquele:

[...] susceptível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado, senão diretamente – mediante restauração natural ou reconstituição específica da situação anterior à lesão –, pelo menos indiretamente – por meio de equivalente ou indenização pecuniária (VARELA, *apud* CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71-72).

Portanto, essa espécie de dano, caracterizada pela possibilidade de aferição econômica, engloba os danos emergentes, como também os lucros cessantes. O dano emergente é aquele que provoca a redução patrimonial da vítima imediatamente. O lucro cessante, por sua vez, importa na frustração de um ganho esperado (CAVALIERI FILHO, 2008, p.72).

Além do dano patrimonial, a doutrina e a jurisprudência apontam a existência do dano estético. Trata-se de um dano que ataca diretamente os direitos da personalidade, tal como os direitos à imagem, à integridade física, ou à honra, em decorrência de uma modificação lesiva irreparável ou de difícil reparação na aparência da pessoa (SILVA, 2009, p. 66).

Ocorre que o consumidor vitimado por danos estéticos sofre uma agressão ao seu próprio corpo, que acarreta, além dessa violação à integridade física, em uma modificação indesejada de sua imagem, acompanhada de um ataque à sua honra.

Há, ainda, outra categoria de dano: o moral. Conforme entendimento de Dalmartello *apud* Cahali (2011, p.19), essa espécie de dano caracteriza-se pela privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precioso na vida do homem”, entre elas estão a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade, a integridade e a honra.

Considera-se, portanto, como dano moral, tudo aquilo que fere os valores inerentes à personalidade humana. Tem-se como exemplos de danos morais a angústia, o sofrimento, a humilhação pública, o desequilíbrio psíquico, entre vários outros possíveis.

Ocorre que o incêndio da boate Kiss trata-se de um acidente de consumo que trouxe aos familiares das vítimas e aos sobreviventes um imensurável dano moral, visto que não resta dúvidas quanto à angústia, ao desequilíbrio psíquico e ao sofrimento sofridos. Ressalta-se que o incêndio, vivido pelos sobreviventes, foi uma verdadeira afronta aos direitos de personalidade, sendo inviável, inclusive, descrever a angústia e o sofrimento a que foram submetidos na boate Kiss. Afinal, é fato que centenas de consumidores foram contidos em um estabelecimento em chamas, em decorrência das diversas irregularidades que impediram uma rápida evasão.

Da mesma forma, está claro o ataque aos direitos de personalidade dos familiares das vítimas do incêndio, na medida em que viram-se em uma situação de desequilíbrio psíquico, dor e sofrimento diante das trágicas mortes.

No entanto, o dano moral sofrido pelos sobreviventes e também pelos familiares das vítimas, diferentemente do dano material, não é possível ser medido e, conseqüentemente, não se fala em reparação. Nesse sentido, explica Rollo (2011, p. 64) que:

Não se cogita da reparação do dano moral, porque isso implicaria mensuração da dor que, por essência, não pode ser medida. Cogita-se, sim, da compensação do sofrimento, do alívio da dor, que decorre não só do conforto proporcionado ao ofendido pela indenização paga, como também pela sensação de justiça, que desencadeia a justa punição do ofensor.

Na verdade, na medida em que a indenização por danos morais não é capaz de restaurar os direitos violados, resta apenas a possibilidade de uma compensação, que deve proporcionar certo conforto ao ofendido como também, de certa forma, punir o ofensor.

Fixar o valor indenizatório de forma a atender esses propósitos, entretanto, consiste em uma árdua tarefa. Isso porque, nas palavras de Moraes (2003, p.267), trata-se de “reparar o que é irreparável, mas que, no entanto, não pode (nem deve) ficar sem reparação”.

Dessa forma, é imprescindível o estudo de instrumentos processuais que permitam uma avaliação mais atenciosa do dano moral sofrido em decorrência de acidentes de consumo, em especial no caso da boate Kiss.

INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DEMOCRÁTICOS NA TUTELA DE ACIDENTE DE CONSUMO: UM ESTUDO DE CASO DO INCÊNDIO DA BOATE KISS

A democracia é a própria essência do Estado Brasileiro. Desde o preâmbulo da Constituição, anuncia-se que se trata de um Estado

Democrático de Direito e, a seguir, a democracia é reafirmada no texto constitucional em diversos dispositivos.

No entanto, a democracia não se restringe à esfera política do Estado Brasileiro. Na verdade, ela se expande e atinge, até mesmo, o âmbito jurídico. Portanto, é inegável que também deverá ser a essência do sistema processual, que se torna democrático através da participação popular (VESCOVI, 1988, p.360).

Nesse sentido, Marinoni (2013, p. 113) destaca que “[...] os direitos fundamentais requerem a possibilidade da participação na estrutura social e no poder mediante instrumentos e procedimentos adequados”. Dessa forma, o sistema processual deve estar investido de instrumentos adequados que garantam a participação popular na tutela dos direitos fundamentais.

Portanto, a democracia participativa é um dos elementos essenciais para uma efetiva tutela dos direitos fundamentais, em especial do direito do consumidor. Ocorre que o consumidor corresponde à parte hipossuficiente na relação processual, o que apenas reforça a necessidade de um processo democrático.

Entre os instrumentos democráticos necessários a um efetivo sistema processual na tutela de acidentes de consumo estão: o processo coletivo e a audiência pública.

Inicialmente, cumpre destacar que nas hipóteses de acidente de consumo, está-se diante de interesses individuais homogêneos, conforme previsão do CDC, no art. 81, parágrafo único, III, uma vez que os prejuízos de cada consumidor possui uma origem em comum, o acidente de consumo. No entanto, não basta que haja a origem comum da pretensão. Nos interesses individuais homogêneos,

[...] os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam por sua extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo) (MAZZILLI, 2011, p. 57).

Dessa forma, na medida em que os danos morais, materiais e estéticos sofridos pelos sobreviventes e familiares de vítimas do

incêndio da boate Kiss são provenientes do mesmo evento danoso, o acidente de consumo, é evidente a origem em comum. Além disso, esse grupo determinado de pessoas possui um interesse indenizatório divisível, na medida do dano sofrido de cada indivíduo, o que caracteriza o interesse individual homogêneo.

Para a defesa desses interesses, o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor oferece a possibilidade de defesa individual desses direitos, como também ressalta a defesa coletiva, a ser exercida para interesses que ultrapassam o âmbito individual, de sorte que é plenamente possível a defesa dos direitos individuais homogêneos por meio de ação coletiva.

No Estado Democrático brasileiro, é imprescindível que os interesses individuais homogêneos, provenientes de um acidente de consumo, sejam amparados por instrumentos e procedimentos próprios, tal como a ação coletiva, para uma verdadeira tutela do consumidor, enquanto titular de direitos fundamentais.

De fato, a democracia faz surgir um sistema de ações coletivas para a tutela de direitos fundamentais. Por outro lado, a ação coletiva, além de ser consequência da democracia, também é condição para um Estado Democrático. Assim,

A efetiva operacionalidade do sistema de ações coletivas passa a ser encarada não mais como *mera consequência*, mas como *condição de existência e prevalência da democracia*, diante das possibilidade que gera em relação ao rompimento das inúmeras barreiras opostas ao acesso à justiça, mediante o emprego de técnicas diferenciadas de legitimação ativa e extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada (VENTURI, 2007, p. 102).

Observa-se, portanto, que a ação coletiva oferece técnicas específicas destinadas aos interesses transindividuais, como também prevê a extensão da coisa julgada, nos casos de procedência, a todos os titulares desses direitos, o que promove uma verdadeira participação de cada indivíduo. Por tais razões, a ação coletiva resume-se em uma defesa democrática de direitos individuais homogêneos.

Diante disso, cabe observar que tramita na 1ª Vara Cível Especializada em Fazenda Pública da Comarca de Santa Maria a ação coletiva 027/1.13.0001456-3, que versa sobre o incêndio da boate Kiss. A referida ação é, portanto, instrumento essencial na proteção dos interesses dos sobreviventes e familiares das vítimas do acidente de consumo.

Ainda nesse contexto, merece destaque o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, que visa garantir uma efetiva tutela dos interesses coletivos, entre eles, os individuais homogêneos. O anteprojeto visa aperfeiçoar as legislações em vigor que dispõem sobre o processo coletivo, com o objetivo de tornar as normas mais claras. Ademais, objetiva-se uma maior adequação da legislação às demandas coletivas (GRINOVER, 2011b, p.332).

Ocorre que a mera organização de formalidades do processo coletivo em um Código não é suficiente para que, de fato, haja uma evolução quanto à matéria. Como bem expõe Bedaque (2010, p.45), não resta dúvidas no que diz respeito à necessidade da forma. No entanto, esta deve ser instrumento para os objetivos a que se propõe o processo, de modo que “não deve o processo, pois, ser escravo da forma”.

Nesse sentido, no capítulo I, há previsão dos princípios que devem reger o processo coletivo. Entre eles, merece posição de destaque aqueles presentes no art. 2º, “a” e “c”: o acesso à justiça e à ordem jurídica justa; e a participação pelo processo e no processo (ANTEPROJETO..., 2007, p. 453). Dessa forma, ao sugerir esses princípios, o anteprojeto reafirma a razão de ser do processo coletivo: um instrumento democrático participativo que permita o alcance dos escopos processuais.

Ainda na seara do sistema processual coletivo, há outro instrumento que permite a participação popular na tutela de acidentes de consumo: as audiências públicas.

Trata-se de um instrumento a ser utilizado por órgãos públicos, que visa promover um diálogo com a sociedade. Conforme César (2011, p. 359),

A audiência pública administrativa é um instrumento colocado à disposição dos órgãos públicos para, dentro de sua área de atuação, promover um diálogo com os atores sociais, com o escopo de buscar alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante.

Dessa forma, no contexto de um processo coletivo que versa sobre acidentes de consumo, é plenamente viável a promoção de audiências públicas, com o objetivo de desenvolver um diálogo entre os sujeitos da relação de consumo e autoridades públicas.

Está claro, assim, o caráter participativo da audiência pública, já que aproxima as vítimas do acidente de consumo ao processo. Assim, é conferido a esses consumidores a possibilidade de questionar, relatar e também receber informações dos órgãos públicos. Portanto,

Sem dúvida, esse diálogo democrático, promovido entre os atores sociais, torna mais fácil a solução do conflito social. Com a participação de todos, é mais fácil encontrar um caminho que, se não agrada a todos, pelo menos valorizou o diálogo social, os envolvidos tiveram a possibilidade de participação no debate e na construção de alternativas para solucionar o problema que os aflige (CESAR, 2011, p. 359).

No tocante ao incêndio da boate Kiss, foram imprescindíveis as audiências públicas realizadas, em especial a ocorrida no dia 13.04.2013. Estavam presentes representantes da Prefeitura de Santa Maria, da Assembleia Legislativa, da Câmara de Vereadores, da Polícia Civil, Tribunal de Contas do Estado, da Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos, do Comando Geral da Brigada Militar, Defensores Públicos, assim como familiares de vítimas e sobreviventes do incêndio (RIO GRANDE DO SUL, 2013b).

Na referida audiência, é possível observar que os familiares de vítimas e sobreviventes do incêndio foram informados quantos aos seus direitos, por meio de uma cartilha entregue pela Defensoria Pública. Ademais, promoveu-se um diálogo positivo, o qual foi

elogiado pela Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia em Santa Maria (RIO GRANDE DO SUL, 2013b)

Nesse contexto, é inegável a importância da audiência pública. Ocorre que o diálogo promovido, no qual fizeram parte os consumidores lesados e seus familiares, propiciou o sentimento de inclusão desses sujeitos no processo, o que apenas ressalta o seu caráter democrático.

Por tais razões, o processo coletivo e as audiências públicas podem ser traduzidas como instrumentos processuais que garantem a participação popular e, conseqüentemente, reafirmam a essência do Estado Democrático brasileiro. Portanto, é essencial que esses instrumentos sejam aplicados na tutela de acidentes de consumo, assim como é feito no caso do incêndio da boate Kiss.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende-se que o sistema processual deve ser instrumento não apenas para a satisfação do direito material. Na verdade, o processo visa atingir outras finalidades, além da jurídica.

No plano social, é através da jurisdição que se busca a pacificação de conflitos provenientes da vida em sociedade, além de possibilitar uma conscientização social quanto os direitos e obrigações. Já no plano político, é finalidade do processo impor uma decisão do Estado-juiz, com respeito à liberdade individual e a democracia.

A democracia, valor essencial ao Estado brasileiro, deve estar presente no sistema processual, que se torna democrático por meio da participação social. Nesse contexto, para uma efetiva tutela de direitos fundamentais, em especial do direito do consumidor, torna-se imprescindível um sistema processual que permita a participação social.

Entre os direitos consumeristas que merecem especial atenção, está o acidente de consumo. Ocorre que, na sociedade de consumo atual, os danos decorrentes de acidentes de consumo são, em geral, de difícil reparação. Tem-se como caso exemplar o incêndio da boate Kiss, ocorrida no dia 27 de janeiro de 2013, em Santa Maria. São, até então, centenas de mortes e feridos.

É certo que a compensação pelo dano moral é necessária. No entanto, a sua quantificação é uma árdua tarefa a ser enfrentada. Para tanto, é fundamental a utilização de instrumentos processuais democráticos, tal como o processo coletivo e a audiência pública.

Dessa forma, por meio da participação, os indivíduos lesados pelo acidente de consumo, tal como ocorre no caso do incêndio da boate Kiss, são trazidos ao processo enquanto sujeitos de direito que devem ser devidamente reparados. Aproxima-se, assim, aos escopos fundantes do sistema processual e, conseqüentemente, à efetividade do processo.

REFERÊNCIAS

Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (2007). In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito**

processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 453-464.

AZAMBUJA, Dercy. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Globo, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 ago. 2013.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 27 ago. 2013.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CÉSAR, João Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. **Revista de Mestrado em Direito**, Brasília, v.5, n. 2, p. 356-384, jul-dez 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. v.1.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al . **Código de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011a. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Exposição de motivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011b.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. CDC: Definições, Princípios e Responsabilidade Civil. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Orgs.). **Responsabilidade civil**: indenizabilidade e direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. 1ª Delegacia de Polícia de Santa Maria. **Inquérito Policial n. 94/2013/15050**. Santa Maria, 22 mar. 2013a. Disponível em: <http://www.policiacivil.rs.gov.br/upload/20130322165718relatorio_kiss_definitivo.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013.

PODER Público presta contas aos familiares das vítimas do incêndio da Boate Kiss. **Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Santa Maria, 15 abr. 2013b. Disponível em: <<http://www.dpe.rs.gov.br/site/noticias.php?id=1589>>. Acesso em: 10 set. 2013.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo e distinções inconstitucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do Direito à prova e da inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo:** a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VESCOVI, Enrique. Participación popular em el control de la justicia: el proceso por audiencia publica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). **Participação e processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

A criação da Comissão Nacional da Verdade: uma análise a partir da obra de Boaventura de Sousa Santos

BRUNO RIBEIRO MACHADO¹

INTRODUÇÃO

A ditadura militar brasileira gerou inúmeras consequências à sociedade brasileira. Entre 1964 e 1985, inúmeros sujeitos que lutavam pelo fim do regime militar e pela reimplantação da democracia em nosso Estado foram perseguidos, e tantos outros foram torturados e mortos.

Todavia, após o fim deste período, a história deste passado não foi satisfatoriamente esclarecida, encobrendo inúmeros fatos que seriam imprescindíveis para a formação de uma identidade nacional, não efetivando o direito fundamental à memória. Além disso, percebe-se que tais sujeitos ainda encontram-se discriminados por terem sido perseguidos no regime ditatorial, recaindo-lhes, ainda, a pecha de terroristas e criminosos.

A fim de efetivar o direito à memória e promover o resgate deste momento histórico, criou-se a Comissão Nacional da Verdade, órgão que terá o prazo de dois anos para levantar os fatos históricos atinen-

¹ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); membro do Grupo de Pesquisa Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos (ISEM); Advogado; membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/ES; membro do Fórum Direito à Memória e à Verdade do Espírito Santo (FDMV-ES); Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). E-mail: bribeiomachado@gmail.com.

tes ao período de 18 de setembro de 1946 até a data de 05 de outubro de 1988. Percebe-se, desta forma, uma grande oportunidade para retirar este grupo da invisibilidade e promover o resgate histórico.

Para isso, entende-se ser de grande relevância a utilização dos procedimentos trazidos por Boaventura de Sousa Santos, quais sejam a sociologia das ausências, a sociologia das emergências e o procedimento de tradução, estes que, segundo a teoria do autor em destaque, pode efetivar o direito fundamental à memória bem como retirar este grupo de uma taxativa invisibilidade.

O CENÁRIO DE ATUAÇÃO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE

A Comissão Nacional da Verdade (CNV), órgão vincula do à Casa Civil e que foi criado neste ano, já nasceu gerando enorme repercussão nacional, o que tem ocasionado considerável incômodo em certos segmentos da sociedade brasileira.

A criação da CNV é clara resposta e cumprimento à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso “Gomes Lund e outros versus Brasil” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010), ordenando o país a criar uma comissão da verdade. Logo a criação da CNV, apesar do Estado brasileiro não ter sinalizado cumprir totalmente a sentença da CIDH, é de extrema importância na concretização do direito fundamental à memória.

A CNV terá a incumbência de levantar os fatos históricos concernentes ao período de 18 de setembro de 1946 até a data de 05 de outubro de 1988, lapso temporal que compreende a ditadura militar brasileira, que durou de 1964 até 1985, período de notória violência por parte do Estado, por meio de suas forças militares.

Por conseguinte, diversos segmentos da sociedade tem se engajado a fim de contribuir e influenciar no resultado deste levantamento histórico, bem como do relatório final da CNV, que, provavelmente, influenciará em futuras investigações a fim de esclarecer os crimes outrora cometidos.

Neste cenário de complexas discussões com o intuito de influenciar os resultados dos trabalhos da CNV, destaca-se o grupo dos militares. Claramente este setor exerce forte pressão a fim de inibir a elucidação dos fatos conhecidos além da descoberta de outros episódios que tenham em seu conteúdo as severas violações aos direitos humanos, tanto dos perseguidos políticos quanto dos demais setores da sociedade que, na visão dos militares que estavam no poder na época em destaque, não mereciam respeito ou consideração. Neste grupo é clara a concepção de que a história não pode ou necessita ser mudada, haja vista entender ser conhecida. Logo, seria inaceitável qualquer alteração ou nova interpretação dos fatos históricos ocorridos no regime militar brasileiro.

Situado do lado dos militares, demonstrando simpatia ao período da ditadura militar, encontra-se certa parte da sociedade. Não é demais destacar que, nos momentos que antecederam o golpe militar no dia 1º de abril de 1964, as forças armadas receberam forte apoio de parte da sociedade civil, de segmentos religiosos, bem como de outros setores, fato que pode ser comprovado pela Marcha da Família com Deus pela Liberdade, manifestação que reuniu milhares de pessoas contrárias às medidas do então presidente João Goulart, encaradas como de cunho socialista.

Encontra-se também no país considerável parcela da população que não enxerga qualquer relevância do tema em questão com a atualidade social e política brasileira, gerando, com isso, o argumento de que não há importância em levantar os fatos históricos conhecidos bem como descobrir fatos encobertos em nossa história.

Privilegiam-se, aqui, os fatos já conhecidos, fornecidos e interpretados durante anos pelos mesmos sujeitos, não abrindo caminho para quaisquer entendimentos contrários que considerem outro ponto de vista. Assim, sob esta perspectiva, os objetivos almejados pela CNV seriam inúteis ou de pouca utilidade.

Noutro vértice encontram-se principalmente os anistiados políticos, seus familiares e amigos, bem como os militantes em direitos humanos, além de parcela da sociedade que entende pela importância em aprofundar o conhecimento deste período histórico.

Este setor, por meio de fóruns, comitês e outros grupos, tem contribuído em grande escala com a CNV, engajando-se politicamente para o fortalecimento dos objetivos traçados por tal órgão, além de fornecer notícias e materiais históricos que possam contribuir para as investigações almejadas.

Ainda que a criação da CNV represente uma grande vitória dos militantes na causa em específico e dos direitos humanos, esclarece-se que a presidenta Dilma Rousseff sofreu diversas críticas não só por aqueles contrários à criação deste órgão, como os militares, mas também de certos militantes em direitos humanos, certos fóruns e comitês, por entenderem que a CNV tem poderes limitados e que, por tais motivos, não apurarão os crimes cometidos na ditadura militar brasileira.

Observando as diferentes motivações e opiniões acerca do papel e importância que uma comissão da verdade possa exercer na efetivação do direito fundamental à memória, conclui-se que este direito é de difícil concretização e que, por afetar a história do país bem como de indivíduos, sejam militares ou que contribuíram para o regime ditatorial, sejam perseguidos políticos, gera tão grandes controvérsias.

Desta forma, a CNV nasce num ambiente em que grande parte da população não compreende a necessidade em efetivar os objetivos ali traçados além de desconhecer a existência do direito fundamental à memória, direito que se pretende concretizar com os trabalhos deste órgão. Ademais, observa-se grande divergência quanto aos objetivos delineados e resultados que serão obtidos, gerando com isso embate dos polos divergentes em questão.

APLICANDO A TEORIA DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS PARA EFETIVAÇÃO DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE

Os procedimentos trabalhados por Boaventura serão importantes para a compreensão da realidade em que a CNV executará suas competências e tentará efetivar o direito à memória.

Sabe-se que a narrativa e interpretação do momento histórico em voga, o regime militar que durou de 1964 a 1985, foram primordialmente exercidos pelos grupos que estavam no poder, os militares, imprimindo o sentido aos fatos que fosse mais conveniente aos seus interesses, reprimindo o diálogo com grupos divergentes.

Ponderar apenas o viés do setor dominante e rejeitar as experiências e concepções daqueles que tiveram suas vivências reprimidas ou simplesmente desconsiderá-las resulta no desperdício de contribuições para a construção da história, restringindo o caminhar da sociedade às possibilidades já conhecidas, uma vez que novas ideias, conhecimentos, compreensões e pontos de vista foram suprimidos pelo desperdício outrora ocorrido. Boaventura, ao analisar a diversidade de conhecimentos não aproveitados pelas atuais sociedades ocidentais, destaca três conclusões:

Em primeiro lugar, a experiência social em todo o mundo é muito mais ampla e variada do que o que a tradição científica ou filosófica ocidental conhece e considera importante. Em segundo lugar, esta riqueza social está a ser desperdiçada. É desse desperdício que se nutrem as ideias que proclamam que não há alternativa, que a história chegou ao fim e outras semelhantes. Em terceiro lugar, para combater o desperdício da experiência, para tornar visíveis as iniciativas e os movimentos alternativos e para lhes dar credibilidade, de pouco serve recorrer à ciência social tal como a conhecemos (2006, p. 778).

Ao analisar as conclusões do autor, entende-se que de forma muito perspicaz traça o caminhar de uma sociedade que, ordenada por perspectivas dominantes que, conseqüentemente, reduzem qualquer outra forma de racionalidade à insignificância, havendo perdas profundas de diversas experiências.

Considerando a sociedade brasileira e o fato de em grande parte desconhecerem de forma razoável as barbaridades perpetradas no regime militar, entende-se que a teoria em análise, no que tange ao assunto proposto, encaixa-se ao cenário nacional. Logo, em subsunção ao entendimento de Boaventura, nota-se que o país observa o

período ditatorial apenas sob o enfoque largamente conhecido, não considera o ponto de vista daqueles que sofreram as perseguições políticas, o que acarreta na privação de novas possibilidades. Por fim, para a mudança deste cenário, de nada vale recorrer aos caminhos anteriormente utilizados.

É neste último ponto que reside o papel de uma comissão da verdade, uma vez que traz as experiências anteriormente desconsideradas, atitude que enfrenta a soberba de um olhar dominador, efetivando um possível diálogo ou consideração das vivências e fatos anteriormente desconsiderados e julgados como desinteressantes.

O considerar altivo das experiências de certo agrupamento adicionado à conseqüente rejeição dos demais segmentos sociais é fator de limitação das experiências e possibilidades numa sociedade. Boaventura faz severas críticas a este modelo de racionalidade, denominando-o de razão indolente (2006, p. 779). Para o autor, a razão indolente, observada numa racionalidade pretensiosamente dominante, ocorre de quatro formas distintas:

[...] a razão impotente, aquela que não se exerce por que pensa que nada pode fazer contra uma necessidade concebida como exterior a ela própria; a razão arrogante, que não sente necessidade de exerce-se porque se imagina incondicionalmente livre e, por conseguinte, livre da necessidade de demonstrar a sua própria liberdade; a razão metonímica, que se reivindica como a única racionalidade e, por conseguinte, não se aplica a descobrir outros tipos de racionalidade ou, se o faz, fá-lo apenas para as tornar em matéria-prima; e a razão proléptica, que não se aplica a pensar o futuro, porque julga que não sabe tudo a respeito d ele e o concebe como uma superação linear, automática e infinita do presente (SANTOS, 2006, p. 779-780).

Claramente o domínio exercido por uma vertente dominante, que impõe o sentido desejado, como no caso em debate, não se enquadra na razão impotente, uma vez que esta se sobressai perante outra considerada ser mais fraca ou inferior.

O domínio de sentido da história imposto durante muito tem-

po, com o encobrimento de notícias e dados também não pode ser qualificada na razão arrogante, pois, para

impor a vontade de seu segmento, necessitou subjulgar os demais. Logo, não se sente desobrigada da necessidade de evidenciar sua própria liberdade, mas forçada a impô-la, num exercício de desigualdade e subtração de diálogo.

Ao tratar da razão metonímica e da proléptica, entende-se a necessidade em observá-las com mais acuidade, uma vez que nestes campos residem a sociologia das ausências e a sociologia das emergências. Boaventura de Sousa Santos propõe a necessidade de adotar os referidos procedimentos com o intuito de aproveitar as experiências sociais desdenhadas. Deste modo, sugere:

Para expandir o presente, proponho uma sociologia das ausências; para contrair o futuro, uma sociologia das emergências.
[...]

Em vez de uma teoria geral, proponho o trabalho de tradução, um procedimento capaz de criar uma inteligibilidade mútua entre experiências possíveis e disponíveis sem destruir a sua identidade (2006, p. 779).

Ainda prossegue: “Enquanto a crítica da razão metonímica tem por objetivo dilatar o presente, a crítica da razão proléptica tem por objetivo contrair o futuro” (SANTOS, 2006, p. 794). Conclui-se que a crítica à razão metonímica é o exercício da sociologia das ausências, enquanto que a crítica à razão proléptica é a prática da sociologia das emergências, merecendo assim maior atenção ao discuti-las.

A crítica da razão metonímica e a sociologia das ausências

Atinente à crítica da razão metonímica e o exercício da sociologia das ausências, nota-se que é possível alocar o pretensível domínio de um polo em relação a outro, como é o caso em análise, na razão metonímica, pois se trata de uma racionalidade que se julga superior e se reivindica como a única capaz de gerar sentido.

Durante todo o período da ditadura militar, a perseguição aos movimentos sociais, a criminalização dos indivíduos que questionaram a imposição do regime de 1964 e daqueles que lutaram pelo regime democrático, representou a imposição de um único ponto de vista. Deste modo, em plena Guerra-Fria, numa clara divisão de ideologias – capitalismo e socialismo –, a atuação em favor de um pensamento divergente ou que simplesmente não se amoldasse à racionalidade imposta em questão, seria motivo suficiente para a perseguição.

Conforme se observa ao tratar da razão metonímica, vê-se que esta propõe uma ideia de totalidade, não de abrangência e consideração do todo, das diferentes opiniões, mas da concepção de que um único entendimento deveria expandir-se para o restante dos espaços, sufocando quaisquer desacordos. A razão metonímica mantém claramente uma hierarquia, havendo uma forte sujeição das mentalidades divergentes àquela que dita as regras e a concepções vigentes.

Ainda que Boaventura de Sousa Santos destaque a larga influência da razão metonímica na sociedade, principalmente na ocidental, é possível consubstanciar tal análise ao regime militar brasileiro bem como a resistência em mudar sua apreciação histórica, já que houve claro domínio do segmento dos militares bem como de parte da sociedade civil que até então se beneficiava da ditadura imposta.

Vale destacar que este domínio não ocorreu apenas no campo das perseguições políticas, onde são conhecidas as lamentáveis torturas, mortes e desaparecimentos dos inimigos considerados desprezíveis pelos militares – todavia “criminosos sem crime”, conforme destaca Hannah Arendt (1989, p. 347) –, notando forte influência na cultura brasileira, onde músicas de protesto foram censuradas, literaturas tornavam-se proibidas, além da imposição de formas de expressão acríicas, subservientes ao modelo totalitário.

Ao encontro destas críticas, frisa-se a observação de Boaventura, em que destaca duas consequências da razão metonímica, mencionando que esta razão “[...] afirma-se exaustiva, exclusiva e completa” (2006, p. 782), e que, além disso, nesta concepção, “[...] nenhuma das partes pode ser pensada fora da relação com a totalidade” (2006, p.

783). De fato, a imposição do regime militar resultou no desprezo e violento combate para com os pensamentos divergentes, característica evidente do totalitarismo. O desrespeito à individualidade daqueles que não se enquadravam no sistema ditatorial está ligado à segunda característica, um a vez que viam nesta diferença ou não enquadramento ao *status quo* como ameaça. Logo havia a necessidade de eliminação ou isolamento destes indivíduos. Ao tratar da razão metonímica, o autor menciona que: “[...] é uma razão insegura de seus fundamentos, a razão metonímica não se insere no mundo pela via da argumentação e da retórica. Não dá razões de si, impõe-se pela eficácia da sua imposição” (SANTOS, 2006, p. 784).

A crítica da razão metonímica é útil a fim de trazer essas vivências anteriormente subjugadas ao cenário em que finalmente serão consideradas. Haveria aqui, conforme o entendimento de Boaventura, a expansão do presente (2006, p. 785).

Com a consideração de grupos e indivíduos mais diferentes, haveria o enriquecimento do diálogo intercultural.

Essa expansão do presente tempo ocorreria pela efetivação de dois procedimentos: com a proliferação das totalidades, e em demonstrar que qualquer totalidade é feita de heterogeneidade (SANTOS, 2006, p. 786). Segundo o Boaventura, é importante considerar os indivíduos e grupos sem necessariamente relacioná-los com o todo.

Logo, ao observar o tema proposto no presente trabalho, seria necessário ouvir e observar as vivências daqueles que foram perseguidos politicamente pela ditadura militar brasileira sem obrigatoriamente relacionar a influência que tais relatos surtiriam naqueles que figuraram no outro polo.

O aumento do presente ocorre com a sociologia das ausências, procedimento este que pretende “[...] demonstrar que o que não existe é, na verdade, activamente produzido como não existente, isto é, como uma alternativa não credível ao que existe” (SANTOS, 2006, p. 786). Continua o autor ao destacar que “[...] há produção de não-existência sempre que uma dada entidade é desqualificada e tomada invisível, ininteligível ou descartável de um modo irreversível” (SANTOS, 2006, p. 787).

A desconsideração da existência dos perseguidos políticos no que tange à importância de seus depoimentos e na construção da memória coletiva gera o esquecimento dos fatos ocorridos. Esta amnésia, conforme bem destaca Boaventura de Sousa Santos, é fabricada com o intuito de imprimir um sentido desejado por aqueles que têm o poder de promover este esquecimento.

Interessante pensamento é trazido por Alexandre Barahona de Brito, ao relacionar o direito à memória e a Justiça de Transição – ferramenta útil a levar uma sociedade que passou por severos períodos de infrações, em massa, aos direitos humanos, a um momento de paz e reconciliação social, em que tais atos de desrespeito não mais se repetissem –, cabendo o destaque:

Mas a longa ausência pública de políticas de memória não significa que ela não continue a definir realidades sociais e políticas de formas mais sutis ou mais evidentes. Haja justiça transicional ou não, as memórias continuarão a ser retrabalhadas e seus significados renovados, pois cada geração deve interpretar e apropriar-se do passado. De fato, as memórias são constantemente revisadas para serem adaptadas às identidades atuais (2009, p. 73).

Apesar da recentíssima criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV), ressalta-se que por décadas o direito fundamental à memória não foi efetivado ou houve qualquer reflexão acerca de sua concretização. Isto criou um ambiente propício ao desprezo ou desconsideração daqueles que não foram ouvidos, tornando-os invisíveis, no que tange à construção da memória.

Entendendo que esta invisibilidade é fabricada e não fruto do mero acaso, cabe salientar as lógicas ou modos de produção da não existência. Analisando a teoria elaborada por Boaventura em relação ao problema proposto, nota-se a incidência, de forma mais enfática, da lógica do tempo linear e da lógica da classificação social.

Segundo a monocultura do tempo linear, “[...] a história tem sentido e direção únicos e conhecidos” (SANTOS, 2006, p. 787),

mentalidade que impediria a análise do tempo pretérito, sendo, desta forma, improdutivo ou impossível falar em direito fundamental à memória. Nesta concepção, pelo fato de que seria de pouco ou nenhum valor a análise do passado, direcionar-se-á suas forças apenas para o presente e o futuro. Corroborar-se a ideia de “[...] progresso, modernização, desenvolvimento, crescimento e globalização” (SANTOS, 2006, p. 787), substantivos que remetem a um olhar para frente, desprovido de reflexão e crítica da história.

François Ost, ao encontro do entendimento de Boaventura de Sousa Santos, destaca a dificuldade contida pela modernidade em refletir sobre o passado, não consultando sua memória ou a construindo. Assim diz o jusfilósofo:

Tal é, pois, a dificuldade maior com a qual somos confrontados neste capítulo: falar de memória, de tradições e de passado, num contexto social que pretende poder passar sem eles: evocar o papel de “testemunha” e de “guardião” que o direito desempenha em relação a eles, justamente quando este papel está desvalorizado e que o que se trataria de guardar, ou o que, em nome de que, seria preciso testemunhar, parece ter se dissipado (2005, p. 51).

Ost, de maneira precisa, destaca a dificuldade que o direito, conforme seu entendimento, tem em acessar a memória, tendo em vista o imediatismo da sociedade e seu claro desprezo em revisitar o passado.

Importa ao tema perceber que a construção do passado é uma construção complexa, segundo Ost, não destinada apenas a um indivíduo ou grupo, mas de responsabilidade de múltiplos fatores, sujeitos e agrupamentos, devendo apreciar, para tanto, as diversas experiências e culturas presentes numa sociedade para que estas sejam ponderadas e, por conseguinte, ouvidas. Quanto à complexidade da memória, é relevante destacar:

Em termos de passado, é um passado composto que se apresenta à análise.

“Composto”, o passado é inicialmente tanto quanto muito amplamente construído, escrito a partir do presente. A memória, que é admitida lhe restituir, mostra-se efetivamente uma faculdade singularmente paradoxal: esperava-se encontrar uma competência subjetiva e individual, vamos encontrá-la objetiva e social; nós a pensávamos pas siva, inata, recebida e espontânea, nós a descobrimos ativa, construída e normativa; poderíamos acreditar que ela proviesse do passado, como a inércia natural de um peso que se acumula, e eis que a aprendemos posta em movimento a partir do presente e de suas questões; esperava-se, enfim, poder opô-la absolutamente ao esquecimento, como uma coisa ao seu contrário, veremos antes que ela engloba o esquecimento, do qual não poderia totalmente se diferenciar destas diversas inversões de perspectiva (2005, p. 51).

Quanto à construção da memória, é precioso enfatizar que esta tem importância social, extrapolando interesses individuais, além de ser erigida ativamente, trazendo a concepção da necessidade de múltiplos atores nesta questão. Se a memória é construída, não é por fruto do acaso, mas pelo esforço de um grupo isolado que imprimirá um sentido mais conveniente a ele, o que é maléfico, ou da diversidade de agrupamentos, exteriorizando-a de maneira mais fidedigna.

Vale destacar que Ost, ao mencionar o esquecimento como componente da memória, o faz ressaltando ser uma qualidade negativa. Ao dizer que “[...] assim como há uma “política da memória”, há também uma “política do esquecimento” e que talvez esteja “[...] pronto para fazer seu retorno” (2005, p. 60), dá subsídios à preocupação da Justiça Transicional em conferir grande importância ao resgate da memória como instrumento de não repetição. A não efetivação do direito à memória reside na possibilidade de repetição dos mesmos fatos criminosos outrora perpetrados, gerando ainda a normalização destes lastimáveis atos, facilmente perceptível com a violência policial e altos índices de tortura nas delegacias e presídios

brasileiros², e, finalmente, na não investigação e punição dos sujeitos que cometeram tais crimes.

Em destaque novamente ao modo de produção de não-existência, à análise da CNV e da conseqüente observância dos perseguidos políticos do regime militar brasileiro, nota-se incisiva influência da lógica da classificação social. Segundo Boaventura de Sousa Santos, este modo de produção reside na “naturalização das diferenças”, consistindo na “[...] distribuição das populações por categorias que naturalizam hierarquias” (2006, p. 787).

A hierarquização das diferenças gera a subordinação ou a necessidade de eliminação do grupo em posição inferior. O golpe militar de 1964 no Brasil evidenciou uma discriminação latente da época, em que o preconceito com os seguidores ou simpatizantes do socialismo, os que defendiam medidas contrárias ao excessivo domínio capitalista, perseguindo também aqueles que defendiam a volta do regime democrático ao país, gerou perseguição extrema, não só aqui, mas em todas as ditaduras no Cone-Sul.

A divisão em categorias ideológicas torna eliminável, numa concepção de totalitarismo ou ditadura, o considerado menor. A supressão da oposição nestes regimes é método impositivo de modos de vivência, cultura e ideias, a fim de corroborar o poderio instaurado. Conforme Hannah Arendt, o “[...] aspecto mais característico do terror totalitário, que é desencadeado quando toda a oposição organizada já desapareceu e quando o governo totalitário sabe que já não precisa ter medo” (1989, p. 345). De fato, o terror característico das ditaduras e dos regimes

totalitários consiste na eliminação do inimigo, estigmatizado e posto numa posição abaixo, conforme sua hierarquia.

Como resultado dessa divisão em escalas dos indivíduos na sociedade, o sujeito considerado inferior não tem influência, ou seu posicionamento será prontamente combatido, seja por meio dos mecanismos de repressão que cumprirão seu papel de eliminar opi-

² Segundo o I Encontro Nacional dos Conselhos da Comunidade, promovido pelos ministérios da Justiça e da Saúde e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 65% das reclamações relacionadas com o sistema penitenciário referem-se à tortura (EUZÉBIO, 2012).

niões divergentes, ou por intermédio de uma repressão socialmente imposta durante anos e inculcada na mentalidade social, que, ao solidificar o preconceito hierarquizado, destrói o argumento destes indivíduos sem qualquer consideração ou respeito.

Boaventura de Sousa Santos evidencia esta característica ao relatar que “Quem é inferior, porque é insuperavelmente inferior, não pode ser uma alternativa credível a quem é superior” (2006, p. 788). Esse ideário refletiu nos anos de chumbo, quando os perseguidos políticos, numa lógica ainda reinante em que todo sujeito criminalizado ou perseguido é um malfeitor e que merece castigo, tiveram suas opiniões desconsideradas, uma vez que já eram taxados de criminosos.

Após quase trinta anos do fim da ditadura militar, pouco se fez para efetivar o direito fundamental à memória, mantendo o passado praticamente intocado. Com efeito, há a manutenção dos preconceitos observados no regime militar, permanecendo ainda hoje o rótulo de criminosos e terroristas em considerável parte da sociedade. Nesta perspectiva, considerar as experiências destes sujeitos para a análise do passado não seria uma alternativa razoável, perpetuando est as opiniões.

Segundo o autor em análise, “A produção social destas ausências resulta na subtração do mundo e na contracção do presente e, portanto, no desperdício de experiência” (SANTOS, 2006, p. 789). Deste modo nota-se que o preconceito em destaque gerou a subtração das vozes deste grupo no processo de construção histórica, predominando o ponto de vista dos que dominaram o regime militar ou dos que dele se beneficiaram.

Tendo em vista esta deficiência, como trazer à tona essas vozes que estão dormentes? Uma vez que, no objeto em debate, os sujeitos foram eliminados pela monocultura do tempo linear e pela lógica da classificação social, Boaventura de Sousa Santos entende que devem ser confrontadas respectivamente pela ecologia das temporalidades e pela ecologia do reconhecimento.

A fim de desconstruir a monocultura do tempo linear, já que “São essas hierarquias que reduzem tanta experiência social à condi-

ção de resíduo” (SANTOS, 2006, p. 791), é necessária a utilização da ecologia das temporalidades com o intuito de derrubar a concepção do grupo dominante de que haveria apenas o tempo único e imutável, este que o pertenceria e que o beneficiaria.

É preciso, então, retirar a condição residual destas temporalidades e experiências a fim imprimir independência a elas. Não é útil idealizar a concepção temporal de um determinado grupo e entender como periférica as demais percepções históricas, já que assim sempre haverá a relação de dominância. Isto posto, Boaventura de Sousa Santos entende que “[...] a sociologia das ausências visa libertar as práticas sociais do seu estatuto de resíduo, retirando-lhes a sua temporalidade própria e, assim, a possibilidade de desenvolvimento autônomo” (2006, p.791).

Quanto à necessidade de confrontar a lógica da classificação social, faz-se útil a ecologia dos reconhecimentos, esta que virá “[...] abrindo espaço para a possibilidade de diferenças iguais - uma ecologia de diferença feita de reconhecimentos recíprocos” (SANTOS, 2006, p. 792). Logo, a ecologia dos reconhecimentos pretende derrubar a hierarquização imposta pela opressão aos dominados, recuperando, deste modo, as vivências destes indivíduos que antes não eram considerados hábeis a exteriorizá-las.

Em suma, referindo-se à sociologia das ausências, esta pressupõe um exercício “[...] contrafactual e tem lugar através de uma confrontação com o senso comum científico tradicional” (SANTOS, 2006, p. 793). Assim, aplicando-a ao caso, pretende-se inserir os perseguidos políticos no processo neste processo narrativo-histórico, com o intuito de que suas experiências sejam consideradas e úteis.

A crítica da razão proléptica e a sociologia das emergências

A razão indolente pretende ser absoluta e inflexível, havendo clara dominância de narrativas e experiências frente a outras considera das desprezíveis e sem qualquer importância. Em atenção ao objeto em tela, observa-se que aos sujeitos perseguidos no regime militar brasileiro foi privado expressar sua visão quanto ao momento histórico

em questão. Ademais, houve a supressão de inúmeros fatos e documentos, prejudicando a construção do processo histórico brasileiro.

A racionalidade em questão, além de ditar o sentido do passado e do presente, aponta, com sua prepotência, os caminhos do futuro. Este tempo que será pensado com grande previsibilidade e sem grande reflexão. É importante mencionar que, “Um futuro assim concebido não tem de ser pensado, e é nisto que se fundamenta a indolência da razão proléptica” (SANTOS, 2006, p. 794).

Uma vez que a efetivação do direito fundamental à memória tem como um dos pilares a alteração de um tempo futuro em que novas perspectivas seriam ali apresentadas e refletidas, gerando, com isso, novas alternativas ainda não consideradas, é necessário realizar a crítica da razão proléptica, devendo entender como: “a crítica da razão proléptica tem por objeto contrair o futuro. Contrair o futuro significa torná-lo escasso e, como tal, objecto de cuidado”. (SANTOS, 2006, p. 794).

No intento de resgatar o passado a fim de efetivar a memória e alterar as possibilidades do futuro, François Ost analisa a influência do tempo no direito. Ao falar da memória e seus efeitos para o futuro diz:

Sem memória, uma sociedade não se poderia atribuir uma identidade, nem ter pretensões a qualquer perenidade, mas sem perdã o ela se exporá ao risco de repetição compulsiva de seus dogmas e de seus fantasmas (2005, p. 42).

Deste modo, Ost demonstra as limitadas possibilidades de futuro que uma sociedade teria ao restringir o resgate da memória e o conseqüente perdão, em que haveria a repetição de seus atos, em especial os errôneos. A reprodução dos mesmos atos pressupõe que não foram apresentadas no vas vozes e vivências, estas que trariam experiências variadas e sujeitos com outras perspectivas.

O futuro, nesta perspectiva seria absolutamente provável. Todavia Boaventura de Sousa Santos prega pela quebra desta mentalidade, destacando que a sociologia das emergências “[...] consiste

em substituir o vazio do futuro segundo o tempo linear (um vazio que tanto é tudo como é nada) por um futuro de possibilidades plurais e concretas, simultaneamente utópicas e realistas” (2006, p.794).

Esta mudança de olhares, haja vista a presença de novos sujeitos, teria a possibilidade de trazer novas respostas e eliminar as antigas, já conhecidas.

Segundo este autor, haveria o fim da exatidão destas respostas, certeza que era ditada por palavras de ordem como “tudo” e “nada”, substituídas por outras que demonstram flexibilidade, como “não” e “ainda não” (2006, p. 794-795).

Portanto, a sociologia das ausências pretende ampliar as opções para o futuro, não pretendendo com isso gerar certeza, como é o propósito da razão proléptica, dominada por esta excessiva confiança, mas fornecer novas experiências e, com isso, diferentes possibilidades para o futuro, cujos conteúdos nunca tiveram a chance de serem refletidas. Assim, “[...] quanto mais experiências estiverem hoje disponíveis no mundo mais experiências são possíveis no futuro” (SANTOS, 2006, p. 799), havendo a necessidade de desconcentrar os núcleos dominantes para um alcance mais democrático de oportunidades.

Todavia, não basta somente trazer à tona as vozes que estavam em estado de dormência, mas é preciso criar inteligibilidade entre estas que antes eram subjulgadas com as que já claramente se declaram, procedimento que será destacado a seguir.

O procedimento de tradução

Observadas as deficiências dos saberes que foram pr omovidas por uma racionalidade que se arroga absoluta, trabalho feito pela sociologia das ausências, somada às valorizadas realizadas pela sociologia das emergências, conscientizando-se com as potencialidades antes desdenhadas, resta, segundo o trabalho de Boaventura, o procedimento de tradução:

A tradução é o procedimento que permite criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as

disponíveis como as possíveis, reveladas pela sociologia das ausências e a sociologia das emergências. Trata-se de um procedimento que não atribui a nenhum conjunto de experiências nem o estatuto de totalidade exclusiva nem o estatuto de parte homogênea. As experiências do mundo são vistas em momentos diferentes do trabalho de tradução como totalidades ou partes e como realidades que não se esgotam nessas totalidades ou partes (2006, p. 802).

Esta etapa tem o condão de dar inteligibilidade às experiências dos grupos que compõem a sociedade, o que gera novos significados, uma vez que as vivências dos grupos em questão serão igualmente observadas, possibilitando a confecção de um novo futuro e novas percepções para o enfrentamento dos problemas cotidianamente observáveis.

É importante destacar que, se antes havia o domínio claro de um grupo sobre outro, neste momento não há lugar para revanchismo, mas um a “relação de inteligibilidade recíproca que não redundem na canibalização de umas por outras” (SANTOS, 2006, p. 803). Neste sentido, é interessante destacar que a Justiça de Transição tem como fundamento, além do resgate da memória e da verdade, a reconciliação, valor que vai ao encontro desta equalização de forças agora promovida pelo procedimento de tradução.

Ao apontar a finalidade do procedimento de tradução, importa questionar quem realizará este trabalho a fim de efetivar o direito à memória e fomentar a reconciliação dos polos antagônicos gerados pelo regime militar brasileiro, pelo consequente fim da democracia e eliminação dos sujeitos da tomada de decisões, o que gerou invisibilidade.

No que concerne ao período em estudo, a tarefa de traduzir e de reconciliar ficou sob a responsabilidade da Comissão Nacional da Verdade. Neste diapasão, ao colher os depoimentos dos protagonistas deste processo, tanto daqueles que

fizeram parte do aparato repressivo quanto da resistência, a CNV criará um relatório final com o objetivo de elucidar os fatos que até o momento estão encobertos, esclarecendo este momento histórico brasileiro que é tão triste e nebuloso.

Boaventura entende que os sujeitos que realizarão o procedimento de tradução devem estar “entre representantes desses grupos sociais”, em que “exige capacidade intelectual” (2006, p. 811). Contudo observa-se no rol de membros deste órgão sujeitos que não foram pertencentes a nenhum dos dois lados do embate em questão, embora conste a presença de alguns que advogaram em favor dos presos políticos na época em tela, como José Carlos Dias e Rosa Maria Cardoso da Cunha.

Observa-se que o governo, ao escolher os integrantes da CNV prezou pelo maior grau de neutralidade possível. Todavia era necessário prezar por um alto grau de conhecimento na causa, o que explica tais escolhas, tendo em vista o tempo bastante exíguo de dois anos para conclusão do procedimento.

Sabe-se que esta escolha gerou inconformidade dos dois lados do embate, uma vez que os militares não possuem representantes na CNV, fato que afetaria sensivelmente as investigações, além do fato dos perseguidos políticos, por meio dos fóruns e comitês não terem conseguido indicar sequer um membro do órgão em análise.

Pela razão acima destacada e outras que também merecem análise, nota-se que o embate em efetivar o direito à memória referente ao momento histórico em questão é extremamente conturbado e polêmico, já que envolve um tempo de extremas violações aos direitos humanos e de severos crimes cometidos. Uma vez que estes fatos não foram devidamente averiguados, qualquer mudança naquele passado que está estático, mas que já começa a ganhar novo sentido com as descobertas feitas pela CNV, podem alterar as estruturas sociopolíticas, fato que gera bastante preocupação não só com os lados envolvidos, mas em toda a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se, conforme a sociologia das ausências, a necessidade em detectar os sujeitos ou grupos que se encontram isolados, que não são ouvidos ou considerados na tomada de decisões, na efetivação de direitos, fatos que os tornam ainda mais invisíveis, havendo, por-

tanto, a exclusão de suas vozes e experiências. Este diagnóstico pode ser aplicado aos perseguidos políticos da ditadura militar brasileira, em que ainda carregam o estigma e preconceito de terroristas e criminosos, além de terem seu passado encoberto pelas autoridades.

Ademais é importante, após detectar a desconsideração com estes segmentos, revelar a importância em tê-los inseridos num cenário em que seriam respeitados e ouvidos, trazendo à tona, com a sociologia das emergências, suas experiências e perspectivas, o que traria à sociedade novos olhares, perspectivas e respostas acerca dos fatos que ocorrem corriqueiramente na sociedade em análise.

Por conseguinte é imprescindível não desperdiçar novamente estas experiências que antes eram socialmente desconsideradas. Para isso, há a necessidade em utilizar o procedimento de tradução, que proporcionaria um diálogo entre os polos antagônicos, para a consecução de novos resultados que nunca seriam alcançados se não fosse esta possível interação.

No caso em análise, esta função encontra-se nas mãos da Comissão Nacional da Verdade, haja vista sua função de esclarecer os fatos ocorridos no período mencionado, efetivar o resgate dos fatos históricos e, por conseguinte, efetivar o direito fundamental à memória, além de gerar a oportunidade de complemento das percepções históricas, que anteriormente ficaram ao encargo dos grupos dominantes – militares e setores beneficiados com o golpe militar.

Vê-se que a CNV já recebe muitas críticas, de ambos os lados do embate em tela.

Trata-se de uma oportunidade impar de reconciliação destes polos e nacional, um dos objetivos da Justiça de Transição. O papel de tradutor incumbido este órgão é de extrema relevância. Todavia, não é possível, no atual estágio em que se encontra o andamento dos trabalhos da CNV, tecer um diagnóstico acerca das consequências da atuação deste órgão. Entretanto, feita a sociologia das ausências e das emergências, é imprescindível a concretização do procedimento de tradução, sob o risco de tornar tais indivíduos ainda mais invisíveis, no que tange ao direito fundamental à memória, exterminando ou dificultando ao máximo a consecução dos objetivos postos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo; imperialismo; totalitarismo. São Paulo, Companhia das Letras, 1989.

BRITO, Alexandre Barahona de. **Justiça de transição e a política de memória**: uma visão global. Revista anistia política e justiça de transição, Brasília, n. 1, jan./jul. 2009.

Membros da CNV. **Comissão Nacional da Verdade**, Brasília. Disponível em: < <http://www.cnv.gov.br/membros-da-cnv>>. Acesso em: 11 dez. 2012.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. San José, 24 nov. 2010.

EUZÉBIO, Gilson Luiz. **Tortura é principal reclamação à Secretaria de Direitos Humanos em relação a prisões**. Conselho Nacional de Justiça, 07 dez. 2012. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22580:tortura-e-principal-reclamacao-a-secretaria-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Conhecimento prudente para uma vida decente**: ‘um discurso sobre as ciências’ revisitado. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2006.

TOSTA, Wilson. Comissão da Verdade rebate críticas de ONGs. **O Estado de São Paulo**, 13 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,comissao-da-verdade-rebate-criticas-de-ongs,916042,0.htm>>. Acesso em: 05 dez. 2012.

ISBN 978-85-68600-00-9



9 788568 160009