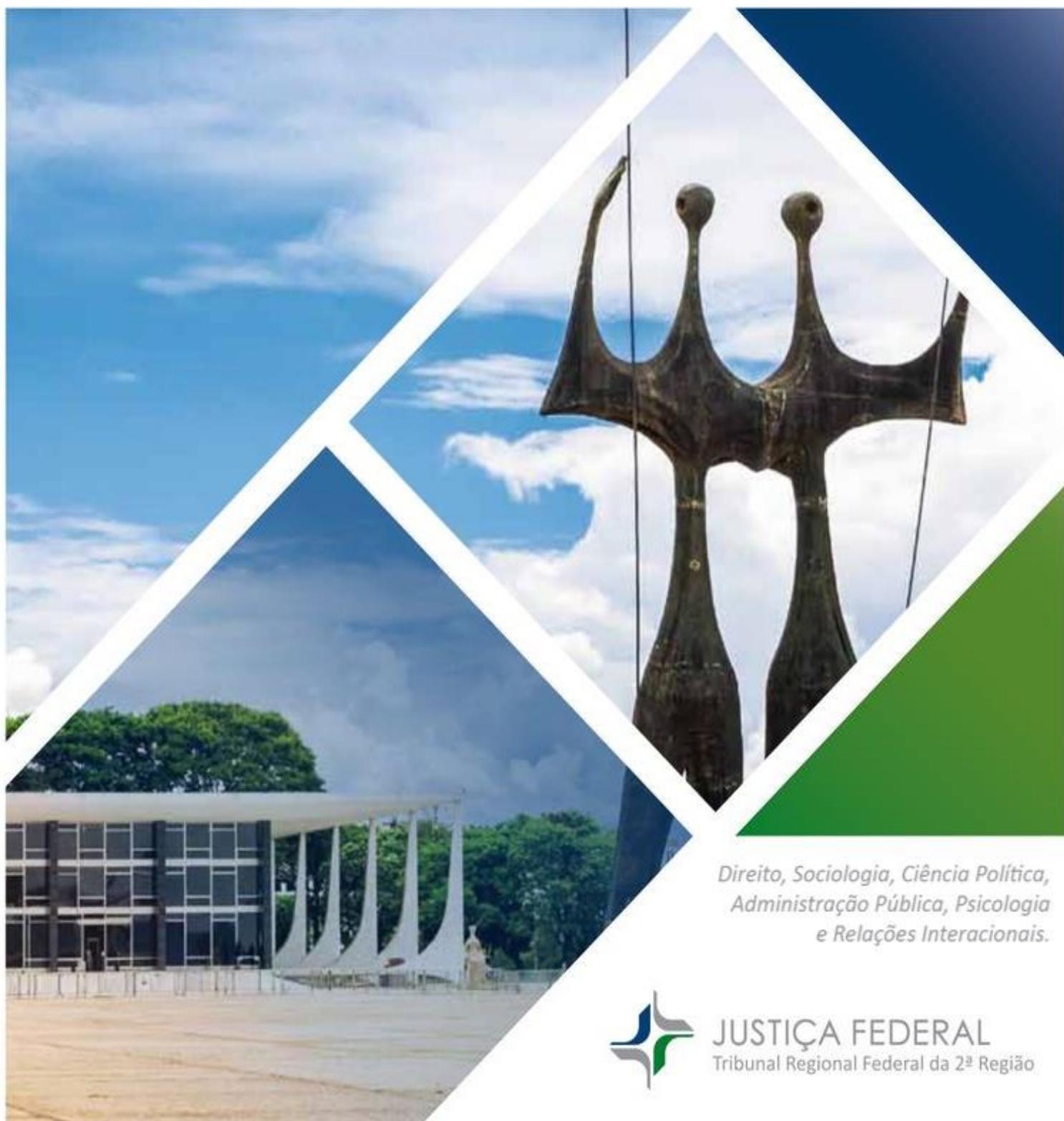


VOLUME 1 | NÚMERO 1
Periodicidade quadrimestral

REVISTA

JUS

CONTEMPORÂNEA



*Direito, Sociologia, Ciência Política,
Administração Pública, Psicologia
e Relações Interacionais.*



JUSTIÇA FEDERAL
Tribunal Regional Federal da 2ª Região

REVISTA JUSCONTEMPORÂNEA
Rio de Janeiro: TRF2, 2019-. Quadrimestral.

CONTATO

Equipe Revista Juscontemporânea
Rua Acre, 80 – Centro – Rio de Janeiro – RJ – CEP 20081-000
Telefone: (21) 3261-6405
revistajuscontemporanea@trf2.jus.br

Contato para Suporte Técnico:

Eduardo Barbuto Bicalho
Telefone: (21) 3261-6405
eduardobarbuto@trf2.jus.br

Ficha Catalográfica

Revista Juscontemporânea / Tribunal Regional Federal da 2ª Região. –
Vol. 1, n. 1 (out./jan. 2019). – Rio de Janeiro: Tribunal Regional
Federal da 2ª Região, 2019 –
v. ; 21 cm.

Quadrimestral.

Publicação on-line: <<https://revistajuscontemporanea.trf2.jus.br>>.

ISSN [em processo]

1. Direito. 2. Sociologia. 3. Ciência Política. 4. Administração Pública. 5.
Psicologia. 6. Relações Interacionais. I. Tribunal Regional Federal da 2ª Região.
II. Centro Cultural Justiça Federal.

EQUIPE EDITORIAL

Editor-Chefe: Desembargador Federal Reis Friede – Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) / Presidente do TRF2 no biênio 2019/2021.

Editora-Executiva: Dra. Maria Geralda de Miranda – Pós-doutora em Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) / Diretora Executiva do CCJF

Editor-Gerente: Me. Eduardo Barbuto Bicalho – Doutorando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF) / Analista Judiciário no TRF2

Conselho Consultivo Científico:

Prof. Dr. Reis Friede, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil

Profa. Dra. Maria Geralda de Miranda, Centro Universitário Augusto Motta, UNISUAM e Centro Cultural Justiça Federal, CCJF, Brasil

Profa. Dra. Ana Mafalda Morais Leite, Universidade de Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Benjamin Abdala Júnior, Universidade de São Paulo, USP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre José Pinto Cadilhe de Assis Jácome, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Brasil

Prof. Rodrigo Grazinoli Garrido, Universidade Católica de Petrópolis, UCP Petrópolis, Brasil

Prof. Dr. Andre Fontes, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Brasil e Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2, Brasil

Profa. Dra. Angela Roberti, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil e Universidade do Grande Rio, UNIGRANRIO, Brasil

Prof. Dr. Cláudio Lopes Maia, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil

Prof. Dr. Heitor Romero Marques, Universidade Católica Dom Bosco, UCDB, Mato Grosso do Sul, Brasil

Profa. Dra. Arlinda Cantero Dorsa, Universidade Católica Dom Bosco, UCDB, Mato Grosso do Sul, Brasil

Profa. Dra. Márcia T. Cavalcanti, Universidade Santa Úrsula, USU, Rio de Janeiro, Brasil

Prof. Dra. Raquel Villardi, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil

Prof. Dr. Marcus Abraham, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil

Conselho Consultivo Interno:

Desembargador Federal André Fontes

Desembargador Federal Marcello Granado

Desembargador Federal Abel Fernandes
Gomes

Desembargador Federal Marcus Abraham

Desembargador Federal Alcides Martins

Desembargador Federal Messod Azulay Neto

Desembargador Federal Antonio Ivan Athié

Desembargador Federal Paulo Espirito Santo
– Decano

Desembargador Federal Guilherme Calmon
Nogueira da Gama

Desembargador Federal Reis Friede

Desembargador Federal Guilherme Couto de
Castro

Desembargador Federal Sergio Schwaitzer

Desembargador Federal Guilherme
Diefenthaeler

Desembargadora Federal Claudia Maria
Pereira Bastos Neiva

Desembargador Federal José Antonio Lisboa
Neiva

Desembargador Federal Theophilo Antonio
Miguel Filho

Desembargador Federal Luiz Paulo da Silva
Araújo Filho

Revisores Ad Hoc:

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil

Profa. Dra. Isolda Lins Ribeiro, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Minas Gerais, Brasil

Prof. Dr. Heitor Romero Marques, Universidade Católica Dom Bosco, UCDB, Mato Grosso do Sul, Brasil

Profa. Dra. Andréa Costa da Silva, Universidade da Força Aérea, UNIFA, Rio de Janeiro, Brasil.

Profa. Dra. Maria Alice Chaves Nunes Costa, Universidade Federal Fluminense, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Artur Marecos Parreira e Moreira Gonçalves, Universidade Santa Úrsula, USU, Rio de Janeiro, Brasil.

Profa. Dra. Nádia Xavier Moreira, Universidade Veiga de Almeida, UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Me. Michel Canuto de Sena, Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil

Prof. Dra. Cláudia Maria Sousa Antunes, Universidade da Força Aérea, UNIFA, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dra. Lusanir de Sousa Carvalho, Universidade Veiga de Almeida, UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Prof. Dr. Wallace Ferreira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Corpo Técnico Editorial:

Tradução: Vitor Kifer, tradução Inglês e Espanhol, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, TRF2

Webdesign e Diagramação: Equipe Centro Cultural Justiça Federal, CCJF e Gráfica do TRF2

Normalização: Biblioteca do Centro Cultural Justiça Federal, CCJF

Suporte Técnico: Setor de Tecnologia da Informação, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. TRF2

Colaboração Editorial: Amanda Alves, Aneli Beloni, Letícia Maia e Samuel Souza.

SUMÁRIO

- 8** **Apresentação**
Os Editores

| MENSAGEM

- 10** **Mensagem dos Dirigentes**
Reis Friede, Messod Azulay Neto e Luiz Paulo da Silva Araújo Filho

| DISCURSO

- 12** **Discurso de Posse**
Reis Friede

| ARTIGOS

- 17** **Recepção, Repristinação, Desconstitucionalização e Mutação Constitucional**
Reis Friede

- 30** **Regime das Incapacidades e suas Principais Mudanças**
Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Bruno Lima do Amaral Roale

- 50** **Direito Subjetivo e Interesse Legítimo entre a Norma e a Praxis Urbanística**
André R. C. Fontes

- 57** **Perspectivas sobre a Relação entre Direito e Moralidade: Brevíssimos Apontamentos**
Neimar Roberto de Souza e Silva

- 65** **Responsabilidade Penal e Novas Tecnologias: Desafio do Direito no Século XXI Sobre o Uso de Drones ou Vant´ s**
Priscila Elise Alves Vasconcelos e Cleyson de Moraes Mello

- 80** **As Redes Sociais e a Atividade Médica**
Fernanda Gonçalves Galhego Martins
- 102** **A Judicialização do Direito à Saúde**
Caroline Medeiros e Silva
- 121** **Refugiados: Questões Políticas, Jurídicas e Sociais**
Anderson Domingos e Maria Geralda de Miranda
- 140** **A Repercussão das Decisões do Tribunal Marítimo nos Tribunais Regionais do Trabalho Da 1ª, 2ª, 3ª e 17ª Regiões**
Gustavo Magno Felipe Franco e André Panno Beirão

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que os editores da Revista **JUSCONTEMPORÂNEA** do TRF2 apresentam o seu número inaugural, desejando que este novo periódico se insira nos debates científicos, acadêmicos e culturais relativos ao Direito e às Ciências Sociais que dialogam com o universo jurídico.

Este número inaugural traz, primeiramente, uma Mensagem dos dirigentes do Tribunal Regional Federal/2ª Região, biênio 2019/2021, Desembargadores Federais Dr. Reis Friede (Presidente), Dr. Messod Azulay Neto (Vice-Presidente) e Luiz Paulo da Silva Araújo Filho (Corregedor Regional) e, a seguir, o Discurso de Posse do Desembargador Federal Reis Friede, lido na ocasião de sua posse como Presidente do TRF2.

Após as mensagens iniciais, o periódico apresenta vários estudos acadêmico-científicos. O primeiro, intitulado **Recepção, Repristinação, Desconstitucionalização e Mutação Constitucional**, discorre sobre o conceito e a classificação das normas constitucionais, analisando os fenômenos supramencionados, de modo a contribuir com o entendimento e estruturação dos fenômenos de direito intertemporal no que se refere às normas constitucionais.

Em **Regime das Incapacidades e suas Principais Mudanças** busca-se fazer uma análise do tema da capacidade de fato e da pessoa incapaz desde o início de vigência do Código Civil de 1916 até os dias atuais, em razão da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O trabalho **Direito Subjetivo e Interesse Legítimo entre a Norma e a Praxis Urbanísticas** visa analisar o Direito Urbano, tratando das diferenças entre direito subjetivo e interesse legítimo na aplicação das normas urbanísticas.

Perspectivas sobre a Relação entre Direito e Moralidade: Brevíssimos Apontamentos discorre, de forma breve e concisa, sobre o modo pelo qual as correntes jurídicas positivistas e não positivistas qualificam a relação entre o Direito e a Moral.

Em **Responsabilidade Penal e Novas Tecnologias: Desafio do Direito no Século XXI Sobre o Uso de Drones ou Vant's**, os autores pretendem demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro vem tratando de questões envolvendo novas tecnologias. Dentre as inovações surgidas nos últimos tempos, foi delimitado o escopo da pesquisa com os drones ou veículos aéreos não tripuláveis, os VANT's.

O estudo **As Redes Sociais e a Atividade Médica** pretende abordar os aspectos deontológicos e as questões jurídico-penais afetas à criação e à gestão de perfis médicos com conteúdo profissional em redes sociais.

O artigo **A Judicialização do Direito à Saúde** busca examinar o tema sob o prisma de seus reflexos econômicos e como estes podem afetar a própria universalização daquele direito tal como previsto na Magna Carta de 1988, a partir da concessão de medidas judiciais que confirmam grande impacto orçamentário.

Refugiados: Questões Políticas, Jurídicas e Sociais consiste em pesquisa bibliográfica e documental com o fito de refletir sobre as pessoas em situação de refúgio. Faz uma breve explanação acerca da legislação internacional e do contexto que a motivou e aborda a situação do Brasil no que tange à proteção aos refugiados.

No estudo **A Repercussão das Decisões do Tribunal Marítimo nos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 2ª, 3ª e 17ª Regiões**, os autores procuram refletir sobre o reconhecimento do papel do Tribunal Marítimo no sistema jurídico brasileiro, abordando o caráter deste como formador de prova de presunção relativa em processos julgados pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 2ª, 3ª e 17ª Regiões.

Desejamos a todos os leitores e autores uma boa leitura.

Os Editores.

MENSAGEM DOS DIRIGENTES

O Tribunal Regional Federal – 2ª Região (TRF2) tem imensa satisfação em apresentar a Revista Juscontemporânea, periódico quadrimestral que visa a impulsionar a produção e a divulgação acadêmicas, privilegiando o diálogo entre doutrina e aplicação do Direito e outras disciplinas humanas e sociais.

A instituição acredita que a relevância de uma publicação com tal proposta reside na possibilidade de alicerçar novos entendimentos sobre as rápidas e profundas mudanças que vêm reconfigurando a sociedade brasileira, com evidente impacto no exercício da jurisdição.

A atual gestão compreende que estas mudanças exigem um Judiciário cada vez mais sensível à crescente complexidade da realidade social, econômica e cultural no Brasil e no mundo. E também reconhece que hoje não é possível realizar as expectativas de qualidade e eficiência sobre a atuação jurisdicional sem a sustentação de profunda reflexão acerca dos temas que vinculam os avanços em Direito com os de Política, Psicologia, História e Sociologia, dentre outras matérias.

Sendo assim, com esta iniciativa, a Corte assume seu dever como instituição pública de promover a disseminação de conhecimento desenvolvido por pesquisadores, professores e profissionais, com o objetivo de concorrer para o aperfeiçoamento do saber e da prática da Justiça e do Direito, em benefício do cidadão.

Para assegurar o cumprimento de tal propósito, os artigos apresentados serão sempre submetidos à avaliação do conselho editorial composto por especialistas de reconhecida competência técnico-científica nas áreas de estudo contempladas na revista.

Também em função do mesmo escopo, a Juscontemporânea será um fórum que buscará estimular a contribuição dos magistrados que têm sobre si a missão de realizar a Justiça Federal no dia a dia e aos quais incumbe a grave responsabilidade de, em cada conflito julgado, sopesar o comando impessoal da lei com os valores

que o senso crítico da sociedade civil presente reputa como justos, democráticos e republicanos.

Desembargador Federal REIS FRIEDE
Presidente do TRF2

Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO
Vice-Presidente do TRF2

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO
Corregedor Regional

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR FEDERAL REIS FRIEDE NA PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO*

Após persistentes e reiteradas tentativas de manter a nossa Pátria nas **sombras do atraso**, do **permanente subdesenvolvimento** e da **servidão** às ideologias estrangeiras (e, sobretudo, ultrapassadas pela própria história), o Brasil finalmente chegou ao Século XXI.

Uma verdadeira **renascença nacional**, – através de uma autêntica **refundação** da República –, inaugura-se no presente ano de 2019, a permitir que a Nação brasileira possa, de fato, libertar-se das **amarras do passado** e buscar, finalmente, seu merecido lugar em um promissor futuro de *paz e prosperidade*.

A uma só voz, – vale dizer, a **voz do povo**, senhor absoluto de seu destino –, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, – harmonicamente e de mãos dadas –, têm, por conseguinte, não somente o **inarredável compromisso**, mas também, dito de maneira mais categórica, o inafastável dever de fazer cumprir o **destino manifesto** de nossa Nação.

Nesse novo Brasil, não há, destarte, mais espaço para a **corrupção endêmica**, – fenômeno que, conforme amplamente noticiado, instalou-se em todos os níveis do Estado, **putrefando** as estruturas estatais –, como ainda não pode mais haver a permanência do **desleixo**, da manutenção do **caos administrativo**, da prevalência da **incompetência manifesta**, da **ousadia da ditadura** do crime organizado e, igualmente, da **perniciosa** forma nada republicana de gestão da coisa pública.

Nesse contexto, é mister a plena consciência de que a corrupção, – notadamente a de **matiz institucionalizado** –, corrói os alicerces estatais, ameaçando o valor supremo da democracia, bem como a própria existência do Estado Democrático de Direito.

* Discurso proferido em 8 de abril de 2019. Reis Friede é Desembargador Federal e Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Biênio 2019/2021).

Trata-se, reconhecidamente, de **gravíssimo** problema que somente poderá ser superado por meio da **celebração** de um novo e amplo **pacto republicano**, envolvendo todos os Poderes do Estado, e ensejando, assim, uma espécie de **reconstrução patriótica**, a envolver, de modo **harmonioso, respeitoso, colaborativo e articulado**, – e em prol de uma árdua luta em comum –, o Judiciário, o Executivo e o Legislativo, cujas independências institucionais jamais deverão funcionar como fator de **desunião**.

Afinal, o Poder Judiciário Brasileiro encontra-se **estruturado**, – assim como os demais Poderes da República –, de modo **ramificado**, porém jamais **dividido**, devendo a perfeita **integração** entre as instituições constituir um objetivo a ser permanentemente trilhado.

Destarte, somente um Estado **forte e coeso**, – o que, evidentemente, abrange uma imprescindível **conjugação** de esforços entre todos os Poderes –, poderá vencer o ignóbil mal da corrupção, despertando um sentimento de **nacionalidade e pertencimento** que, felizmente, volta a ser vivenciado pelo Povo brasileiro. Afinal, é fato que, juntos, somos (e sempre seremos) mais fortes.

Cabe ressaltar que o diálogo entre os três Poderes da República não significa todos ingressarem em uma espécie de acordo, mas sim todos **caminharem juntos**, ainda que, cada qual, com sua identidade e seu respectivo conjunto de atribuições. Nesse sentido, deve haver **pluralidade de funções estatais**, mas sempre com **unidade de propósito**, vale dizer, com os olhos voltados exclusivamente para o bem comum da Nação.

Ainda que seja cediço reconhecer que o Poder Judiciário tenha cumprido, com maestria, seu importante papel constitucional de **garantia da estabilidade político-institucional**, em conjunto com as gloriosas Forças Armadas nacionais, – razão maior de estarmos aqui, neste exato momento, desfrutando, em paz e harmonia, da plenitude da democracia e do regime democrático, com absoluta obediência aos ditames previstos na Constituição da República; é importante concluir que todas essas relevantes conquistas não são, por si sós, suficientes para conduzir o país a um justo e merecido lugar perante a comunidade internacional.

Apesar da incontestante importância da estabilidade político-institucional, – que, convém frisar, restou ameaçada pelos mais diversos escândalos de corrupção

revelados justamente a partir de uma **inédita, paradigmática, célere** e, acima de tudo, **eficiente** atuação do Poder Judiciário Federal (juntamente com aquelas instituições que compõem a denominada **Tríade da Justiça Federal**: o Ministério Público Federal e a Polícia Judiciária Federal), cujos contornos revelaram ao País quão contaminadas e carcomidas encontram-se determinadas instituições nacionais – é cediço concluir – não obstante a relevância do combate à corrupção – que o Povo, com absoluta razão, demanda e espera muito mais do Poder Judiciário. Nesse sentido, exige-se, ainda:

- a) Uma Justiça **forte, unida e valorizada**;
- b) Uma resposta judicial **efetiva** e em **tempo hábil**;
- c) Uma atuação jurisdicional **firme e pragmática**, com a correspondente *serenidade* como um dos principais atributos inerentes à Magistratura;
- d) A primazia da **prudência** e do **diálogo respeitoso** com os demais Poderes como fatores determinantes;
- e) E, finalmente, uma **esperança** em busca de Justiça.

Conseqüentemente, para tanto, exige-se a urgente adequação de sua estrutura funcional às **novas expectativas** inauguradas na atual centúria, na qual o fator tempo afigura-se como o **Senhor da Razão**.

Urge, portanto, que as estruturas organizacionais do Poder Judiciário sejam pensadas (e repensadas) para prover uma prestação jurisdicional **efetiva** e em **tempo hábil**.

Destarte, **morosidade e ineficiência** não possuem mais espaço no âmbito do Poder Judiciário do Século XXI, cujo elevado *status* institucional requer medidas **urgentes, inovadoras** e efetivamente **capazes** de solucionar os gravíssimos, antigos e permanentes problemas institucionais.

Em vista dessa urgência, precisamos, juntos, e com a força e a inspiração de Deus, – e no contexto de um novo Brasil que se deseja ver passado a limpo –, criar **novos mecanismos e modernos instrumentos** que tornem o Judiciário não só **eficaz**, – no seu desiderato último de prestar a tutela jurisdicional –, mas, sobretudo, verdadeiramente **eficiente** no que se refere a esse nobre e essencial mister.

Afinal, mais que resgatar a esperança, cumpre ao Poder Judiciário do Século XXI ser a principal **luz inspiradora** capaz de iluminar, com maestria, a escuridão, restabelecendo a fé do “**povo de um brado retumbante**” na infinitas potencialidades da grande Nação brasileira, consolidando, desta feita, a plenitude do regime democrático.

Empregando um salutar **tom provocativo**, algo inerente aos grandes debates, pensamos que esse processo de mudança passa, em primeiro lugar, por constatar que a alavancagem institucional do Judiciário (enquanto Poder) **não** foi, paradoxalmente, suficiente para ensejar o mesmo panorama quanto ao **serviço** prestado pela Instituição, fenômeno que, certamente, poderá ocasionar um **retrocesso** quanto ao aludido *status* alcançado. Afinal, a sociedade não tolera mais um Poder Judiciário tão **custoso e moroso**.

Mesmo ciente da absoluta relevância de todas as estratégias adotadas até o momento para o tornar serviço judiciário melhor, bem como dos resultados obtidos até então, acreditamos, de coração aberto, que é preciso, entretanto, muito mais.

É necessário **innovar**, em todos os aspectos possíveis, até mesmo no âmbito do inadiável **aperfeiçoamento** do Texto Constitucional, para literalmente **desafogar** o Judiciário e tornar a prestação jurisdicional mais **célere**, tendo em vista a sua imprescindibilidade, e dotado de real **credibilidade popular**.

Tecnologias inovadoras, tais como a **virtualização** das sessões de julgamento, bem como a introdução de **novos instrumentos legais**, – que impeçam a realização de um trabalho **inútil** e **repetitivo**, como o fato de um mesmo juiz **julgar**, infinitas vezes, a **mesma causa**, ou mesmo a situação de vários juízes distintos julgarem **causas idênticas**. E que, adicionalmente, possibilitem a **redução drástica** do excessivo (e inexplicável) número de *recursos* passíveis de serem interpostos (em flagrante desafio ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição), devem ser a tônica de *reais* e **imediatas mudanças** a serem promovidas com o intuito de prover o Poder Judiciário das condições necessárias para que a Instituição possa corresponder, em última análise, às **justas expectativas** de um povo que renasce, – reerguendo-se das cinzas –, e que tanto clama por **justiça**.

Um **renascer**, – que, frise-se –, precisa ser corretamente compreendido por todos os atores institucionais envolvidos; um **renascer** derradeiro que jamais poderá

ensejar **negação** e/ou **violação** aos direitos fundamentais tão arduamente conquistados; um **renascer** que deve se pautar sempre nos pilares de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, do que avulta (mais sem qualquer predomínio!) o papel a ser exercido, **prudente** e **respeitosamente**, pelo Poder Judiciário no cenário institucional.

Este é o **compromisso inarredável** que ora se torna público, e que, com a força do Criador, se tornará uma **realidade efetiva** em nome da própria **credibilidade** do Poder Judiciário Federal, em particular, e da Justiça brasileira, em geral.

Viva o Poder Judiciário Federal!

Viva a Justiça brasileira!

Viva o Brasil!

RECEPÇÃO, REPRISTINAÇÃO, DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

RECEPTION, REPRISTINATION, DECONSTITUTIONALIZATION AND CONSTITUTIONAL CHANGE

Reis Friede*

Resumo: o presente artigo discorre sobre o conceito e a classificação das normas constitucionais, analisando, ainda, os fenômenos da recepção, repristinação, desconstitucionalização e mutação constitucional. Para tal, utilizou-se primeiramente o método de pesquisa bibliográfica, com a finalidade de apresentar os conceitos basilares desse estudo. E, no tocante aos objetivos, seguiu-se a pesquisa descritiva, uma vez que o objetivo central é identificar os fatores que determinam ou influenciam para a ocorrência da geração dos fenômenos. Como resultado, o presente estudo visa contribuir com o entendimento e estruturação dos fenômenos de direito intertemporal no que se refere às normas constitucionais.

Palavras-chave: Norma Constitucional. Direito Intertemporal. Recepção. Repristinação. Mutação.

Abstract: This paper discusses the concept and classification of constitutional rules, analyzing the phenomena of reception, repristination, deconstitutionalization and constitutional change. For this, the bibliographic research method was first used, with the purpose of presenting the basic concepts of this study. And, regarding the objectives, the descriptive research followed, since the central objective is to identify the factors that determine or influence the occurrence of the generation of phenomena. As a result, the present study aims to contribute to understand and structure of intertemporal law phenomena with regard to constitutional norms.

Keywords: Constitutional rules. Intertemporal Law. Reception. Repristination. Constitutional Change.

* Desembargador Federal, Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/>. E-mail: reisfriede@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

No mundo ocidental, apesar de ter suas origens na antiguidade e Idade Média, o constitucionalismo surge com as Revoluções Liberais do Século XVIII, visando limitar o poder do Estado. A ideia era ter uma lei fundamental, à qual se submetesse também o governando, abandonando o poder absoluto e agindo nos termos de regras gerais que regulavam, principalmente, as formas e limites ao exercício do poder.

Considerando o foco liberal dessa mudança de paradigma, verifica-se que o objetivo era a liberdade individual para contratar e exercer o direito de propriedade.

Em um segundo momento, em meados do Século XIX e início do Século XX, após a Revolução Industrial e, marcadamente, após a Crise de 1929, um novo paradigma de Estado se revela, o Estado Social, ao qual se impunham obrigações de atuar na promoção das desigualdades materiais, reveladas principalmente na relação dono de capital x proletário.

Após a 2ª Guerra Mundial, mesmo com direitos individuais e sociais garantidos nos textos constitucionais, esses são elevados a outro patamar, qual seja, o de fundamentar a existência do próprio Estado, que passa a existir em razão dos ditames da dignidade humana. Nesse contexto, a Constituição é ressignificada, ocupando o topo das ordens jurídicas internas, trazendo princípios e regras que deixam de ser apenas vetores de interpretação e integração do ordenamento e passam a ser normas coercitivas, superiores às demais e que irradiam para todos os ramos do Direito.

Em razão de tais fatores, o controle de constitucionalidade e a atuação do Poder Judiciário ou das Cortes Constitucionais também adquirem uma maior importância no cenário estatal, pois passam a controlar os atos dos demais poderes que contrariam o texto constitucional.

Desse modo, a jurisdição constitucional se tornou mais complexa, fazendo-se necessário compreender os institutos relacionados à interpretação, vigência, validade e eficácia das normas constitucionais. Neste estudo, analisaremos três teorias a eles associadas, a saber: a recepção, a repristinação e a desconstitucionalização.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme elucida Ferrajoli, vivenciamos o paradigma do Estado Constitucional de Direito ou do constitucionalismo rígido, que se caracteriza pela “subordinação da própria lei, garantida por uma específica jurisdição de legitimidade, a uma lei superior: a constituição, hierarquicamente supraordenada à legislação ordinária.” (FERRAJOLI, 2006, p. 424).

Assim explicita o mencionado autor:

[...] No Estado constitucional de Direito, as leis são submetidas não só a normas formais sobre produção, mas também a normas substanciais sobre o seu significado. De fato, não são admitidas normas legais, cujo significado esteja em contraste com normas constitucionais. A existência ou vigor das normas, que no paradigma paleojuspositivista tinham sido separadas da justiça, separam-se agora, também, da validade, tornando possível que uma norma formalmente válida e, portanto, vigente, seja substancialmente inválida quando o seu significado estiver em contraste com normas constitucionais substanciais, como, por exemplo, o princípio da igualdade ou os direitos fundamentais [...]. (FERRAJOLI, 2006, p. 425).

No Direito Brasileiro, isso se evidencia pela rigidez constitucional demonstrada pelo quórum elevado e mais dificultoso para se aprovar uma alteração no texto constitucional (emendas constitucionais) do que para aprovar uma lei ordinária. Além disso, há que se ressaltar a existência das cláusulas pétreas, que não podem ser modificadas nem mesmo por força de emenda constitucional, conforme previsão do art. 60 da Constituição Federal de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

Decorre da supremacia da constituição e de sua rigidez que as normas inferiores devem estar de acordo com as constitucionais. A noção de inconstitucionalidade, então, se exprime pela não adequação de uma lei ou ato normativo ao texto constitucional, seja formalmente, quando não é seguido o processo legislativo constitucionalmente previsto para a criação de uma lei, ou materialmente, quando a própria substância do documento legal vai de encontro aos valores expressos pelas normas constitucionais.

Conforme orientações de Gilmar Mendes e Paulo Branco, o efeito da inconstitucionalidade é a nulidade ou anulabilidade da norma inconstitucional, que é retirada do mundo jurídico, assim que se dá a declaração da sua inconstitucionalidade:

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bittar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional. (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1174).

Contudo, há que distinguir os casos em que a norma legal é posterior à Constituição, onde tipicamente tem-se a análise da constitucionalidade da norma, ou se é caso de uma contradição entre uma norma anterior à constituição vigente. Nesse caso, não se discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei anterior, mas sim se a mesma foi recepcionada ou não pela nova ordem constitucional, ou seja, se foi revogada pela constituição.

Destaca-se que a não recepção apenas se dá por critérios materiais, de conteúdo, sendo mantidas no ordenamento jurídico normas anteriores que possuem formas revogadas pela nova constituição. No caso, as leis são recepcionadas em conformidade com o nova ordem constitucional, mudando o seu status no ordenamento.

Dentre os institutos de direito intertemporal do Direito Constitucional, serão analisados o da recepção, repristinação, desconstitucionalização e mutação constitucional.

3 RECEPÇÃO

Nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/42 (BRASIL, 1942), a lei nova (em seu sentido amplo) revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita), o que pode ocorrer total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação).

Nesse contexto, a questão central consiste em saber quando o advento de um novo Texto Constitucional acarreta a revogação de uma norma infraconstitucional anterior. Em resposta, cumpre ter em vista que a nova ordem constitucional inaugurada sempre recebe a normatividade infraconstitucional que lhe é perfeitamente compatível, ainda que tal acolhimento possa ocorrer a partir de uma nova “roupagem normativa”, originando, pois, o fenômeno da recepção, segundo o qual a legislação infraconstitucional produzida antes da instalação de uma nova Constituição será considerada acolhida pelo novel Texto Magno, continuando, por princípio de economia e segurança legislativa, a vigor no âmbito próprio de sua atuação ordinária.

Assim, com o propósito de evitar-se o infundável trabalho de reiniciar a construção do sistema de normas ordinárias, apercebeu-se que muito mais apropriado e coerente seria fazer com que as leis inferiores à Constituição pudessem ser aproveitadas quando compatíveis com as normas constitucionais, originando, desse modo, o fenômeno chamado de *recepção constitucional*.

Com isso, no Brasil, aplica-se o *princípio da continuidade da Ordem Jurídica*, que significa o aproveitamento dos atos legislativos anteriores quando compatíveis com a nova Constituição. (SILVA NETO, 2009, p. 145).

De qualquer modo, importante frisar que, excepcionalmente, a lei anterior poderá adquirir um novo “rótulo normativo” (dentro do espectro legislativo infraconstitucional), exatamente o que se sucedeu, por exemplo, com o Código Penal

de 1940, editado sob a vigência da Carta de 1937, ocasião em que era perfeitamente possível tratar de matéria penal por meio de decreto-lei (Decreto-Lei nº 2.848/40), o que não mais se admite na presente quadra, tendo em vista que, de acordo com o art. 22, inciso I, da Constituição de 1988, cabe ao Congresso Nacional legislador sobre Direito Penal. Com efeito, diante da incidência do fenômeno em epígrafe, é possível concluir que o Código Penal de 1940 restou recepcionado como lei ordinária pelo Texto Constitucional atual.

4 REPRISTINAÇÃO

Por outro lado, pode ocorrer que uma determinada lei ordinária (**X**) tenha sido tacitamente revogada (vale dizer, não recepcionada) por uma Constituição posterior (**Y**), a qual, em um momento seguinte, deixa de vigorar ante o advento de uma nova Carta Fundamental (**Z**). Verifica-se, ademais, que a referida lei ordinária (**X**), isto é, aquela que não havia sido recepcionada pela Constituição (**Y**), revela-se, agora, perfeitamente compatível com a nova Lei Maior (**Z**), donde surge a seguinte dúvida: tal quadro permitiria a restauração da vigência da lei ordinária (**X**)?

Em resposta, cumpre registrar que, por questão de segurança jurídica, tal fenômeno, denominado de repristinação, somente é admitido, em nossa legislação, quando expressamente previsto e autorizado, conforme preconiza, inclusive, o art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), segundo o qual “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Sem embargo desta possibilidade excepcional, e conforme bem adverte Silva Neto, não nos parece conveniente proceder à repristinação de lei já revogada, tendo em vista a possibilidade de se instaurar um quadro de insegurança jurídica.

No que concerne à *repristinação*, ou seja, a possibilidade de restauração da eficácia da norma revogada pela perda de vigência da norma revogadora, não nos parece que o mero advento de um novo texto constitucional tenha o condão de restaurar a eficácia de lei ordinária revogada pela Constituição anterior.

E por quê? Basicamente em virtude do fato de tal procedimento instilar grande insegurança nas relações jurídicas, cujos efeitos já se consolidaram, tornando, portanto, impróprio o retorno à situação antecedente. (SILVA NETO, 2009, p. 146).

Destarte, no cenário hipotético examinado, a edição da Constituição (**Z**) por si só não restauraria, de modo automático, a vigência da lei ordinária (**X**).

5 DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO

Por desconstitucionalização entende-se:

Fenômeno pelo qual as normas da Constituição anterior, desde que compatíveis com a nova ordem, permanecem em vigor, mas com o *status* de lei infraconstitucional. Ou seja, as normas da Constituição anterior são recepcionadas com o *status* de norma infraconstitucional pela nova ordem." (LENZA, 2012, p. 202-203).

Sem embargo de sua admissão por alguns autores nacionais e estrangeiros, fato é que tal fenômeno não tem se verificado no âmbito das Constituições Federais, não obstante ser possível sob o prisma teórico, desde que a nova Constituição expressamente autorize a manutenção, enquanto legislação infraconstitucional, de dispositivos integrantes da Carta anterior. Até mesmo porque, conforme cediço, "o Poder Constituinte Originário é ilimitado e autônomo, podendo tudo, inclusive prever o aludido fenômeno, mas desde que o faça, como visto, de maneira inequívoca e expressa" (LENZA, 2012, p. 203).

A ordem constitucional nova, por ser tal, é incompatível com a ordem constitucional antiga. Aquela revoga esta.

Entretanto, não há necessidade de nova produção legislativa infraconstitucional.

A Constituição nova recebe a ordem normativa que surgiu sob o império de Constituições anteriores se com ela forem compatíveis.

É o fenômeno da *recepção* que se destina a dar continuidade às relações sociais sem necessidade de nova, custosa, difícil e quase impossível manifestação legislativa ordinária.

Ressalte-se, porém, que a nova ordem constitucional recepciona os instrumentos normativos anteriores dando-lhes novo fundamento de validade e, muitas vezes, nova roupagem.

Explica-se: com o advento de nova Constituição, a ordem normativa anterior, comum, perde seu antigo fundamento de validade para, em face da recepção, ganhar novo suporte. Da mesma forma, aquela legislação, ao ser recebida, ganha a natureza que a Constituição nova atribui a atos regentes de certas matérias. Assim, leis anteriores tidas por *ordinárias* podem passar a *complementares*; decretos-leis podem passar a ter a natureza de *leis ordinárias*.

Se isto ocorre com a legislação imediatamente anterior, pergunta-se: A Constituição nova recebe, também, a legislação nascida sob o império de Constituições revogadas pela que a antecedeu e que, em face desta,

perderam sua eficácia? A nova Constituição restaura, automaticamente, a legislação aludida? A resposta é negativa.

A legislação infraconstitucional que perdeu sua eficácia diante de um texto constitucional não se restaura pelo surgimento de nova Constituição.

Essa restauração de eficácia é categorizável como *repristinação*, inadmitida em nome do princípio da segurança e da estabilidade das relações sociais. O permanente fluxo e refluxo de legislação geraria dificuldades insuperáveis ao aplicador da lei, circunstância não desejada pelo Constituinte.

Uma hipótese de repristinação, entretanto, é possível, lembra CELSO BASTOS: a de sua previsão expressa.

Outra preocupação é a que se refere à possibilidade de recepção, pela nova ordem constitucional, como leis ordinárias, de disposições da Constituição anterior. É a chamada teoria da *desconstitucionalização*.

No particular, ficamos com CELSO BASTOS, para quem a tese da desconstitucionalização não é de ser aceita, em nosso entender, uma vez que as antigas leis constitucionais não encontram explicação para serem rebaixadas à categoria de leis ordinárias sem disposições nesse sentido na nova Constituição. (TEMER, 1989, p. 39-40).

6 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Cabe analisar, em particular, a questão inerente à interpretação judicial como mecanismo para promover a chamada mutação constitucional, fenômeno que Bulos descreve como sendo:

O processo informal de mudanças da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *lex legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais. (BULOS, 1997, p. 54).

A origem da figura jurídica em tela, segundo leciona Kublischkas (2009, p. 70) teria surgido pela lavra de PAUL LABAND (*Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, de 1895), particularmente ao estabelecer a distinção entre reforma constitucional (*Verfassungänderung*) e mutação constitucional (*Verfassungswandlung*). Concordando com a mesma origem histórica, assevera o Ministro EROS GRAU:

Impõe-se neste ponto, parenteticamente, brevíssima digressão a propósito da mutação constitucional, fenômeno discernido por LABAND, mas do qual terá sido GEORG JELLINEK o primeiro a tratar no plano teórico. A nova doutrina do direito político, recusando explicações ancoradas em perspectiva formalista, caracteriza-a, qual anota HSÜ DAU-LIN, como desvalorização e corrosão das normas jurídicas constitucionais por ela afetadas. A mutação constitucional decorre de uma incongruência existente entre as normas

constitucionais e a realidade constitucional, entre a Constituição formal e a Constituição material. (BRASIL, 2014, p. 73).

Ainda sob uma perspectiva histórica, recorda Botelho:

Buscando fundamentação no princípio do stare decisis e na história constitucional norte-americana, a Suprema Corte considerou que a superação de precedentes é apropriada quando ocorrem mudanças nas circunstâncias fáticas ou na compreensão desses fatos, lançando dúvidas sobre verdades atemporais, paradigmas ou princípios supostamente neutros, que não mais são capazes de solucionar questões constitucionais. (BOTELHO, 2011, p. 19).

Segundo o Ministro Eros Grau (Reclamação nº 4.335/AC), a mutação constitucional consiste em se promover uma transformação no sentido do enunciado da Constituição, sem que se empreenda, para tanto, qualquer alteração na redação do próprio texto, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.

Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro.

Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. (BRASIL, 2014, p. 72).

Em uma nítida referência ao fenômeno em epígrafe, cumpre registrar que o Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2009), quando do julgamento, em 23.09.2008, do *Habeas Corpus* nº 91.361/SP, destacou a relevância da "interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição", bem como:

A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (BRASIL, 2009, p. 2).

Em outra ocasião, Celso de Mello, também atento às mudanças sociais que demandam uma nova leitura do Texto Magno, aptas a ensejar o fenômeno em comento, explica que "o exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo

preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder”, concluindo, então, que “no poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Por conseguinte, conclui o Ministro que

A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (BRASIL, 2008).

Em outro julgado em que se debateu sobre o mesmo tema, anotou o Ministro Luiz Fux que:

O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes. (BRASIL, 2015, p. 2).

Assim, segundo o Ministro Fux,

O princípio fundamental da separação de poderes, enquanto cânone constitucional interpretativo, reclama a pluralização dos intérpretes da Constituição, mediante a atuação coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribua, com suas capacidades específicas, no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional e no aperfeiçoamento das instituições democráticas, sem se arvorarem como intérpretes únicos e exclusivos da Carta da República. (BRASIL, 2015, p. 2-3).

Com efeito, para Luiz Fux:

O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos

como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional. (BRASIL, 2015, p. 3).

Na mesma linha de pensamento, o Ministro GILMAR MENDES registrou que, “com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão”, podendo, inclusive superar (total ou parcialmente) “a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.” (BRASIL, 2013, p. 2).

Não obstante, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, o Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir o seu voto, advertiu que “os próprios teóricos da mutação constitucional reconhecem que esse fenômeno possui limites”, sob pena de redundar em “mutações inconstitucionais.” (BRASIL, 2014, p. 10).

Da dicção levada a efeito pelos referidos Ministros extrai-se uma afirmação comum: a possibilidade de a Suprema Corte, motivada pelas atuais demandas da sociedade, proceder a uma nova exegese do Texto Constitucional, ainda que a redação do dispositivo sobre o qual recai a tarefa interpretativa permaneça o mesmo, proceder que, no entanto, encontra limites, conforme registrado pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível aferir que a complexidade na aplicação das normas constitucionais, principalmente quando se trata do surgimento de uma nova Constituição (regras de direito intertemporal), acompanhou o próprio crescimento na importância e abrangência do Direito Constitucional.

No Brasil, em razão de termos uma constituição prolixa, que cuida de inúmeros assuntos, sejam eles materialmente constitucionais ou não, e também em virtude da irradiação das normas constitucionais sobre as demais normas do Direito, o papel da interpretação constitucional se torna cada vez mais relevante.

Deste modo, cabe à doutrina e jurisprudência o desenvolvimento de tais institutos e a delimitação dos respectivos conceitos e fenômenos, a fim de propiciar o

melhor entendimento da interpretação e aplicação das normas constitucionais no país. Nesse sentido, o presente estudo objetiva contribuir com a estruturação dos fenômenos de direito intertemporal, aplicáveis às normas constitucionais, quais sejam: recepção, repristinação, desconstitucionalização e mutação constitucional.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional: a Constituição Viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105 Distrito Federal**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Fux, 01 de outubro de 2015. [Brasília], 1 out. 2015. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus nº 91.361-0 São Paulo. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Relator: Min. Celso de Mello, 23 de setembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**: [Brasília], n. 25, 06 fev. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 26.603/DF, Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, 4 de outubro 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**: [Brasília], n. 197, 17 out. 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928434/mandado-de-seguranca-ms-26602-df?ref=feed>. Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4.335 Acre. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. Relator: Min. Gilmar Mendes, 20 de março de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**: [Brasília], n. 208, 22 out. 2014. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>.
Acesso em: 20 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4.374 Pernambuco**.
Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. [Brasília], 18 abr.
2013. Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>.
Acesso em: 20 ago. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. *In*: COSTA, Pietro;
ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Tradução: Cario
Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito
Constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

KUBLISCKAS, Wellington. **Emendas e Mutações Constitucionais**: Análise dos
Mecanismos de Alteração Formal e Informal da Constituição Federal de 1988. São
Paulo, Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 16. ed. São Paulo:
Saraiva, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de
Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 5. ed. São Paulo: Revista
dos Tribunais, 1989.

REGIME DAS INCAPACIDADES E SUAS PRINCIPAIS MUDANÇAS

DISABILITIES SCHEME AND THE MAIN CHANGES

Guilherme Calmon Nogueira da Gama*

Bruno Lima do Amaral Roale**

Resumo: Busca-se fazer, neste artigo, uma análise do tema da capacidade de fato e da pessoa incapaz desde o início de vigência do Código Civil de 1916 até os dias atuais, em razão da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência que, inclusive, modificou significativamente o regime contemporâneo das incapacidades. Deve-se analisar e compreender o novo modelo do regime das incapacidades no Direito Civil brasileiro que se associa e se fundamenta no valor e princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, a saber, a dignidade da pessoa humana, aí também compreendida a pessoa com deficiência.

Palavras-chave: Regime das incapacidades. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: This article seeks to analyze the issue of de facto capacity and the incapable person from the beginning of the Civil Code of 1916 until the present day, due to the validity of the Statute of the Disabled People, which even amended significantly the contemporary disability regime. It is necessary to analyze and understand the new model of the disability regime in Brazilian Civil Law that is associated and based on the value and fundamental principle of the Brazilian legal system, namely, the dignity of the human person, including the person with disabilities.

Keywords: Disability scheme. Statute of Persons with Disabilities. Principle of Human Dignity.

* Doutor, mestre e graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Atualmente, é Professor titular de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (graduação e pós-graduação), Professor permanente da Universidade Estácio de Sá e Professor da Faculdade de Direito do IBMEC.

** Graduando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC).

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Direito objetiva, em sua essência, regular a vida das pessoas usando de normas justas visando ao bom convívio social. Para tanto usa de diversos princípios para concretizar sua busca ao ponto ideal de controle e justiça social.

Nesse sentido, tanto o Direito Privado quanto o Direito Público são norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A ascensão deste ocorreu após o término da Segunda Guerra Mundial, em reação às atrocidades cometidas pelo nazifascismo. Desse modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu art. 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Essa ideia repercutiu no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar. Com isso, esse princípio, como observa Maria Celina Bodin de Moraes, “tornou-se um comando jurídico no Brasil” (BODIN DE MORAES, 2010, p. 82), onde é explicitado na forma do artigo 1º, III, da Lei Maior como um dos “fundamentos da República”.¹

Sob essa perspectiva, hoje, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana compreende três aspectos: 1- respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2- consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3- respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária. O legislador, mediante esses pressupostos, optou tutelar por meio de normas jurídicas os grupos considerados vulneráveis como, por exemplo, as pessoas com deficiência. Ademais, esse princípio tem o intuito de individualizar cada um, a fim de garantir a sua total participação na sociedade através do exercício dos seus direitos. Logo, tais aspectos são vistos, também, no âmbito civil, na forma do artigo 1º do Código Civil (BRASIL, 2002): “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

¹Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Sem embargo, observam-se nos artigos 3^o² e 4^o³ do Código Civil de 2002 causas para limitações ao exercício destes direitos. Tais limitações foram estabelecidas a partir da premissa de que essas pessoas não são consideradas aptas a realizarem plenamente os atos da vida civil.

Ao longo dos anos a concepção de pessoas consideradas incapazes trazida no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916) foi sendo mitigada. Como início da vigência do Código Civil de 2002, por exemplo, determinados artigos, especialmente os que se referem ao regime da capacidade, foram alterados em razão da constitucionalização do Direito Civil, calcadas nas normas sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais (este marco axiológico encontrava-se na fase embrionária). Entretanto, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) (BRASIL, 2015a) houve, assim, uma forte aproximação da ordem legal aos princípios constitucionais, principalmente, o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade material em relação ao Direito Civil. Torna-se possível, dessa forma, a revogação e a alteração de determinadas normas do atual Código Civil que tinham, em sua literalidade e essência, um cunho pejorativo e discriminatório.

Portanto, busca-se fazer, neste artigo, uma análise do tema da capacidade de fato e da pessoa incapaz desde o início de vigência do Código Civil de 1916 até os dias atuais, em razão da vigência do EPD que, inclusive, modificou significativamente o regime contemporâneo das incapacidades.

2 REGIME DAS INCAPACIDADES SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Pessoa natural é o ser humano como sujeito de direitos e deveres. A ideia obedece a três princípios fundamentais: 1- todo ser humano é pessoa, pelo simples fato de existir e, por isso, é capaz de direitos e deveres na ordem civil; 2- todos têm a mesma personalidade porque todos têm a mesma aptidão para a titularidade de relações jurídicas; e 3- a personalidade é irrenunciável. Ou seja, em palavras mais sucintas apregoa Pierangelo Catalano (1990, p. 47): "todo ser humano é pessoa pelo fato de nascer ou até de ser concebido. Pessoa é o ser humano como sujeito de

²Art. 3^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (BRASIL, 2002).

³Art. 4^o São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: [...]. (BRASIL, 2002).

direitos". Conclua-se, portanto, que toda pessoa, ao nascer com vida, é titular de direito e deveres, visto que não há sujeitos sem direitos, como não há direitos sem titular (MOTA PINTO, 2005, p. 196; CASTRO MENDES, 1979).

Com fulcro nessa concepção, agrega-se o instituto da capacidade, uma vez que o mesmo é conexo ao instituto da personalidade; porém, não são palavras sinônimas. Em outras palavras:

Parece-nos, entretanto, que é mister distingui-las. Com efeito, enquanto personalidade jurídica é conceito absoluto (ela existe, ou não existe), capacidade jurídica é conceito relativo (pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos ou de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade. (BARBERO, 1950, p. 139).

Nessa perspectiva, capacidade e personalidade não são termos sinônimos, visto que pode existir personalidade sem capacidade, como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam. Em outras palavras, observa Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 221): "Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade".

Nesse aspecto, o Código Civil de 1916 já presumia a figura do incapaz na forma dos artigos 5^{o4} e 6^{o5} do seu texto, classificando-a em dois grupos: os absolutamente incapazes e os relativamente incapazes. No primeiro, a pessoa ficava impedida de exercer, por si mesma, qualquer ato da vida jurídica, sendo determinada pela lei civil o suprimento dessa incapacidade pelo antigo pátrio poder, pela tutela ou curatela. Enquanto, no segundo, permitia que o incapaz praticasse determinados atos da vida civil, desde que fosse assistido, ressalvando a prática de outros sem necessidade de assistência.

Além disso, na vigência do Código de 1916 já se impunha a dissociação entre as capacidades de gozo (também denominada capacidade de direito ou de aquisição)

⁴Art. 5^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos; II - os loucos de todo o gênero; III - os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz. (BRASIL, 1916).

⁵Art. 6^o São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer: I - os maiores de 16 (dezesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156); II - os pródigos; III - os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (BRASIL, 1916).

e de exercício (ou capacidade de fato). A primeira versa sobre aptidão para alguém ser titular de direitos e deveres, ser sujeito de relações jurídicas, ou seja, ao nascer com vida a pessoa adquire o conjunto de direitos que lhe são próprios como, por exemplo, os direitos da personalidade. Assim, como observa Washington de Barros Monteiro (2003, p. 61): “essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção”. Enquanto na segunda,- capacidade de agir ou capacidade de fato -, há a aptidão para a prática dos atos da vida civil, e para o exercício dos direitos como efeito imediato da autonomia que as pessoas têm. A capacidade de exercício depende da capacidade natural de entendimento, inteligência da pessoa. Dessa forma, ainda pela conjuntura da época da vigência do Código Civil de 1916 as pessoas com deficiência tinham sua capacidade de exercício limitada pelo legislador, com a presunção de que essas pessoas, por não possuírem um nível razoável de discernimento, não podiam praticar os atos da vida civil, como por exemplo, a compra de um imóvel.

Após essa consideração inicial, é pertinente observar no Código Civil de 1916 que os absolutamente incapazes se enquadravam em uma das três situações: a idade, a enfermidade ou a deficiência mental e a ausência de discernimento (GAMA, 2006, p. 18-20). Na primeira situação, evidenciava-se o arbítrio utilizado pelo legislador com o intuito de garantir um mínimo desenvolvimento de faculdade intelectual e promover a segurança jurídica. Na segunda situação, observava-se que o legislador optou por um conceito subjetivo calcado na ausência do necessário discernimento para os atos da vida civil, compreensiva de todos os casos de insanidade mental, *permanente e duradoura*, gerando, dessa forma, uma polêmica lexical dentro da doutrina brasileira. Tal se explica eis que há divergências tanto na Ciência Jurídica quanto na Ciência Médica, em razão da imensa diversidade dos níveis dos estados patológicos e a variada de sua extensão nas qualidades psíquicas do enfermo. Ou seja, há certas enfermidades que são mais facilmente perceptíveis como, por exemplo, a esquizofrenia, enquanto outras necessitam de um diagnóstico de um especialista.

Nesse aspecto, esse diploma normativo era vinculado, de forma hegemônica, ao modelo médico ou “modelo reparador” de deficiência, o qual encarava a deficiência como condição patológica, de natureza individual. Isto é, esse modelo

trazia a ideia de que o problema estava na pessoa com deficiência e que a mesma precisaria ser “curada” / “reparada”, para que pudesse ser “normalizada” e voltasse a integralizar a sociedade, desde que conseguisse assemelhar-se às demais pessoas capazes, o máximo possível. Nesse sentido, percebe-se a influência desse modelo, por exemplo, no art. 5^o do Código Civil de 1916, o qual considerava absolutamente incapaz o louco de todo gênero e os surdos-mudos que não pudessem manifestar sua vontade. Desse modo, observa-se a estigmatização feita pelo legislador ao classificar essas pessoas como totalmente incapazes devido à uma patologia, submetendo-as, portanto, à exclusão social. Assim, sob esse aspecto, observam Marcelo Medeiros e Débora Diniz: “O modelo médico identifica a pessoa deficiente como alguém com algum tipo de inadequação para a sociedade.” (MEDEIROS; DINIZ, 2004, p. 8).

O modelo médico foi mitigado e nos fins da década de 1970, no Reino Unido e nos Estados Unidos, surge o modelo médico-social, o qual tinha como bandeira a “desmedicalização” e a “desinstitucionalização”, isto quer dizer, na primeira, o fim do “modelo reparador” com o surgimento de uma nova tendência, ao considerar que a deficiência estava na sociedade e não na pessoa com deficiência; e, na segunda, opunha-se a ideia desse grupo ser considerado como “cidadãos de segunda classe”. Outrossim, tinha como escopo a distinção entre lesão e deficiência. A primeira é objeto de discussão sobre saúde, enquanto a segunda é uma questão da ordem dos direitos e da justiça social e, portanto, essencialmente normativa. Ou seja, com o surgimento desse modelo, a deficiência que, outrora, era considerada fator de exclusão social, agora, torna-se fator de inclusão e integração, visto que a mesma é uma característica inerente à pessoa como, por exemplo, o sexo, a cor da pele.

Assim, como observam Medeiros e Diniz (2004, p. 8): “o modelo social, por sua vez, inverte o argumento e identifica a deficiência na inadequação da sociedade para incluir todos, sem exceção”. Ademais, esse modelo social permitiu a aproximação do Código Civil aos Direitos Humanos e a defesa da dignidade da pessoa humana como valor a ser alcançado, visto que o modelo médico tinha, como

⁶Art. 5^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos; **II - os loucos de todo o gênero; III - os surdos-mudos**, que não puderem exprimir a sua vontade IV - os ausentes, declarados tais por ato do juiz (BRASIL, 1916).

principal escopo, atribuir a responsabilidade pela deficiência e pela impossibilidade de equalização à pessoa que a detivesse. Sob essa perspectiva, apregoam:

É de que a deficiência não deve ser entendida como um problema individual, mas como uma questão eminentemente social, transferindo a responsabilidade pelas desvantagens dos deficientes das limitações corporais do indivíduo para a incapacidade da sociedade de prever e ajustar-se à diversidade. (MEDEIROS; DINIZ, 2004, p. 8).

Sob tal enfoque, no Código Civil de 2002 essa associação foi minimizada pela referência ao discernimento, mas ainda assim houve menção expressa a que uma deficiência leva a déficit cognitivo, sendo sujeita à uma declaração judicial acerca da incapacidade. Portanto, evidencia-se um conflito entre o regime jurídico das incapacidades e a dignidade da pessoa humana, valor esse fundamental do ordenamento jurídico, como é salientado por Rafael Garcia Rodrigues (2003, p. 24-25): “É necessário, por conseguinte, repensar o regime das incapacidades, especialmente, quando estiver em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo”.

Outro aspecto importante é o início da terceira fase, chamada de integração, em que é marcada pela visão de que a pessoa com deficiência poderia conviver em sociedade, se beneficiar da sociabilidade com todos e não somente com certas pessoas em ambientes específicos, desde que elas se adaptassem ao meio.

É visível que as pessoas com deficiência trazem consigo anos de perseguição e preconceito, os quais se propagavam em decorrência de um fator cognitivo, auditivo, visual dentre outros. Por causa dessa intolerância, tais pessoas eram proibidas de casar, comprar/alugar/vender um imóvel, escolher sua profissão, fazer um testamento, ou seja, até o próprio legislador limitava seus direitos. Havia contrariedade, dessa forma, a uns dos pilares da democracia e princípio constitucional, a saber, a igualdade material, prevista na forma do art. 5º, caput da Constituição Federal.⁷

⁷Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

Cabe salientar as mudanças ocorridas na década de 30 do século XX como, por exemplo, o implemento do Decreto nº 891/38⁸ e a revogação do Decreto nº 24.559/34⁹ pelo Decreto nº 99.678/90.¹⁰ Visto que, o Decreto nº 891/38 trouxe à tona o regulamento e fiscalização de entorpecentes, ou seja, dispôs sobre questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, proibindo, dessa forma, inúmeras substâncias consideradas entorpecentes e, por conseguinte, a interdição dos toxicômanos, levando em consideração o grau de intoxicação e prejuízo causado à sua consciência e ao seu discernimento. Nesse sentido, a interdição poderia ser plena ou limitada, equiparando o interdito ao absolutamente incapaz ou relativamente incapaz, respectivamente¹¹. Assim, uma das principais mudanças oriundas da Lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015a) foi promover a alteração da redação do art. 4º do Código Civil, ao prever como, relativamente incapaz, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, uma vez que, segundo a lei, não há afetação das liberdades pessoais por déficit cognitivo.

O Decreto nº 24.559/34 foi o primeiro aparato legal voltado à pessoa com transtorno mental que fez menção ao ser humano que, ao dispor sobre a assistência e proteção individual, bem como sobre os bens dos psicopatas, considerava loucos os anormais, os toxicômanos, os intoxicados habituais e os indivíduos suspeitos incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (BRASIL, 1934). No mais, tal Decreto substituiu a expressão “loucos de todo o gênero” pelo termo “psicopatas”, por ser considerado cientificamente mais adequado, sendo assim todo aquele “portador de psicopatologia, ou seja, portador de qualquer moléstia mental, de qualquer anomalia ou de qualquer etiologia.” (GAMA, 2008, p. 608). No processo de interdição da pessoa considerada psicopata, o Decreto nº 24.559/34 permitia que

⁸(BRASIL, 1938).

⁹(BRASIL, 1934).

¹⁰(BRASIL, 1990).

¹¹ Decreto-Lei nº 891/1938: Art. 30. A simples internação para tratamento bem como interdição plena ou limitada serão decretadas por decisão judicial, pelo tempo que os peritos julgarem conveniente segundo o estado mental do internado.

§ 1º Será decretada em procedimento judicial e secreto a simples internação para tratamento, si o exame pericial não demonstrar necessidade de limitação de capacidade civil do internado.

§ 5º A internação limitada importa na equiparação do interdito aos relativamente incapazes, assim como a interdição plena o equipara aos absolutamente incapazes, respectivamente na forma dos artigos 6º e 5º do Código Civil. (BRASIL, 1938).

fosse declarada a incapacidade absoluta ou relativa do interdito, conforme a gravidade do comprometimento psíquico.¹²

Sob esse aspecto, o Código Civil de 1916, sob uma forte influência do modelo médico, enquadrava as pessoas com transtorno mental como "loucos de todo o gênero" e, conseqüentemente, como absolutamente incapazes. Observa-se que o Código Civil de 2002, antes da Lei nº 13.146/2015, seguiu a mesma metodologia que o Código anterior ao enquadrar as pessoas com transtorno mental como incapazes, mesmo que elas possuíssem um mínimo de discernimento. Sem embargo, com o advento da Lei 13.146/2015 as pessoas com transtorno mental foram retiradas do rol de absolutamente incapazes, visto que o escopo de referida lei é que deficiência não induz a incapacidade.

Assim, por 86 (oitenta e seis) anos o Código Beviláqua (Código Civil de 1916) esteve vigente até que foi revogado pela Lei 10.406/02 (Código Civil de 2002). Com a chegada deste, o regime das incapacidades sofreu alterações, sendo suscitadas mudanças em relação ao seu conteúdo e ao modo de aferição de determinados incapazes, principalmente, no que tange às pessoas com deficiência.

A Lei 10.406/02 estabeleceu, portanto, que a proteção aos relativamente ou absolutamente incapazes dar-se-ia em face do grau de discernimento ou de necessidade da pessoa e não mais critérios objetivos e taxativos.

3 REGIME DAS INCAPACIDADES DE 2002

Nos primeiros 13 (treze) anos de vigência do Código Civil de 2002, conservou-se parte da redação dos revogados dispositivos do Código Civil de 1916, havendo, tão somente, a retirada dos "surdos-mudos" (artigo 5º, III Código Civil de 1916) e dos "ausentes, declarados tais por ato do juiz" (artigo 5º, IV Código Civil de 1916). Notou-se que as deficiências sensoriais, embora possam prejudicar, em termos práticos, o pleno gozo das capacidades individuais, nunca foram na lei motivo de atribuição da incapacidade civil; além disso, essas deficiências não impediam essas pessoas de exprimirem sua vontade. Portanto, evidencia-se que não há

¹² Decreto nº 24.559/1934: Art. 26. Os Psicopatas, assim declarados por perícia médica processada em forma regular, são absoluta ou relativamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil. (BRASIL, 1934).

nenhuma afetação das liberdades do discernimento em razão de uma deficiência sensorial.

A doutrina entendia na época que as pessoas com deficiência mental estavam inseridas no inciso II do art. 5º, do Código Civil de 1916 – “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. “, visto que o pensamento genérico empregado pelo legislador pátrio incorporaria, na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

Todos os casos de insanidade mental, provocada por *doença* ou *enfermidade mental* congênita ou adquirida, como a oligofrenia e a esquizofrenia, por exemplo, bem como por *deficiência mental* decorrente de distúrbios psíquicos, desde que em grau suficiente para acarretar a privação do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. (GONÇALVES, 2013, p. 113).

Daí entende-se que a absoluta incapacidade não decorria meramente da existência de uma patologia clínica, mas somente quando houvesse a perda do discernimento necessário para a prática dos atos da vida civil. Outrossim, as pessoas com deficiência não eram consideradas necessariamente incapazes, uma vez que essa aferição dependia de uma avaliação judicial prévia.

Percebe-se que os deficientes mentais foram considerados incapazes. Todavia, o raciocínio mudou com a aprovação do EPD, ao assegurar, em seu art. 6º¹³, que o fato de uma pessoa apresentar uma deficiência não afeta sua plena capacidade civil. Verificou-se, ainda assim, que com a redução mesmo que ínfima do discernimento, a pessoa com deficiência é capaz de manifestar sua vontade e, além do mais, essa pessoa não precisa vir acompanhada de um curador ou outro representante para praticar atos simples da vida civil como, por exemplo, a compra de um imóvel, salvo se for de escolha do deficiente.

A Lei 13.146/2015, portanto, veio com o objetivo de incluir as pessoas com deficiência na legislação civilista, uma vez que essa, por anos, os excluía da

¹³Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015a).

sociedade e os tratavam como doentes. Ademais, essa Lei trouxe significantes mudanças nos institutos do Direito Civil, entre os quais o regime das incapacidades, a prescrição, a curatela, verificando-se alterações e revogações de normas positivadas em lei a respeito desses institutos.

4 REGIME DAS INCAPACIDADES NO EPD

A Lei 13.146/2015, mais conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, trouxe importantes avanços para a promoção da igualdade formal e material das pessoas com deficiência no Brasil.

O Estatuto é baseado nos princípios e regras da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, também conhecida como Convenção de Nova Iorque, que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 (BRASIL, 2009). Trata-se do único tratado internacional ratificado pelo Brasil com status de emenda constitucional, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988).

O principal objetivo desse Estatuto é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Dessa forma, o Estatuto objetiva tratar o deficiente como plenamente capaz, até que se prove o contrário. Assim, a sociedade que deve se adaptar a deficiência e não o contrário.

Essa mudança é oriunda do novo conceito mundial de deficiência, em que se afasta o modelo médico para aceitar o modelo social: deficiente é aquele que tem dificuldade de se integrar à sociedade, conforme dito o art. 2º do Estatuto:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em intervenção com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e afetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015a, não paginado)

Nesse sentido, o EPD, ao declarar a capacidade da pessoa com deficiência redefiniu a tradicional teoria civilista da incapacidade, tanto que alguns dispositivos

do CC/2002 foram revogados e outros tiveram seus textos modificados. Como visto, os três incisos do art. 3º do Código Civil foram revogados e o absolutamente incapaz é unicamente o menor de dezesseis anos. Já o art. 4º do Código Civil, que diz respeito aos relativamente incapazes, é composto por dois incisos e neles constam os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, além daqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Assim, a principal mudança promovida pelo Estatuto é garantir uma presunção geral de plena capacidade a favor das pessoas com deficiência, tal como se verifica em relação a qualquer outra pessoa.

Considerando tais colocações supramencionadas, é pertinente vislumbrar uma segunda mudança trazida pelo Estatuto: as pessoas com deficiência mental passam a ter plena capacidade, podendo inclusive casar, constituir união estável e exercer guarda e tutela de outrem, como afirmado explicitamente no art. 6º da Lei 13.146/2015 (BRASIL, 2015a)¹⁴. Essa vicissitude é de grande repercussão na doutrina civilista brasileira, uma vez que outrora esses direitos civis eram negados às pessoas com deficiência, em razão de uma alegação subjetivista que essas pessoas, por não conseguirem expressar seu discernimento por completo, não estariam aptas a praticar os atos mais triviais da vida civil.

Outro ponto a salientar é que essas pessoas são dotadas de plena capacidade jurídica, em igualdade de condições com as demais pessoas¹⁵, pois “uma deficiência não induz necessariamente à incapacidade” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 326) e “nem toda pessoa incapaz juridicamente é, necessariamente, deficiente” (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 329) como, por exemplo, uma pessoa em estado comatoso ou estado hipnótico que, apesar, de não conseguir manifestar sua vontade, não é mais considerada absolutamente incapaz e, sim relativamente incapaz, sendo designado um curador a ela. Além do mais, com o advento do EPD

¹⁴Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (BRASIL, 2015a).

¹⁵Art. 84, da Lei 13.146/2015. (BRASIL, 2015a).

retira-se a ideia de discernimento como fator qualificativo de incapacidade civil, visto que o legislador ao utilizar desse termo trazia consigo uma abordagem discriminatória e excludente às pessoas com deficiência, principalmente, às pessoas com deficiência mental ou intelectual. Em suma, assevera Bruna Lima de Mendonça: “Não há mais qualquer presunção da incapacidade das pessoas com deficiência por ausência de discernimento.” (BARBOZA; MENDONÇA; ALMEIDA JUNIOR, 2017, p. 43).

Por outro lado, há autores que, não satisfeitos com os novos horizontes trazidos pelo EPD, são favoráveis à mudança na redação da lei como, por exemplo, o autor Waldir Macieira da Costa Filho¹⁶. Tal posição tem como fundamento a questão de se o EPD colocaria as pessoas com deficiência em uma situação de vulnerabilidade, ao retirá-las do rol dos incapazes. Tal se justificaria, segundo o Projeto de Lei do Senado nº 757/2015¹⁷ dos Senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim pois, o EPD, na tentativa de empoderar e respeitar as pessoas com deficiência, as desprotegeu, deixando-as mercê da própria sorte ao executar os atos da vida civil. Sob esse prisma, tal projeto de lei citado anteriormente, traz consigo a ideia de alterar os artigos 3º e 4º¹⁸ do Código Civil de 2002 com a inclusão de novos incisos em sua redação.

No entanto, tal proposta de modificação, ao meu ver, é polêmica, já que, por se tratar de norma restritiva de direitos, deve ser interpretada sempre *stricti iures*, ou seja, as hipóteses que ensejam a incapacidade absoluta ou relativa são sempre aquelas previstas em lei, com caráter de ordem pública, pois toda incapacidade é legal. No mais, trata-se, também, de proposta que vai na contramão dos artigos 6º e

¹⁶ O autor participou das primeiras discussões sobre o substitutivo ao PLS 757/2015 no Senado e afirmou que tal projeto de lei resguardará a finalidade da LBI relativo a garantia da capacidade legal das pessoas com deficiências como um todo de maneira geral. (COSTA FILHO, 2016).

¹⁷(BRASIL, 2015b).

¹⁸ No Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: [...]

IV – os menores de dezesseis anos;

V – os que não tenham qualquer discernimento para a prática desses atos, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsossocial;

VI – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que tenham o discernimento reduzido de forma relevante, conforme decisão judicial que leve em conta a avaliação biopsossocial; [...] (BRASIL, 2002).

114 do EPD. Assim, ainda que a pessoa apresente uma deficiência mental ou intelectual grave, será presumida a sua plena capacidade, pois a regra do ordenamento jurídico, mediante a nova sistemática do regime das incapacidades, é a plena capacidade. Ademais, vale ressaltar outra manifestação *contra legem* aos artigos 6º e 114do EPD, exteriorizada na reunião de trabalho realizada em 26/02/2016, em Brasília –DF, pelos membros do Ministério Público e do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) com o intuito de aprovar alguns enunciados¹⁹, principalmente, o quarto. Esse versa acerca, nos casos necessários, da decretação de incapacidade absoluta das pessoas com deficiência. Ou seja, evidencia-se o regresso por parte de certos autores, ao voltar com a ideia, já extinta, da presunção de discernimento para a decretação de incapacidade.

Além de Waldir Macieira da Costa Filho, outros autores afirmam que o diploma legislativo desprotegeu as pessoas com deficiência ao retirá-las do rol dos incapazes. Dentre os que adotam essa posição, é possível citar José Fernando Simão (2015) e Vitor Kümpel (2015). De outro lado, há autores que aclamaram as recentes alterações como Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo (2009), Pablo Stolze (2016), Flávio Tartuce (2015) e Nelson Rosenvald. Desse modo, o Estatuto preconiza como ideia fulcral que a capacidade é regra, incapacidade é exceção.

Cabe salientar que umas das principais mudanças oriundas da Lei 13.146/2015 foi a mudança na nomenclatura de “pessoa portadora de deficiência” para “pessoa com deficiência”. Uma vez que, a deficiência não é um objeto para ser portado e, sim, algo inerente e intrínseco do ser humano como, por exemplo, a cor da pele. O uso da nomenclatura “pessoa portadora de deficiência” ou “pessoa

¹⁹ “Primeiro enunciado: A Lei 13.146/2015 não alcança as interdições já decretadas por sentença com trânsito em julgado, sem prejuízo da possibilidade de o interessado requerer, a qualquer tempo, nos próprios autos da interdição, a revisão dos limites da curatela e a substituição da interdição pela tomada de decisão apoiada, conforme o caso.

“Segundo enunciado: Nos procedimentos de curatela ou de tomada de decisão apoiada, o juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna, conforme dispõe o art. 723, parágrafo único, do novo CPC (Lei 13.105/2015). .

“Terceiro enunciado: O art. 85 da Lei 13.146/2015 deve ser interpretado em consonância com o art. 723, parágrafo único, do novo CPC, de forma que a curatela da pessoa com deficiência poderá afetar o exercício de direitos de natureza extrapatrimonial, desde que essa restrição conste da sentença.

“Quarto enunciado: Os arts. 3º e 4º do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei 13.146/2015, não disciplinam todas as hipóteses de incapacidade, de forma que poderá ser decretada por sentença a incapacidade absoluta da pessoa com deficiência, nos casos em que houver necessidade.” (BRASIL, 2015a)

especial” ou “pessoa incapaz” carrega consigo um forte peso da exclusão social e da interiorização. Dessa forma, a Convenção da ONU sobre Direitos da Pessoa com Deficiência adotou a expressão “pessoa com deficiência”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência procura a integração e, mais do que isso, a inclusão das pessoas portadoras de deficiência na sociedade. Através da integração buscou-se o fim da prática de exclusão social que atingiu durante séculos as pessoas com deficiência. Ou seja, essas pessoas eram banidas de qualquer atividade social por serem consideradas inválidas e incapazes de trabalhar, sendo considerados sem utilidade para a sociedade. Dessa forma, era necessário criar condições de vida para que a pessoa com deficiência se adequasse às condições normais da sociedade em que vive.

Evidencia-se que o Estatuto tem como núcleo central a premissa que a pessoa com deficiência é igual a qualquer outra pessoa, visto que ela passa a ter capacidade plena, conforme apregoadado por Elisa Costa Cruz (2017, p. 78): “não há, segundo a lei, afetação das liberdades pessoais por déficit cognitivo. Isto quer dizer, que a deficiência não gera qualquer problema quanto ao tema da capacidade. Nesse sentido, toda pessoa com deficiência, seja de ordem mental, intelectual ou qualquer natureza, é plenamente capaz de exercer os atos da vida civil e tem o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, além de não poder sofrer qualquer espécie de discriminação, art. 4º do EPD (BRASIL, 2015a).

Ademais, esse ato normativo preconiza que a deficiência não é mais considerada uma barreira ou obstáculo para as pessoas com deficiência e, sim, algo inerente e normal de suas vidas como, por exemplo, a orientação sexual. Outrossim, com o advento do EPD, suprimiu-se o modelo médico ou “modelo reabilitador”, proveniente do Código Civil de 1916, o qual difundia que a exclusão e descriminalização sofrida por essas pessoas era oriunda delas mesmas, ou seja, encarava a deficiência como condição patológica de natureza individual, trouxe a ideia de que a deficiência está, tão somente, na sociedade e esta deve se adaptar às pessoas com deficiência, bem como, o Direito.

Em contrapartida, o EPD, apesar de ser promissor no que tange ao regime da capacidade e dos direitos fundamentais às pessoas com deficiência, repercutiu negativamente em outros institutos do Direito Civil como, por exemplo, a

responsabilidade. Uma vez que, outrora, para as pessoas com deficiência a responsabilidade detinha um caráter subsidiário, isto é, tal como previsto no art. 928 do Código Civil de 2002²⁰ o incapaz só responderia se o seu responsável não tivesse obrigação de suportar tal dever de reparação ou não dispusesse de meios suficientes. No entanto, a pessoa com deficiência por não fazer mais parte dos absolutamente incapazes, perde essa importante proteção e, ao ser deslocado dessa regra, passando a responder com os seus bens pelos seus atos. Ademais, outro instituto modificado foi o da prescrição e da decadência, isto quer dizer, tanto os prazos prescricionais quanto os prazos decadenciais correrão normalmente contra eles, pois a proteção, consoante os arts. 198, I²¹, e 208²² do Código Civil de 2002, é dirigida aos absolutamente incapazes.

O EPD ao atribuir às pessoas com deficiências a plena capacidade civil, em verdade, intenta erradicar o preconceito e promover a inclusão social, com o intuito de evitar ao máximo o afastamento do deficiente com o meio ao qual ele está inserido. Nesse aspecto, o EPD, portanto, reconfigurou todo o sistema civilista, pois o mesmo criou alguns institutos como a curatela de capazes e a tomada de decisão apoiada, ao passo que outros não existirão mais, como a curatela de absolutamente incapaz, a nulidade do casamento em face de enfermos mentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu, à luz das balizas metodológicas do Direito Civil- Constitucional, apresentar as etapas do regime das incapacidades em cada Código Civil brasileiro e com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, buscando o foco nas alterações e mudanças dos artigos, trazer uma visão acerca da conjuntura de cada época e como a doutrina enxergou cada modificação.

Com esta proposta, objetiva-se analisar o Estatuto da Pessoa com Deficiência sob o enfoque da sociedade civil, uma vez que muitos doutrinadores asseveram que

²⁰Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes (BRASIL, 2002).

²¹Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º (BRASIL, 2002).

²²Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I (BRASIL, 2002).

esse Estatuto, na teoria, é muito promissor, enquanto outros dizem o contrário, já que, na prática, não condiz às normas propostas pelo próprio Estatuto. Desse modo, o legislador deve garantir e prever “pequenos” direitos como, por exemplo, construção de rampas, colocação de pisos táteis, instalação de avisos sonoros; a “amplos” direitos como, por exemplo, constituição de uma sociedade empresária, participação de uma sociedade empresária com o intuito de criar, não apenas uma disfarçada integração, mas, sim, uma robusta inclusão dessas pessoas na sociedade hodiernamente.

Todo o conjunto das alterações e novidades trazidas com a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, posteriormente, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, veio a buscar dar maior consideração e respeito às pessoas com deficiência na perspectiva da implementação efetiva dos seus direitos humanos e fundamentais, em especial a liberdade, a segurança, a igualdade material, a integridade físico-psíquica e a vida digna. Sob esse prisma deve-se analisar e compreender o novo modelo do regime das incapacidades no Direito Civil brasileiro que se associa e se fundamenta no valor e princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, a saber, a dignidade da pessoa humana, aí também compreendida a pessoa com deficiência.

REFERÊNCIAS

BARBERO, Domenico. **Sistema istituzionale del diritto privato italiano**. Torino: Torinese, 1950. v. 1.

BARBOZA, Heloísa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934**. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização

dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24559.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938**. Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0891.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 99.678, de 8 de novembro de 1990**. Aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Educação e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99678.htm#art4. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, DF: Presidência da República, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 06 fev. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei do Senado nº 757, de 2015**. Altera a Lei nº 10.406, de 20 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Lei nº 13.146, de 16 de março de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para dispor sobre a igualdade civil e o apoio às pessoas sem pleno discernimento ou que não puderem exprimir sua vontade, os limites da curatela, os efeitos e o procedimento da tomada de decisão apoiada. Brasília, DF: Senado Federal, 2015b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124251>. Acesso em: 06 fev. 2019.

CASTRO MENDES, João de. **Direito Civil. Teoria Geral.** Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 1979.

CATALANO, Pierangelo. Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del Diritto Romano (Da Giuliano a Teixeira de Freitas). *In*: CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone.** Turim: Giappichelli, 1990. p. 202-204.

CRUZ, Elisa Costa. A Parte Geral do Código Civil e a Lei Brasileira de Inclusão. *In*: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 67-98.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito civil:** parte geral e LINDB. 14. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

COSTA FILHO, Waldir Macieira da. Reflexões sobre a Lei 13.146: a Concepção de deficiência e capacidade civil. E os institutos da curatela e tomada de decisão apoiada. **Revista do Ministério Público do Estado do Pará,** Pará, v. 9, n. 9, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil:** parte geral, v. 1. São Paulo: Atlas, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil:** família. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

KÜMPPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A lei 13.146/2015 e a atuação de notários e registradores diante dos deficientes.** Disponível em: <http://www.possiedearaujo.com.br/#!A-lei-131462015-e-a-atua%C3%A7%C3%A3o-de-not%C3%A1rios-e-registradores-diante-dos-deficientes/c1rh7/55d748470cf2174523e337b7>. Acesso em: 06 fev. 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora. **A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento.** Brasília: IPEA, 2004. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1040.pdf. Acesso em: 26 nov. 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** parte geral. 39. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4. ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). **Consultório Jurídico**, [S.l.], 6 ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>. Acesso em: 06 fev. 2019.

STOLZE, Pablo. Deficiência não é causa de incapacidade relativa: a brecha autofágica. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 21, n. 4794, 16 ago. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51407/deficiencia-nao-e-causa-de-incapacidade-relativa>. Acesso em: 06 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio. Alterações do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Parte II. **Migalhas**, Famílias e sucessões. [S.l.], 29 jul. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048-Alteracoes+do+Codigo+Civil+pela+lei+131462015+Estatuto+da+Pessoa+com>. Acesso em: 06 fev. 2019.

DIREITO SUBJETIVO E INTERESSE LEGÍTIMO ENTRE A NORMA E A PRAXIS URBANÍSTICA

SUBJECTIVE LAW AND LEGITIMATE INTEREST BETWEEN THE URBAN STANDARD AND PRACTICE

André R. C. Fontes*

Resumo: O Direito do Urbanismo pode ser definido como o conjunto de regras concernentes à afetação de espaço e sua disposição. Ele tem por objeto o urbanismo como realidade, como problema e como solução. É caracterizado por ser um direito empírico, complexo e patrimonial, no qual sobrepõe a sua dimensão social. Este artigo trata das diferenças entre direito subjetivo e interesse legítimo na aplicação das normas urbanísticas.

Palavras-chave: Licenciamento. Administração. Construção.

Abstract: The Law of Urbanism can be defined as a set of rules regarding the use of space and its disposition. It aims at urbanism as a reality, as a problem and as a solution. An empirical, complex and patrimonial right, not its social dimension, characterizes it. This article deals with the differences between subjective law and legitimate interest in the application of urban norms.

Keywords: Licensing; Administration; Building.

* Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (2005), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ (2015), Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO e Desembargador no Tribunal Regional da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

1 INTRODUÇÃO

As marcas essenciais do direito subjetivo são demasiadamente fáceis de determinar. Sob o plano normativo do Direito do Urbanismo, as observações relativas ao direito subjetivo são exatas e reais, pois há “ex manifesto” dois direitos vivos e operantes: o do proprietário urbano e o da Administração Pública (CASTRO AGUIAR, 1996; ANDRADE OLIVEIRA, 1982, p. 235).

O primeiro de natureza privada (um direito subjetivo privado) e o outro de natureza pública (um direito subjetivo público).¹ Aquele de absterem-se todos (menos um: o proprietário) (PONTES DE MIRANDA, 1983), de impedir o uso, gozo, disposição e reivindicação do objeto; e este de exigir do proprietário que se subsuma às normas administrativas que lhe são próprias (MEIRELLES, 1985).

Este artigo trata das diferenças entre direito subjetivo e interesse legítimo na aplicação das normas urbanísticas. Primeiramente tratará das normas urbanísticas e licenciamento; em seguida das normas administrativa e interesses particulares.

2 NORMA URBANÍSTICA E LICENCIAMENTO

O Direito do Urbanismo pode ser definido como o conjunto de regras concernentes à afetação de espaço e sua disposição (MORAND-DEVILLER, 1996, p. 3). Ele tem por objeto o urbanismo como realidade, como problema e como solução (GARCIA DE ENTERRIA, 1979, p. 4). É caracterizado por ser um direito empírico, complexo e patrimonial, no qual sobrepõe a sua dimensão social (MORAND-DEVILLER, 1996, p. 4).² Sobre ele recaem as mais variadas manifestações econômicas, financeiras, sociológicas e, sobretudo, humana (MORAND-DEVILLER, 1996, p. 3). Seu espectro de atuação é tal que se comunica com um dos mais novos ramos do Direito: o ambiental (MORAND-DEVILLER, 1996, p. 3). Tal consideração conduziu à elaboração de um caráter “para-ambiental” para o Direito do Urbanismo

¹ Sobre os direitos subjetivos públicos dedicamos o §3º da Parte XI. Os textos mais importantes sobre o assunto são os de Jellinek (1912) e de Santi Romano (2008). Todos os demais trabalhos constituem desdobramentos teóricos dessas duas obras.

² Cf. Tepedino (1999, p. 267) sobre propriedade e função social.

(CONDESSO, 1999, p. 77). A célula de seu corpo é, geralmente, feita por uma figura: a construção (ROTHER, 1990, p. 194).

A práxis do Direito³ reconheceu que as construções se sujeitam à observância de normas técnicas a que se convencionou chamar de urbanísticas (SILVA, 1981). Observa-se, normalmente, durante uma construção (até mesmo a direta pelo proprietário), a prática corrente e moente na nossa tradição jurídica do respeito às, hoje, anacrônicas⁴ “posturas municipais” e que, na atualidade, pela nova ordenação constitucional, são classificadas de *leis*, especialmente aquelas editadas pelos municípios (CRETELLA JÚNIOR, 1975, p. 53).

O fenômeno da experiência nos introduz, em uma dupla dimensão de visada, a sua face exterior e a sua face interior, seja pelo convencimento do *homo urbanus*, seja pelas ações naturalissimamente consideradas (MEIRELLES, 1985; SILVA, 1981). A experiência se concretiza no espaço de tempo e, se uma dada tomada individual pode ter impacto determinante, constitui por ela mesma o início de uma perspectiva, e disso são exemplos as transformações ocorridas nas cidades (SARNO, 2004, p. 7).

A experiência se concretiza no espaço de tempo e, se um dado da *praxis* individual pode ter um impacto determinante, constitui por ele mesmo a demonstração mais viva da sujeição do terrível direito de propriedade ao sistema de proteção dos interesses qualificados.⁵

A todos os ângulos resulta bem claro que a propriedade, como *direito* e como *garantia*,⁶ encontra na Constituição da República sustentação e amparo, e se na Carta Magna o *direito* é disciplinado, é nas leis, especialmente as municipais, que resulta o mais importante regime das *limitações* à propriedade (HAYEM, 1910, p. 326; FRAGOLA, 1919, p. 114). De maneira que se encontra no ordenamento jurídico infraconstitucional a maior extensão das formas de limitação, calcadas na ideia geral de que são dirigidas ao *exercício do direito* e não do próprio direito (LIMA, 1964, p. 103). Algo, aliás, que a Constituição preocupou-se de assegurar e criou, ela mesma,

³ A concepção de *praxis* foi extraída de Capozzi (1996).

⁴ A despeito da redação do art. 934, III, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

⁵ “Terrível” por empréstimo de obra de Rodotá, (1981, p. 399).

⁶ Sobre a propriedade como um *direito* e como uma *garantia* cf. Grisel (1975, p. 358).

o próprio desenho normativo do direito de propriedade ou, como mais modernamente se entende, das propriedades.⁷

A anulação de licença de construção, indevidamente outorgada ao proprietário da obra, é pressuposto da condenação no desfazimento de uma dada edificação ou da vedação do seu prosseguimento.⁸ Se a propriedade no seu conteúdo abrange a faculdade de construir,⁹ tal edificação somente pode ser objetada, se a atividade já não mais encontrar fundamento em ato consensual da Administração Pública que o valide e o reconheça como lícito (FIGUEIREDO, 1980).

As esferas de atuações conceituais das licitudes civis e administrativas devem ser sucessivamente consideradas e destinadas a um só intento lógico, porque não se compreende que possa ser a licença ilícita e a atividade civil dela resultante lícita (SUNDFELD, 1993). O interesse legítimo é fundamento da anulação da licença na relação do seu titular com a Administração Pública e da condenação do proprietário recalitrante (MOREIRA NETO, 2005). O primeiro interesse é de natureza pública e dirigido ao Estado e o segundo de natureza privada e dirigido ao particular (MIRANDA, 2000).

3 NORMA ADMINISTRATIVA E INTERESSES PARTICULARES

O número de proposições particulares que podemos deduzir de uma fórmula concreta de direito subjetivo, se somente do interesse protegido que ele encerra, pode restar objetivamente indefinido no interesse legítimo.

Os métodos tradicionais de estudo e formação dos conceitos dividem-se em dois grupos: o público e o privado. Ambos foram amplamente analisados e classificados como sendo antitéticos. De maneira que tal distinção não deve ser identificada como uma barreira à sua aplicação (GASPARE, 1992, p. 12).

A formação de conceitos é o resultado de uma atividade complexa, em que todas as funções intelectuais básicas tomam parte (VIGOTSKI, 2003, p. 72-73). Sob certo ângulo de visada, toda atividade cognitiva e científica é voltada à formação de conceitos (DELEUZE; GUATTARI, 1997, p. 13). Não só criar conceitos, mas criar

⁷ Propriedade e propriedades cf. Pugliatti (1964, p. 145) e Barcelona (1996, p. 280).

⁸ Por meio de embargo de obra nova.

⁹ E não direito como dizem o código de 1916 e o de 2002.

sempre conceitos novos é o objeto do conhecimento científico (DELEUZE; GUATTARI, 1997, p. 13). Paralelamente, deve o estudioso desconfiar dos conceitos, pois sem tal desconfiança a superação de problemas conceituais jamais ocorreria (DELEUZE; GUATTARI, 1997, p. 4).

Sob a perspectiva conceitual, uma norma administrativa deve tutelar um interesse público associado ao órgão cuja observância se estabelece. Entretanto, a indagação central aqui seria: haveria algum interesse particular tutelado em um sistema de proteção dos interesses públicos? A perplexidade é fundada e sobreleva se a resposta for positiva, como de fato o será, pois nenhum interesse é integralmente público em uma norma administrativa. Ao contrário, pode-se dizer que é preponderante. Em consequência, existiriam interesses particulares que estariam também sob tutela. A esses é que se quer proteger direta ou indiretamente, tipicamente ou não, ou seja: como direito subjetivo e interesse legítimo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela jurídica por normas administrativas de interesses particulares é, inicialmente, uma *contradictio in terminis*: a tutela é pública e é incompatível com a proteção de interesses particulares. A exigência protetiva que se manifesta em todo Estado de Direito é, de fato, o fundamento de sua explicação (VIRGA, 1966. p. 4). De maneira que atribuir ao particular poderes de cariz próprio, como direito subjetivo, em uma norma administrativa, constitui mais a sua afirmação como norma para toda a Administração Pública, do que um particular sistema unilateral de regramento da atividade pública. É nessa esteira que segue o interesse legítimo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE OLIVERA, Fernando. **As limitações da propriedade privada**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BARCELONA, Pietro. **Diritto Privato e Società Moderna**, Nápoles: Jovene, 1996.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

CAPOZZI, Gino. **Filosofia, Scienza e Praxis del Diritto**. 3. ed. Nápoles: Jovene, 1996.

CASTRO AGUIAR, J. A. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CONDESSO, Fernando. **Direito do urbanismo noções fundamentais**. Lisboa: Quid Juris, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito municipal**, São Paulo: Leud, 1975.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é Filosofia?** 2. ed. Tradução: Bento Prado Jr e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 1997.

FIGUEIREDO, Luica Vale. **Disciplina urbanística da propriedade**. São Paulo: RT, 1980.

FRAGOLA, Giuseppe. **Teoria delle limitazione amministrative al diritto a proprietà com speciale riferimento nei regolamenti comunali**. Milão: Società Editrice Libreria, 1919.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Lecciones de drecho urbanístico**. Madri: Civitas, 1979.

GASPARE, Giuseppe di. **Il potere nel diritto pubblico**. Pádua: Cedam, 1992.

GRISEL, André. **Droit Administratif Suisse**. Neuchatel: Editions Ides et Calendes, 1975.

HAYEM, Henri. **Essai sur le Droit de Propriete et ses limites**, Paris: Arthur Rousseau Editeurs, 1910.

JELLINEK, George. **Sistema dei diritti pubblici subbietivi**. Tradução: V.E. Orlando. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Sulina, 1964.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 5 ed. São Paulo: RT, 1985.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 1.

MORAND-DEVILLER, J. **Droit de l'urbanisme**. Paris: Estem, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1983.

PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo Diritto**, Milão: Giuffrè, 1964.

RODOTÁ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bolonha: Il Mulino, 1981.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROTHER, Hans. **Derecho urbanístico colombiano**. Bogotá: Temis, 1990.

SARNO, Daniela Campos Libório de. **Elementos de direito urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Rt, 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licenças e autorizações no direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 3, p. 66-72, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada in temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIGOTSKI, Lev Semyonovitch. **Pensamento e linguagem**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VIRGA, Pietro. **La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazioni**, Milão: Giuffrè, 1966.

**PERSPECTIVAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORALIDADE:
BREVÍSSIMOS APONTAMENTOS***

***PERSPECTIVES ON THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORAL: BRIEF
SUMMARY***

Neimar Roberto de Souza e Silva**

Resumo: O presente artigo versa sobre a relação entre direito e moral. Tem como objetivo discorrer, de forma breve e concisa, sobre o modo pelo qual as correntes jurídicas positivistas e não positivistas qualificam a relação entre aqueles campos normativos. Nesse diapasão, enquanto as teses positivistas sustentam a independência entre os campos moral e jurídico, ou seja, que a normatividade jurídica tem a sua validade assegurada em razão de critérios formais de validade e eficácia social, as teses não positivistas defendem ora uma relação de dependência, ora uma relação de complementaridade com o direito. O tema proposto constitui-se num dos principais e mais antigos problemas para a conceituação do direito. Remonta à antiguidade clássica e permanece atual na polêmica sobre os critérios de validade e legitimidade da norma jurídica.

Palavras-chave: Direito. Moral. Positivismo jurídico. Jusnaturalismo. Pós-positivismo jurídico.

Abstract: This article focuses on the relationship between law and morality. It aims to discuss, briefly and concisely about the way in which the positivist and non-positivist legal currents qualify the relationship between those regulatory fields. In this vein, while the positivist thesis support the independence of the moral and legal fields, ie, the legal normativity has its validity assured due to formal criteria of validity and social effectiveness, non-positivist theories argue sometimes a relationship of dependency, now a complementary relationship with the law. The theme is in one of the leading and oldest problems for the concept of law. Dating back to classical antiquity and remains present in the controversy over the criteria of validity and legitimacy of the rule of law.

Keywords: Right. Moral. Legal positivism. Natural law. Legal postpositivism.

* Uma versão modificada deste artigo foi publicada no livro "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Rogério Moura de Almeida Filho", de coordenação de Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto e Regina Pentagna Penttillo.

** Mestre em Direito (Hermenêutica e Direitos Fundamentais), pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Especialista em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia/OAB-RJ. Graduado em Gestão de Negócios Imobiliários pela USS - Universidade Severino Sombra. Professor Adjunto de Direito Civil, Filosofia do Direito e IED, da Faculdade de Direito de Valença, CESVA/FAA (Centro de Ensino Superior de Valença, da Fundação Dom André Arcoverde).

1 INTRODUÇÃO

Se há um debate tão antigo quanto inconcluso para a Teoria do Direito, este é o que trata sobre a relação entre direito e moralidade. Embora o consenso sobre haver diferenças ontológicas consideráveis, podem ser percebidos como pertencentes a um gênero próximo, qual seja, conjunto de normas de conduta humana.

Pretende-se, neste artigo, um rápido esboço sobre como a jusfilosofia tem percebido a possibilidade (ou não) de interação ou interseção entre os aludidos campos normativos, limitando-se às perspectivas jusnaturalista e juspositivista, mas com uma breve passagem pelo pós-positivismo jurídico.

A pesquisa é bibliográfica, básica e pura, cujo objetivo precípuo é tão somente possibilitar ao acadêmico neófito um fácil e sucinto panorama da questão proposta.

2 PERSPECTIVA JUSNATURALISTA

A ideia de que o direito positivo possui alguma vinculação com a moral é característica essencial da tese não positivista. A relação direito-moral pode ser considerada de dependência ou de complementaridade. Assim, enquanto esta reconhece uma relativa independência do campo jurídico em relação ao campo moral, como ocorre nas **teorias pós-positivistas**, por exemplo, aquela sustenta que o direito se fundamenta na moral, como é o caso da teoria jusnaturalista.

O jusnaturalismo, como corrente do pensamento jurídico, prescreve que o direito positivo tem a sua validade condicionada a um ideal regulativo (a justiça), que se verifica sempre quando há sintonia entre o direito posto e aquele que o precede, o direito natural¹.

¹ O fundamento do direito natural sofreu variações históricas. Num primeiro momento fundava-se no cosmos; depois, na divindade, e, com o iluminismo, na razão humana (jusracionalismo).

Entre os antigos gregos esta precedência pode ser constatada na tragédia *Antígona*, de Sófocles; em Platão² e Aristóteles. O Estagirita, em sua obra *Ética a Nicômaco*, faz distinção entre *nomikón díkaion* (direito legal) e *physikón díkaion* (direito natural) em dois critérios: enquanto o primeiro tem eficácia restringida às comunidades políticas singulares em que é posto e prescreve ações que devam ser observadas nos termos de uma lei, o segundo possui eficácia universal, observada em qualquer lugar e prescreve ações cuja bondade é objetiva, ou seja, independente do juízo de valor que os sujeitos possam dela fazer (BOBBIO, 1995, p. 16-17).

Os romanos também faziam tal distinção. Com o desenvolvimento e a expansão comercial e militar de Roma, o direito posto pelas estatuições dos *quirites*³, passa a coexistir com um outro, baseado na *naturalis ratio*⁴, o *jus gentium*. No direito romano, o jurista Paulo qualificava o direito natural como universal, imutável e bom (*bonum et aequum*), em contraposição com o direito positivo, particular, mutável e útil (BOBBIO, 1995, p. 19).

No período medieval, a ideia de direito natural foi corrente. Abelardo, por exemplo, definiu *jus positum* como sendo o direito posto pelos homens e direito natural como aquele não é posto por esses, mas pela natureza ou por Deus. Outro pensador que merece destaque é Tomás de Aquino, que, em sua *Summa Theologica*, discorre sobre a existência de quatro tipos de lei: 1) a *lex aeterna*, que representa a vontade divina; 2) a *lex divina*, que representa a vontade divina positivada nas Sagradas Escrituras; 3) a *lex naturalis*, que revela a *lex aeterna* na natureza às criaturas racionais⁵; e 4) a *lex humana*, que deriva da obra do legislador (BOBBIO, 1995, p. 20).

Como resultado do humanismo, os períodos moderno e contemporâneo vão atribuir à razão o fundamento do direito natural. Em Grócio, por exemplo, caberia à justa razão conhecer se um ato seria moralmente torpe ou necessário, conforme a natureza humana ou divina. Mesmo Immanuel Kant, que separou as funções da moral (imperativo categórico) das do direito (imperativo hipotético), fundamentou os dois campos na razão prática (LACERDA, 2011, p. 17).

² A obra *Timeu*, por exemplo, trata da justiça natural, em contraponto à justiça dos homens, v.g.

³ Cidadãos romanos.

⁴ Razão natural, conceito presente na filosofia estoica.

⁵ *Partecipatio legis aeternae in rationali creatura*.

Jeremy Bentham partilhou da tese de dependência do direito à moral, embora seu conceito de moral (utilitário) não afinasse com o de Kant (deôntico). Para ele o campo do direito estava contido no campo moral, e podia ser representado por um diagrama de círculos concêntricos. Ainda, entre os jusfilósofos mais contemporâneos, encontramos quem defenda o jusnaturalismo, como Rudolf Stammleer, Gustav Radbruch e John Finnis, por exemplo.

3 PERSPECTIVA JUSPOSITIVISTA

A doutrina do positivismo jurídico, embora tão antiga quanto ao do direito natural⁶, passou a suplantiar a do jusnaturalismo na medida em que as sociedades, cada vez mais plurais e heterogêneas, não mais admitiam a imposição de um fundamento material arbitrário para o Direito, ou seja, a imposição de uma visão de mundo de um grupo de pessoas sobre outras. A ideia de justiça, concebida como um produto do mundo da cultura, não conferia a objetividade tão necessária a um Direito que se mostrasse eficiente em garantir segurança e estabilidade ao desenvolvimento daquela sociedade.

A tese positivista sustenta que não há conexão necessária entre direito, moral e política, embora reconheça a possibilidade de conteúdo extrajurídico, como valores morais, por exemplo, na norma jurídica. Para ela, o Direito deve ser axiologicamente neutro, não cabendo a consideração, portanto, do valor de justiça como critério de sua validade, como defendiam os jusnaturalistas. O fundamento de sua validade deve ser formal.

Outro aspecto do juspositivismo é que, por não se vincular a *standards* morais, ele prescinde de uma teoria prescritiva, ocupada em dizer como deve ser o Direito, o que faz sentido, pois, ao prescrever o Direito corre-se o risco de se cair no campo da axiologia, o que soaria como uma incoerência, haja vista os postulados da neutralidade e da objetividade. Daí, o porquê de se limitar a uma teoria descritiva (a de dizer como o direito é).

⁶ Podemos citar como exemplo Protágoras (481-411 a.C.); Trasímaco (459-400 a.C.) e Carneades (214-129 a.C.), que compreendiam o direito como meramente uma convenção humana.

Destarte, Por não caber ao jurista considerações de ordem zetética ao direito objetivo, limitando-se ele à verificação de critérios de validade e competência, o raciocínio próprio do positivismo jurídico é o lógico-dedutivo. O juiz deve dizer o direito com base na subsunção dos fatos à norma vigente, independentemente se seu conteúdo afronta a moralidade. Nas palavras de Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão (KELSEN, 1999, p. 139).

4 PÓS-POSITIVISMO E MORALIDADE

Destarte, alguns críticos do juspositivismo afirmam que este, ao dissociar a moralidade do direito, pode instrumentalizar, juridicamente, ideologias totalitárias e injustas, como já ocorreu em relação ao Estado Nazista, por exemplo. Citando Alyson Mascaro:

[...] o exacerbado positivismo do jurista rendeu críticas em momentos extremos. No Nazismo, quando as leis de Hitler eram aplicadas pelo simples fato de serem formalmente válidas, sem que o jurista tenha se sentido minimamente desconfortável com elas, a subsunção, como procedimento universal, revelava os limites éticos e sociais das normas jurídicas. (MASCARO, 2013, p. 186).

O problema da solução dos *casos difíceis*⁷ descortina outras fragilidades da teoria positivista, quais sejam: 1) a questão da integralidade do ordenamento jurídico no caso de ausência de regras claramente aplicáveis a um caso concreto; e 2) a questão da discricionariedade nas decisões judiciais.

A respeito do primeiro caso, famoso é o debate Hart – Dworkin, onde este último critica o pensamento do autor da obra *The Concept of Law* (HART, 1961), entre outras coisas, pelo fato deste conceber o direito enquanto regras reconhecidas

⁷ Aqui entendidos como aqueles onde não há uma lei ou um precedente pelo qual claramente se possa deduzir a decisão judicial.

por sua origem, não explicando como princípios poderiam ser identificados mediante regras de reconhecimento, e, principalmente, o relevante papel que desempenham como normas que tornam possível a integridade do Direito.

Quanto à discricionariedade dos juízes, Kelsen entende a decisão jurídica como um ato de vontade, e, assim sendo, que não necessita de uma conclusão lógica derivada de certos argumentos, pois decisões são tomadas, e não deduzidas. Já, em Hart, a textura aberta do Direito forçosamente admite o juiz como criador do direito. Ambos os posicionamentos mereceram duras críticas dos autores pós-positivistas, uma vez que entendem que os juízes devem julgar conforme o ordenamento jurídico preexistente, e, no caso de ausência de regras claras, com base nos princípios jurídicos vigentes no sistema. Desta forma, não há que se falar em poder discricionário dos juízes.

Por não darem conta do pluralismo e da complexidade da sociedade pós-moderna, alguns postulados do positivismo jurídico passaram a ser repensados. Propiciou-se, então, um espaço a teorias jurídicas que admitissem uma construção racional do direito, e, também, ética, no contexto do Estado Democrático de Direito. Vários jusfilósofos se empenharam na construção destas teorias⁸. É quando passamos a falar em uma tese pós-positivista do direito.

A bem da verdade, a definição do termo *pós-positivismo* não é unívoca. Todavia, aqui seguimos na esteira de Thomas Bustamante (2012, p. 167-168), considerando pós-positivismo como um conjunto de teorias jurídicas que: 1) estabelecem limites, em casos extremos, ao conteúdo do direito, por meio dos critérios formais ou institucionais utilizados pelo positivismo; 2) ditam uma relativa obrigação de que as decisões judiciais devem guardar um mínimo ético, reconhecendo-se um “umbral de injustiça” que o *jus positum* não deve ultrapassar; e 3) que, também, considerem o Direito como uma prática social argumentativa, e que

⁸ Aqui citamos alguns: Jürgen Habermas, que concebe a livre e crítica comunicação (ação comunicativa) como uma razão comunicativa, que supera o modelo racional do iluminismo. A noção de intersubjetividade recoloca a relevância do conteúdo ético no discurso jurídico, que deve ser fruto do consenso de uma comunidade; Ronald Dworkin, e seu ultra racionalismo, que nos traz a ideia de integridade do Direito e a importância da atitude interpretativa que permite ao juiz enxergar a melhor luz da norma jurídica; Robert Alexy, que, ao lado de Neil MacCormick, nos fornece uma teoria argumentativa para o direito, preocupada com a questão da correção das decisões judiciais.

apenas não sejam descritivas (como as de Kelsen e de Hart), mas prescritiva, haja vista que sua realização (jurídica) deverá ser justificada por uma razão prática.

Desta forma, a tese jurídica pós-positivista não prescinde de certo grau de moralidade como fator de justificação do direito, pois este, em essência, “apresenta uma disposição à correção moral” (BUSTAMANTE, 2012, p. 168).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos sobre as semelhanças e diferenças entre os campos do direito e da moral. Como semelhanças, podemos apontar que ambos os campos são normativos, pois prescrevem regras de conduta que são fundadas em uma racionalidade prática. Como diferenças, temos em conta as características da heteronomia, da coercibilidade e da bilateralidade atributiva do direito, enquanto que na moral, respectivamente, percebemos a autonomia, a incoercibilidade e a unilateralidade de suas normas.

A questão que se colocou, todavia, é como as correntes positivistas e não positivistas do direito encaram a (possível) relação entre o mundo jurídico e a moralidade. A partir daí, apresentamos três abordagens distintas: 1) a dos positivistas⁹; 2) a dos jusnaturalistas e 3) a dos pós-positivistas, como não positivistas.

Na primeira abordagem, direito e moral são realidades distintas, que, necessariamente, não se relacionam. Enquanto ciência, o direito deve ser axiologicamente neutro e objetivo. Uma norma jurídica não vale em razão de seu conteúdo, mas porque é criada por uma forma determinada de acordo com a norma fundamental.

Quanto às últimas duas abordagens, vimos que ambas admitem a relação entre direito e moral¹⁰. Entretanto, distanciam-se em como percebem a qualidade desta relação. Pela doutrina jusnaturalista, a validade da norma jurídica está condicionada a critérios materiais de correção moral. A moral, sendo um campo mais amplo, contém o direito. Os pós-positivistas compreendem a independência entre os

⁹ O termo “positivista” no sentido estrito, conforme as teorias de Kelsen, Hart, Raz, etc.

¹⁰ Moral aqui sendo tomada em amplo sentido: teleológica (ética), deontológica ou discursiva.

campos do direito e da moral e não assumem a existência de um direito natural, mas sustentam que o direito positivo possui uma carga moral (MACCORMICK, 2006) ou uma pretensão à correção (ALEXY, 2009) que o impede de ser extremamente injusto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**. Justificação e aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Ed. Noeses, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LACERDA, Bruno Amaro. Direito e Moralidade. *In*: LACERDA, Bruno Amaro; FERREIRA, Flávio Henrique Silva; FERES, Marcos Vinício Chein (org.). **Instituições de Direito**. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2011. p. 15–26.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RESPONSABILIDADE PENAL E NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIO DO DIREITO NO SÉCULO XXI SOBRE O USO DE DRONES OU VANT'S*

PENAL RESPONSIBILITY AND NEW TECHNOLOGIES: CHALLENGE OF THE LAW IN THE 21ST CENTURY ON THE USE OF DRONES OR VANT'S

Priscila Elise Alves Vasconcelos**
Cleyson de Moraes Mello***

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro vem tratando de questões envolvendo novas tecnologias. Dentre as inovações surgidas nos últimos tempos, foi delimitado o escopo da pesquisa nos drones ou veículos aéreos não tripuláveis, os VANT'S. Com o advento da regulamentação da ANAC em 2017, algumas lacunas foram preenchidas e outras permaneceram. O objetivo central da pesquisa é demonstrar como a regulamentação da agência federal trata dos drones no aspecto penal e se o tratamento definido se enquadra às demandas atuais. Para isso foi realizado um estudo bibliográfico e empírico, com base em dados oficiais, legislação pertinente e jurisprudência. Foi realizada uma análise inicial com os principais países da Europa e o tratamento penal atribuído para os incidentes envolvendo a tecnologia aqui discutida.

Palavras-chave: Responsabilidade Penal. Drones. Legislação.

Abstract: This paper aims to demonstrate how the Brazilian legal system comes dealing with issues involving new technologies. One of the innovations that have emerged in recent times, was delimited the scope of the search in the drones or unmanned aerial vehicles, the UAV 's. With the advent of the regulations of ANAC in 2017, some gaps were filled and other remained. The main objective of the research is to demonstrate how the federal agency about the drones in the criminal aspect and treatment set fits to current demands. For this we conducted a bibliographical and empirical study, based on official data, relevant legislation and case law. An inical analysis was conducted with the main countries of Europe and the penal treatment assigned to the incidents involving the technology discussed here.

Keywords: Criminal Liability. Drones. Legislation.

* Uma versão modificada deste artigo foi publicada no livro "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Rogério Moura de Almeida Filho", de coordenação de Cleyson de Moraes Mello, José Rogério Moura de Almeida Neto e Regina Pentagna Penttillo.

** Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (RJ), Mestra em Agronegócios pela Universidade Federal da Grande Dourados (MS), Especialista em Meio Ambiente pela COPPE UFRJ (RJ), Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ ESA (RJ). Pesquisadora nas áreas de Direito Ambiental e Direito de Energia. Advogada. Bolsista PROSUP/ CAPES/UVA.

*** Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ. Departamento de Teorias e Fundamento do Direito. Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença – RJ; Professor Titular da Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro – Brasil; Doutor e Mestre em Direito. profcleysonmello@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito verificar como a ciência do Direito vem enfrentando as questões das novas tecnologias. As inovações tecnológicas surgem a cada instante no mundo e nem sempre os regulamentos e legislações se encontram em conformidade, sendo um verdadeiro desafio.

O aspecto jurídico das inovações tecnológicas, muitas vezes, são confundidas apenas com a rede internacional de computadores, relacionado aos crimes digitais. Ocorre que a temática é muito mais ampla e aborda a inteligência artificial, uma das grandes novidades do século XXI.

Com base nessa premissa desafiadora, deu-se início ao estudo acerca dos drones ou VANT's, veículos aéreos não tripuláveis. Os antigos aeromodelos da década de 80 passam a ter nova roupagem e nova tecnologia, sendo utilizados nas mais diversas áreas: militar, segurança, jornalística, recreativa dentre outros.

Dentro da temática inteligência artificial, encontram-se os drones ou vant's. Isso ocorre pelo nível tecnológico aplicado a esses objetos, independentemente da atividade-fim que venham a exercer: militar ou recreativa.

Mediante tais fatos, perfaz-se necessário que a ciência jurídica se adeque às atuais necessidades. No caso específico, é preciso que o direito penal tutele de forma adequada os eventuais ilícitos que venham a ocorrer.

Todavia, para que se apure de forma adequada as infrações pertinentes, é necessário realizar um estudo sobre a competência legislativa bem como sobre a atuação das agências reguladoras. Isso é imprescindível a fim de verificar qual a sanção penal a ser aplicada e qual o órgão competente para julgar e processar.

A preocupação com relação a aplicabilidade de normas de caráter penal ocorre muito pela facilidade de acesso e uso dos atuais aeromodelos no âmbito recreativo. Comumente utilizados em filmagens de casamentos, fotos de paisagens, transmissão de campeonatos, em muitos casos os drones se encontram sobre as cabeças da população sem qualquer tipo de fiscalização ou cautela.

Em busca de respostas plausíveis ao ordenamento jurídico brasileiro, foi realizado um estudo bibliográfico, com base em artigos científicos, dados oficiais,

regulamentos aplicados e de jurisprudência, objetivando levantar as informações necessárias à pesquisa.

Por fim, é abordado de forma breve como o uso de drones ou vant's recreativos estão sendo tratados na Europa. Apresenta-se um apanhado de notícias de 2017 e 2018 sobre a temática e auxiliar no entendimento da conclusão sobre o estágio da regulação brasileira. Em trabalho futuro, será realizado o estudo comparativo com outros países.

2 DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Na análise de uma temática, é preciso uma verificação prévia do contexto constitucional acerca da competência para legislar. Sendo a Constituição da República Federativa do Brasil uma constituição analítica (SLAIBI FILHO, 2003) e econômica (CANOTILHO, 1993), o seu texto evita qualquer discricionariedade pelo legislador e possui preceitos que garantem a organização e funcionamento da economia.

A República Federativa do Brasil é composta pela união indissolúvel dos seguintes entes: Estados, Municípios e o Distrito Federal¹ (BRASIL, 1988). Por se tratar de uma constituição analítica, encontra-se em seu texto a descrição das competências dos entes federativos. No artigo 21 da Carta (BRASIL, 1988), o constituinte originário elencou as competências de cada ente, podendo ser privativa, reservada, concorrente ou suplementar.

Para Silva (2015), ao abordar a temática competência, trata-se da faculdade atribuída juridicamente a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para a emissão de decisões. A Constituição da República (BRASIL, 1988) adotou o princípio da prevalência do interesse como forma de designar a competência dos entes federados. Nesse sentido, cabe a União legislar sobre matérias de interesse geral, aos Estados e Distrito Federal as matérias de interesse regional e, por fim, aos Municípios e ao Distrito Federal aquelas cujo interesse local seja preponderante.

O artigo 21 da Constituição Federal cuida da competência exclusiva da União, enquanto que o artigo 22 trata da sua competência privativa para legislar.

¹ Art. 1º. Da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Importante destacar que no parágrafo único do artigo 22, há a previsão de lei complementar autorizativa de matérias remanescentes, devidamente especificadas no texto constitucional (BRASIL, 1988).

Já o artigo 23 da Carta (BRASIL, 1988), traz as competências distribuídas entre os entes da federação, sendo as comuns. Cita-se a proteção ao meio ambiente como uma competência comum a todos os entes federativos.

O artigo 24 da Constituição da República (BRASIL, 1988) trata da competência concorrente, ou seja, matérias que competem à União, Estados e Distrito Federal. Caberá a União estabelecer normas gerais enquanto que aos Estados e Distrito Federal aquelas normas específicas. Importante destacar que o parágrafo 3º do artigo 24 é claro ao dispor que na ausência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a plenitude de competência, visando atender suas peculiaridades. Trata-se de uma competência suplementar descrita na própria Constituição Federal, onde no caso de superveniência de lei federal sobre a norma geral, ocorre a suspensão da eficácia da norma estadual geral.

Conforme o artigo 21, inciso XII, alínea c da Constituição da República (BRASIL, 1988), caberá a União a exploração da navegação aérea, podendo fazê-lo de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão.

O objeto de estudo é a normatização para trafegar veículos aéreos não tripulados, os VANT'S, que circulam no espaço aéreo brasileiro. Mediante isso, é preciso verificar de quem será a competência para legislar e regulamentar o seu uso.

Após a verificação acerca da competência sobre os drones ou vant's, é preciso analisar a responsabilidade penal no caso de ilícitos ocorridos através dos equipamentos.

No tocante ao aspecto penal, é preciso verificar o disposto no artigo 22, inciso I da Carta de 1988. É competência privativa da União legislar sobre direito penal. Nesse caso, é necessário adequar a legislação acerca do uso de drones ou vant's com as normas constitucionais acerca da responsabilidade penal.

Com o advento da Agência Nacional de Aviação Civil², em 2005, a União Federal exerce a sua competência descrita no art. 21, inciso XII, alínea c da Constituição da República. Através da agência reguladora de âmbito nacional, a

² Lei 11.182/2005. Cria a Agencia Nacional de Aviação Civil Brasil (2005).

União regula e fiscaliza as atividades de aviação civil e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária (BRASIL, 2005).

Outrossim, verifica-se que se trata de matéria de competência da União Federal, que a exerce através de sua agência reguladora desde 2006, ao tratar de aeromodelos não recreativos.

Com relação aos recreativos e de acordo com o exposto, a competência legislativa será a municipal, tendo por fundamento o art. 30, I da Carta de 1988³.

3 DA REGULAMENTAÇÃO DA ANAC

De acordo com a ANAC (AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, 2017a), a expressão drone pode ser utilizada para descrever qualquer aeronave ou outro veículo que possua elevado grau de automotismo. A ANAC não utiliza essa nomenclatura e sim aeromodelos ou aeronaves remotamente pilotadas – RPA, sendo a diferença entre elas a finalidade que possuem. Os aeromodelos são utilizados para fins recreativos, enquanto as aeronaves remotamente pilotadas possuem qualquer outra finalidade não recreativa, seja corporativa ou não.

O dia 03 de maio de 2017 foi o marco regulatório acerca do uso de drones. A Agência Nacional da Aviação Civil editou o Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Espacial – RBAC-E (AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, 2017b), elencando as exigências para o uso de aeronaves não tripuladas. De acordo com a norma, deverão ser observadas as regulamentações de outros entes da Administração Pública, como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA e o Ministério da Defesa.

O Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial – RBAC –E nº 94 (AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, 2017b), editado através da Resolução 410/2017 da ANAC, tem por escopo a viabilidade das operações com elevado nível de segurança. De acordo com a agência, as regras instituídas também têm por objetivo a promoção do desenvolvimento sustentável e seguro ao setor (AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, 2017a).

³ Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;(...). Constituição da República (BRASIL, 1988).

Conforme a ANAC, além do Regulamento RBAC-E no. 94, outras normas precisam ser observadas. As instruções suplementares IS no. E94-001, IS no. E94-002 e IS no. E 94.503-001 (AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, 2016) são algumas normas técnicas de procedimentos específicos que devem ser seguidos.

Tendo em vista a existência de elevado nível de complexidade e risco nas operações e equipamentos, os limites definidos na legislação tiveram por base regulamentações de autoridades de aviação civil de outros países, como a Federal Aviation Administration – FAA – dos Estados Unidos, Civil Aviation Safety Authority – CASA – da Austrália, e, por fim, European Aviation Safety Agency – EASA – da União Europeia.

Importante destacar que a partir de 03 de maio de 2017, qualquer aeronave não tripulada seja de uso recreativo, corporativo, comercial ou experimental, deverá se enquadrar nas regras definidas pela ANAC. Ressalta-se que há outras normas complementares como as da ANATEL – Agencia Nacional de Telecomunicações, DECEA – Departamento de Controle de Espaço Aéreo e o Ministério da Defesa.

Existem algumas premissas para a regulamentação do uso de drones (AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL, 2017a). Dentre eles, pode-se destacar a viabilização de operações (comerciais), desde que a segurança às pessoas permaneça preservada, minimização de ônus administrativo e burocracia, e a permissão de evolução conforme o setor se desenvolve.

Imprescindível destacar que a própria resolução dispõe de forma expressa a não possibilidade de drones em centros urbanos, salvo situações peculiares como no caso de segurança pública. É preciso um distanciamento de 30 metros da população local por questão de segurança individual. Essa proibição não ocorre em áreas agrícolas, geralmente não ou pouco habitáveis.

Ressalta-se ainda o uso da tecnologia para controle sanitário e ambiental, sendo cabível uma isenção específica definida na IS E94-002. Mesmo entendimento para o uso pelo Corpo de Bombeiros dos estados, onde o risco pelo não uso em determinado salvamento ou situação de perigo pode ocasionar um dano muito maior.

4 DA RESPONSABILIDADE PENAL

Até o presente momento, o trabalho trouxe a análise das regras aplicáveis ao uso de drones ou vant's recreativos. Foi abordado também as questões de competência legislativa de acordo com as regras estabelecidas na Constituição da República (BRASIL, 1988).

Acerca da responsabilização pela prática de ilícitos de natureza penal, o Regulamento da ANAC, o Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Especial - RBAC-E n. 94, dispõe em seu item E-94.701 a possibilidade de aplicação do Decreto-Lei 3.688 de 1941 (BRASIL, 1941). Trata-se da lei de contravenções penais e da previsão expressa do artigo 33⁴.

Segundo Freitas (2017), não há uma tipificação penal específica com relação ao uso irregular de drones. Cita o autor que é possível aplicar o art. 261 do Código Penal (BRASIL, 1984) nos eventos ocorridos junto aos aeroportos, como no caso de Congonhas⁵ em 12 de novembro de 2017.

Conforme a regra do artigo 261 do Código Penal, é cabível a aplicação de pena de reclusão para aqueles que expõe a perigo aeronave ou praticam qualquer ato capaz de impedir ou dificultar o tráfego aéreo. E foi efetivamente o que ocorreu em São Paulo, onde por duas horas o aeroporto de Congonhas permaneceu fechado, ocasionando um verdadeiro caos.

Para Freitas (2017), essa tipificação não pode ser aplicada no caso de jogos esportivos ou em outros incidentes ocorridos com drones⁶. Complementa informando que a aplicação do artigo 33 da Lei das Contravenções Penais para aqueles que não possuem licença para pilotagem é uma sanção meramente simbólica, não tendo um caráter repressivo.

É importante verificar que não há um tipo penal específico sobre os possíveis crimes causados pelo uso inadequado de drones. Têm-se, por exemplo, o uso do

⁴ Art. 33. Dirigir aeronave sem estar devidamente licenciado: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis (BRASIL, 1941).

⁵ Drone fecha Congonhas por 2 h, afeta voos e complica rotina de passageiros. Matéria de Rodrigo Borges Delfim (2017).

⁶ Drone invade arena do Corinthians. É ilegal em estádios e tem riscos. Reportagem de Daniel Lisboa (2015).

equipamento para ingressar junto à penitenciárias, como ocorreu em Dourados⁷, Mato Grosso do Sul, e em Ipaba⁸, Minas Gerais. Ambos os eventos ocorreram em 2018, após o advento da regulamentação pela Agência.

O Ministério Público do Estado de Rio Grande do Sul denunciou sete pessoas por um fato ocorrido em novembro de 2016. Durante um jogo ocorrido no final de campeonato, um drone contendo uma faixa provocativa sobrevoou o estádio Beira Rio. Após a partida, um grupo de torcedores depredou uma residência acreditando que o equipamento não estaria mais no local, o que não era verdade. Dos sete torcedores, dois foram denunciados por incitação à violência e manuseio não autorizado de aeronave, enquanto os demais foram denunciados pela prática de ato de violência em ambiente esportivo, dano qualificado e violação a domicílio⁹.

Em março de 2017, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso denunciou dois membros de uma das maiores organizações criminosas do Brasil, o Comando Vermelho. A denúncia ocorreu por utilizarem drones contendo aparelhos telefônicos – celulares – que entraram na Penitenciária Central do Estado.

Importante, também, abordar eventos ocorridos em outros países da América Latina a fim de ilustrar possíveis ilícitos penais envolvendo o uso dos veículos aéreos não tripuláveis.

Em 2015, durante a realização de um show na Plaza de Toros de Playa em Tijuana, México, o cantor Enrique Iglesias sofreu um grave acidente ao perceber que um drone se encaminhava em sua direção. O artista, no âmbito de se proteger do “ataque”, ergueu os braços para pegar o objeto. Sofreu diversas feridas causadas pelas hélices do veículo aéreo¹⁰.

Se esse fato ocorrido com o Enrique Iglesias tivesse sido no Brasil, não haveria uma tipificação clara para adequar o fato a conduta. O tipo penal mais próximo seria o artigo 129 do Código Penal (BRASIL, 2018), que cuida do crime de lesões corporais, mas é preciso verificar qual o dolo do agente. Ademais, destaca-se

⁷ Polícia abate drone que sobrevoava penitenciária em Dourados, MS (TV MORENA, 2018).

⁸ Drone usado para levar droga e celular para penitenciária de Ipaba é abatido a tiro (DIÁRIO DO AÇO, 2018).

⁹ Ministério Público denuncia sete pessoas em caso de drone que sobrevoou Beira-Rio (SABALLA JR., 2017).

¹⁰ Enrique Iglesias Suffers Bloody Injury in Drone Accident at Tijuana, Mexico Concert (HELLER, 2015).

que no direito penal não é cabível aplicar a analogia *in malam partem*, o que poderia trazer a sensação de impunidade em alguns casos.

Imprescindível discutir a temática tendo em vista que não há tipos penais específicos na regulamentação hoje vigente.

4.1 Da responsabilidade penal das pessoas jurídicas

De acordo com pesquisadores da School of Engineering e Edith Cowan University, dos Estados Unidos, até 2016, um percentual superior a 64% dos acidentes ocorridos com drones ou vant's estão diretamente relacionados a falhas técnicas (HANDRAN, 2016).

Segundo os pesquisadores, as falhas encontradas estão na comunicação entre os drones e seus joystick – controles remoto. Para Graham Wild, um dos responsáveis pela pesquisa, é necessário uma legislação mais rígida além da melhora dos sistemas tecnológicos aplicados ao equipamento.

A temática envolvendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica é de extrema importância, principalmente pelo fato do ordenamento jurídico brasileiro apresentar essa previsão na lei de crimes ambientais (BRASIL, 1998).

Para tanto, a regulamentação existente deve abordar de forma mais rígida eventuais ilícitos penais e não apenas os de natureza administrativa e cível.

5 DA REGULAMENTAÇÃO PELA COMUNIDADE EUROPEIA E REPERCUSSÕES

Questões envolvendo o uso de drones ou vant's na Europa precisam ser analisados de forma a verificar se a regulamentação aplicada no Brasil está condizente ou não com a tendência mundial.

Além da regulamentação já descrita no trabalho, no Brasil também é necessário o registro junto a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a fim de evitar interferências em outros aparelhos que necessitam de comunicações via satélite.

Algumas questões peculiares sobre a segurança no uso de drones já atingiu o Brasil e outros países já desenvolvidos e com regulamentação mais consolidada.

Em alguns países europeus como Bélgica e Suécia já houve uma maior restrição ao uso ou até mesmo o banimento para aqueles amadores.

Segundo Botija (2018), as forças de segurança da Europa consideram os drones como uma real ameaça à segurança e não apenas um risco potencial. Para o autor, os riscos – de acordo com a Agência Europeia para segurança da aviação – EASA – podem ser detalhados como a capacidade de gerar acidentes e incidentes tanto no chão como no ar.

Botija (2018) aduz que, de forma efetiva, o usuário dos VANT's ou drones podem de forma involuntária causar danos e até mesmo agir contra a segurança coletiva.

Em junho de 2017, Portugal já apresentava um regulamento para o uso de drones, mas não possuía capacidade fiscalizatória. Por ser integrante da União Europeia, é signatário da legislação comum que prevê o registro de propriedade e identificação eletrônica do aparelho. Ocorre que àquela época não estava ainda vigente, encontrando-se em fase de consulta pública. A preocupação portuguesa ocorria pelos sucessivos incidentes com drones e a ausência de regras claras que dispusessem sobre responsabilização e controle dos equipamentos (FERRO; LIMA, 2017).

Na Espanha, com a edição do Real Decreto 1036/2017, foi analisado o uso de drones e a relação com a segurança pública. De acordo com Botija (2018), o decreto foi dedicado de forma precisa à segurança, prevendo regras para que a execução de operações necessite de comunicação prévia ao Ministério do Interior no prazo mínimo de dez dias da operação. A medida visa a restrição ou proibição de operações que podem ensejar riscos à proteção de pessoas ou até mesmo danos patrimoniais.

Incidentes ocorridos na Rússia também fizeram o governo local reavaliar o uso de drones em seus territórios, pleiteando uma regulamentação mais severa na Europa (SPUTNIK NEWS, 2018).

Em abril de 2018, foi publicada a informação em sítio eletrônico que a Agência Europeia de Segurança da Aviação – EASA – está para publicar uma legislação que proíbe o uso de drones recreativos sem licença nos países que fazem

parte da comunidade europeia. Outros países que não integram a União Europeia como a Suíça tendem a adotar a mesma legislação (KESTELOO, 2018).

Em meados de 2018, Portugal, através da sua agência de aviação civil, reportou 16 incidentes ocorridos pelo uso de drones apenas no primeiro semestre. Em 2017 foram instaurados 15 processos contraordenacionais. Os eventos ocorridos em 2018 estão relacionados à utilização indevida nas proximidades de aeroportos.

De acordo com a legislação portuguesa, o Decreto-Lei 58/2018, vigente desde julho, tornou obrigatório o registro dos aparelhos que possuam mais de 250 gramas, além da necessidade de seguros de responsabilidade civil para aqueles aparelhos com mais de 900 gramas. Uma vez violada alguma regra, é possível a aplicação de multa de 300 a 7.500 euros, além da apreensão temporária dos equipamentos. Interessante que as penalidades aqui elencadas são de natureza civil¹¹.

Portanto, constata-se que tanto no Brasil quanto em diversos países europeus há uma preocupação quanto à regulamentação do uso dos VANT's ou drones para evitar os abusos de fato e de direito que podem ocasionar instabilidade social e danos morais e materiais.

6 CONCLUSÃO

Através do estudo realizado, foi possível verificar que a atual regulamentação acerca do uso de drones ou vant's apresenta uma lacuna no tocante a responsabilização penal.

Como pode ser verificado tanto na regulamentação brasileira, através da ANAC, como nas existentes na Comunidade Europeia, ainda há muitas lacunas a serem solucionadas. Problemas pela ausência de uma regulamentação mais rígida estão levando países a proibir o uso dos equipamentos da modalidade recreativa.

No caso do Brasil, apesar de constar uma previsão de aplicabilidade do Decreto-lei 3.688/41, lei de contravenções penais, foi possível verificar através de casos concretos trazidos que é necessário uma melhor adequação do fato à norma. É

¹¹ Aviação reportou 16 incidentes com 'drones' no primeiro semestre do ano (CORREIO DA MANHÃ, 2018).

preciso lembrar que os aparelhos possuem hélices (geralmente entre quatro e seis) que uma vez em contato com o corpo humano podem causar lesões corporais de todos os níveis.

De acordo com o verificado junto à regulamentação da ANAC, há uma preocupação maior na apuração de responsabilidade de natureza cível e administrativa. O aspecto penal se limita a ausência de licença ou certificação sendo previsto a aplicação da contravenção penal descrita no artigo 33 do decreto-lei.

É urgente e necessário que o Direito se adeque às inovações tecnológicas com a aplicação de princípios basilares como da legalidade, previsto no artigo 1º. Do Código Penal. Ademais, na ausência de tipos penais específicos não será possível aplicar a analogia uma vez que é proibida quando *in malam partem*.

Deve o Poder Legislativo, através de suas atribuições, verificar as lacunas existentes e preenche-las através de elaboração de legislações atualizadas. É a forma que o Direito tem de se adequar às inovações e garantir a efetividade da aplicação das normas.

Em futuro trabalho será abordado as questões ambientais e penais, tendo em vista a possibilidade de impacto negativo que o uso de drones ou vant´ s pode causar ao meio ambiente natural.

REFERÊNCIAS

AGENCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Legislação. **Instruções Suplementares**. ANAC, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is>. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. **Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial**: RBAC–E nº 94. Requisitos gerais para aeronaves não tripuladas de uso civil. [Brasília, DF]:ANAC, 2017b. Disponível em: http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. **Regras da ANAC para uso de drones entram em vigor**. Brasília, DF: ANAC, 2017a. Disponível em: http://www.anac.gov.br/noticias/2017/regras-da-anac-para-uso-de-drones-entram-em-vigor/release_drones_v2.pdf. Acesso em: 20 mai 2018.

BOTIJA, Fernando G. Drones: seguridad pública y régimen sancionador. **Revista Vasca de Administración Pública**. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria,

[Logroño], n. 111, p. 271-310, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=41&t59aContenido=2&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=111>. Acesso em: 01 out 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei de Contravenções Penais. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm. Acesso em: 10 jun. 2018.

_____. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm#art1. Acesso em: 07 jun. 2018.

_____. **Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005**. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11182.htm. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm. Acesso em: 10 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993.

CORREIO DA MANHÃ. **Aviação reportou 16 incidentes com 'drones' no primeiro semestre do ano**. [S.l.], 5 ago. 2018). https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/20180805_1040_aviacao-reportou-16-incidentes-com-drones-no-primeiro-semester-do-ano. Acesso em 04 dez 2018.

DELFIM, Rodrigo Borges. Drone fecha Congonhas por 2 h, afeta voos e complica rotina de passageiros. **Folha de São Paulo**, Congonhas, 13 nov. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/11/1934992-drone-fecha->

congonghas-por-2h-afeta-voos-e-complica-passageiros.shtml. Acesso em 04 dez. 2018.

DIÁRIO DO AÇO. **Drone usado para levar droga e celular para penitenciária de Ipaba é abatido a tiro.** Ipaba, 29 jul. 2018. Disponível em: https://www.diariodoaco.com.br/ler_noticia.php?id=60971&t=drone-usado-para-levar-droga-e-celular-para-a-penitenciaria-de-ipaba-e-abatido-a-tiro. Acesso em: 04 dez. 2018.

FERRO, Carlos; LIMA, Carlos Rodrigues. Lei mais rígida sobre uso de drones marca passo na agência europeia. **Diário de Notícias**. [S.l.], 19 jun. 2019. Disponível em: <https://www.dn.pt/sociedade/interior/lei-mais-rigida-sobre-uso-de-drones-marca-passo-na-agencia-europeia-8573022.html>. Acesso em: 29 mai 2018.

KESTELOO, Hays. Hobby drone pilots in the EU and Switzerland will soon need a license. **DroneDJ**. [S.l.], 19 abr. 2018. Disponível em: <https://dronedj.com/2018/04/19/hobby-drone-pilots-in-the-eu-and-switzerland-will-soon-need-license/>. Acesso em: 29 maio 2018.

HANDRAN, Louise. Tech issues cause most drone accidents: Research. **EurekaAlert**. Washington, 23 ago. 2016. Disponível em: https://www.eurekaalert.org/pub_releases/2016-08/ru-tic082216.php. Acesso em: 03 dez. 2018.

HELLER, Corine. Enrique Iglesias Suffers Bloody Injury in Drone Accident at Tijuana, Mexico Concert: See the Scary Photos. **ENEWS**. Cidade do México, 1 jun. 2015. Disponível em: <https://www.eonline.com/news/661646/enrique-iglesias-suffers-bloody-injury-in-drone-accident-at-tijuana-mexico-concert-see-the-scary-photos>. Acesso em: 04 dez. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos. A regulamentação do uso de drones, o passado e o futuro. **Conjur**, Segunda Leitura, [S.l.], 10 dez. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-10/regulamentacao-uso-drones-passado-futuro>. Acesso em 29 maio 2018.

LISBOA, Daniel. Drone invade arena do Corinthians. É ilegal em estádios e tem riscos. **UOL**, São Paulo, 20 maio 2015. Disponível em: <https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2015/05/20/drone.htm>. Acesso em 04 dez 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2015.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SPUTNIK NEWS. **Rússia quer regulamentação mais severa sobre drones na Europa**. [Rússia], 16 fev. 2018. Disponível em:

<https://br.sputniknews.com/russia/2018021610546728-russia-drones-regulamentacao/>. Acesso em 29 maio 2018.

TV MORENA. Polícia abate drone que sobrevoava penitenciária em Dourados, MS. **G1**, dourados, 14 jan. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/policia-abate-drone-que-sobrevoava-penitenciaria-em-dourados-ms.ghtml> Acesso em 04 dez 2018.

SABALLA JR., Leo. Ministério Público denuncia sete pessoas em caso de drone que sobrevoou Beira-Rio. **RBS TV**. G1, Porto Alegre, 22 ago. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/ministerio-publico-denuncia-sete-pessoas-em-caso-de-drone-que-sobrevoou-beira-rio.ghtml>. Acesso em: 04 dez. 2018.

AS REDES SOCIAIS E A ATIVIDADE MÉDICA

SOCIAL NETWORKS AND MEDICAL ACTIVITY

Fernanda Gonçalves Galhego Martins*

Resumo: O presente excursus pretende abordar os aspectos deontológicos e as questões jurídico-penais afetas à criação e à gestão de perfis médicos com conteúdo profissional em redes sociais.

Palavras-chave: Redes Sociais. Deontologia Médica. Direito Penal Médico. Exercício Ilegal Da Medicina. Segredo Médico.

Abstract: This study analyses the deontological aspects and the legal-criminal issues related to the creation and management of medical profiles with professional content in social networks.

Keywords: Social Networks. Medical Deontology. Medical Criminal Law. Illegal Exercise Of Medicine. Medical Secret.

* Doutoranda e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pós-graduada em Direito Público e em Direito da Farmácia e do Medicamento, graduada em Direito pela PUC-RJ, advogada.

1 A MEDICINA E AS REDES SOCIAIS

As ferramentas de comunicação em massa e as redes de compartilhamento de dados ajudam, inquestionavelmente, a desmistificar a atividade médica e a estreitar a relação entre o profissional de medicina e o paciente. O uso associado de ambas aproxima ainda o indivíduo comum, e leigo em medicina, de práticas dantes distantes e de um cenário perspectivado, outrora, como improvavelmente ou nada atraente para ser virtualmente acompanhado a título de mero entretenimento.

O levantar dos panos traz à luz novas possibilidades. A veiculação aberta, em redes sociais, de medidas e de procedimentos, que até então se encontravam afastados e salvaguardados do olhar de terceiros pelas paredes de salas e consultórios, enuncia ao público geral novas e, por vezes, sedutoras possibilidades para quem busca e para quem precisa de determinados cuidados.

Essa nova fase parece marcada, por assim dizer, pela abertura da prática da medicina – com a maior difusão das imagens de procedimentos e tratamentos e com o aumento da informação disponibilizada pelos próprios profissionais de medicina – e também por uma visão mais humana e realista da figura do médico. Ambos os fatores se veem propulsados pela facilidade do acesso e troca de informações entre profissionais de saúde e o público geral, pela possibilidade de estreitamento da relação médico-paciente e pela diluída ou, de certa forma, decifrada difusão do conhecimento científico, traduzido ou enunciado numa linguagem próxima do leitor comum.

Os novos caminhos desbravados ajudam, intencionalmente ou não, a superar o distanciamento ou um suposto endeusamento da atividade médica e, dessa forma, ensaiam novas vias de soluções para problemas há tempos estimados. A ampliação das possibilidades de comunicação se mostra benéfica à relação médico-paciente na medida em que favorece, por exemplo, a troca de informações e a oferta de esclarecimentos, apoiando, num primeiro plano, a atividade terapêutica – sem limitar, todavia, suas repercussões somente a esse contexto.

Os efeitos gerados pelo uso das ferramentas de comunicação vão além da relação bilateral. Eles, como se pode, desde já, notar, alcançam outros indivíduos e inauguram uma relação nova e estranha àquela usualmente desenvolvida entre o

médico e o seu paciente, e que se verifica, sobretudo, no âmbito das postagens realizadas em redes sociais.

As novas formas de contato ampliam o feixe de ouvintes e, com isso, criam dinâmicas com diversos interlocutores. O profissional de saúde interage com o público geral, e essas multilaterais relações geram, como era de se esperar, algumas questões colaterais que parecem inafastáveis mesmo para as comunicações mais simples: até que ponto e de que forma pode se desenvolver **(a)** o compartilhamento e divulgação de imagens e métodos afetos a procedimentos e práticas médicas, **(b)** os aconselhamentos gerais oferecidos às dúvidas lançadas por um sujeito não previamente examinado, **(c)** os esclarecimentos genéricos prestados a um público diversificado, **(d)** a partilha de imagens dos resultados já alcançados por indivíduos determinados, **(e)** ou a oferta dos serviços associados e enunciados.

A dificuldade de encontrar uma fórmula adequada ao desenvolvimento saudável dessa interação social certamente não se limita ao elenco de preocupações supratracejado. A multiplicidade de agentes e de informações susceptíveis de serem virtualmente compartilhadas colocam a impossibilidade fática de prever todas as circunstâncias, situações e repercussões passíveis de advir desse contexto.

O exame do presente cenário oferece, no entanto, algumas constantes. Esse modelo de contato virtual apresenta um eixo central que se constitui, por assim dizer, pelos dados disponibilizados pelo médico sobre si mesmo – como a sua formação e especialidades – e os diretamente ligados a sua atividade laboral – conhecimento científico e prática diária compartilhada –, cuja presença parece, a priori, inafastável quando se fala na criação e gestão de um perfil médico em redes sociais, e que, por essa razão, ora se sujeitam a um exame mais apurado.

2 O MÉDICO E AS FERRAMENTAS DE COMUNICAÇÃO

As palavras inicialmente traçadas evidenciam, desde já, as repercussões trazidas pelo uso das ferramentas de comunicação em massa para a costumeira relação médico-paciente e para terceiros que desta não participam. O plano virtual viabiliza novas e multilaterais comunicações, faculta ao médico a possibilidade de interagir com um público mais amplo e apresentar e divulgar, num contexto aberto,

informações de cunho pessoal e profissional que passam a ser amplamente compartilhadas.

A criação e gestão de perfis sociais por profissionais de medicina consolida, então, novas formas de contato e de disseminação da informação. E, como não poderia deixar de ser, nessa atual relação desenvolvida com público geral, os participantes têm, via de regra, liberdade para interagir e se sujeitam às consequências de seus atos, aos ônus e aos bônus advindos de suas condutas para com os demais, tal como ocorre fora do cenário virtual.

O contexto examinado se volta para o mesmo horizonte legal. As regulamentações jurídicas e médico-deontológicas alcançam inclusive o material exposto através das redes sociais, a forma e teor do conteúdo veiculado e divulgado pelo profissional de medicina e dirigido, já não mais para apenas um paciente, mas sim, para um público maior e nem sempre determinável, que acede aos dados por aquele postados sobre si próprio e a sua ciência.

2.1 As informações sobre o próprio médico

A opção pela criação e manutenção de um perfil individual com a divulgação da sua atividade laboral implica para o médico a observância das normas e diretrizes de conduta profissional previstas pelo setor. Estas se aplicam inclusive às redes sociais de compartilhamento de dados e às ferramentas de comunicação similares, impondo-se, portanto, às novas formas de interação multilateral virtualmente proporcionadas¹.

A transparência e veracidade no que diz respeito às informações divulgadas sobre si mesmo parece uma necessidade óbvia. E, mesmo que assim não fosse, o Código de Ética Médica expressamente assinala ser vedado aos médicos anunciar os “títulos científicos que não possa comprovar” e a “especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina”².

¹ A título de exemplo, é possível citar a exigência de incluir, “em anúncios profissionais de qualquer ordem”, o número do CRM, com o Estado da sua inscrição. Art. 117 do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018. (BRASIL, 2018, p. 182).

² Art. 114 do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018. (BRASIL, 2018, p. 181).

A especialização comunicada há de corresponder a uma especificamente reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina (CFM)³ e registrada no Conselho Regional de Medicina (CRM). Isto quer dizer que um curso ou aprimoramento técnico que não seja reconhecido não se confunde, e, desde logo, não deve ser divulgado sob o título de especialidade⁴.

Caso o profissional opte pela comunicação de titulações não reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina e de cursos técnicos que tenha realizado, esta veiculação há de ser feita com cautela para não induzir, mesmo que não intencionalmente, terceiros em erro. Isso porque não se pode deixar de ter em conta a fronteira tênue muitas vezes presente entre a designação de uma determinada habilidade ou formação e a nomenclatura empregue por especialização reconhecida, o que, inquestionavelmente, possibilita que a comunicação das primeiras fomente alguma confusão para o leitor/ouvinte leigo, que desconhece as especificidades da profissão.

De forma a evitar uma indesejada confusão, a comunicação das especialidades reconhecidas e efetivamente detidas pelo profissional deve ser clara. E, nessa ordem de ideias, as demais titulações porventura existentes, se enunciadas, demandam um maior esclarecimento que pode incitar a menção conjunta da especialidade médica reconhecida detida pelo profissional ou, em caso de ausência desta, da titulação geral pertencente ao profissional de medicina mencionado.

Um exemplo ajuda a ilustrar a relevância da questão. Imagine um médico generalista que tenha realizado uma pós-graduação em Medicina Estética. Essa nomenclatura não reflete uma especialidade médica reconhecida pelo CFM, não está presente em sua listagem oficial. Noutras palavras, não existe a qualificação

³ A especialização médica pode ser definida como o “núcleo de organização do trabalho médico que aprofunda verticalmente a abordagem teórica e prática de seguimentos da dimensão biopsicossocial do indivíduo e da coletividade.” art. 1º, § 1º da Portaria 01/2016 constante no Anexo da Resolução da CFM n.º 2.148/2016. (BRASIL, 2016, p. 106).

⁴ As especialidades médicas encontram-se enumeradas no art. 1º da Portaria CME n.º 01/2018 constante na Resolução CFM n.º 2.221/2018. (BRASIL, 2018, 179).

<<especialista em medicina estética>>⁵, e, obviamente, tampouco o curso de pós-graduação poderia ser considerado conferente desse título⁶⁻⁷.

Agora imagine ainda que esse médico hipotético realize, como as suas informações deixam antever, uma série de procedimentos estéticos, como aplicação de toxina botulínica para fins estéticos ou a colocação de fios de sustentação facial⁸. Diante desse conjunto de dados, a mera comunicação de que se trata de um <<especialista em medicina estética>> pode induzir o leigo – leitor da informação – a crer que se trata de um profissional com especialização em cirurgia plástica ou em dermatologia – estas sim especialidades médicas existentes⁹ e cuja existência parece ser de conhecimento geral.

As diretrizes profissionais são suficientemente claras no que diz respeito à comunicação das especialidades médicas e, como se não bastasse, textualmente ainda vedam aos médicos a divulgação e o anúncio de especialidades ou áreas de atuação que não sejam formalmente reconhecidas¹⁰⁻¹¹. Elas ajudam a determinar um cenário ideal, da adequada comunicação das especializações, e, por essa via, também a denotar, através do seu elenco taxativo normativamente enunciado, a publicação de dados, de certo modo, questionáveis, atinentes às qualificações, e/ou a indevida comunicação dos títulos profissionais.

Com efeito, ainda que, como no caso do exemplo ofertado, a informação veiculada possa conduzir o leigo a uma errônea interpretação, ela não evidencia por

⁵ Como deixa claro o art. 1º da Portaria CME n.º 01/2018 constante na Resolução CFM n.º 2.221/2018. (BRASIL, 2018, 179).

⁶ Os requisitos necessários se apresentam nos arts. 5º e sgts da Portaria CME n.º 01/2016, constante no Anexo da Resolução CFM n.º 2.148/2016. (BRASIL, 2016, p. 106).

⁷ O art. 3º, I da Resolução da CFM n.º 1.974/2011, veda o anúncio de “pós-graduação realizada para a capacitação pedagógica em especialidades médicas e suas áreas de atuação, mesmo que em instituições oficiais ou por estas credenciadas, exceto quando estiver relacionado à especialidade e área de atuação registrada no Conselho de Medicina” – podendo, todavia, o médico ainda “anunciar os cursos e atualizações realizados, desde que relacionados à sua especialidade ou área de atuação devidamente registrada no Conselho Regional de Medicina, nos termos do art. 4º, parágrafo único, do mesmo diploma. (BRASIL, 2011, não paginado).

⁸ O exemplo dos cuidados estéticos se deve, sobretudo, pela curiosidade que esse âmbito e esse tipo de postagem suscita.

⁹ Art. 1º, A, n.º 13 e 18, respectivamente, da Portaria CME n.º 01/2018 constante na Resolução CFM n.º 2.221/2018. (BRASIL, 2018, 180).

¹⁰ Art. 17 da Portaria CME n.º 01/2016, constante no Anexo da Resolução CFM n.º 2.148/2016. (BRASIL, 2016, p. 106).

¹¹ O parágrafo único do dispositivo supramencionado estabelece ainda que o médico “só poderá fazer divulgação e anúncio de até duas especialidades e duas áreas de atuação, desde que registradas no CRM de sua jurisdição”. (BRASIL, 2018, 179).

si só uma violação aos preceitos deontológicos aplicados à profissão. A princípio, o médico habilitado para o exercício da medicina não se vê proibido de praticar atos geralmente relacionados como levados a cabo por detentores de uma determinada especialidade – para além de dados atos não serem considerados exclusivos dos especialistas, a publicação sobre a realização de uma prática para a qual não possui especialização tampouco demarca ou sinaliza formalmente a área de atuação daquele profissional, nomenclatura essa que diz respeito a uma categoria própria de organização, que se encontra subordinada a uma ou mais especialidades médicas (e não apenas ao espectro de atos que um determinado médico pratique)¹².

Ademais, sem estabelecer diagnósticos genéricos prévios, não se nega que o profissional habilitado para o exercício da medicina possa estar efetivamente apto para a prática dos atos que enuncia. Muito embora a especialidade médica indique um conhecimento a mais, uma presunção de que o indivíduo seja capacitado para o desempenho de determinados atos, nada impede que, na prática, o médico que não detenha a primeira possa estar efetivamente preparado para executar procedimentos correlatos àquela – como no caso do exemplo, através de uma pós-graduação.

O cenário hipotético apresentado pode ser ainda analisado sob outra perspectiva. Fora o aspecto deontológico, a atenção do aplicador do Direito Penal deixa emergir ainda mais uma questão: se este médico está a agir de forma a <<exceder>> os limites da sua profissão. Isto é, se o título de especialista constitui um limite à prática de determinados atos médicos, e se, sendo assim, pode ser considerada tipicamente relevante a conduta de quem não o detém e leva a cabo uma intervenção caracteristicamente ligada a determinada especialização.

A dúvida se apresenta em razão da redação do art. 282 do Código Penal (BRASIL, 1940, não paginado). Isso porque este tipifica o exercício ilegal da profissão, mas também o seu exercício abusivo, isto é a sua prática fora de determinados limites, que estariam previamente traçados para o desempenho da medicina.

¹² Anexo I da Resolução da CFM n.º 1634/2002: A área de atuação diz respeito à “modalidade de organização do trabalho médico, exercida por profissionais capacitados para exercer ações médicas específicas”, “derivada e relacionada com uma ou mais especialidades.” (BRASIL, 2002, não paginado).

Em ambas as situações supramencionadas, a norma faz referência a um sujeito em particular: o médico. A utilização dessa denominação traça o primeiro corte no tipo, pois ela fica a depender, naturalmente, da formação científica do indivíduo, uma vez que é considerada “privativa do graduado em curso superior de Medicina reconhecido”, nos termos do art. 6.º da Lei n.º 12.842/13. (BRASIL, 2013, não paginado).

O tipo penal engloba, no entanto, dois comportamentos típicos diferentes. O primeiro se refere ao exercício ilegal dessa profissão. Nesse caso, a descrição típica abrange a prática da atividade profissional por quem não pode ser denominado como médico ou não tem a autorização legal para o desempenho da medicina – duas circunstâncias que não são necessariamente iguais.

A primeira situação tratada pela norma atinge, por exemplo, o leigo ou aquele que não terminou o curso de medicina. O agente do delito há, contudo, de exercer a atividade em caráter de habitualidade, o que se dá com a prática reiterada de certos comportamentos, com a repetição frequente de atos que não podem ser considerados isoladamente, o que pode se dar, por exemplo, com “a persistência ou continuidade num dado tratamento” – pois, obviamente, que, “não seria razoável que caísse sob a alçada duma lei repressiva o enfermeiro ou a pessoa de família que se limita ao simples papel de cumprir as prescrições médicas” (RIBEIRO, 1926, p. 381) ou a pessoa que se limita a aconselhar superficialmente um conhecido sobre um problema de saúde que também tem ou que lhe é conhecido¹³.

A norma se refere ainda a outra situação: a falta de autorização para o exercício da medicina. Isto claramente ocorre com os sujeitos referidos no parágrafo anterior, mas nem sempre o cenário apresenta soluções tão evidentes, como pode suceder, por exemplo, com alguns graduados ou com profissionais formados noutros países.

De fato, não se nega que a denominação «médico» possa ser atribuída, de um modo geral, ao graduado em medicina. Todavia, a conclusão da formação básica profissional – isto é, do curso de medicina propriamente dito – não basta para permitir o exercício legal dessa atividade. A autorização para tanto fica a depender

¹³ Vale observar que o tipo penal se refere à «profissão de médico» e, de fato, esta “é forma de atividade habitual, exercida por alguém, geralmente como modo e meio de vida.” (DELMANTO; DELMANTO JUNIOR, 1998, p. 480).

de outra condição: o registro profissional – ou, mais especificamente, nos termos legais, o registro do diploma e a inscrição no Conselho Regional de Medicina¹⁴.

A habilitação técnica e teórica soma-se, então, à necessidade de cumprir a exigência legal prevista no art. 6.º da Lei n.º 12842/13, no art. 17 da Lei n.º 3.268/1957 e no Preâmbulo, III do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018¹⁵⁻¹⁶. A relevância dessa atividade e os perigos que lhe são inerentes justificam essa acrescida preocupação com a saúde pública e a fixação das condições legais para o exercício da profissão de médico.

Ainda tendo em consideração o caso delineado no exemplo anteriormente sugerido, nada leva a crer que se trate de um leigo ou de alguém sem registro no CRM. E, obviamente que, em se tratando de um profissional graduado e devidamente inscrito no órgão competente, não se pode falar da primeira parte do art. 282 do Código Penal. Ele possui não só a habilitação profissional como também a autorização legal para exercer a profissão, cuja falta – essa sim – determinaria a subsunção da conduta à modalidade típica mencionada.

O caso seria diverso, todavia, se o médico não estivesse legalmente autorizado para a prática da atividade. Imagine que se trata de um profissional penalizado com a cassação do registro ou que realizou sua formação noutro país e somente nele encontra-se inscrito¹⁷ – se o médico desatende a determinação legal, se pode falar, a princípio, em exercício ilegal.

A exclusão da aplicação da primeira parte do art. 282 não significa ainda que a conduta do médico hipotético supramencionado não possa se subsumir ao tipo ora tratado. O dispositivo legal em tela prevê também outra situação. Como sinalizado, em sua segunda parte, ele descreve um crime próprio a ser praticado por médico – ou farmacêutico ou dentista –, cuja conduta proibida consiste em exceder, transpor, extravasar os limites da sua profissão.

¹⁴ Art. 17 da Lei n.º 3.268/1957. (BRASIL, 1957).

¹⁵ “Preâmbulo [...] III. Para o exercício da medicina, impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo estado, território ou Distrito Federal.” (BRASIL, 2018, p. 179).

¹⁶ Há de se observar também o art. 5, XIII da Constituição Federal de 1988, que prevê que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, **atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.**” (BRASIL, 1988, não paginado, grifo nosso).

¹⁷ Cumpre alertar que tratados internacionais podem garantir o reconhecimento mútuo dos títulos e registros e, portanto, excepcionar a situação apresentada. (DELMANTO; DELMANTO; DELMANTO JUNIOR, 1998; DELMANTO et al., 2007).

Nas palavra de Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 429), esse “excesso no exercício da profissão estará caracterizado, por exemplo, quando o profissional pratica ato para o qual não possui formação nem autorização específica”. E, na visão do autor, isto se daria “no caso do médico regularmente inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM), que atua como especialista, como, por exemplo, **cirurgião plástico**, sem possuir a **formação adequada** nem título ou certificado a ela correspondente, devidamente registrado, que autorize o exercício da especialidade médica anunciada” – a menos que tal profissional tenha “realizado Curso de Pós-graduação, nessa especialidade, devidamente reconhecido pelos órgãos competentes.” (BITENCOURT, 2018, p. 429).

Se assim for, a seguir a posição sustentada pelo autor, pode-se chegar a duas conclusões: (a) a especialidade médica constitui um limite ao exercício da profissão; (b) este limite pode ser superado pela formação profissional. E, nessa lógica de ideias, o médico não estaria de fato excedendo os limites do exercício profissional se, em razão da pós-graduação, possuía formação prévia que lhe qualificava para a prática de tais atos.

A solução apresentada fomenta, todavia, alguns questionamentos: se a especialização traça os limites do exercício da medicina, como uma formação profissional que não se sujeita ao mesmo rigor, que não tem que cumprir as mesmas exigências preparatórias e que tampouco está subordinada a mesma fiscalização a que se submete uma especialização pode suprir tal exigência? Sem querer desmerecer o conhecimento médico porventura adquirido em formações complementares, se, como mencionado, o autor considera a especialização médica a regra geral para consolidar os limites da atuação profissional, não parece que uma formação submetida a um menor controle institucional possa se igualar a uma especialização devidamente regulamentada – e muito menos ser capaz de excepcionar a sua exigência, alargando esses supostos limites à prática da medicina.

Ademais, quando se retorna ao caso do exemplo, a pós-graduação cursada pelo médico hipotético apresentado não corresponde a uma especialidade reconhecida, e tampouco se encaixa na perfeição à exceção retratada pelo citado autor. Ela sequer se confunde e nem deve ser anunciada como especialidade, muito

embora não se negue que, efetivamente, possa ser capaz de preparar o médico para a realização das intervenções que enuncia.

Data venia ao entendimento do autor, o diagnóstico da situação não parece se avançar com tanta brevidade. A análise exposta apresenta algumas contraindicações ao endosso apressado à solução alardeada e recomenda, antes, o retorno ao exame da norma legal.

O tipo penal deixa transparecer que o médico – agente do delito – está efetivamente autorizado a exercer a medicina, mas a conduta tipificada na segunda parte não chega a determinar expressa e precisamente os «limites» profissionais a serem «excedidos». Isto é, ela nada dispõe sobre quais seriam os marcos aplicáveis à prática da atividade médica ou onde encontrá-los.

O tipo legal deixa transparecer algumas lacunas que precisam ser preenchidas. Trata-se, *in casu*, de uma norma penal em branco, que busca a completude noutras fontes, estas sim, supostamente, capazes de determinar o conteúdo e alcance dos limites traçados para a prática da medicina – e é justamente nesse ponto que podem ser suscitadas algumas controvérsias.

O apelo à norma penal em branco como técnica legislativa já é, por si só, discutível. Sobre ele recai “a suspeita de vulnerar o princípio da legalidade.” (GARCÍA RIVAS, 2005, p. 67), fomentando a insegurança jurídica – por não definir com absoluta clareza a conduta proibida –, o que se destaca sobretudo frente à ausência de uma expressa remissão legal à norma extrapenal – como se verifica no caso do art. 282.

Nesse dispositivo em particular, os critérios para precisar os contornos dos elementos normativos não foram previamente dispostos e, portanto, há de se buscar outras fontes capazes de preencher os espaços deixados em aberto. O caminho lógico para ajudar o intérprete a determinar os limites da atuação médica parece ser, então, a legislação aplicável à profissão¹⁸, uma norma ou regulamentação que estabeleça tais limites.

No que diz respeito à especialização, a própria categoria profissional fornece as devidas orientações. As disposições por ela estabelecidas não consagram um

¹⁸ Com efeito, tais limites podem se encontrar “fixados na legislação especial própria de cada profissão” e completar “a norma penal “em branco” desta modalidade” (DELMANTO; DELMANTO; DELMANTO JUNIOR, 1998, p. 481) e, no mesmo sentido Delmanto e outros autores (2007, p. 705).

limite de atuação vinculado à especialização que estabeleça uma vedação prévia ao desempenho profissional e nem elenca, de um modo geral, os atos àquela correlatos como exclusivos de determinados especialistas – e tampouco cabe ao intérprete fazê-lo.

O desenvolvimento da medicina, a constante necessidade de atualização profissional e a busca do melhor interesse da saúde do paciente parecem razões suficientes para também contraindicar o apelo a um elenco rígido de medidas ou procedimentos privativos de certa especialidade. E, ainda que assim não fosse, a possibilidade das classificações serem extintas ou alteradas e incorporadas umas nas outras poderia ainda proporcionar um certo desnível ou, ao menos, dificultar a diferenciação entre os limites traçados pela especialização porventura registrada e os determinados pela formação efetivamente realizada¹⁹ – o que, nesse último caso, há de se reconhecer, não representa, certamente, um problema insuperável.

O principal obstáculo para a assunção desse limite de atuação está mais a fundo, isto é, no esgarço da norma para criar uma vedação que não fora prevista. E, de todo modo, interpretar a especialização como limite à prática profissional, sem uma fundamentação normativa, uma regra previamente criada, que assim a consagre, parece uma interpretação que acabaria por aumentar demasiadamente o espectro de alcance do tipo penal²⁰, e, de certa forma, até por subvertê-lo, posto que a atuação sem especialização não extravasa o limite da profissão de médico.

A formação pessoal não se confunde com a profissão. E, se são os limites desta última que devem ser observados, uma interpretação restritiva indica que a conduta do médico hipotético do exemplo apresentado não se subsume à norma²¹.

O cenário seria outro, no entanto, se o profissional de medicina, independente de sua especialidade se valesse, por exemplo, da posição de médico para, habitualmente, levar a cabo intervenções ou tratamentos cuja prática lhe é

¹⁹ A título de exemplo, a medicina de urgência deixou de existir como especialidade e há atualmente a medicina de emergência. Art. 1, n.º 29 da Portaria CME n.º 01/2018 constante na Resolução CFM n.º 2.221/2018. (BRASIL, 2018, p. 179).

²⁰ Nem mesmo a legislação que dispõe sobre o exercício da medicina, Lei nº 12.842/2013, conhecida como a Lei do Ato Médico, foi tão longe e, com efeito, nada leva a crer que a especialização médica constitua um limite à prática da medicina. (BRASIL, 2013, não paginado).

²¹ No caso, o art. 282 do Código Penal, que pune a conduta de quem exerce, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites.

formalmente vedada²², para realizar suas vinganças pessoais²³ ou para testar suas próprias teorias às expensas da saúde de terceiros indevidamente instrumentalizados²⁴. Nesses exemplos, seria sim possível falar em exercício abusivo da profissão, posto que os seus limites, prévia e devidamente estabelecidos, foram dolosamente ultrapassados pelo discípulo de Galeno.

2.2 A informação médica e a informação partilhada pelo médico

As redes sociais e ferramentas de comunicação similares proporcionam uma maior aproximação entre o médico, que retrata a sua vivência profissional e, por vezes também, pessoal, e o público geral. Os próprios pacientes e, por vezes, um número nem sempre claramente determinável de pessoas passam a ter acesso a uma série de informações e imagens abertamente compartilhadas sobre práticas, intervenções e tratamentos anteriormente protegidos pelas estruturas hospitalares e consultórios.

Esse cenário gera, sem dúvida, efeitos positivos. A nova dinâmica de interação tem potencial para ajudar, conforme já mencionado, a desmistificar a atividade médica²⁵, a apresentar novas possibilidades e/ou esperanças para quem busca soluções para os seus problemas de saúde²⁶⁻²⁷, a elucidar dúvidas de leigos e dos próprios pacientes, e ainda a encurtar o istanciamento entre estes últimos e os

²² Nesse caso, vale lembrar o teor do art. 14, do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018, que veda ao médico: "Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País". (BRASIL, 2018, p. 180).

²³ Essa hipótese poderia ser consubstanciada também pela primeira parte do art. 30 do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018, que veda ao médico: "Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime." (BRASIL, 2018, p. 179).

²⁴ Nesse caso, importa mencionar o art. 24, do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018, que veda ao médico: "Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo". (BRASIL, 2018, p. 179).

²⁵ Isto se verifica, principalmente, nas páginas pessoais de médicos que não têm um conteúdo puramente profissional ou apenas postagens de cunho estritamente científicos.

²⁶ O uso de *hashtags* para se referir ao nome de certas técnicas e intervenções acaba por ser uma ferramenta útil para conectar o material compartilhado a quem busca informações sobre um determinado procedimento. Aquelas também acabam por ser um modo prático de tecer referências a determinados assuntos, e interligá-los, de forma mais leve e informal.

²⁷ A simples menção de técnicas ou intervenções ou a informação sobre um aparelho ou procedimento novo não reflete, por si só, necessariamente o ideal de publicitar esta ou aquela medida – o intuito pode ser tão somente informativo.

seus médicos²⁸, facilitando-lhes a comunicação²⁹ – que se estende para além do atendimento presencial³⁰⁻³¹.

Os mesmos remédios que propiciam a aproximação entre a prática da medicina e o público geral apresentam também efeitos menos positivos. Uma comunicação genérica ou generalizável, publicada em redes sociais ou plataformas similares, nem sempre se aplica à situação particular do leitor não examinado; o sujeito que lê uma postagem com conteúdo médico – muitas vezes – não detém os conhecimentos técnicos ou científicos necessários para interpretá-la adequadamente; e determinadas informações e, sobretudo, algumas imagens compartilhadas fomentam expectativas exageradas ou irreais, dificilmente alcançáveis ou realizáveis em terceiros.

Nenhuma postagem parece ser de todo inofensiva. A impossibilidade de afirmar verdades universais aplicáveis invariavelmente e por simples subsunção ao indivíduo comum, dotado de particularidades e vicissitudes, aumenta o perigo que uma informação genérica e nem sempre corretamente compreendida pode representar para a saúde de um sujeito não examinado – que, por exemplo, adota certas restrições alimentares ou suplementações por ter lido ou visto um determinado *post* médico que esclarece sobre as maravilhas de uma determinada substância ou tratamento –; e ainda contraindica que se assuma o risco dos esclarecimentos porventura prestados se assemelharem ou efetivamente se traduzirem numa consulta à distância a um paciente desconhecido e nunca examinado – que, por exemplo, adota certo tratamento farmacológico ou suplementação vitamínica a partir do aconselhamento médico recebido *online* ou

²⁸ A veiculação de imagens cotidianas em páginas pessoais – como, por exemplo, fotos de acontecimentos diários (como a caminho do consultório) ou em congressos – acaba por aumentar essa sensação de proximidade.

²⁹ Vale observar que o discurso empregue nessas plataformas sociais é, normalmente, bem mais informal do que o usualmente adotado no meio médico. E, sobretudo em páginas de cunho pessoal, a referência de forma coloquial, por exemplo, a um determinado procedimento que reflete tão somente a exposição do dia-a-dia do profissional torna a comunicação mais acessível a um maior número de pessoas.

³⁰ Essa comunicação de nenhum modo se presta a substituir uma consulta presencial, ela visa, de um modo geral, apenas esclarecer, afastar dúvidas ou confusões.

³¹ Em caso de perguntas, por exemplo, as respostas mais generalizadas parecem mais recomendadas para que tais interações não se assemelhem a uma consulta à distância de um sujeito não examinado ou de um paciente superficialmente acompanhado.

devido a uma experiência vivida por outrem e compartilhada pelo profissional de medicina.

O desafio à participação de profissionais de medicina em redes sociais, ou ferramentas similares, acresce justificadamente para os médicos que pretendam compartilhar informações sobre procedimentos, tratamentos, intervenções e técnicas médicas efetivamente realizadas. Isto porque, conforme se vê nas dinâmicas relatadas, estas envolvem ainda a veiculação de imagens, no todo ou em parte, ou de informações de um outro sujeito: o paciente, dotado de direitos e cuja intimidade e privacidade encontram guarita no sigilo profissional.

De um modo geral, a divulgação dos resultados alcançados encontra-se cercada de contraindicações. Nas publicações – do tipo – de “antes e depois”, por exemplo, a possibilidade da imagem ser, intencionalmente ou não, melhorada, de certos detalhes serem realçados ou alterado por *softwares* de imagem ou por recursos de luz, justifica, de um modo geral, o preventivo afastamento dessa prática, que se encontra, vale frisar, expressamente vedada pelo Conselho Federal de Medicina³²⁻³³ – cuja aplicação alcança indubitavelmente o uso dessas novas ferramentas de comunicação³⁴.

A atenção às normas deontológicas invoca um maior cuidado com o conteúdo da informação a ser compartilhada. O amparo ao sigilo profissional fundamenta ainda a vedação à “referência a casos clínicos identificáveis”, à exibição de pacientes ou de “imagens que os tornem reconhecíveis em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em meios de comunicação em geral, mesmo

³² O art. 13, § 3º dispõe ser “vedado ao médico e aos estabelecimentos de assistência médica a publicação de imagens do “antes e depois” de procedimentos” – a exposição da “figura de seu paciente como forma de divulgar técnica, método ou resultado de tratamento, ainda que com autorização expressa do mesmo (art. 3º, g da RESOLUÇÃO CFM n.º 1.974/11) –, ressalvando-se, entretanto, o caso “dos trabalhos e eventos científicos em que a exposição de figura de paciente for imprescindível”, para os quais “o médico deverá obter prévia autorização expressa do mesmo ou de seu representante legal” (tal como disposto no art. 10 do mesma Resolução). (BRASIL, 2011, não paginado).

³³ Ademais, nos termos do art. 13, § 4º da Resolução da CFM n.º 1.974/2011 (alterada pela Resolução da CFM n.º 2.126/2015), até mesmo a “publicação por pacientes ou terceiros, de modo reiterado e/ou sistemático, de imagens mostrando o “antes e depois” ou de elogios a técnicas e resultados de procedimentos nas mídias sociais deve ser investigada pelos Conselhos Regionais de Medicina.” (BRASIL, 2011, não paginado).

³⁴ O art. 13 da Resolução da CFM n.º 1.974/2011 se refere expressamente a essa questão em seu *caput* e no § 1º. (BRASIL, 2011, não paginado).

com autorização do paciente”³⁵; e impede o médico de “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente” – e isto “mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido”³⁶ –, o que, numa primeira frente, ajuda a resguardar a imagem e a intimidade do indivíduo submetido aos cuidados médicos³⁷.

A tutela ao dever de confidencialidade médica não se restringe, todavia, apenas ao âmbito das obrigações deontológicas. A relevância da inviolabilidade do segredo profissional atrai também a atenção do Direito Penal, cuja proteção se revela na figura tipificada no art. 154 do CP – que, para os efeitos de que aqui se trata analisar, vem a punir a revelação, sem justa causa, de segredo de que se teve ciência em razão do exercício da profissão de médico.

As diretrizes deontológicas ajudam aqui a determinar aquilo que se insere no segredo profissional médico. Elas fornecem valiosas orientações para, ao menos em primeira linha, delimitar o objeto material do delito – mesmo que, no presente contexto, isto não seja suficiente para demarcar todo o alcance do tipo penal em tela.

A **violação dolosa do segredo profissional** há de ser ainda, necessária e cumulativamente, sem **justa causa**³⁸ e **potencialmente danosa**³⁹. A falta de um desses elementos acarreta, por óbvio, a atipicidade da conduta, o que acaba por limitar a esfera punitiva e a afastar a norma penal do conjunto de situações que lhe assemelhariam ao mero descumprimento de uma orientação deontológica.

³⁵ Art. 75 do Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018. (BRASIL, 2018, p. 181).

³⁶ Art. 73, *caput* e parágrafo único Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018. (BRASIL, 2018, p. 181).

³⁷ Nesse sentido também a vedação presente no art. 3º, *g* da Resolução da CFM n.º 1.974/2011 que fora anteriormente mencionado. (BRASIL, 2011, não paginado).

³⁸ Um justo motivo para a comunicação de segredo sabido através da profissão seria, por exemplo, uma obrigação imposta pela lei como a presente no art. 269 do Código Penal – no caso a razão da quebra do segredo seria, por exemplo, a exigência legal do médico comunicar doença grave, sob pena de punição –, situação esta que de nenhum modo se aplica ao presente contexto (postagens em redes e plataformas sociais). (GARCIA, 1949, p. 60).

³⁹ A tipicidade da conduta depende de uma violação dolosa do segredo médico que se dê sem justa causa e seja capaz de causar um dano a outrem. Como sinaliza, Basileu Garcia “o dano que se trata é potencial”, “não se exige a efetividade do prejuízo”, sendo bastante a sua potencialidade (GARCIA, 1949, p. 54).

O segredo violado há de ser, no contexto apresentado, do paciente, cujas imagens e/ou informações foram publicadas. A modalidade culposa, não punível, de modo algum parece pouco provável – não é certamente impossível – de ocorrer nesse cenário – seria, por sua vez, representada pelo caso, por exemplo, de uma publicação errônea, em que a imagem ou a informação foi postada equivocadamente por imperícia no manejo das ferramentas de comunicação.

A falta de justa causa parece não levantar muitas dúvidas quando se trata da veiculação de *posts* em ferramenta de comunicação de massa. Uma exceção imaginável seria em caso, por exemplo, de uma publicação determinada por ordem judicial sob pena de desobediência ou por força de lei, hipóteses essas que parecem pouco prováveis de ocorrer – mas que, como a realidade por vezes surpreende, valem ser mencionadas.

O conjunto de preocupações apresentado já seria, por si só, o bastante para justificar que a criação de uma página de uso pessoal pelo profissional de medicina, que tenha por fim veicular informações relativas à sua atividade, deva se cercar de alguns cuidados. No entanto, as postagens que não envolvam um paciente determinável também merecem uma maior atenção do próprio médico e, sem dúvida, se mostram capazes de atrair a atenção do jurista.

De um modo geral, a exigência de obedecer às normas editadas pelo Conselho Federal de Medicina se estende também às publicações realizadas pelo próprio médico, e isso mesmo que estas versem sobre si mesmo, sobre suas realizações e práticas diárias, e não mostrem um paciente assistido. O conteúdo de tais postagens pode se ver sujeito, por exemplo, às disposições regulamentares que estabelecem uma clara vedação às “imagens e/ou áudios que caracterizem sensacionalismo, autopromoção” – conceitos estes definidos no art. 9º, § 1 e 2 da Resolução da CFM n.º 1.974/2011⁴⁰ – ou concorrência desleal – cujas práticas podem ser exemplificadas também através de uma fonte legal ⁴¹⁻⁴².

⁴⁰ O § 1º, do dispositivo mencionado caracteriza como “autopromoção a utilização de entrevistas, informações ao público e publicações de artigos com forma ou intenção de: a) Angariar clientela; b) Fazer concorrência desleal; c) Pleitear exclusividade de métodos diagnósticos e terapêuticos; d) Auferir lucros de qualquer espécie; e) Permitir a divulgação de endereço e telefone de consultório, clínica ou serviço.” O § 2º esclarece, por sua vez, o que deve considerar como sensacionalismo: “a) A divulgação publicitária, mesmo de procedimentos consagrados, feita de maneira exagerada e fugindo de conceitos técnicos, para individualizar e priorizar sua atuação ou a instituição onde atua ou tem

O uso das ferramentas de comunicação em massa para se relacionar com terceiros abre ainda o leque de situações potencialmente capazes de se subsumir a uma moldura penalmente típica. E, se, em primeira linha, as publicações caracterizadas no parágrafo anterior se encontram deontologicamente vedadas, em último termo, elas podem se submeter inclusive ao julgo do Direito Penal, através da proteção que este proporciona à propriedade intelectual⁴³, por exemplo, às marcas e ao *know how*, e também ao direito do consumidor – cujo enunciado normativo que assinala que a “natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”⁴⁴⁻⁴⁵, de fato, não se mostra capaz de afastar por si só a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação médico-paciente⁴⁶ –, em especial, no que diz respeito à veracidade das informações publicadas e

interesse pessoal; b) Utilização da mídia, pelo médico, para divulgar métodos e meios que não tenham reconhecimento científico; c) A adulteração de dados estatísticos visando beneficiar-se individualmente ou à instituição que representa, integra ou o financia; d) A apresentação, em público, de técnicas e métodos científicos que devem limitar-se ao ambiente médico; e) A veiculação pública de informações que possam causar intranquilidade, pânico ou medo à sociedade; f) Usar de forma abusiva, enganosa ou sedutora representações visuais e informações que possam induzir a promessas de resultados.” (BRASIL, 2011, não paginado).

⁴¹ Alguns exemplos de concorrência desleal podem ser encontrados no art. 195 da Lei 9.279/1996 – em que pese a especialidade legal e o âmbito de aplicação da mencionada legislação. (BRASIL, 1996, não paginado).

⁴² Nesse sentido, o art. 13, §4º, da Resolução da CFM n.º 1.974/2011 (alterada pela Resolução da CFM n.º 2.126/2015), aumenta a vigilância ao dispor que “a publicação por pacientes ou terceiros, de modo reiterado e/ou sistemático, de imagens mostrando o “antes e depois” ou de elogios a técnicas e resultados de procedimentos nas mídias sociais deve ser investigada pelos Conselhos Regionais de Medicina”. (BRASIL, 2011, não paginado).

⁴³ Regulamentada na Lei n.º 9.279/1996. (BRASIL, 1996, não paginado).

⁴⁴ Capítulo I, XX do atual Código de Ética Médica/Resolução CFM n.º 2.217, de 01 de Novembro de 2018. (BRASIL, 2018, 179).

⁴⁵ No mesmo sentido já dispunha o Capítulo I, Princípios Fundamentais, XX do revogado Código de Ética Médica / Resolução CFM n.º 1.931/2009. (BRASIL, 2009, não paginado).

⁴⁶ A aplicação da norma consumerista parte da caracterização da relação de consumo existente entre o médico e o paciente e, conseqüentemente, leva ao emprego do Código de Defesa do Consumidor aos aspectos emergentes de tal relação. A partir da definição de consumidor como <<**toda pessoa física** ou jurídica que adquire ou **utiliza** produto ou **serviço como destinatário final**>> (art. 2.º da Lei n.º 8.078/90, grifo ora apostro) e de fornecedor como <<**toda pessoa física** ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que **desenvolvem atividades de** produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou **prestação de serviços**>> (art. 3.º da Lei n.º 8.078/90, grifo ora apostro) – a qual é entendida como <<**qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração**, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de carácter trabalhista>> (art. 3, § 2.º da Lei n.º 8.078/90, grifo ora apostro) –; o paciente exerce o papel de consumidor, e o médico, de fornecedor do seu serviço – que pode englobar, por exemplo, a consulta, o acompanhamento clínico e uma série de intervenções médicas realizadas em razão da assistência. (BRASIL, 1990, não paginado).

publicitadas, os quais encontram também nesse particular cenário um evidente e fértil campo de aplicação.

O vasto teor de informações e as inúmeras possibilidades de imagens aventáveis e compartilháveis por meio das ferramentas de comunicação de massa contraindicam um *check-up* completo da matéria. Esses fatores colocam a dificuldade intransponível de prever todos os modelos comportamentais capazes de infringir as normas deontológicas e de atentar contra bens jurídicos particularmente caros ao direito penal, abrindo, em última análise, exponencialmente o leque de comportamentos potencialmente capazes de se subsumir a uma moldura penalmente típica – o que demove qualquer pretensão de tecer uma análise taxativa e exaustiva das condutas típicas perpetráveis nessa seara.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso das ferramentas de comunicação em massa para a veiculação de informações e imagens de natureza médica traz consigo alguns desafios para o profissional de medicina. A faculdade de postar acarreta para este o encargo de educar sem medicar, esclarecer sem consultar à distância um sujeito não examinado, se expor sem se autopromover, informar sobre produto ou serviço sem publicitar etc.

O exame da participação dos profissionais de medicina em redes sociais não consegue afastar uma certa dose de ambivalência. Se, por um lado, cada janela aberta parece apresentar uma resposta para uma necessidade existente, por outro, cada dado compartilhado também tem o potencial de criar uma – nem sempre benéfica ou anódina – necessidade ou uma solução para um problema que, não raro, nunca antes fora aventado, fomentando questões sobre as efetivas vantagens aportadas para os leigos que dela tomam conhecimento – que, ao fim, nem sempre têm as ferramentas necessárias para compreender a informação postada e tirar algum proveito do material disponibilizado.

A segurança da saúde de terceiros justifica algumas reservas com o conteúdo virtualmente compartilhado. De um modo geral, estas se revelam, em primeira linha, na preocupação com a veracidade e no controle do teor das informações providas pelos médicos, presentes nas diretrizes deontológicas, e, em

último termo, na tutela jurídico-penal aplicável e perfeitamente ajustável a esse cenário.

A dinâmica presente nas redes sociais não imuniza seus participantes das consequências de suas condutas. As normas legais encontram aplicação dentro e fora do cenário virtual, o que acaba, não só por comprometer uma análise taxativa e exaustiva das situações que podem ser colocadas por essa interação social virtual e se mostrarem deontologicamente reprováveis e/ou penalmente relevantes, como também, numa derradeira análise, por denotar a contraindicação à realização, nessa seara, de diagnósticos genéricos apressados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Lei no 3.268, de 30 de setembro de 1957**. Regulamento. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013**. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 jan. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.634, de 11 de abril de 2002**. Dispõe sobre convênio de reconhecimento de especialidades médicas firmado entre o Conselho Federal de Medicina CFM, a Associação Médica Brasileira – AMB e a Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM. [Brasília, DF]: CFM, 2002. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1634_2002.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1931, de 17 de setembro de 2009**. Aprova o Código de Ética Médica. [Brasília, DF]: CFM, 2011. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 1.974, de 19 de agosto de 2011**. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em Medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. [Brasília, DF]: CFM, 2011. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2011/1974_2011.htm. Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.148, de 22 de julho de 2016. Regulamenta o funcionamento da Comissão Mista de Especialidades (CME), composta pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), pela Associação Médica Brasileira (AMB) e pela Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM), disciplinando o reconhecimento e o registro das especialidades médicas e respectivas áreas de atuação no âmbito dos Conselhos de Medicina, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 153, n. 238, p. 106, 13 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 155, n. 211, p. 179-182, 01 nov. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte Especial (arts. 213 a 311-A) crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 4.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GARCIA, Basileu. Violação de segredo. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 44, p. 51-67, 1 jan. 1949.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria. **Revista de derecho penal y criminología**, Madrid, v. 2, n. 15, p. 55-94, jan. 2005.

RIBEIRO, Fernando de Almeida. Sobre o exercício ilegal da medicina. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, Ano 9, n. 81/90, p. 379-420, 1926.

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH'S RIGHT

Caroline Medeiros e Silva*

Resumo: O presente artigo visa examinar a judicialização do direito à saúde sob o prisma de seus reflexos econômicos e como estes podem afetar a própria universalização daquele direito tal como prevista na Magna Carta de 1988, a partir da concessão de medidas judiciais que confirmam grande impacto orçamentário.

Palavras-chave: Direito. Medicamento. Judicialização da política.

Abstract: This paper aims to analyze the judicialization of the health's right from the perspective of its economic reflexes and how they may affect the universalization of health's right as listed in the Magna Carta of 1988, by concession of judicial measures that grant a large budgetary impact.

Keywords: Law. Medicine. Judicialization of politics.

* Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduada em Direito Pós-graduada em Propriedade Intelectual e Direito Patentário pela Pontifícia Universidade Católica (PUC). Atualmente é magistrada - Justiça Federal de Primeiro Grau no Rio de Janeiro - Seção Judiciária do RJ. E-mail: caroline@jfrj.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, tanto em países desenvolvidos como em países em desenvolvimento, a obesidade está sendo vista como uma doença crônica e epidêmica em crianças e adolescentes, “[...] sendo objeto de estudo de revisão que confirmou a atuação da gordura ectópica na liberação de adipocitinas, lipotoxinas e glicotoxinas que acarretam disfunções cardiovasculares.” (COSTA et al., 2017, p. 211).

Para Oliveira e outros autores (2004, p. 239) “Além do risco aumentado da criança e do adolescente obeso permanecer neste estado quando adultos, [...] estudos longitudinais sugerem que o tempo de duração da obesidade está diretamente associado a morbimortalidade por doenças cardiovasculares”.

A Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996), foi alterada, recentemente, pela Lei nº 13.666, de 16 de maio de 2018, para acrescentar o tema transversal da educação alimentar e nutricional no currículo escolar (BRASIL, 2018a).

A Lei 9.394 passou a vigorar, após decorridos cento e oitenta dias da publicação oficial, acrescida do § 9ºA - a educação alimentar e nutricional será incluída entre os temas transversais de que trata o caput (BRASIL, 1996). “[...] se apresenta a possibilidade de uma nova organização curricular, que permita eliminar a clássica divisão entre as disciplinas e introduzir novos arranjos de conteúdo, com base na interdisciplinaridade e temas transversais.” (CARVALHO, 2012, p. 54).

O Projeto de Lei da Câmara nº 102, de 14 de setembro de 2017, deu origem à proposta de incluir o tema Educação Alimentar e Nutricional no conteúdo das disciplinas de Ciências e Biologia dos currículos do ensino fundamental e do ensino médio, respectivamente (BRASIL, 2017). A justificação da iniciativa foi baseada no aumento da taxa de obesidade infantojuvenil.

A partir das premissas apresentadas, surge a proposta de uma prática educacional em saúde, considerando a circunstância favorável da recente inclusão do tema transversal Educação Alimentar e Nutricional, pela Lei nº 13.666, no processo de aprendizagem do Ensino Fundamental, etapas finais, e do Ensino Médio (BRASIL,

2018a). Destaca-se a urgência da inserção da abordagem prevencionista em relação à obesidade e às comorbidades (doenças que se instalam ou se intensificam com a obesidade; exemplos, diabetes *mellitus*, hipertensão arterial) e consequentes doenças cardiovasculares.

O artigo nº 196 da Constituição da República Federal de 1988 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença, de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

O artigo nº 205 da Constituição Federal e o artigo nº 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõem a todos a educação como direito (BRASIL, 1988; 1990). As mudanças nas Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica ampliaram os direitos à educação de crianças e adolescentes. O Ministério da Educação apresentou um dos fundamentos do projeto de Nação:

[...] a formação escolar é o alicerce indispensável e condição primeira para o exercício pleno da cidadania e o acesso aos direitos sociais, econômicos, civis e políticos. A educação deve proporcionar o desenvolvimento humano na sua plenitude, em condições de liberdade e dignidade, respeitando e valorizando as diferenças (BRASIL, 2013a, p. 4).

De acordo com a Política Nacional de Promoção à Saúde (PNPS), o objetivo geral é o de promover a equidade e a melhoria das condições e dos modos de viver, ampliando a potencialidade da saúde individual e coletiva e reduzindo vulnerabilidades e riscos à saúde decorrentes dos determinantes sociais, econômicos, políticos, culturais e ambientais (BRASIL, 2014a).

Segundo Luz (2008, p. 353) “[...] o termo saúde designa, portanto, uma afirmação positiva da vida e um modo de existir harmônico, não incluindo, em seu horizonte, o universo da doença. [...] que saúde, em sua origem etimológica, é um estado positivo do viver [...]”.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE é um programa de grande impacto social, considerado o mais abrangente dos programas voltados à alimentação e nutrição na América do Sul. Atualmente, são atendidos 37 milhões de alunos. O programa tem por objetivo a melhoria das necessidades nutricionais dos

estudantes, durante o período em sala de aula (BRASIL, 2013b). A Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009 dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos de Educação Básica (BRASIL, 2009). Determina que no mínimo 30% dos recursos sejam destinados para a aquisição de produtos da agricultura familiar. A Resolução FNDE (Fundo nacional de Desenvolvimento da Educação) nº 26, de 17 de junho de 2013, entrou em vigor com a finalidade de melhorar o atendimento no âmbito do PNAE (BRASIL, 2013b).

2 OBESIDADE

Os estudos sobre obesidade no país têm explanado o tema na ótica da epidemiologia. Medidas específicas são avaliadas sob o impacto que oferecem (BRASIL, 2014b). “O mundo moderno se transformou em um ambiente com variáveis inesgotáveis de alimentos baratos, fartos, palatáveis e de alta densidade energética e de avanços tecnológicos, feitos para diminuir a atividade física.” (POLSK, 2016, p. 775).

A obesidade vem aumentando, rapidamente, nas gerações mais recentes e a sua prevalência na sociedade contemporânea é um grande desafio na área de saúde pública. Segundo Polsky (2016, p. 775), um indivíduo desenvolve obesidade pela interação entre fatores genéticos, ambientais e comportamentais que agem no equilíbrio energético.

Somente nos últimos 15 anos, a obesidade assumiu prioridade nas políticas públicas, diante da sua magnitude e da associação com doenças crônicas não transmissíveis (DCNT), especialmente.

Estratégias que ultrapassem o âmbito de ação do setor saúde são necessárias, dadas as dificuldades em universalizar medidas individualizadas, como intervenções cirúrgicas, além dos limites que os próprios indivíduos enfrentam para modificar suas escolhas pessoais, alimentares ou de prática de atividade física, em contextos adversos à adoção de práticas saudáveis. (DIAS, 2017, p. 4).

A obesidade é categorizada, na CID-11 para Estatísticas de Mortalidade e Morbidade (versão 2018) no capítulo 05 Doenças endócrinas, nutricionais e

metabólicas”¹ (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2018). A obesidade é mencionada como um dos fatores de risco e como doença.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2018), IBGE, divulgou os resultados da pesquisa de Orçamentos Familiares que destacam o aumento de indivíduos obesos no Brasil, ao longo dos anos.

A obesidade também causa transtornos na vida diária das pessoas acometidas. Os mais frequentes são problemas estéticos acompanhados da dificuldade em andar, na obtenção de roupas de tamanhos maiores, restrição nos cuidados higiênicos, problemas com as entradas de acesso, limitações quanto a assentos, atividades físicas, e, com frequência, ser alvo de *bullying*.

3 HÁBITOS ALIMENTARES INADEQUADOS E SEDENTARISMO

Segundo Oliveira e outros autores (2003, p. 145):

As preferências alimentares das crianças, assim como as atividades físicas, são práticas influenciadas, diretamente, pelos comportamentos dos pais, que persistem, frequentemente, na vida adulta, o que reforça a hipótese de que os fatores ambientais são decisivos na manutenção ou não do peso saudável.

Há estudos sobre o comportamento dos adolescentes, em relação a alguma forma de tempo de tela, seja a visualização televisiva, jogos e internet, por horas consecutivas, diariamente, e o aumento do índice de massa corporal, IMC. Segundo Biddle, Bengoechea e Wiesner (2017, p. 13), “Em resumo, evidências de revisões sistemáticas sintetizando estudos observacionais transversais indicam uma associação entre visualização de TV, tempo de tela e adiposidade na juventude e algumas evidências, mas menos claras, para o uso de computadores”².

“Sabe-se ainda que fatores comportamentais são adquiridos na infância e adolescência, tornando essencial seu estudo para identificação de hábitos saudáveis.” (COELHO et al., 2015, p. 407).

¹ Título original: “ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics (2018 version). 05 Endocrine, nutritional or metabolic diseases”

² Texto original: “In summary, evidence from systematic reviews synthesizing observational cross-sectional studies indicates an association between TV viewing, screen time and adiposity in youth, and some evidence, but less clear, for the use of computers”.

Uma boa alimentação e nutrição são requisitos básicos para ter uma vida saudável, pois possibilitam o crescimento e o desenvolvimento humano com qualidade. Porém, não existe um padrão ou uma receita de alimentação saudável universal e que respeite as necessidades nutricionais de acordo com os atributos coletivos, específicos e individuais de todos. (COELHO et al., 2015, p. 410).

O poder e influência da mídia e a diversidade de produtos em suas embalagens coloridas influenciam os hábitos alimentares diários. Refeições congeladas, refrigerantes, balas, chicletes, biscoitos recheados, salgadinhos fritos, sucos industrializados adoçados, sorvetes cremosos, embutidos, bolos com cobertura são alguns tipos de alimentos ricos em açúcares, sal e conservantes.

No cotidiano alimentar das escolas sublinha-se a redução da prevalência da desnutrição, em termos gerais, no Brasil e aumento de frequência de sobrepeso e obesidade. Um problema de saúde decorrente de hábitos não saudáveis (FREITAS, 2013, p. 980).

A orientação é melhorar a qualidade da alimentação diária, consumindo alimentos saudáveis, ricos em nutrientes, de forma equilibrada.

A AHA (American Heart Association) publicou um guia "Gestão do estilo de vida para reduzir o risco cardiovascular"³ direcionado para o público adulto. (ECKEL et al., 2013).

Observa-se que ainda há uma lacuna em diretrizes e modelos multidisciplinares de práticas de prevenção de doenças cardiovasculares voltados para crianças e adolescentes.

4 COMORBIDADES

A palavra comorbidade define a doença que se instala ou se intensifica com a obesidade, devido ao acúmulo de gordura no organismo e, simultaneamente, a elevação do peso e massa corporal. Como consequência, a ocorrência de hipertensão arterial, diabetes, dislipidemias e outras doenças, que são denominadas de comorbidades prognósticas da obesidade.

³ Título original: "Guideline of lifestyle management to reduce cardiovascular risk".

O Brasil está entre os 10 países com maior número de mortes causadas por doenças cardiovasculares, sendo a principal razão de morte em mulheres e homens no país.

“As doenças cardiovasculares (DCVs) são as principais causas de morte na população brasileira e são responsáveis por pelo menos 20% das mortes em nossa população com mais de 30 anos de idade” (MANSUR; FAVARATO, 2016, p.21).

A metade das causas de morte por DCV, antes dos 65 anos, pode ser atribuída à pobreza. Da mesma forma, baixa escolaridade contribui para pobreza, aumentando o índice de mortalidade por DCV. Alimentação inadequada, baixa atividade física, consumo de álcool e tabagismo são outros importantes fatores de risco para as DCVs, e é mais prevalente nas classes sociais menos favorecidas da população. Portanto, a instituição de políticas públicas de prevenção das DCVs deve ser intensificada com o objetivo de restituir a tendência de queda da mortalidade. Isto porque os fatores ambientais, ocupacionais, comportamentais e metabólicos foram responsáveis por quase 90% dos anos de vida ajustados por incapacidade e de mortes por DCVs (MANSUR; FAVARATO, 2016, p. 23-24).

4.1 Hipertensão arterial

Segunda a Sociedade Brasileira de Cardiologia, a pressão arterial elevada é um dos fatores de risco para doenças cardiovasculares. De acordo com a Organização Pan-americana da Saúde (2017, não paginado):

estima-se que 17,7 milhões de pessoas morreram por doenças cardiovasculares em 2015, representando 31% de todas as mortes em nível global. Desses óbitos, estima-se que 7,4 milhões ocorrem devido às doenças cardiovasculares e 6,7 milhões devido a acidentes vasculares cerebrais (AVCs). Mais de três quartos das mortes por doenças cardiovasculares ocorrem em países de baixa e média renda.

A hipertensão arterial é uma doença circulatória. Diante do cenário, urge a necessidade de investigar e identificar a associação da hipertensão arterial com a elevação do risco para doenças cardiovasculares.

Segundo Whelton e outros autores (2012, p. 2881): “Um desafio no estudo do impacto da ingestão excessiva de sódio nos humanos é que os danos nos órgãos-

alvo muitas vezes se desenvolvem lentamente, provavelmente, durante muitos anos.”⁴.

4.2 Álcool, drogas e tabaco

O uso do álcool, drogas e tabaco entre estudantes da educação básica é uma preocupação crescente. Agravando-se quando estes hábitos estão presentes no âmbito familiar.

O SISNAD, Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, tem como um de seus objetivos integrar as políticas de prevenção do uso indevido prevista na Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (BRASIL, 2006).

Entende-se que esta integração e engajamento deve se estender aos segmentos escolares, como prevenção, já desde o ensino fundamental, por meio de ações educativas, que dentre outras ações, tem a de levar o conhecimento sobre as drogas e a gravidade de sua utilização.

O Programa Nacional de Controle do Tabagismo, PNCT, é composto por ações articuladas através do Instituto Nacional de Combate ao Câncer ([2018]), INCA, junto à Secretarias de Educação e de Saúde. As ações são multiplicadas entre profissionais atuantes em escolas, dentre outras instituições envolvidas com o controle do tabagismo e prevenção de câncer.

O Programa tem como objetivo reduzir a prevalência de fumantes e a consequente morbimortalidade relacionada ao consumo de derivados do tabaco, seguindo um modelo no qual ações educativas, de comunicação, de atenção à saúde, associadas às medidas legislativas e econômicas, se potencializam para prevenir a iniciação do tabagismo, promover a cessação de fumar e proteger a população da exposição à fumaça ambiental do tabaco. De iniciativa da Secretaria Nacional Antidrogas, há um curso de capacitação direcionado aos conselheiros municipais e lideranças comunitárias, Prevenção ao Uso Indevido de Drogas (BRASIL, 2011).

⁴ Texto original: “A challenge in studying the impact of excess sodium intake in humans is that target-organ damage often develops slowly, likely over many years”.

Segundo Costa e outros autores (2017, p. 206), o tabagismo somado a outro fator de risco, durante a adolescência, já é suficiente para a predição de uma doença cardiovascular nos próximos 10 anos, pois unidos elevam a gravidade das lesões vasculares, prevalecendo na fase adulta.

4.3 Diabetes Mellitus

Segundo a Sociedade Brasileira de Diabetes, atualmente, existem mais de 12 milhões de portadores da doença. Os diabéticos tipo 2 (DM2) representam 90% a 95% dos casos, sendo que a grande maioria apresenta sobrepeso ou obesidade. Apesar de ocorrer em qualquer idade, geralmente o DM2 é diagnosticado após os 40 anos. É importante ressaltar que o diabetes apresenta alta morbimortalidade, sendo uma das principais causas de mortalidade, insuficiência renal, amputação de membros inferiores, cegueira e de doença cardiovascular, incluindo doenças coronarianas e acidentes vasculares encefálicos.

[...] nos últimos anos tem se verificado um aumento da prevalência desta doença em crianças e adolescentes. Neste sentido, deve-se enfatizar que o diabetes tipo 2 tem contribuído com mais de 30% dos novos casos de diabetes, mostrando uma possível relação do aumento da prevalência de obesidade infantil com o desenvolvimento desta doença. Um estudo multicêntrico em 55 crianças e 112 adolescentes obesos constatou a existência da diminuição da tolerância à glicose em 25% e 21%, respectivamente, sendo que 4% dos adolescentes eram diabéticos tipo 2. O índice de resistência à insulina foi um forte preditor para a diminuição da tolerância à glicose, confirmando que na infância, a resistência à insulina associada com a hiperinsulinemia são os fatores de risco mais importantes para o desenvolvimento da diminuição da tolerância à glicose em crianças obesas. O processo do desenvolvimento do diabetes tipo 2 na infância parece evoluir de maneira mais rápida do que nos adultos (OLIVEIRA et al., 2004, p. 239).

Embora seja reconhecido o impacto negativo do diabetes no cotidiano de seus portadores, bem como a presença de diversas variáveis envolvidas nesse processo, são escassas as pesquisas que revelem quais fatores da doença têm influenciado a qualidade de vida dos indivíduos diabéticos. Assim, são oportunos os estudos que busquem identificar essa relação, diante da importância que o Diabetes Mellitus tem assumido no cenário da saúde pública mundial.

5 DOENÇAS CARDIOVASCULARES

As doenças cardiovasculares, para Carlucci (2013, p. 376), “são doenças que causam distúrbios no coração e vasos sanguíneos, responsáveis pela maior taxa de morbidade e mortalidade no mundo, sendo que requerem os mais elevados custos de assistência social e econômica”.

Segundo Gagliardi (2009, p. 1), dentre as doenças cardiovasculares, o acidente vascular cerebral (AVC) é a principal causa de óbito e de incapacidade no Brasil, o que causa um alto custo para família e para o governo, que tem seu orçamento comprometido com o tratamento clínico e de reabilitação, e não tendo acesso às suas necessidades básicas.

O acidente vascular cerebral é frequente em adultos e é a segunda causa de morte no mundo e a primeira causa de incapacidade funcional para as atividades de vida diária. Segunda a Organização Mundial de Saúde (OMS), 15 milhões de pessoas apresentam acidente vascular cerebral por ano, destas cinco milhões morrem em decorrência do evento e grande parte dos sobreviventes apresenta sequelas físicas e ou mentais. As sequelas geram impacto econômico, social e familiar, sendo que 15% dos pacientes não apresentam prejuízo da capacidade funcional (RANGEL; BELASCO; DICCINI, 2013, p. 206).

Diante deste quadro, ratifica-se a importância das ações educativas no âmbito escolar, pelo tema Educação Alimentar e Nutricional, recentemente, incluído no currículo do ensino fundamental II e médio, da educação básica. Assim sendo, por meio do tema transversal, incluir as informações, os dados estatísticos das doenças cardiovasculares, os efeitos negativos sobre as pessoas que adquirem sequelas, as dificuldades na condução da vida diária, a saída do mercado de trabalho e o impacto na rotina familiar, de forma que os escolares entendam que podem evitar, em grande parte, estes infortúnios futuros, modificando seus hábitos atuais.

6 METODOLOGIA

O presente levantamento de informações sobre as matérias referentes às comorbidades e doenças cardiovasculares, se deu através de revisão bibliográfica, aplicado o método de pesquisa exploratória.

O estudo fundamentou-se em documentos de governo e de entidades ligadas à temática educação alimentar e nutricional, sendo a obesidade abordada como uma questão de política pública, presente nas áreas da educação e da saúde. Foram incluídos normativos específicos da alimentação escolar.

Foram pesquisados os sítios eletrônicos do Ministério da Educação (<http://portal.mec.gov.br>), da Biblioteca Virtual do Ministério da Saúde (<http://bvsm.s.saude.gov.br>) e de órgãos vinculados como INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, CNE – Conselho Nacional de Educação e FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

Foram acessadas as plataformas Scielo, Scopus e Pubmed, utilizando-se os descritores, doenças cardiovasculares, obesidade infantil, pressão arterial, sedentarismo e diabetes. Aplicando-se os filtros, dentre estes, artigos científicos foram escolhidos para compor a presente revisão.

7 III FÓRUM DE MONITORAMENTO DAS METAS NACIONAIS E GLOBAIS PARA O ENFRENTAMENTO DAS DOENÇAS CRÔNICAS NÃO TRANSMISSÍVEIS NO BRASIL 2011-2022

Segundo o Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos Não Transmissíveis e Promoção da Saúde, a vigilância, monitoramento e avaliação das DCNT e respectivos fatores de risco são executados utilizando-se de inquéritos domiciliares, escolares, telefônicos e das informações do sistema de saúde. (BRASIL, 2018b, p. 25).

No que se refere à saúde dos escolares, em 2009, foi realizada a primeira edição da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar, com adolescentes das 26 capitais brasileiras e do Distrito Federal. Essa pesquisa é realizada a cada três anos e, em 2012, passou a ser realizada também nos Municípios do interior, além dos Municípios das capitais do Brasil. (BRASIL, 2018b, p. 26).

8 OBJETIVOS

O Censo Escolar é um levantamento de dados estatísticos educacionais anual e de âmbito nacional, determinado pelo Decreto nº 6.425, de 4 de abril de 2008, que em seu artigo 4 estabelece a obrigatoriedade do fornecimento de informações solicitadas no Censo Escolar da Educação Básica para todas as escolas públicas e privadas do país, constituindo-se numa ferramenta imprescindível para todos os atores na área de educação e sociedade em geral (BRASIL, 2008). O Censo é realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP.

Segundo o INEP, os Indicadores Educacionais do Censo Escolar demonstram o desempenho dos alunos, o contexto socioeconômico e as condições em que se dá o processo de ensino e aprendizagem. Os Indicadores são úteis principalmente para o monitoramento dos sistemas educacionais, considerando o acesso, a permanência e a aprendizagem de todos os alunos. Contribuem para o acompanhamento de políticas públicas direcionadas para a melhoria da qualidade da educação e dos serviços oferecidos à sociedade (BRASIL, 2018c).

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2016-2017 realizada pelo IBGE, com divulgação em 2018, mostra que a taxa de escolarização, em 2017, para as pessoas de 6 a 14 anos de idade, foi 99,2%, o que equivaleu a 26,2 milhões de estudantes, no sistema de ensino brasileiro. Em relação, às pessoas na faixa etária de 15 a 17 anos de idade, a taxa de escolarização, em 2017, foi de 87,2%, todavia a equivalência em números dos estudantes não foi informada (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2018, p. 6).

Portanto, levando-se em conta a taxa de escolarização, o universo é estimado em milhões de estudantes, constatação suficiente para nortear o objetivo geral desta pesquisa.

No presente estudo, a indicação da faixa etária de 9 a 17 anos é justificada pelo grau de compreensão por parte dos estudantes e da autonomia em suas preferências alimentares.

O objetivo geral é a criação de políticas públicas visando a educação em saúde de forma mais abrangente. Há a necessidade de incluir nos regimentos internos escolares, que possuem forma normativa, regras específicas para atendimento dos escolares portadores de obesidade e de doenças decorrentes. Assim como, a previsão de encaminhamento às unidades de saúde para o devido acompanhamento. Esta parceria visa a redução de internações e da mortalidade infantil por causas preveníveis, na fase infantojuvenil e, conseqüentemente, o acometimento das doenças cardiovasculares, na idade jovem e adulta.

Os objetivos específicos traduzem-se em ações para responder de forma regular e estruturada, integrando ações preventivas em atenção aos alunos, com base em valores éticos e sociais, de forma a respeitar e contemplar as diferentes peculiaridades de cada região, local, cultura e condição socioeconômica, na temática da educação alimentar e nutricional.

Esta nova forma de organização em prol da educação alimentar como fator fundamental da prevenção de doenças, acredita-se ser de menor custo e de maior eficiência, comparada aos custos elevados do sistema de saúde.

A proposta e suas respectivas ações, nas escolas, objetivam o aumento da integração e do engajamento dos alunos, em colocar em prática os ensinamentos e orientações oferecidas pelos atores educacionais e de saúde envolvidos.

As escolas são coletivas e, portanto, entende-se que estas ações precisam ser montadas em uma linha estruturada de atuação, de forma a contemplar as individualidades dos alunos, suas experiências e emoções e desenvolver habilidades para que sejam indivíduos solidários, ao longo do percurso escolar. Deve-se considerar as dificuldades para a implementação e o acompanhamento por equipes de coordenadores.

9 EDUCAÇÃO ALIMENTAR E NUTRICIONAL

A educação alimentar e nutricional foi nominada como tema transversal e carece da compreensão abrangente necessária de diferentes saberes. A

transversalidade diz respeito ao aprendizado de conhecimentos já sistematizados com os aprendidos na realidade do cotidiano.

“[...] por meio da articulação das diversas áreas do conhecimento, [...] se apresenta a possibilidade de uma nova organização curricular, que permita [...] introduzir novos arranjos de conteúdo, com base na interdisciplinaridade e temas transversais.” (CARVALHO, 2012, p. 54).

Há que se afirmar a interdisciplinaridade como um conceito, historicamente e socialmente, produzido, apresentando no campo epistemológico, no mundo do trabalho, e na educação, movimento de continuidade e ruptura em relação às questões que buscam elucidar, e que, simultaneamente, a constituem. (PEREIRA, 2008, p. 263)

A melhor alimentação é aquela que reúne os nutrientes necessários e em quantidades suficientes para nutrir o organismo, em suas necessidades diárias. Uma dieta equilibrada traz vários benefícios aos estudantes: melhoria no rendimento escolar; desenvolvimento físico e psíquico; aumento das defesas orgânicas necessárias a boa saúde; redução do absenteísmo; alteração dos hábitos alimentares; aumento da disposição física para a prática de exercícios; elevação da autoestima pelo sentimento de pertencimento à coletividade.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de número 3, da Agenda 2030, recomenda aos governos “assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015, não paginado).

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas promoverão a integração e comprometimento dos profissionais envolvidos nas ações educativas e de promoção à saúde. São imprescindíveis para a comunicação e o fortalecimento de todas as medidas e diretrizes das áreas de educação e saúde. A interdisciplinaridade promoverá as transformações desejadas, por meio de ações preventivas, com o intuito de reduzir o acometimento da obesidade e suas consequências, nas faixas etárias mais

jovens, como também, a redução de doenças cardiovasculares na fase precoce da vida e na fase adulta.

Estratégias coletivas poderão ser desenvolvidas como integrar atividades físicas e de recreação nas escolas e ofertar lanches e refeições saudáveis. É importante lembrar que as atividades físicas requerem profissionais qualificados e monitoramento adequado, com a preocupação de perceber a receptividade por parte dos alunos com excesso de peso e obesos, na lida com as práticas físicas.

REFERÊNCIAS

BIDDLE, S. J.; BENGOCHEA, E. G.; WIESNER, G. Sedentary Behaviour and Adiposity in Youth: A Systematic Review of Reviews and Analysis of Causality. **International Journal of Behavioral Nutrition and Physical Activity**, [S.l.], v. 14, n. 43, p. 1-21, 2017. Disponível em: <https://ijbnpa.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12966-017-0497-8>. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 6.425, de 4 de abril de 2008**. Dispõe sobre o censo anual da educação. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6425.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 08 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 08 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.666, de 16 de maio de 2018**. Altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir o tema transversal da educação alimentar e nutricional no currículo escolar. Brasília, DF: Presidência da República, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13666.htm. Acesso em: 10 dez. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 102, de 2017**. Inclui o tema da educação alimentar e nutricional nos currículos do ensino fundamental e do ensino médio. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130899/pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Censo Escolar 2017**: notas estatísticas. Brasília, DF: MEC; INEP, 2018c. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2018/notas_estatisticas_Censo_Escolar_2017.pdf. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Diretrizes curriculares nacionais para educação básica**. Brasília: MEC, 2013a. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/julho-2013-pdf/13677-diretrizes-educacao-basica-2013-pdf/file>. Acesso em: 06 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução FNDE nº 26, de 17 de junho de 2013**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do PNAE. Brasília, DF: MEC, 2013b. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/4620-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-26,-de-17-de-junho-de-2013>. Acesso em: 5 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. **Prevenção ao uso indevido de drogas**: capacitação para conselheiros e lideranças comunitárias. Brasília, DF: Ministério da Justiça; SENAD, 2011. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Projeto_Semear/Material_Capacitacao/Curso_Prevencao_ao_uso_indevido_de_Drogas_Capacitacao_para_Conselheiros_e_Liderancas_Comunitarias_2011_SENAD.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.446, de 11 de novembro de 2014**. Redefine a Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS). Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014a. Disponível em:

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt2446_11_11_2014.html. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Estratégias para o cuidado da pessoa com doença crônica: obesidade**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014b. (Cadernos de Atenção Básica, n. 38). Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/estrategias_cuidado_doenca_cronica_obesidade_cab38.pdf. Acesso em: 13 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Relatório do III Fórum de Monitoramento do Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas não Transmissíveis no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018b. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_iii_forum_monitoramento_plano.pdf. Acesso em 11 dez de 2018.

CARLUCCI, E. M. S. et al. Obesidade e sedentarismo: fatores de risco para doença cardiovascular. **Com. Ciências Saúde**, Brasília, DF, v. 24, n. 4, p. 375-384, 2013. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/artigos/ccs/obesidade_sedentarismo_fatores_risco_cardiovascular.pdf. Acesso em: 30 nov. 2018.

CARVALHO, E. J. G. Gestão escolar: da centralização à descentralização. **Cadernos de Pesquisa em Educação PPGE/UFES**, Vitória, ano 9, v. 18, n. 36, p. 33-53, 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.ufes.br/educacao/article/view/5373/3973>. Acesso em: 7 dez. 2018.

COELHO, L. G. et al. Associação entre estado nutricional, hábitos alimentares e nível de atividade física em escolares. **Jornal da Pediatria**, Rio de Janeiro, v. 88, n. 5, p. 406-412, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jped/v88n5/v88n05a09.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

COSTA, I. F. A. F. et al. Adolescentes: comportamento e risco cardiovascular. **Jornal Vascular Brasileiro**, Porto Alegre, v. 15, n. 3, p. 205-213, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jvb/v16n3/1677-5449-jvb-1677-5449011816.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2018.

DIAS, P. C. et al. Obesidade e políticas públicas: concepções e estratégias adotadas pelo governo brasileiro. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 7, p. 1-12, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v33n7/1678-4464-csp-33-07-e00006016.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.

FREITAS, M. C. S. et al. Escola: lugar de estudar e de comer. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 979-985, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n4/10.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ECKEL, R. H. et al. Guideline on Lifestyle Management to Reduce Cardiovascular Risk. **AHA/ACC**, Dallas, v. 129, n. 25, suppl. 2, p. S76-S99, 2013. Disponível em: <https://www.ahajournals.org/doi/pdf/10.1161/01.cir.0000437740.48606.d1>. Acesso em: 7 nov. 2018.

GAGLIARDI, R. J. Hipertensão arterial e AVC. **Com Ciência**, Campinas, n. 109, 2009. Disponível em: <http://comciencia.scielo.br/pdf/cci/n109/a18n109.pdf>. Acesso: em 21 nov. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) Contínua 2016-2017**. [Rio de Janeiro]: IBGE, 2018. p. 1-12. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101576informativo.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2018.

Instituto Nacional do Câncer. Ministério da Saúde. **Programa Nacional de Controle do Tabagismo**. [S.l.]: INCA, [2018]. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/programa-nacional-de-controle-do-tabagismo>. Acesso em: 7 nov. 2018.

LUZ, M. T. Saúde. *In*: PEREIRA, I. B.; LIMA, J. C. F. (org.). **Dicionário da Educação profissional em saúde**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008. Disponível em: <http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/Dicionario2.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

MANSUR, A. P., FAVARATO, D. Tendências da Taxa de Mortalidade por Doenças Cardiovasculares no Brasil, 1980-2012. **Arq Bras Cardiol**, São Paulo, v. 107, n. 1, p. 20-25, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abc/v107n1/pt_0066-782X-abc-20160077.pdf. Acesso em: 4 nov. 2018.

OLIVEIRA, A. M. A. et al. Sobrepeso e obesidade infantil: influência de fatores biológicos e ambientais em Feira de Santana, BA. **Arquivos Brasileiros de Endocrinologia e Metabologia**, São Paulo, v. 47 n. 2, p. 144-150, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/abem/v47n2/a06v47n2.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2018.

OLIVEIRA, C. L. et al. Obesidade e síndrome metabólica na infância e na adolescência. **Revista de Nutrição**, Campinas, v. 17, n. 2, p. 237-245, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-52732004000200010&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 4 out. 2018.

Organização das Nações Unidas. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Tradução: Centro de Informação das Nações

Unidas para o Brasil. Rio de Janeiro: UNIC, 13 out. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso: 10 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Doenças cardiovasculares**. Brasília, DF: OMS Brasil, 2017. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5253:doencas-cardiovasculares&Itemid=1096. Acesso em: 7 dez. 2018.

PEREIRA, I. B. Interdisciplinaridade. *In*: PEREIRA, I. B.; LIMA, J. C. F. (org.). **Dicionário da Educação profissional em saúde**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: EPSJV, 2008. p. 263-268. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/l43.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

POLSKY, V. A. S. et al. Obesidade: epidemiologia, etiologia e Prevenção. *In*: **Nutrição Moderna de Shils na Saúde e na Doença**. 11. ed. Barueri: Manoele, 2016.

RANGEL, E. S. S.; BELASCO, A. G. S.; DICCINI, S. Qualidade de vida de pacientes com acidente vascular cerebral em reabilitação. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 26, n. 2, p. 205-212. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ape/v26n2/v26n2a16.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2018.

WHELTON, P. K. et al. Sodium, blood pressure, and cardiovascular disease further evidence supporting the American Heart Association sodium reduction recommendations. **AHA Journals**, Dallas, v. 126, n. 24, p. 2880-2889, 2012. Disponível em: <https://www.ahajournals.org/doi/10.1161/cir.0b013e318279acbf>. Acesso em: 7 dez. 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **ICD-11 for Mortality and Morbidity Statistics**: 2018 version. [S.l.]: Who, 2018. Disponível em: <https://icd.who.int/browse11/l-m/en>. Acesso em: 11 dez. 2018.

REFUGIADOS: QUESTÕES POLÍTICAS, JURÍDICAS E SOCIAIS

REFUGEES: POLITICAL, JURIDICAL AND SOCIAL ISSUES

Anderson Domingos*
Maria Geralda de Miranda**

Resumo: O aumento dos conflitos no mundo e as violações de direitos, principalmente nos países subdesenvolvidos, continuam fazendo com que populações inteiras tenham que deixar a terra de origem para escapar da fome e de contínuas atrocidades. Este estudo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, busca refletir sobre a situação das pessoas em situação de refúgio. Faz uma breve explanação acerca da legislação internacional e do contexto que a motivou. A seguir aborda a situação do Brasil no que tange à proteção aos refugiados e, por fim, debate a problemática do refúgio e conclui que a garantia dos direitos humanos dos refugiados faz parte de um grande desafio, que deve ser enfrentado uma vez que esse direito já foi violado, quando da fuga do indivíduo de seu país de origem.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Pessoas vulneráveis. ONU.

Abstract: The increase in conflicts in the world and violations of rights, especially in the underdeveloped countries continue to cause entire populations to leave their homeland to escape hunger and continuous atrocities. This study, through bibliographical and documentary research, seeks to reflect on the situation of people in situations of refuge. It gives a brief explanation of international law and the context that motivated it. It then discusses Brazil's situation with regard to refugee protection and, finally, discusses refugee issues and concludes that guaranteeing the human rights of refugees is a major challenge, which must be tackled as this right was already violated when the individual fled from his country of origin.

Keywords: Human rights. Vulnerable people. UN.

* Mestre em Desenvolvimento Local pelo Centro Universitário Augusto Motta – UNISUAM. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Iguazu. Graduado em Direito pela Universidade Iguazu. É professor da Universidade Iguazu.

** Pós-doutora em Políticas Públicas, Pesquisadora do Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Local, Centro Universitário Augusto Motta. E-mail: mgeraldamiranda@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), define refugiados como sendo pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados.

Já Piovesan (2012, p. 49) define refugiado como pessoa que não só não é respeitada pelo Estado ao qual pertence como também é esse Estado quem a persegue, ou não pode protegê-la, caso esteja sendo perseguida.

Em razão da Segunda Guerra Mundial, houve um grande deslocamento humano, alcançando o número de 40 milhões de pessoas saídas da Europa, além de terem saído 13 milhões de alemães dos países que formavam a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, URSS. (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2002). Este grande deslocamento passou a exigir que normas fossem estabelecidas para garantir que os direitos humanos desses refugiados fossem levados em consideração da mesma forma que o da população nativa de um determinado Estado.

Com sede em Genebra, o ACNUR surgiu com o objetivo de auxiliar na solução do problema do crescente número de pessoas que necessitam de amparo e que não tem como recorrer à proteção de seu país de origem, como é o caso dos refugiados.

Assim, esta entidade da Organização das nações Unidas, ONU, trabalha buscando assegurar permanência para refugiados em outros Estados. As suas ações só são possíveis por causa dos tratados internacionais e das relações entre países para que pessoas submetidas à condição de refugiado possam ser acolhidas de maneira humanitária e solidária.

Mas mesmo com os esforços para oferecer auxílio aos refugiados, a situação deles tem se transformado em uma crise humanitária de proporções mundiais, deixando clara a falta de vontade e suporte por parte de governos para que

legislações, planos e ações destinados a ajudar os refugiados, sejam efetivos e apresentem resultados positivos.

2 O REFÚGIO E A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que completa 70 anos em 2018, é, até hoje, uma das mais importantes ferramentas de globalização dos direitos humanos, mesmo sofrendo com processos constantes de avanço e retrocesso na manutenção desses direitos, uma vez que conflitos motivados por diferenças políticas, religiosas e sociais não podem ser eliminados apenas com a constatação de um direito inerente aos indivíduos.

Junto com os mecanismos convencionais, os Direitos Humanos contam ainda com procedimentos especiais, conhecidos como Relatores Especiais ou Especialistas Independentes, num total de 44 procedimentos até o momento, que são mecanismos de inquérito e monitoramento independentes do Conselho da ONU, focados em avaliar contextos específicos de casos que possam estar violando os direitos humanos por meio de mandatos centrados em temas específicos, além de 12 mandatos de países.

Além dessas ferramentas, a Organização das Nações Unidas possui, ainda, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, entidade que tem como principal responsabilidade a promoção, coordenação, disseminação e fortalecimento dos direitos humanos dentro do sistema da própria ONU.

À medida que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU se desenvolve e ganha mais mecanismos e entidades para promover suas diretrizes, maior a sua efetividade. Por este motivo, a própria ONU tem ampliado seu alcance, contando com diversos escritórios, centros regionais e acessórias em todo o mundo, trabalhando em parceria com organizações da sociedade civil e contando com o apoio dos governos para resguardar e fazer cumprir os direcionamentos que asseguram os direitos humanos.

Entender a forma como a legislação internacional de proteção aos direitos humanos dos refugiados se concretizou se relaciona com o desenvolvimento da própria Organização das Nações Unidas, ONU, e de suas comissões e direcionamentos, bem como com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No final da década de 1940, em meio aos problemas ocorridos com a construção do Muro de Berlim e a Guerra da Coréia, a Assembleia Geral da ONU determinou a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, ACNUR, que deu início às suas ações efetivamente em 1º de janeiro de 1951.

As atividades desse Alto Comissariado relacionam-se à elaboração de programas de assistência especialmente voltados a determinados grupos, tais como crianças e os idosos, e também aos refugiados, abarcando os apátridas, os migrantes internos e os solicitantes de refúgios.

Além disso, a ONU também criou em 1951 a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, especificamente para a proteção desse grupo de pessoas, passando a vigorar em 21 de abril de 1954. Já nas décadas de 1960 e de 1970 ocorreram muitos movimentos nacionalistas, dentro das colônias asiáticas e africanas, o que desencadeou a descolonização dessas nações e a concretização de novos Estados, tendo alguns países conquistado a independência por meio de conflitos violentos, tais como o Paquistão e a Ruanda (SARAIVA, 1997, p. 87).

Em razão dos diversos movimentos asiáticos e africanos de independência, surgiu um novo instrumento de proteção dos refugiados, denominado de Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, o que terminou com a reserva temporal da Convenção (ANDRADE, 1996a).

Nos anos de 1970 e 1980, alguns países latino-americanos tiveram regimes de exceção, ocorrendo, assim, muitos conflitos armados, principalmente por razões políticas, o que causou uma migração de cerca de 2 milhões de refugiados advindos desses países (ANDRADE 1996a).

Com o fim da Guerra Fria, quando ocorreram muitas mudanças econômicas, sociais e políticas ao redor do mundo, o cenário econômico passou a ser representado pelo neoliberalismo e pela formação de blocos econômicos. Após a recessão econômica é que os refugiados passaram a ser vistos de maneira

depredatória, pois eles não davam benefícios aos países desenvolvidos (FELLER, 2001). Por conseguinte, os refugiados, depois do fim da Guerra Fria, perderam o simbolismo político que tinham no período da guerra. (HYNDMAN, 2000).

3 O BRASIL E A PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS

O Brasil costuma ser visto como um país que recebe, de forma positiva, os refugiados. Depois da Segunda Guerra Mundial, em um contexto de idealização e estabelecimento de regimes de proteção aos direitos humanos, o Brasil desenvolveu instrumentos de proteção aos refugiados antes da ascensão do Regime Militar, como, por exemplo, a ratificação da Convenção sobre os Refugiados de 1951 (DOMINGUEZ; BEANINGER, 2007) e a participação como membro originário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (MOREIRA, 2007, p. 88).

O Brasil passou a ser um país resistente e reativo à chegada de refugiados com a implantação do Regime Militar em 1964, tendo se tornado, assim, um Estado emissor de pessoas (MOREIRA, 2007, p. 89). Tendo em vista um cenário político de forte repressão, o país deixou de acolher imigrantes advindos de países da América Latina que tentavam escapar de regimes autoritários e ditatoriais (MOREIRA, 2007, p. 53).

Nesse sentido, as delegações brasileiras passaram a adotar um posicionamento ofensivo nos fóruns internacionais sobre os refugiados, obtendo muitas críticas por parte de diferentes órgãos, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, a Anistia Internacional, a Igreja Católica de Roma e o próprio governo dos Estados Unidos da América (SILVA, 2011, p. 76).

A prática mais comum era o recebimento de visto de turista por parte dos imigrantes latino-americanos que estavam sendo perseguidos, o qual valia por apenas noventa dias e tinha como origem um pacto feito entre o ACNUR e o governo brasileiro (MOREIRA, 2007).

Assim, o Brasil acabou se tornando um país de passagem, e não exatamente de destino, no qual as pessoas refugiadas ficavam enquanto esperavam serem

realocados em outros países (MOREIRA, 2007, p. 45). Ao mesmo tempo, entretanto, verificou-se que houve maior engajamento nas questões relacionadas a determinados setores da sociedade civil, especialmente aqueles relacionados com a Igreja Católica Romana.

Desse modo, mesmo em um contexto político de repressão e de autoritarismo, tornou-se possível adotar um plano de proteção aos refugiados, tendo em vista a limitação oferecida pela conceituação usada na época, a qual passou por transformação somente depois da redemocratização brasileira.

Alguns avanços foram realizados na política para os refugiados durante o período de transição entre o governo militar e o governo democrático, principalmente em razão da Declaração de Cartagena sobre Refugiados, advinda do embate de especialistas e de representantes de dez países da América Latina, e que passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

A Convenção que determina os direitos internacionais dos refugiados em 1951 só foi aderida pelo Brasil em 1960. Mesmo assim, apenas vinte anos depois foi instaurado um escritório do ACNUR na América Latina. Isso porque, o período que vai da década de 60 até a década de 80 foi muito marcado por regimes políticos militares e que criavam um contexto em que não era possível receber imigrantes.

A instauração do ACNUR no Brasil, neste contexto inicial, se colocou como uma forma de, em parceria com igrejas católicas, auxiliar na retirada para refúgio no exterior de brasileiros, uma forma de protegê-los das perseguições que aconteciam no momento político vivenciado no país.

Assim, o desenvolvimento de políticas para a proteção internacional foi mais demorado, uma vez que o país vivia um movimento contrário, não recebendo imigrantes refugiados, mas enviando cidadãos para se refugiarem em lugares onde a ditadura não os pudesse alcançar.

Mesmo assim, não eram raros os casos de refugiados de países vizinhos, onde aconteciam os mesmos tipos de perseguições, virem se refugiar em território brasileiro, principalmente em decorrência da proximidade e da incapacidade, seja por falta de poder aquisitivo ou de documentação, de alcançar países mais distantes.

Principalmente a partir de 1975, a presença e auxílio das Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e Rio de Janeiro ganha maior destaque, estendendo assistência para o acolhimento em território nacional de pessoas vindas da Argentina, Chile e Uruguai, entre outros lugares, que enfrentavam o perigo de, caso fossem descobertos, serem enviados de volta para seus países de origem pela falta de suporte legislativo aos refugiados no Brasil.

Uma vez encerrado o período militar, no início dos anos 1980, o Brasil entra em um processo de redemocratização e, conseqüentemente, passa a receber cada vez mais refugiados em seu território. Agora, mais do que cidadãos de países vizinhos, o país começa a receber, também, os refugiados angolanos, que buscavam escapar da Guerra Civil que a Angola enfrentava.

Com o crescimento da necessidade de possuir estrutura para receber esses refugiados, surge uma maior motivação para a instauração do ACNUR em território nacional, sendo oficialmente inaugurado no Brasil em 1982.

No entanto, ainda havia um problema. Ao aderir à convenção de 1951, os dispositivos estabelecidos no Brasil entendiam como refugiados apenas as populações provenientes do continente europeu, de forma que ainda era necessário que o ACNUR buscasse novo diálogo com o governo, para eliminar a chamada reserva geográfica e passar a entender e receber pessoas de qualquer lugar do mundo como refugiados, respeitando as limitações estabelecidas na classificação, mas recusando a premissa de origem geográfica.

Foram elaborados os conceitos fundamentais acerca dos refugiados para os países da América Latina com a Declaração de Cartagena de 1984, especialmente na esfera dos direitos humanos. Uma das importantes medidas adotadas foi a amplificação do conceito de refugiado, que passou a ter como elemento a violação de direitos humanos, conforme descrito na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967.

Importante destacar que a amplificação do conceito de refugiados era necessária, tendo em vista a doutrina mencionada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos humanos e da Convenção da Organização da União Africana, OUA.

A Declaração de Cartagena passou a fazer parte efetivamente do ordenamento jurídico no Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo influenciado a Carta Magna, especialmente no que tange à dignidade da pessoa humana e à prevalência dos direitos humanos. Houve, portanto, uma observância por parte da Constituição Federal da Declaração de Cartagena, o que derrubou os obstáculos para a efetivação dos princípios presentes na Declaração através do advento da Lei nº 9.474/97 (BARRETO; LEÃO, 2010, p. 127).

Muito importante durante a redemocratização do Brasil, a eliminação da já citada reserva geográfica sobre a Convenção de 1951 ocorreu por meio do Decreto nº 98.602, passando o Brasil a receber os refugiados de qualquer lugar do mundo. Isso permitiu o ingresso de muitos refugiados africanos, principalmente os angolanos e os liberianos. Este decreto, promulgado em 1989, significou uma adesão mais plena à Declaração de Cartagena e abriu ainda mais as fronteiras do país para que refugiados fossem recebidos.

Também nesse contexto houve uma retomada do assunto no Brasil, considerando-se que o cuidado com os direitos humanos ajudou para os progressos feitos a partir de 1984 como fundamentos de uma nova política brasileira.

O decreto é ainda complementado em 1991, período em que o número de refugiados no país ainda era muito baixo, com a edição da portaria interministerial nº394, editado pelo Ministério da Justiça. Com esta portaria são estabelecidos dispositivos jurídicos mais eficientes para proteger os refugiados recebidos em território nacional, estabelecendo novas dinâmicas para os processos de solicitação e concessão de refúgio para aqueles que necessitavam.

Durante o governo de Fernando Henrique Cardoso foram adotadas duas importantes medidas de proteção dos refugiados, quais sejam: a Declaração de San José sobre refugiados e pessoas deslocadas, em 1994, e a Lei nº 9.747 de 22 de julho de 1997.

Por meio da edição da Lei nº. 9.747, que possui um total de 49 artigos, estabeleceu-se como um novo mecanismo para que o Estatuto dos Refugiados pudesse ser efetivamente implementado na legislação brasileira.

Esta Lei, redigida por meio de uma parceria entre Estado, sociedade civil e o ACNUR configura uma das leis mais modernas, abrangentes e generosas existentes no mundo, status reconhecido pela própria Organização das Nações Unidas. A qualidade desta Lei se estabelece por ser um dispositivo completo, que compreende a proteção internacional dos refugiados ao mesmo tempo em que estabelece a criação do Comitê Nacional para os Refugiados, o CONARE, como órgão nacional responsável por resguardar as políticas públicas em prol desses indivíduos, sendo ainda o órgão que toma a decisão final sobre o acolhimento ou não das solicitações de refúgio no Brasil.

A Declaração de San José atualiza, reitera e amplia o âmbito de aplicação da Declaração de Cartagena, ao enfatizar a importância dos direitos humanos dos refugiados e das pessoas deslocadas internamente na América Latina e no Caribe, incluindo os movimentos migratórios forçados. Ademais, essa Declaração destaca a importância do aspecto de gênero, de populações indígenas, de crianças e de emigrantes, sendo todas titulares de direitos que precisam ser observados sempre (CUNHA, 1998, p. 66).

A Lei Federal nº 9.474 é uma das normas mais avançadas, tendo sido aprovada depois de aprovação do Projeto de Lei nº 1.936/96 no Congresso Nacional, elaborado com a ajuda do ACNUR. Isso ocorreu, principalmente, em virtude da pressão desempenhada pela sociedade civil organizada, especialmente a Igreja Católica (MOREIRA, 2007; LEÃO, 2004).

Como afirma Moreira (2007, p. 18), "o arranjo institucional do CONARE consolida a estrutura tripartite que já estava sendo montada desde meados de 1970 no Brasil, reunindo os principais atores em relação aos refugiados: a sociedade civil organizada doméstica, o governo e o ACNUR".

Em 2007 foi elaborado o Comitê Estadual para os Refugiados de São Paulo (CER), que teve como objetivo propagar as políticas de inclusão social e de assistência, dando aos refugiados a tutela de seus direitos. Nesse contexto, seguindo Moreira (2007, p. 23), o Brasil vem se destacando pela sua atuação frente aos refugiados. O ACNUR o considera um líder regional nessa matéria, com capacidade de ajudar a prevenir a intensificação de conflitos na região que possam resultar em

novos fluxos. Como pontua Sampaio (2010) existem diversas políticas públicas que não beneficiam os refugiados porque seus mecanismos de acesso desconhecem esta condição jurídica. Questões como o acesso à moradia popular, benefício de prestação continuada, validação de diplomas e participação em concursos públicos, tropeçam em entraves burocráticos ou mesmo normativos, em sua maioria, pautados pelo desconhecimento e insipiência do ordenamento jurídico referente ao refúgio no Brasil.

4 DIREITOS HUMANOS E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Declaração Universal de Direitos Humanos quanto os demais dispositivos internacionais e internos, fazem com que os Estados membros tenham como obrigação principal cumprir e fazer cumprir as normas de direitos humanos estabelecidas, inclusive inserindo em sua normatização legal estatutos que permitam que tal finalidade seja alcançada.

Por este motivo, muitos países, através de ratificação de tratados internacionais, absorveram em suas constituições diversos dispositivos que buscam respeitar, fazer cumprir e promover os direitos humanos em seus variados aspectos.

As constituições nacionais são instrumentos políticos e jurídicos que assentam a estrutura de um Estado, tratam acerca do seu funcionamento, sistema de governo, formação dos tribunais entre outras disposições. Daí a importância e, até mesmo, o simbolismo dessas legislações, uma vez que carregam como significado um processo de nacionalização dos direitos humanos, acomodando, não só no seio social, mas na própria estrutura estatal, os dispositivos de direitos humanos que foram debatidos, estudados e motivos de consensos entre várias nações.

Com isso, ferramentas concretas passam a ficar disponíveis aos administrados para rechaçar comportamentos totalitários e abusivos, inclusive do próprio Estado. No entanto, não é suficiente somente a disponibilização de meios para coibir tais ações, pois é necessário a promoção dos direitos humanos e a

inserção na cultura local, para evitar que eventuais mudanças de governo ou regime possam cessar ou inviabilizar possíveis avanços.

O reconhecimento dos direitos humanos, bem como a sua inserção no sistema jurídico do Brasil, tem início e se mantém, atualmente, disseminado na carta política da nação: a Constituição de 1988. Todavia, ainda que presentes ao longo de todo o documento, os chamados direitos e garantias fundamentais se encontram mais bem expressos e representados como tema no artigo 5º da Carta. Conforme define José Silva (2002, p. 178), tais direitos são uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem.

No Brasil, com o fim do regime militar, que cassou os direitos políticos, ganharam relevo com a Carta de 1988. Assim, após um longo período sem garantias, uma Assembleia Nacional Constituinte promulgou a atual Constituição da República Federativa do Brasil, mais especificamente em 05 de outubro de 1988, que estabeleceu, dentre vários dispositivos, cláusulas consideradas pétreas.

As cláusulas pétreas inseridas na Constituição do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, § 4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (BRASIL, [2016]).

No entanto, como herança desse período de repressão, as violações aos direitos, sobretudo aos individuais, são constantes, geralmente por parte do próprio Estado, motivo pelo qual a conscientização acerca das garantias fundamentais é crucial para tornar a sociedade articulada para se proteger exigir reparação pelos danos causados.

No que concerne aos direitos humanos, entendidos na Constituição, como mencionados, como componentes do gênero de direitos e garantias fundamentais é tema bastante amplo e que, de acordo com grande parte dos doutrinadores, começou a ser discutido ainda na antiguidade, amparado pelo direito natural.

Portanto, de tão importante para a estrutura do Estado que são os direitos e garantias fundamentais, os constituintes consignaram no inciso IV, §4º, do artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, [2016]) que a proposta que tende a abolir as referidas garantias não será sequer objeto de deliberação.

De forma abrangente o artigo 5º Constitucional estabelece critérios gerais de igualdade e considera invioláveis a vida, liberdade, segurança e propriedade, porém, é bastante comum a violação destes dispositivos.

Sobre o caráter protetor dos direitos humanos na Constituição Federal, Piovesan (2012, p. 75) afirma que ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, “consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.”

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações internacionais com base na prevalência dos direitos humanos, ainda seguindo Piovesan (2012, p. 75) “está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal, do modo pelo qual tem sido tradicionalmente concebida”. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Surge, pois, a necessidade de interpretar os antigos conceitos de soberania nacional e não-intervenção à luz de princípios inovadores da ordem constitucional; dentre eles, destaque-se o princípio da prevalência dos direitos humanos. Esses são os novos valores incorporados pelo Texto de 1988 e que compõe a tônica do constitucionalismo contemporâneo.

Além disso, este processo de inserção de direitos fundamentais na Constituição se coloca, ainda, como elemento de inovação que amplia direitos e garantias dos indivíduos, não se limitando a direitos políticos e civis, mas considerando, também, direitos relacionados a aspectos sociais.

O destaque e importância deste fato se deve a inédita aparição de declarações relacionadas a direitos sociais em uma constituição brasileira, uma vez que as versões anteriores dessa Carta tomavam conhecimento de direitos humanos apenas do ponto de vista da ordem econômica e social relacionadas a direitos específicos, não possuindo títulos voltados especificamente para os direitos humanos e formas de oferecer garantias de sua manutenção.

Na Constituição Federal de 1988 estão presentes tanto o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos individuais, que estabelecem que liberdade e igualdade são valores que se associam, de forma que são direitos que não podem ser garantidos separadamente, quanto os direitos chamados de coletivos e difusos, sendo os coletivos aqueles destinados a classes sociais ou categorias, enquanto os difusos são pertinentes a todos, sem categorias estabelecidas.

Desta maneira, como destaca Piovesan (2012, p. 78): “a Carta de 1988, ao mesmo tempo em que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando para a existência de novos sujeitos de direitos, também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, por meio da ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais”. Desta forma, os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o âmbito constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Vê-se que ao estabelecer formas de garantir a inalienabilidade dos direitos humanos por meio da Constituição Federal de 1988 frisou-se um empenho na busca por maior igualdade e liberdade no Brasil, oferecendo melhores condições de garantir aos cidadãos condições básicas de sobrevivência e ferramentas para que o próprio Estado seja cobrado em suas responsabilidades.

5 OS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS E O REFÚGIO

Com o fim da Guerra Fria, quando ocorreram muitas mudanças econômicas, sociais e políticas ao redor do mundo, o cenário econômico passou a ser representado pelo neoliberalismo e pela formação de blocos econômicos. Após a recessão econômica é que os refugiados passaram a ser vistos de maneira depredatória, pois eles não davam benefícios aos países desenvolvidos (FELLER, 2001, p. 89). Por conseguinte, consoante mencionado por Hyndman (2000, p. 76), os refugiados, depois do fim da Guerra Fria, perderam o simbolismo político que tinham em tal período.

Hoje, grande parte dos deslocamentos ocorre em razão das desigualdades sociais ainda muito profundas em alguns países, considerando-se que a miséria geralmente está conectada com perseguições religiosas e políticas. É comum que em tempos de crise, seja qual for a sua natureza, ocorra muita xenofobia, discriminação e racismo.

Há nas sociedades uma notória turbulência política, social e econômica, de maneira que os fatos que envolvem determinados estratos sociais são acentuados e os atingidos são geralmente os mais debilitados socialmente.

Nesse sentido os direitos humanos ganham maior destaque devido ao alcance dos seus institutos, que têm como desafio versar sobre questões relativas a toda e qualquer sociedade. O estabelecimento dos direitos humanos como institutos supraestatais contribuiu para destacar a importância do debate e reflexão sobre práticas voltadas para a proteção da vida e da dignidade humana e leva os países a inserirem em suas constituições dispositivos para cumprir esse mister.

A busca por refúgio, que se dá por motivos diversos, é um fenômeno político, na medida em que a ausência de disposição governamental atira pessoas para situação de risco e faz com que estas deixem seus países de origem em direção a outro onde imaginam que possam viver melhor, ou pelo menos sem risco de morte.

Dados mais recentes da Agência da Organização das Nações Unidas para Refugiados (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2016) mostram que entre o total da população refugiada em todo o mundo, 51% são crianças e adolescentes e que os refugiados são de países periféricos e semiperiféricos. Essa circunstância decorre da maior vulnerabilidade desses países nos aspectos políticos, econômicos, sociais, por causa disso, os direitos humanos ou mesmo garantias fundamentais são ignorados ou sequer existem.

Percebe-se que as políticas públicas voltadas para pessoas em situação de refúgio não são suficientes para evitar ou atenuar efeitos deletérios que atingem os refugiados, que são exploração, inclusive a sexual, abusos, prostituição, tráfico de pessoas, racismo, preconceito e rejeição.

Mesmo com os esforços de Estados e de entidades públicas e privadas, as pessoas em situação de refúgio padecem de diversas mazelas e isso ocorre por ausência de políticas governamentais efetivas e alinhadas à normatização dos organismos internacionais.

As pessoas em situação de refúgio que deixam de ser recepcionadas adequadamente e amargam situação de intolerância tem as suas adversidades aprofundadas, o que acaba atingindo o meio que escolheram para refugiar-se, porque há consequências deletérias do refúgio.

É necessário destacar que os refugiados forçados ao se deslocarem pelo espaço internacional se definem por estar em uma condição geopolítica de mobilidade que, de acordo com Hyndman (2000, p. 50-53), há assimetria nas relações entre os seres humanos os fluxos populacionais e os movimentos migratórios.

As fronteiras são entendidas por grande parte da população como uma área para passagem de um país para o outro, sem filtros e sem restrições, mas para outras como porta fechada difíceis de serem abertas e ultrapassadas.

Desta maneira, os direitos humanos acabam sendo deixados de lado e a dignidade humana submetida às decisões arbitrárias de governos com base em etnias, religiões e diversos outros elementos que não deveriam ser utilizados para a exclusão de indivíduos.

Segundo Andrade (1996b), tendo em vista esse panorama socioeconômico e cultural, a fim de tentar solucionar o problema dos refugiados, destacam-se três soluções a serem adotadas, quais sejam, a integração local, que significa o acolhimento do refugiado pelo país em que a pessoa escolheu para viver, a repatriação voluntária, que é aquela na qual o indivíduo refugiado é enviado novamente para o seu país de origem, e o reassentamento, que é o procedimento por meio do qual um terceiro país acolhe a pessoa refugiada.

Dentre as três soluções acima mencionadas, a repatriação voluntária acaba sendo a mais complicada, tendo em vista que as pessoas sempre acabam querendo voltar aos seus países de origem, pois nesses locais elas encontram a sua cultura. Contudo, esse é um caminho complicado, em virtude das violações de direito que

ocorrem nos locais de origem, dificultando o retorno das pessoas aos seus lares, especialmente se ainda existirem resquícios de conflitos internos (ANDRADE, 1996b, p. 37).

Já a integração com o local escolhido pelo refugiado acaba sendo uma solução mais comum, apesar de também ser bem complicada em razão da adaptação pela qual o indivíduo terá que passar em um local estranho, o qual simboliza para ele uma nova cultura, tanto de hábitos quanto de tradições, diferente daquela que representa o seu país de origem (ANDRADE, 1996b, p. 38).

O reassentamento, por fim, é uma solução geralmente procurada quando existe perigo à integridade física do refugiado, pelos mais diferentes motivos, e também quando ele não consegue se adaptar a um determinado país, sendo necessário o seu redirecionamento a outro local (ANDRADE, 1996b, p. 41).

Enfim, existem muitos vieses pelos quais a situação de um refugiado pode ser considerada, tendo em vista um contexto socioeconômico e cultural de um determinado país. Entretanto, torna-se essencial que os países, de uma forma geral, passem a tratar do assunto de maneira mais cautelosa, especialmente porque os deslocamentos humanos são atualmente um problema político de fundamental importância, que interfere de modo determinante nas relações políticas entre as nações do planeta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pontua Bonavides (1998, p. 71) “com maior frequência são a miséria e a carência de perspectivas de desenvolvimento que impelem indivíduos e famílias ao exílio, a fim de procurarem modo de sobrevivência em terras distantes, onde não é fácil encontrar boas condições de acolhida”.

Diversos fatores fazem com que um povo precise se locomover e mudar de vida de forma forçada. Guerras e perseguições sempre foram as mais comuns. As violações dos direitos humanos no país de origem fazem com que muitos busquem ajuda atravessando fronteiras em busca de segurança e utilizando de recursos internacionais, como à Organização das Nações Unidas, ONU.

Os casos de conflitos acabam colocando em perigo grupos de pessoas que têm etnias minoritárias ou opiniões políticas diferentes dos demais. Outro importante fator de migração é a situação econômico-financeira, em virtude de diminuição do status social nos países de origem, além dos aspectos ambientais que contextualizam o problema das pessoas nessa situação.

A questão dos refugiados é de grande relevância no cenário mundial e tem sido cada vez mais expressiva como um tema de preocupação internacional, devido ao grande fluxo de imigrações que vem ocorrendo. Junto a esse fluxo, vem também o descontentamento de grandes potências e as tentativas de contenção de imigrantes, além de diversos casos de violência contra refugiados.

As conclusões indicam que ao contrário de alguns movimentos políticos que rejeitam os refugiados este estudo aponta em sentido oposto, o de aprofundar políticas públicas, seja por questão humanitária ou para evitar crises sociais diante pela não inserção social dessas pessoas.

Nem sempre a chegada ao país de refúgio garante a tão buscada segurança. Isso porque além de medidas restritivas de grandes potências, já supracitadas, há também barreiras ligadas ao preconceito com outros povos, principalmente em países nos quais a miscigenação de povos é algo recente ou, pior, não é bem-vinda.

A garantia dos direitos humanos dos refugiados é um grande desafio, que deve ser enfrentado.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. **A situação dos refugiados no mundo: cinquenta anos de acção humanitária.** Almada: A Triunfadora Artes Gráficas, 2002.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. O Brasil e a Proteção de Refugiados: a discussão tem início no Congresso Nacional. **Pensando o Brasil**, v. 5, n. 16, p. 7-12, set. 1996b.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. A proteção internacional dos refugiados no limiar do século XXI. **Travessia-Revista do Migrante**, São Paulo, p. 37-42, maio/ago. 1996b.

BARRETO, Luiz Paulo T.; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena. **Revista Forced Migration**, [São Paulo], 35. ed., p. 1-2, jul. 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação. Coordenação de Enfrentamento do Tráfico de Pessoas. **Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos**. Organização: Fernanda Alves dos Anjos et al. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2013.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & justiça**, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 82-93, 2008.

CUNHA, Guilherme L. da. Migrações, Direitos Humanos e Direito de Asilo. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da. **O direito internacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

DOMINGUEZ, Juliana Arantes; BAENINGER, Rosana. **Programa de reassentamento de refugiados no Brasil**. [Brasília, DF]: Instituto de Migrações e Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <http://www.migrante.org.br/textoseartigos.htm>. Acesso em: 3 mar. 2016.

FELLER, Erika. **The Convention at 50: the way ahead for refugee protection**. *Forced Migration Review*, Oxford, n. 10, p. 6-9, abr. 2001. Disponível em: <http://www.fmreview.org/FMRpdfs/FMR10/fmr10.3.pdf>. Acesso em 27 de ago. 2009.

HYNDMAN, Jennifer. **Managing displacement: refugees and the politics of humanitarianism**. Minnesota: University of Minnesota Press, 2000.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O instituto do refúgio no Brasil após a criação do Comitê Nacional para os Refugiados – Conare. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 5, n. 5, p. 1-19, abr./jun., 2004.

MOREIRA, Julia Bertino. O acolhimento os refugiados no Brasil: políticas, frentes de atuação e atores envolvidos. *In*: ENCONTRO NACIONAL SOBRE MIGRAÇÕES, 5., 2007, Campinas. **Anais [...]**. Campinas: [s.n.], 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAMPAIO, Cyntia. Programa brasileiro de reassentamento solidário: evolução e reflexões para seu fortalecimento. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, Brasília, DF, v. 5, n. 5, p. 19-39, 2010. Disponível em:

http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/Caderno_de_Debates_5.pdf?view=1. Acesso em 4 mar. 2013.

SARAIVA, José Flávio Sombra. Dois gigantes e um condomínio: da Guerra Fria à coexistência pacífica. *In*: SARAIVA, José Flávio Sombra (org.). **Relações internacionais contemporâneas**: da construção do mundo liberal à globalização (de 1815 a nossos dias). Brasília: Paralelo 15, 1997. p. 241-278.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, César A. S. **Os regimes internacionais para refugiados e a situação brasileira**. São Francisco da Serra: Centro de Investigação e Análise em Relações Internacionais (Ciari), 2011.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Global trends forced displacement in 2015**. Geneva: UNHCR, 2016. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcrglobal-trends-2015.html>. Acesso em: 15 ago. 2016.

**A REPERCUSSÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL MARÍTIMO NOS
TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO DA 1ª, 2ª, 3ª e 17ª REGIÕES**

***THE REPERCUSSION OF THE MARITIME COURT JUDGMENTS IN THE
REGIONAL LABOR COURTS OF THE 1st, 2nd, 3rd AND 17th REGIONS***

Gustavo Magno Felipe Franco*
André Panno Beirão**

Resumo: Este trabalho procura refletir o apaziguamento ou não do reconhecimento do papel do Tribunal Marítimo no sistema jurídico brasileiro, abordando o caráter deste como formador de prova de presunção relativa. Todavia, a praxis justralhista se revela como um cenário onde tal certeza é confrontada com a teoria do risco profissional gerando, por sua vez, uma possível perda de importância das decisões daquela Corte enquanto prova na decisão final das lides laborais. Daí o presente estudo ter como ferramenta a análise qualitativa e quantitativa da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 2ª, 3ª e 17ª Regiões publicados a partir de 2010 para analisar a relação prática entre o Tribunal Marítimo e a Justiça do Trabalho. Como resultado, fica exposto tratar-se de uma relação amistosa, em que ambos os Tribunais respeitam a competência alheia. Porém, ao cabo, também emerge que estes TRT's, ainda que reconheçam a presunção de certeza relativa das decisões do TM, pouco se escoram nela por conta de seus próprios tecnicismos e da adoção crescente da teoria do risco que tem prescindido das provas que a Corte marinha pode opor.

Palavras-chave: Tribunal Marítimo. Justiça do Trabalho. Prova de presunção relativa e teoria do risco.

Abstract: After a long period of controversy and doubts about the role of the Maritime Court within our legal system, the doctrine has finally settled it as a proof of relative presumption. However, the day-to-day praxis of the workman reveals a scenario where such certainty is confronted with the theory of professional risk, generating in turn a possible loss of importance of the judgments of that Court as evidence in the final decision of labor proceedings. Hence the present study uses as a tool the qualitative and quantitative analysis of the jurisprudence of the Regional Labor Courts of the 1st, 2nd, 3rd and 17th Regions published since 2010 to analyze the practical relationship between the Maritime Court and Labor Justice. As a result, it is exposed that this is a friendly relationship, in which both Courts respect the

* Mestrando em Estudos Marítimos pela Escola de Guerra Naval. Especializado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho e Direito do Mar.

** Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Mestre em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval (EGN). Bacharel em Direito pela UNIRIO.

competence of others. However, in the end, it also emerges that these TRTs, even though they recognize the presumption of relative certainty of MC decisions, they do not rely on them because of their own technicalities.

Keywords: Maritime Court. Labour Courts. Evidence of relative presumption and theory of risk.

1 INTRODUÇÃO

A interação entre tribunais administrativos e aqueles que possuem jurisdição *strictu sensu* foi largamente permeada de inconsistências em nosso ordenamento jurídico. Não foi diferente com Tribunal Marítimo, órgão de pouco aprofundamento nas academias de Direito, mas de grande valia na resolução de controvérsias no âmbito da navegação. Talvez, em decorrência mesmo desse pouco aprofundamento no conhecimento doutrinário e acadêmico das atribuições deste órgão que, por muito tempo, houve embates espinhosos quanto à interação entre ele e os demais tribunais.

O presente artigo tem como objetivo analisar como as decisões do Tribunal Marítimo têm influenciado nos acórdãos da Justiça do Trabalho. Para tanto, utilizar-se-á, primeiramente, de uma base doutrinária que visa a contextualização da própria Corte Marítima, seu histórico e a legislação que a sustenta, especialmente quanto a interação ideal dela com o Poder Judiciário. Ademais, também haverá a abordagem dos papéis do TM como órgão administrativo produtor de certeza técnico-jurídica e, neste quesito, far-se-á uso - como referencial teórico - dos ensinamentos de Sérgio Ferrari (2017) que sistematizou a função do TM como sendo registral, sancionatória, arbitral, não específica e instrutória. Merecerá maior profundidade a discussão desta última, pois dela decorre o debate acerca tanto da natureza da decisão execrada – quando utilizada pelo Poder Judiciário –, quanto da possibilidade de a mesma ser afastada por prova em contrário.

Por fim, a segunda seção deste estudo se ocupará da análise da prática jurisprudencial diante dos supracitados embasamentos teóricos. Nela se averiguará os próprios acórdãos publicados desde 2010 pelos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 2ª, 3ª e 17ª Regiões que se escoraram nas decisões marítimas, a fim de possibilitar o esclarecimento quanto à efetiva utilização com valor de presunção *iuris tantum*, auxiliando diretamente na resolução da lide trabalhista, ou se a teoria do risco profissional tem sido suficientemente forte para suplantar aquela prova técnica. Esta é, inclusive, a grande pergunta problema desta pesquisa: Estão as decisões do Tribunal Marítimo sendo utilizadas, de fato, como provas de presunção relativa ou a

utilização da responsabilidade objetiva do empregador está retirando a importância delas no caso concreto?

A busca pela resposta passará por uma análise qualitativa e quantitativa da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Sudeste¹ do país, onde vinte e cinco acórdãos foram capazes de contribuir para a investigação a respeito da interação entre as Cortes do Trabalho e Marítima. Ressalte-se, por fim, que ele ainda busca entender a relevância das decisões dos tribunais administrativos para o Poder Judiciário, mais especificamente do Tribunal Marítimo para a justiça especializada laboral.

2 O TRIBUNAL MARÍTIMO

2.1 Histórico e organização institucional

Com origens que remontam o Decreto nº 20.829 de 21 de dezembro de 1931, os antecedentes do que hoje se conhece como Tribunal Marítimo foram estabelecidos por conta de uma inquietação pública quando do incidente envolvendo a transatlântico alemão "Baden". Resumidamente, ocorreu que no dia 24 de outubro de 1930 o referido paquete, desprovido de autorização para deixar a Baía de Guanabara, decidiu continuar sua viagem rumo à região sul do país. Quando houve sinalização do Forte de Santa Cruz com ordens de retorno, ignorou-a aumentando a velocidade e, mesmo após alguns tiros de advertência do Forte do Leme, tentou forçar a barra. Em resposta, o então conhecido como Forte do Vigia abriu fogo contra a embarcação, deixando feridos e quinze vítimas fatais.

A partir de então, tal fato teve grandes repercussões na imprensa e na política internacional, porém foi investigado internamente apenas por meio de um simples inquérito administrativo. Já na Alemanha, o acontecimento foi apurado pelo Tribunal Marítimo onde, após algumas controvérsias bem apontadas pelo sítio oficial do Tribunal Marítimo (BRASIL, [2018]), julgou-se como responsável maior do

¹ Também houve pesquisa com relação à jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no lapso temporal explorado pelo artigo, porém a mesma se mostrou infrutífera com nenhum acórdão mencionando o Tribunal Marítimo.

incidente a guarnição da Fortaleza de Santa Cruz, que teria feito mal-uso da sinalização internacional para grandes embarcações. Ao comandante alemão restou apenas uma repreensão por não ter tomado as devidas precauções ao deixar o porto e por não ter cessado a manobra quando recebeu uma comunicação, ainda que não a tivesse compreendido.

Tal julgamento no exterior, aliado a um protesto do Reich alemão, à Revolução de 1930 e às pressões do governo espanhol (existiram vítimas espanholas no navio alvejado) deixaram claro que, além de um vácuo técnico-jurídico em matéria de navegação, havia ali também uma importante questão de soberania e o governo brasileiro deveria saná-la. Em consequência, foram criados os tribunais marítimos administrativos em modelo semelhante aos adotados pelo próprio Reich alemão de então. Tais tribunais possuíam suas competências adstritas a determinadas circunscrições e eram subordinadas a Diretoria de Marinha Mercante, à época, parte do Ministério da Marinha.

Hoje, o Tribunal Marítimo continua sendo um órgão vinculado à Marinha do Brasil, mas, após as gradativas mudanças que o curso da história proporcionou, passou a exercer jurisdição em todo o território nacional. Como dispõe o art. 1º da Lei 2.180/1954 (BRASIL, 1954), responsável por disciplinar o referido órgão, ele tem como "atribuição julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre"², bem como as demais questões relacionadas com tal atividade previstas em lei. Ademais, é tido como autônomo e, o que mais interessa a este trabalho, também como auxiliar do Poder Judiciário.

Sua Câmara julgadora é composta por sete juízes, dos quais um, o seu presidente, deverá ser um Oficial-General do Corpo da Armada, dois deverão ser juízes militares, oficiais de Marinha, e quatro juízes civis. Estes, resumidamente, serão constituídos de dois bacharéis em Direito, especializados em Direito Marítimo e Internacional, respectivamente, um especialista em armação de navios e navegação

² Art. 1º O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão, autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei.18. (BRASIL, 1954, não paginado).

comercial e um derradeiro Capitão da Marinha Mercante, todos nomeados mediante a devida aprovação em concurso público de títulos e provas.

Como já mencionado, a Corte Marítima encontra-se diretamente subordinada à Marinha do Brasil, subordinada ao Ministério da Defesa. Tal subordinação se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, ou seja, a sua organização administrativa. Daí o seu posicionamento relativamente pacífico entre os órgãos que compõem o Poder Executivo. Outro ponto que parece corroborar com este entendimento é a disposição³ de que o Presidente da República livremente nomeará o presidente do Tribunal após indicação do Comandante da Marinha, uma clara demonstração de ser este um cargo sensível para o Poder Executivo.

Todos os fatores mencionados não pressupõem perda ou diminuição de autonomia ao referido órgão julgador. Isso porque o termo aqui é utilizado em seu sentido funcional, impedindo, portanto, que outros órgãos do Estado interfiram nos trabalhos do TM, especialmente o judicante. Pode causar confusão a ideia de que, por ser um Tribunal e, como tal, necessitar de autonomia para julgar, ele não deveria fazer parte do Poder Executivo, no entanto, guarda similitude com os exemplos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ou mesmo do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para perceber que tal vinculação não macula a independência funcional do Tribunal Marítimo.

Ainda que o TM seja auxiliar à justiça, como assevera o art. 1º da Lei 2.180/1954 (BRASIL, 1954), é facilmente constatável que tal órgão não se encontra previsto na lista colacionada no art. 92 da Constituição da República. Esta disposição é a que explicita quais são os órgãos que formam o Poder Judiciário e o faz de forma taxativa. Não havendo espaço para a inclusão de órgãos no Poder Judiciário que não aqueles já relacionados, se reforça ainda mais a teoria de que a “Corte do mar” é, de fato, parte do Poder Executivo.

³ Art. 2º, § 1º: O Presidente do Tribunal Marítimo, indicado pelo Ministro da Marinha dentre os Oficiais-Generais do Corpo da Armada, da ativa ou na inatividade, será de livre nomeação do Presidente da República, com mandato de dois anos, podendo ser reconduzido, respeitado, porém, o limite de idade estabelecido para a permanência no Serviço Público. (BRASIL, 1954, não paginado).

2.2 As atribuições do Tribunal Marítimo e sua relação com o Poder Judiciário

Elucidados os pontos estruturantes deste Tribunal para a navegação, resta aprofundar-se em suas atribuições propriamente ditas. Majoritariamente conhecido por ser o órgão responsável pelo julgamento dos acidentes e fatos da navegação, na verdade esta é apenas uma de suas funções, que ainda exerce outros papéis que lhe são reservados por lei. Assim sendo, José Haroldo dos Anjos e Carlos Rubens Caminha Gomes muito contribuíram para consolidar, doutrinariamente, as competências do TM. Em sua obra conjunta “Curso de Direito Marítimo” ambos empreenderam a tarefa de sistematizar as funções do Tribunal Marítimo levando em conta a matéria das causas que lhe são submetidas e a suposta divisão de competências das mesmas. Desta forma afirmam:

Assim, se dividirmos as causas em: administrativas, cíveis, criminais, trabalhistas etc., teremos a seguinte disposição para se estabelecer a competência do Tribunal Marítimo:

a) Competência Administrativa Exclusiva – Ocorre na hipótese da ocorrência de fatos ligados exclusivamente à navegação, sem qualquer repercussão na esfera do direito administrativo, civil, comercial, criminal, trabalhista, dentre outros ramos do direito. Nesse caso, que aliás é muito difícil de acontecer, ainda assim é facultado ao interessado recorrer da decisão aplicada pelo Tribunal Marítimo, interpondo recurso perante o juiz federal, já que este é competente para reexaminar determinada decisão administrativa do Tribunal Marítimo.

b) Competência concorrente – Quando a causa versa, em extensão, aos aspectos de natureza civil, comercial, criminal, trabalhista, enfim, desde que envolva outros interesses conexos; neste caso, haverá a concorrência do TM com outro órgão do Judiciário, paralelamente, restringindo-se o TM apenas à matéria de sua competência e atribuição. (ANJOS; GOMES, 1992, p. 111).

Até hoje esta organização prepondera na doutrina, influenciando ou sendo seguida por diversos outros doutrinadores como Carla Adriana Comitre Gilbertoni (1998, p. 131), Guilherme Alves de Souza Filho (2007, p. 449), Ingrid Zanella Andrade Campos (2011, p. 114), Matusalém Pimenta (2013, p. 14), Renan Bruno Nascimento (2016) e Eliane Octaviano Martins (2015, p. 283).

Ainda que tal taxonomia mereça todo o respeito enquanto doutrina, não parece muito ter contribuído à sua tarefa principal: sistematizar as atribuições do Tribunal Marítimo. Abordar tais atribuições apenas sob o aspecto da matéria e da

competência parece simplificá-las, visto que o TM também realiza outras atividades como o de manter os registros gerais das propriedades navais e até de arbitragem.

Ademais, é equívoco entender que o Tribunal Marítimo teria competência concorrente para acidentes e fatos da navegação com consequências na esfera civil, comercial, criminal e trabalhista. A competência concorrente seria aquela em que dois tribunais estariam aptos a aplicarem o direito de uma mesma questão. Não é este o caso das decisões execradas pela Corte do Mar. Tais decisões são atos administrativos e, como tal, estão ordinariamente sujeitas ao controle judicial. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição⁴, independentemente de seus conteúdos, todas as decisões do TM podem, sim, ser apreciadas novamente pelo Poder Judiciário. Algo expressamente exposto nos artigos 18 e 21 da Lei Nº 2.180/54, aquela que regula o Tribunal Marítimo:

Art. 18. As decisões do Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo, porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário.

[...]

Art. 21. Nos processos instaurados perante o Tribunal Marítimo em que houver crime ou contravenção a punir, nem esta nem aquele impedem o julgamento do que for da sua competência, mas finda a sua ação, ou desde logo, sem prejuízo dela, serão remetidas, em traslado, as peças necessárias à ação da Justiça. (BRASIL, 1954, não paginado, grifos nossos).

Trata-se de uma “equivalente jurisdicional”, segundo Fredie Didier Junior, um dos processualistas responsáveis pela elaboração do vigente Código Processual de Direito Civil. Em outras palavras, são formas não-jurisdicionais de solução de conflitos, posto que não possuem jurisdição propriamente dita, mas também solucionam controvérsias. Ele segue afirmando que, equivalentes jurisdicionais, são “como formas não jurisdicionais de solução de conflitos que funcionam como técnica de tutela de direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.” (DIDIER JUNIOR, 2009, p. 76).

Portanto, ainda que esta forma de organização tenha sido muito prestigiada na doutrina, não é o fundamento adotado por este estudo às atribuições do TM por

⁴ O princípio da inafastabilidade da jurisdição está presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que prevê no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” No caso, ainda que tenha se formado coisa julgada administrativa, ainda é possível discuti-la judicialmente. (BRASIL, 1988).

conta de todo o exposto. Atento a esses e a outros lapsos deixados por esta sistematização, merece o devido destaque a obra "Tribunal Marítimo: natureza e funções" de Sérgio Ferrari que propôs uma nova sistematização baseada na "Teoria Constitucional, especialmente sob a lente da separação dos poderes". Assim ele sistematizou: "1- função registral; 2- função sancionatória; 3- função instrutória; 4- função arbitral e 5- outras funções administrativas não específicas." (FERRARI, 2017, p. 80).

A função registral do Tribunal Marítimo está disposta no art. 13 da mesma lei que assevera competir a ele manter o registro geral das propriedades navais, da hipoteca naval, dos demais ônus sobre embarcações brasileiras e dos armadores de navios brasileiros, mais tarde minudenciados na Lei 7.652/88. Também se pode alocar nesta função o papel do TM de ser o órgão competente para a inscrição complementar obrigatória no Registro Especial Brasileiro (REB). Tal atribuição está sedimentada na Lei 9.432/97, art. 11, §11⁰⁵.

Por sua vez, a função sancionatória surge como consequência do julgamento de comportamentos concernentes aos acidentes e fatos da navegação. Essencial, então, que a própria legislação esclarecesse que situações podem ser assim caracterizadas e o fez nos arts. 14 e 15 da Lei 2.180/54:

Art. 14. Consideram-se acidentes da navegação:

- a) naufrágio, encalhe, colisão, abalroação, água aberta, explosão, incêndio, varação, arribada e alijamento;
- b) avaria ou defeito no navio nas suas instalações, que ponha em risco a embarcação, as vidas e fazendas de bordo.

Art. 15. Consideram-se fatos da navegação:

- a) o mau aparelhamento ou a impropriedade da embarcação para o serviço em que é utilizada, e a deficiência da equipagem;
- b) a alteração da rota;
- c) a má estimação da carga, que sujeite a risco a segurança da expedição;
- d) a recusa injustificada de socorro a embarcação em perigo;
- e) todos os fatos que prejudiquem ou ponham em risco a incolumidade e segurança da embarcação, as vidas e fazendas de bordo.
- f) o emprego da embarcação, no todo ou em parte, na prática de atos ilícitos, previstos em lei como crime ou contravenção penal, ou lesivos à Fazenda Nacional. (BRASIL, 1954, não paginado).

⁵ Lei 9.432/97, art. 11, §11⁰: "A inscrição no REB será feita no Tribunal Marítimo e não suprime, sendo complementar, o registro de propriedade marítima, conforme dispõe a Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988". (BRASIL, 1997).

Julgar acerca da sanção exige contornos mais complexos, pois perpassa a necessidade de se definir a natureza, as causas, as circunstâncias, a extensão e os responsáveis pelo evento que poderá gerá-la. Tais definições também cabem ao Tribunal Marítimo de acordo com o art. 13 da mesma lei que, ao cabo, poderá aplicar as sanções definidas no art. 121. São elas: repreensão, suspensão de pessoal, interdição, cancelamento da matrícula ou da carteira de amador, proibição ou suspensão do tráfego da embarcação, cancelamento do registro de armador e multa.

Esse é um claro exemplo do exercício do Poder de Polícia por parte do Estado quando, em benefício da coletividade – já que a navegação claramente é uma atividade de interesse público – aplica punições a aqueles que incorreram em comportamentos vedados pela lei. Corroborando com tal pensamento estão as lições de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 70) que entende o poder de polícia como “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade.” Ademais, enquanto ato administrativo, a punição externada por meio de decisão do Tribunal Marítimo, também pode ser revista pelo Poder Judiciário.

Menos preocupantes são as funções arbitrais e as administrativas não específicas, dispostas no art. 16, “f”, “e”, “g”, “h”, “j”, “k” e “l”. Tratam-se de competências diversas, residuais, atribuídas ao TM, são elas:

Art . 16. Compete ainda ao Tribunal Marítimo:

- e) dar parecer nas consultas concernentes à Marinha Mercante, que lhe forem submetidas pelo Governo.
- f) funcionar, quando nomeado pelos interessados, como júízo arbitral nos litígios patrimoniais consequentes a acidentes ou fatos da navegação;
- g) propor ao Governo que sejam concedidas recompensas honoríficas ou pecuniárias àquêles que tenham prestado serviços relevantes à Marinha Mercante, ou hajam praticado atos de humanidade nos acidentes e fatos da navegação submetidos a julgamento;
- h) sugerir ao Governo quaisquer modificações à legislação da Marinha Mercante, quando aconselhadas pela observação de fatos trazidos à sua apreciação;
- j) dar posse aos seus membros e conceder-lhes licença;
- k) elaborar, votar, interpretar e aplicar o seu regimento.
- l) eleger seu Vice-Presidente. (BRASIL, 1954, não paginado).

Derradeiramente – por ser a mais importante para este estudo –, a função instrutória reflete a capacidade do TM de formar elementos que, mais tarde, serão levados ao Poder Judiciário para corroborar com a formação do convencimento do juiz. O grau de especialidade que permeia a formação do Tribunal Marítimo lhe confere legitimidade para apurar os acidentes e fatos da navegação. Como já brevemente explicado, durante o processo e se utilizando do seu conhecimento técnico-jurídico, a Corte do Mar busca elucidar a natureza, as causas, as circunstâncias, a extensão e os responsáveis pelo evento, formando assim um arcabouço de informações para os magistrados *strictu sensu*. Por vezes, os acontecimentos apurados envolvem questões complexas ou específicas, sendo, portanto, de grande valia a decisão definitiva prévia do TM, que já analisou tais aspectos.

Passando à relação entre decisões do TM com o Poder Judiciário, diante da supracitada reunião de elementos capazes de corroborar com o processo judicial, veja-se acertada as disposições legais do art. 19 da Lei 2.180/54 e do art. 313, VII, do Código de Processo Civil. Combinadas, elas asseveram que o magistrado *stricto sensu* deve suspender o processo “quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo”⁶ e que “sempre que se discutir em juízo uma questão decorrente de matéria da competência do Tribunal Marítimo, cuja parte técnica ou técnico-administrativa couber nas suas atribuições, deverá ser juntada aos autos a sua decisão definitiva”.⁷

Percebe-se aí um diálogo coordenado entre os dispositivos que revelam a vontade legal de que o Poder Judiciário se valha das decisões do Tribunal Marítimo quando a matéria lhe for competente administrativamente. Por isso, deve o juiz suspender o processo até que a decisão final da Corte do Mar seja expedida e juntada aos autos. Tudo com o objetivo de que a decisão final (administrativa) seja tomada como prova durante o processo judicial.

⁶ Lei Nº 13.105/15: Art. 313, VII: “Suspende-se o processo: (...) VII - quando se discutir em juízo questão decorrente de acidentes e fatos da navegação de competência do Tribunal Marítimo.” (BRASIL, 2015, não paginado).

⁷ Lei Nº 2.180 /54: Art. 19. “Sempre que se discutir em juízo uma questão decorrente de matéria da competência do Tribunal Marítimo, cuja parte técnica ou técnico-administrativa couber nas suas atribuições, deverá ser juntada aos autos a sua decisão definitiva.” (BRASIL, 1954, não paginado).

Como o próprio nome sugere, a função instrutória do Tribunal Marítimo diz respeito a sua atribuição de formar elementos de alto valor técnico-administrativo para serem usados nos processos judiciais com valor probatório. Corrobora com tal entendimento o importantíssimo art. 18 da Lei 2.180/54 assim redigido: "Art. 18. As decisões do Tribunal Marítimo quanto à matéria técnica referente aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo, porém suscetíveis de reexame pelo Poder Judiciário." (BRASIL, 1954, não paginado, grifo nosso).

Até aqui parece bem pacificada a relação existente entre as decisões do Tribunal Marítimo e os do Poder Judiciário, percebendo-se que a relação idealizada pela lei é aquela em que os primeiros servem de prova para os segundos. Todavia, o próprio art. 18 em seu trecho final trata de tumultuar esta interação ao asseverar que os julgados do TM se presumem certos, mas são susceptíveis de reexame. No mínimo, causa estranheza algo ser certo, mas poder ser revisto.

Ainda que polêmico, pode-se dizer que a doutrina tem andado na direção de pacificar um entendimento que prestigia a Corte do Mar, no sentido de que ela, por conta de sua isenção e especialidade técnica, produziria prova com presunção de certeza. Assim sendo, para decidir em sentido diferente ao firmado pelo TM, o magistrado *stricto sensu* deveria se escorar em robustas provas em contrário, não servindo a mera argumentação.

Parece acertado tratar a decisão do Tribunal Marítimo como prova de presunção *iuris tantum* e a esta corrente também se filiam autores de peso como Artur R. Carbone (2014, p. 111), Sergio Ferrari (2017, p. 148-149), Matusalém Pimenta (2013, p. 110) e Fernando Viana (2016). A este respeito explanou o último:

Portanto, a sentença do Tribunal Marítimo, ao fazer coisa julgada administrativa, gera presunção *iuris tantum* de certeza quanto aos fatos e acidentes da navegação. E o Poder Judiciário, quando provado a decidir acerca dos mesmos fatos e acidentes, deve ter cautela e prudência ao reapreciar a decisão da Corte Marítima já que o decisum desta só excepcionalmente deve ser desconsiderado, notadamente a uma robusta prova judicial contrária. (VIANA, 2016, não paginado).

Ressalte-se a imprecisão conceitual em definir a decisão final do TM como sentença, uma vez que tal termo se exaure na vertente judicial e não na

administrativa. Por outro lado, a jurisprudência pátria é mais vacilante quanto a tal posicionamento, merecendo destaque a pesquisa, a este respeito, de Eliane Octaviano Martins (2015, p. 352). Nela, a maritimista coletou acórdãos até o ano de 2010 do STF, STJ, TRF-1, TRF-2, TJSP, TJRJ, TJRS, TJSC, TJAP, TJPR e TJES e expôs que, destes, 23 precedentes acatavam ou ratificavam a decisão prévia do Tribunal Marítimo enquanto 14 levaram ao reexame da matéria ou a desconsideração da decisão da Corte do Mar. Ou seja, ainda que a doutrina tenha aparentemente chegado ao consenso, a jurisprudência não está consolidada a esse respeito.

O professor Sérgio Ferrari (2017, p. 145), a esse respeito, agrupou os posicionamentos dos juízes em três grandes grupos onde, o primeiro, sequer leva em conta em suas decisões os posicionamentos do Tribunal Marítimo. Por conta de tudo até aqui exposto, trata-se de um entendimento temerário desconsiderar todo este conjunto probante, somado a própria Lei 2.180/54, no já mencionado art. 19.

O segundo grupo reuniria aqueles magistrados que não fazem distinção entre o peso das decisões do TM e o das demais provas, entendendo que elas se equivalem e, portanto, podem normalmente afastar umas às outras. Ademais, para eles, o livre convencimento motivado do juiz, possibilita-lhes, inclusive, decidir em contrário do posto pela Corte do Mar, com base na sua interpretação livre do apurado. Sustentam esse entendimento os doutrinadores processualistas Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 68) quando afirmam que:

O juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436).

Trata-se de um posicionamento bem fundamentado e não deixa de apreciar a decisão do TM para formação do conhecimento. Entretanto, ainda resta a impressão de ser insuficiente para com um órgão dotado de expertise, atento às boas normas do devido processo e do direito ao contraditório, princípios fundantes do sistema judicial pátrio. Há um isento e rigoroso processo de apuração de fatos especialmente específicos, o que parece ser pouco considerado ao se tratar seu resultado como uma prova qualquer. Lembre-se que o Tribunal Marítimo foi

constituído justamente para elucidar os pontos concernentes aos acidentes e fatos da navegação que, muitas vezes, são extremamente técnicos. Portanto, considerar seu produto final como uma mera prova sem presunção de certeza não parece coadunar-se à fundamentação de sua criação e existência.

Por fim, o derradeiro grupo seria composto por magistrados cientes das argumentações alhures e, em suas interpretações dos arts. 18 e 19 da Lei 2.180/59, não só levariam as decisões do TM em conta, como os alçariam a uma condição especial: a de prova com presunção de certeza *iuris tantum*. Assim valorados, obviamente, continuariam podendo ser contrariados no Poder Judiciário por conta do princípio da inafastabilidade da jurisdição, já mencionado anteriormente. Entretanto, para fazê-lo, esses juízes necessitariam se escorar em outras provas igualmente fortes, também compostas de grande grau de certeza.

O já citado art. 18 da Lei 2.180/59 deixa claro que as decisões do Tribunal Marítimo “se presumem certas” e, assim sendo, não parece deixar espaço para interpretação capaz de afastá-las apenas com base em livres convicções ou outras provas “menores”. Exemplificando esta corrente, vale destacar a ementa de 2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que reconheceu a presunção relativa das decisões da Corte Marítima:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA PARCIAL – QUESTÃO QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU FAVORÁVEL NESTE QUESITO – NÃO CONHECIMENTO – DANOS MATERIAIS – ALBALROAMENTO DE EMBARCAÇÕES – TRIBUNAL MARÍTIMO – ÓRGÃO AUXILIAR DO JUDICIÁRIO – ARTS. 1º E 18, L. 2.180/54 – DECISÃO QUE GOZA DE PRESUNÇÃO RELATIVA – SINISTRO QUE SE DEU POR CULPA DE PREPOSTO DAS APELANTES – INEXISTÊNCIA DE PROVAS EM SENTIDO CONTRÁRIO”⁸ (AMAZONAS, 2015, não paginado, grifo nosso).

Entender as decisões do TM como “provas de presunção relativa” assim como parece ser a melhor doutrina, também aparenta ser caminho coerente à consolidação da jurisprudência, já que reconhece e valoriza o esforço técnico-jurídico empreendido pela Corte do Mar. Ainda não se pode dizer que esta é a posição mais

⁸ TJAM, autos N 0248677-43.2010.8.04.0001, apelação cível, Relator Desembargador Aristóteles Lima Thury, j. em 30/04/2015.

adotada pelos magistrados, mas, associado a um firme posicionamento doutrinário nesse sentido, a tendência é que ela se estabeleça como dominante.

Apresentada a discussão do embasamento doutrinário acerca da interação entre o Tribunal Marítimo e o Poder Judiciário, figurando o art. 18 como expositor da interação tida como ideal pelo ordenamento jurídico, imagina-se uma relação, *a priori*, harmoniosa entre os Tribunais (administrativos e judiciais). Entretanto, restou destacado que a questão revela uma incerteza jurisprudencial merecedora de atenção para que o esforço de apuração técnica realizada pelo TM não seja desperdiçado.

No entanto, o presente trabalho tem o propósito de averiguar essa relação em torno de matéria específica que é a trabalhista dos homens do mar. Feito todo o aporte doutrinário e jurisprudencial necessário, está madura a questão para ser tratada por este viés particular, próximo passo do presente estudo.

3 A REPERCUSSÃO DAS DECISÕES DO TRIBUNAL MARÍTIMO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

3.1 O reconhecimento da presunção *iusuris tantum* e seu afastamento por provas em contrário

Como já mencionado, Eliane Martins (2015, p. 352) em seu "Curso de direito Marítimo" pesquisou decisões que tinham como recorte temporal final o ano de 2010 e as origens de tribunais como o STF, STJ, TRF-1, TRF-2, TJSP, TJRJ, TJRS, TJSC, TJAP, TJPR e TJES. Entretanto, observa-se a exclusão de seu recorte e fontes em relação a tribunais e juízes trabalhistas.

Feita a opção de recorte temporal mais contemporâneo, possibilita-se ter um suficiente lapso temporal que se inicia em janeiro de 2010, até agosto de 2018. Também auxilia na escolha de tais datas o fato de que todas as decisões dos Tribunais a serem pesquisadas já se encontram devidamente disponibilizadas nos sítios oficiais, o que suaviza de sobremaneira o esforço empreendido.

Com relação aos Tribunais Regionais do Trabalho escolhidos, inicialmente se pretendeu pesquisar a respeito de todos aqueles que compõem a região sudeste do país. A opção pelo espaço geográfico amostral da região sudeste decorre dele

concentrar alguns dos principais portos e o maior fluxo de embarcações do país; nele encontram-se os dois maiores portos – em volume de carga (Santos e Rio de Janeiro) – e a maior rede de embarcações offshore em decorrência da maior região exploratória petrolífera marítima. Entretanto, durante a fase de coleta de dados, percebeu-se que o TRT da 15ª Região (com sede em Campinas, São Paulo) não chegou a apreciar nenhuma lide com auxílio do Tribunal Marítimo no supracitado período. Sendo assim, restaram para a análise jurisprudencial as decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 2ª, 3ª e 17ª Regiões. Respectivamente eles cobrem as regiões do Rio de Janeiro, São Paulo (menos a jurisdição do TRT da 15ª Região), Minas Gerais e Espírito Santo.

Entretanto, salienta-se que não se pode pretender ter alcançado por meio desta pesquisa todos os processos que possuem matéria atinentes ao TM nos supracitados Tribunais. Isto porque só é possível ter acesso aos acórdãos que, de alguma maneira, mencionaram o termo “Tribunal Marítimo” como expressão para as ferramentas de busca dos sítios de jurisprudência. Exemplificando, o fato de não ter se encontrado um acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região com matéria afeita ao TM, não necessariamente significa que não se tenha lá julgado algum processo com esta característica, mas sim que nenhuma decisão de desembargadores do trabalho citou diretamente uma decisão marítima.

Sendo assim, é difícil mensurar o real peso na Justiça do Trabalho do tipologizado “primeiro grupo”, segundo a classificação de Sérgio Ferrari (2017). Como seus magistrados ignoram a força probante das decisões finais do TM, talvez sequer os citem e, conseqüentemente, não foram encontrados durante o processo de coleta de dados. Porém, prova-se que este tipo de entendimento ainda persiste em pelo menos dois acórdãos, sendo um da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Nos autos do Recurso Ordinário N. 0101530-14.2016.5.01.0461, os magistrados não parecem ter usado da decisão do Tribunal Marítimo para formar seus convencimentos, pelo contrário, atribuíram muito valor ao laudo do Instituto de Criminalística Carlos Éboli e nenhum a aquele.

Trata-se de um incidente fatal, no qual o trabalhador, em atividade de estiva no porão de um navio, foi vitimado por uma bobina de aço mal posicionada por uma

empilhadeira. Ainda que se trate, de acordo com o art. 15, "c", da Lei 2.180/54 de um fato da navegação e que o mesmo tenha sido processado diante do TM, conforme os laudos acostados aos autos, a decisão marítima restou ignorada.

A mesma 4ª Turma foi a origem do segundo Recurso Ordinário, o 0078400-14.2008.5.01.0028, onde, mais uma vez, ignorou-se a decisão da Corte do Mar para prestigiar outro instituto, a teoria do risco profissional que será aprofundado posteriormente.

De qualquer forma, acredita-se a eventualidade de não apenas este caso ser singular, os dados coletados dos demais tribunais trabalhistas são suficientemente robustos para fundamentar as discussões sobre as tendências de acolhimento, na esfera judicial trabalhista, das decisões do TM.

Ao todo foram analisados mais de 40 acórdãos que fazem alusão, de diferentes formas, ao Tribunal Marítimo, porém apenas alguns servem, diretamente, ao objetivo deste trabalho. Muitos, por exemplo, faziam menção a bens de empregadores marítimos e, conseqüentemente, citavam a Corte do Mar em sua função registral, pouco ajudando o presente estudo. Para o atual objetivo, restringiu-se àquelas decisões que se escoraram na atribuição instrutória do TM, ou seja, quando ele externou conteúdo capaz de elucidar a natureza, as causas, as circunstâncias, a extensão e os responsáveis pelo fato ou acidente da navegação⁹.

⁹ A Norma da Autoridade Marítima nº 9 (NORMAM-09) trata dos Inquéritos Administrativos Sobre Acidentes e Fatos da Navegação (IAFN). O item 0106 da NORMAM-09 (BRASIL, 2003, p. IV) considera as seguintes ocorrências, são considerados acidentes ou fatos da navegação:

a) Acidentes da navegação:

1) naufrágio, encalhe, colisão, abalroação, água aberta, explosão, incêndio, varação, arribada e alijamento:

I) naufrágio – afundamento total ou parcial da embarcação por perda de flutuabilidade, decorrente de embarque de água em seus espaços internos devido a adernamento, emborcamento ou alagamento;

II) encalhe – contato das chamadas obras vivas da embarcação com o fundo, provocando resistências externas que dificultam ou impedem a movimentação da embarcação;

III) colisão – choque mecânico da embarcação e/ou seus apêndices e acessórios, contra qualquer objeto que não seja outra embarcação ou, ainda, contra pessoa (banhista, mergulhador etc). Assim, haverá colisão se a embarcação se chocar com um corpo fixo ou flutuante insusceptível de navegar ou manobrar, tal como: recife, cais, casco soçobrado, bóia, cabo submarino etc;

IV) abalroação ou abalroamento – choque mecânico entre embarcações ou seus pertences e acessórios;

V) água aberta – ocorrência de abertura nas obras vivas que permita o ingresso descontrolado de água nos espaços internos, ou a descarga de líquidos dos tanques, por rombo no chapeamento, falhas no calafeto, ou nas costuras, por válvulas de fundo abertas ou mal vedadas, por defeitos nos engaxetamentos dos eixos, ou qualquer falha ou avaria que comprometa a estanqueidade da embarcação;

No total, arregimentou-se vinte e cinco decisões nestes diferentes Tribunais Regionais do Trabalho capazes de contribuir com esta pesquisa, mais especificamente treze delas no TRT 1, sete no TRT 2, uma no TRT 3 e quatro no TRT 17. Com o intuito de deixar todas as informações verificáveis, cite-se o número de todos os acórdãos coletados: Na 1ª Região: 0071700-24.2006.5.01.0050, 0004400-72.2006.5.01.0041, 0026900-27.2006.5.01.0076, 0117400-27.2007.5.01.0005, 094000-81.2007.5.01.0005, 0086600-06.2008.5.01.0482, 0002200-22.2008.5.01.0074, 0093200-46.2008.5.01.0481, 0078400-

VI) explosão – combustão brusca provocando a deflagração de ondas de pressão de grande intensidade;

VII) incêndio – destruição provocada pela ação do fogo por: combustão dos materiais de bordo, ou sobre as águas, em decorrência de derramamento de combustível ou inflamável, curto-circuito, guarda ou manuseio incorretos de material inflamável ou explosivo;

VIII) variação – ato deliberado de fazer encalhar ou por em seco a embarcação, para evitar que evento mais danoso sobrevenha;

IX) arribada – fazer entrar a embarcação num porto ou lugar não previsto para a presente travessia, isto é, que não seja o porto ou local de escala programada ou de destino; e

X) alijamento – é o ato deliberado de lançar n'água, no todo ou em parte, carga ou outros bens existentes a bordo, com a finalidade de salvar a embarcação, parte da carga ou outros bens.

2) avaria ou defeito no navio ou nas suas instalações (aparelhos, equipamentos, peças, acessórios e materiais de bordo), que ponha em risco a embarcação, as vidas e fazendas de bordo.

b) Fatos da navegação:

1) o mau aparelhamento/ impropriedade da embarcação para o serviço em que é utilizada e a deficiência da equipagem:

I) mau aparelhamento da embarcação – a falta ou a impropriedade de aparelhos, equipamentos, peças sobressalentes, acessórios e materiais, quando em desacordo com o projeto aprovado, as exigências da boa técnica marinha e demais normas e padrões técnicos recomendados;

II) impropriedade da embarcação para o serviço ou local em que é utilizada – utilização da embarcação em desacordo com sua destinação, área de navegação ou atividade estabelecidas em seu Título de Inscrição; e

III) deficiência de equipagem – falta ou deficiência quanto à quantidade e à qualificação de tripulantes, em desacordo com as exigências regulamentares, como a do cumprimento do cartão da tripulação de segurança da embarcação;

2) alteração da rota – desvio da derrota inicialmente programada e para a qual o navio estava aprestado, pondo em risco a expedição ou gerando prejuízos;

3) má estivação da carga, que sujeite a risco a segurança da expedição – má peação, colocação em local inadequado/ má arrumação no porão, no convés ou interior do container, quer no granel, quer na carga geral, sem observar, ainda, a adequabilidade da embalagem, pondo em risco a estabilidade do navio, a integridade da carga e das pessoas de bordo;

4) recusa injustificada de socorro à embarcação ou a naufragos em perigo;

5) todos os fatos que prejudiquem ou ponham em risco a incolumidade e segurança da embarcação, as vidas e fazendas de bordo (como o caso da presença de clandestino a bordo); e

6) emprego da embarcação, no todo ou em parte, na prática de atos ilícitos, previstos em lei como crime ou contravenção penal, ou lesivos à Fazenda Nacional (como o caso de contrabando ou descaminho). (BRASIL, 2003, p. 12-13).

14.2008.5.01.0028, 0000101-49.2010.5.01.0029, 0000759-07.2012.5.01.0481, 0011547-35.2015.5.01.0462 e 0101530-14.2016.5.01.0461.

Continuando, na 2ª Região: 01017.2007.303.02.00-1, 020500038.2009.5.02.0442, 02003.2005.445.02.00-3, 00638.2007.445.02.008, 00012.2010.443.02.00-4, 000057132.2011.5.02.0445, 0000639-48.2012.5.02.0444. Por fim, na 3ª Região, o Recurso Ordinário de N. 0000522-17.2010.5.03.0083, e na 17ª 0134500-28.2010.5.17.0010, 0054900-76.2011.5.17.0121, 0088100-41.2011.5.17.0132 e 0001928-56.2015.5.17.0003.

Destaca-se destas vinte e cinco decisões, dezenove se referiam a um “fato da navegação”, como a má estiva de carga e a deficiência de equipagem e as outras seis a “acidentes da navegação” como o abalroamento de navios, incêndio e naufrágio.

A primeira análise a ser realizada é se as decisões do Tribunal Marítimo estão tendo suas conclusões respeitadas como provas de presunção *iuris tantum* e seguidas pelos referidos Tribunais Regionais do Trabalho. Mais uma vez, ressaltando os acórdãos já comentados dos Recursos Ordinários N. 0101530-14.2016.5.01.0461 e 0078400-14.2008.5.01.0028, chegou-se à conclusão de que os magistrados trabalhistas têm tendência a tomarem conhecimento das decisões do TM e de levá-las em conta na sua tomada de decisão. Nos 23 processos restantes, os desembargadores reconheceram importância deles, apreciando-os e, muitas vezes, os citando e comentando em suas decisões.

Entretanto, salienta-se que, no estudo perpetrado de Eliane Martins (2015, p. 352) publicou-se que 23 precedentes coletados acatavam ou retificavam a decisão prévia do Tribunal Marítimo, enquanto apenas 14 resultaram em reexame da matéria ou na desconsideração da decisão da Corte do Mar – um claro indicativo de acatamento das decisões técnico-administrativas da mesma. Paradoxalmente, nos dados levantados na Justiça Laboral, estes números se invertem, em 13 oportunidades os desembargadores trabalhistas decidiram ao contrário do TM e em apenas 10, coincidentemente. Ou seja, no caso da Justiça do Trabalho mais se contrariou as decisões do TM, do que as acatou.

Dois exemplos onde isso ocorreu são os Recursos Ordinários Nº. 0117400-27.2007.5.01.0005 e 0002200-22.2008.5.01.0074, ambos do Tribunal Regional da 1ª Região. Neles o Tribunal Marítimo, após seu processo administrativo, publicou decisão eximindo os empregadores de culpa e, conseqüentemente, arquivando os autos. Contudo, a 4ª e a 5ª Turma do TRT 1, após apreciarem o mérito e levarem em conta tais decisões, as contrariaram, apontando culpa dos empregadores nos fatos narrados e os condenando a indenizar os reclamantes.

Comprovando o afirmado, segue um trecho esclarecedor do voto da desembargadora relatora Angela Fiorencio Soares Da Cunha¹⁰ no acórdão referente ao primeiro dos recursos citados:

Nem se alegue, por fim, que a decisão do Tribunal Marítimo sobre o tema, que, em razão da não apuração de culpa de qualquer preposto da recorrente, optou por arquivar os autos, constituiria óbice para a reapreciação da matéria por esta Justiça Especializada.

Segundo o artigo 13 da Lei 2.180/54, compete ao Tribunal Marítimo julgar os acidentes e fatos da navegação, definindo-lhes a natureza e determinando-lhes as causas, circunstâncias e extensão; indicando os responsáveis e aplicando-lhes as penas estabelecidas nesta lei; propondo medidas preventivas e de segurança da navegação.

Da leitura ao artigo 13 e seguintes da referida Lei, resta evidente não ser competência daquele Tribunal a apuração da responsabilidade civil do empregador perante seus empregados como decorrência dos acidentes de trabalho.

O fato de não ter sido apurada, pelo Tribunal Marítimo, a culpa de qualquer preposto da ré pela ocorrência do evento não exclui tudo o que já foi acima afirmado no tocante à responsabilidade objetiva, e, ainda, no que concerne à não adoção de medidas necessárias para a prevenção do acidente (tornar a operação de içamento do cabo mais segura).

Diante de todos os elementos dos autos, não há como se afastar a culpa da ré pelo evento acidentário, e, com isso, o seu dever de indenizar. (RIO DE JANEIRO, 2011, não paginado, grifo nosso).

Interessante notar que uma análise meramente quantitativa levaria à tendência de conclusão de que a Justiça do Trabalho pouco valorizou as decisões do TM, contrariando-os sem o devido cuidado com sua presunção de certeza relativa. Entretanto, mediante abordagem qualitativa da questão, porém, observa-se tendência bastante diversa. Os acórdãos dos TRT tendem a reconhecer as referidas decisões como uma prova robusta e apenas as afastam com base em outras

¹⁰ TRT da 1ª Região. Recurso Ordinário Nº. 0117400-27.2007.5.01.0005, Relatora Desembargadora Angela Fiorencio Soares Da Cunha, em 16/11/2011.

evidências igualmente fortes ou em outros institutos de grande valia para o sistema jurídico.

Ainda neste caso supracitado, por exemplo, a magistrada apenas elidiu o veredito do Tribunal Marítimo por estar escorada em prova documental, testemunhal e pericial que, juntas, a convenceram da culpa da ré no evento danoso. Constate-se:

Não logrou a ré se desincumbir de seu ônus, uma vez que todas as evidências extraídas da prova testemunhal (e também a documental) apontam para a completa ausência de culpa do falecido para a ocorrência do evento acidentário.

Como disse a última testemunha ouvida nestes autos (depoimento acima transcrito), o infelizmente não teve qualquer participação ativa ou comissiva no acidente, dele tendo sido apenas uma vítima.

[...]

Ademais, o laudo de exame pericial direto (fl. 42) concluiu no sentido de ter sido a falha operacional a causadora do acidente, decorrente da falta de atenção do pessoal do navio (e não do rebocador).

A mesma conclusão foi aposta no inquérito administrativo de fl. 97, que reputou o acidente, ainda, à falta de comunicação entre os responsáveis pela manobra e pelo fato de o Sr. Ageu, contramestre do navio da ré, não ter observado a quantidade excessiva de cabo lançada. (RIO DE JANEIRO, 2011, não paginado).

Corroborando com esta leitura de que os Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 2ª, 3ª e 17ª Regiões reconhecem a presunção *juris tantum* das decisões do TM, estão diversos outros julgados. Exemplificativamente, pode-se citar alguns, como os do TRT 1 (0011547-35.2015.5.01.0462), do TRT 2 (000057132.2011.5.02.0445, 020500038.2009.5.02.0442, 00012.2010.443.02.00-4, 0000639-48.2012.5.02.0444) e do TRT 17 (0001928-56.2015.5.17.0003).

Neste último, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sob relatoria da desembargadora Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, baseou-se fortemente na decisão do Tribunal Marítimo para eximir a empresa reclamada de culpa. Segundo esta Corte Laboral, o próprio trabalhador foi imprudente no manejo de uma escada e, com isto, foi o único culpado do evento danoso que o vitimou. Assim decidiu:

O Tribunal Marítimo proferiu decisão nos seguintes termos: "Julgar o fato da navegação [...] como decorrente de provável imprudência da própria vítima, mandando arquivar os Autos [...]"

Analisando-se detidamente as provas dos autos, conclui-se que o trabalhador não observou devidamente as medidas de segurança

necessárias para executar a operação. (ESPÍRITO SANTO, 2018, não paginado)¹¹

Portanto, contrapondo a análise quantitativa à qualitativa, inicialmente, considerando-se apenas a quantidade de decisões coincidentes ou não de decisões, estas parecem tender à conclusão de que os vereditos do Tribunal Marítimo são constantemente contrariados. Porém, qualitativamente, percebe-se que estes são, na verdade, recorrentemente reconhecidas como provas robustas, portadoras de presunção *iuris tantum* e elididas apenas casuisticamente por conta de outros fatores. Entre eles, além da já mencionada existência de outras provas igualmente fortes, na coleta de precedentes também emergiu a questão do risco profissional, assunto da próxima seção.

3.2 Teoria do Risco Profissional

Um segundo aspecto relevante decorrente da análise dos julgados coletados é a questão da Teoria do risco profissional e como ela tem ganhado força dentro da estudada relação do Tribunal Marítimo com a Justiça do Trabalho. O diferencial desta teoria está em ser capaz de atrair a responsabilidade objetiva para as relações trabalhistas, quebrando a regra geral da responsabilização subjetiva. Sobre aquela, Maria Helena Diniz (2002, v. 7, p. 48) asseverou: "A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*)."

Esta responsabilidade parece, então, perfeitamente aplicável ao Direito do Trabalho, visto que o empregador, por conta de sua atividade, ao passo que cria o risco para o trabalhador, é quem, também, lucra com ele. Em outras palavras, se o patrão está expondo o obreiro a um risco em prol de uma vantagem para si, nada mais justo que responda quando este risco se concretizar, independentemente de ter tido culpa ou não. Concorda com esse entendimento o Ministro do TST, Mauricio Godinho Delgado:

¹¹ TRT da 17ª Região. Recurso Ordinário Nº 0001928-56.2015.5.17.0003., Relatora Desembargadora Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi, j. em 05/04/2018.

[...] a regra geral mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva, mediante aferição de culpa do autor do dano (art. 159, CCB/1916; art. 186, CCB/2002). Entretanto, se a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano (no estudo em questão, a empresa) implicar, por sua natureza, risco para os trabalhadores envolvidos, ainda que em decorrência da dinâmica laborativa imposta por essa atividade, incide a responsabilidade objetiva fixada pelo Direito (art. 927, p. único, CC/02). (DELGADO, 2009, p. 581).

Assim como prevista no art. 927, p. único, do CC/02¹², esta teoria também já se faz presente de forma consolidada na jurisprudência, sendo possível, inclusive, encontrá-la em forma de súmula no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região:

Quando a atividade exercida pelo empregador implicar, por sua própria natureza, risco acentuado para o empregado, a obrigação patronal de indenizar o dano moral decorrente de acidente do trabalho depende, exclusivamente, da comprovação do dano e do nexo de causalidade com o trabalho desenvolvido. Art. 927 do Código Civil. (RIO DE JANEIRO, 2011, não paginado).

Como já mencionado, o Tribunal Marítimo é instado a se posicionar quando de matérias ligadas a fatos e acidentes da navegação, atividade tida como de alta periculosidade. Não é surpresa, então, que esta teoria seja recorrente quando da chegada destes processos administrativos à Justiça do Trabalho. Ora, incidentes durante o processo de estiva, por exemplo, por conta de seu risco inerente, são relativamente comuns e acabam por atrair, portanto, a teoria do risco profissional.

Importante salientar que seu emprego não é uma unanimidade na jurisprudência, a própria decisão no Recurso Ordinário 0078400-14.2008.5.01.0028 de relatoria do magistrado Carlos Henrique Chernicharo¹³ expõem uma divergência interessante e que merece o devido destaque:

Quanto à teoria do risco objetivo, sendo entendimento desta relatoria não ser aplicável, indiscriminadamente, em qualquer hipótese de acidente de trabalho, mas apenas naquelas em que a função seja prestada na atividade-

¹² Lei n. 10.406/2002: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL, 2002, não paginado).

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. (BRASIL, 2002, não paginado).

¹³ TRT da 1ª Região. Recurso Ordinário Nº 0078400-14.2008.5.01.0028, Relator Juiz Carlos Henrique Chernicharo, j. em 08/11/2016.

fim, com risco evidente, presumindo-se, sempre, que a culpa pelo acidente seja do empregador.

O emprego dessa teoria e a aplicação da presunção de culpa do empregador devem ser analisados à luz da atividade desempenhada pelo empregado e não pelo empregador. (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado).

Entretanto, na referida oportunidade, a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região julgou fazendo uso do instituto da responsabilidade objetiva. Comprove-se:

No caso dos autos, as atividades desenvolvidas pelo autor – supervisor de empresa de catering – não possuiria risco intrínseco algum, não fosse pelo fato de o trabalho se desenvolver na plataforma. Estando as atividades ligadas exatamente àquela que é a própria atividade fim desenvolvida pela segunda ré (a exploração do petróleo, via outras contratadas), entende-se plenamente aplicável a teoria do risco objetivo, presumindo-se, em caso de acidente, a culpa do empregador. (RIO DE JANEIRO, 2016, não paginado, grifo nosso).

Durante a coleta de precedentes foi possível observar que, dos 25 casos analisados, em 9 os desembargadores se utilizaram da Teoria do risco profissional, são eles: 0078400-14.2008.5.01.0028, 0026900-27.2006.5.01.0076, 02003.2005.445.02.00-3, 01017.2007.303.02.00-1, 0071700-24.2006.5.01.005, 094000-81.2007.5.01.0005, 0000101-49.2010.5.01.0029, 0093200-46.2008.5.01.0481 e 0088100-41.2011.5.17.0132. Trata-se, portanto, de um número expressivo que demonstra a crescente força que tal teoria vem ganhando na Justiça do Trabalho.

Ademais, em outros 5 julgados os magistrados se mostraram predispostos a adotá-la, porém não o fizeram por conta de algum fator casuístico que os impediu, como no caso do RO 0086600-06.2008.5.01.0482 que tramitou na 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Tratou-se de outro acórdão a respeito de um acidente de trabalho que resultou na morte de um cozinheiro. A embarcação naufragou em alto mar. Com base nas provas dos autos, inclusive documentos provenientes do processo administrativo do Tribunal Marítimo, restou comprovada a culpa da empresa ré que foi condenada ao dever de indenizar por conta da responsabilidade subjetiva. Porém, chamou a atenção o posicionamento da relatora que chegou a se pronunciar a respeito da teoria do risco profissional:

À época do acidente, a atividade desenvolvida pela empresa ré já era considerada atividade de elevado risco, tipificada nos graus 3 e 4 para os fins de enquadramento pelos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (NR - 4 do Ministério do Trabalho - Portaria nº 1/1995). O que, desde logo, permitiria sua responsabilização pela "Teoria do Risco Criado", invertendo-se os ônus probatórios em favor dos demandantes. Não bastasse, os demais elementos dos autos robustecem a culpa exclusiva do Comandante da embarcação pelos vários procedimentos que contribuíram para o naufrágio e o falecimento de três de seus tripulantes (fls. 51, 128), inclusive, o próprio Comandante. (RIO DE JANEIRO, 2011, não paginado).¹⁴

Assim sendo, em um universo de 25 julgados, chega-se ao número total de 14 ações nas quais a utilização da teoria do risco profissional foi, no mínimo, cogitada para solucionar a lide. Pesquisar sobre a solidificação dela tem importância ímpar para entender como as decisões da Justiça do Trabalho e as do Tribunal Marítimo estão se inter-relacionando, pois, quando utilizada pelo magistrado, acaba por praticamente retirar toda a importância probante do veredito do TM. Ao dispensar a imputação de dolo e de culpa, quase nenhuma função instrutória relevante resta à decisão da Corte Marítima.

Aprofundando-se na análise desses números, temos que, dentre aqueles nove casos nos quais a teoria do risco profissional foi adotada, em três delas, as decisões finais acabaram por coincidir com o veredito da Corte marinha, porém, nos outros cinco casos, as decisões tomaram rumos completamente opostos. Lembre-se, ainda, que completa a lista de nove casos o precedente já citado no começo do capítulo onde se ignorou a decisão do TM, sequer revelando seu veredito, mas julgando-o por responsabilidade objetiva, o RO 0078400-14.2008.5.01.0028.

Já dentre os precedentes em que a responsabilidade objetiva fez os desembargadores trabalhistas discordarem diretamente da Corte do Mar, cite-se o acórdão 0088100-41.2011.5.17.0132 do TRT 17. Nele, a Corte do Mar decidiu, por unanimidade, julgar o fato da navegação como de origem indeterminada e arquivar o inquérito. Trata-se de um caso no qual um trabalhador, laborando com pesca em alto mar, "desapareceu" do convés do navio sem deixar vestígios. O desembargador entendeu tal atividade como de alto risco e, portanto, ensejadora de

¹⁴ TRT da 1ª Região. Recurso Ordinário Nº 0078400-14.2008.5.01.0028, Relatora Marcia Leite Ney, j. em 09/08/2011.

responsabilidade objetiva. Daí, contrariou a decisão administrativa do TM nos seguintes moldes:

O Tribunal Marítimo decidiu, por unanimidade, "julgar o fato da navegação, previsto no art. 15, alínea "e", da Lei n. 2.180/54, como de origem indeterminada, mandando arquivar o inquérito, conforme promoção da Douta Procuradoria.

[...]

Entendo que a pesca em mar aberto, por sua natureza, se revela perigosa e implica riscos para os trabalhadores envolvidos, essencialmente quanto às condições do tempo, justamente por não haver áreas abrigadas, protegidas, para o caso de uma necessidade eventual.

[...]

Diante do exposto, levando-se em conta que a atividade desenvolvida pela demandada, dada a sua natureza, é considerada de risco, não há que se exigir culpa ou dolo, para declarar a responsabilidade do reclamado. Ainda que assim não se entenda, há elementos. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, 2013, não paginado, grifo nosso).

Explicitado, portanto, o impacto que a teoria do risco profissional tem causado nas decisões das Justiça Trabalhista e, conseqüentemente, na relação entre ela e o Tribunal Marítimo. Após um longo período de dissenso na doutrina, passou-se a uma fase de consolidação do entendimento majoritário acerca da valoração das decisões do TM até que este novo instituto redefiniu as fronteiras entre elas e passou a mitigar o poder de influência das decisões da Corte do Mar nas lides trabalhistas.

A teoria do risco profissional, quando utilizada com parcimônia, é de grande valia para a defesa do obreiro, parte fraca da relação trabalhista. Ademais, é fruto de uma evolução teórica que, ao que parece, irá se sustentar por um longo período de tempo. Sendo assim, a tendência é que, em casos que tipicamente envolvam acidentes e fatos da navegação, ela seja cada vez mais aplicada, ignorando-se, então, as decisões finais (técnicas) do Tribunal Marítimo. Diante de tal cenário, é difícil não vislumbrar o aumento do distanciamento entre a Justiça do Trabalho e a Corte do Mar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Culminando a resposta à questão inicial que pretendia analisar como (e se) o Tribunal Marítimo tem influenciado nas decisões da Justiça do Trabalho, procurou-se

esclarecer o papel do Tribunal Marítimo em nosso sistema jurídico sob o recorte de questões trabalhistas. Desta reflexão percebeu-se que, pelo menos para a doutrina, parece superada a longa discussão acerca da valoração das decisões do TM quando empregados dentro de processos judicializados *stricto sensu*. Esclarecido que os mesmos possuem presunção, majoritariamente, de certeza *iuris tantum*, tornou-se possível a análise do impacto delas na Justiça Trabalhista em específico.

Diante de posicionamentos doutrinários e das justificativas colhidas da jurisprudência buscou-se responder a duas perguntas secundárias que subsidiassem o objetivo central do presente trabalho: estavam as decisões do TM sendo reconhecidas como provas de presunção de certeza relativa? A teoria do risco profissional está minorando a importância destas?

Como procurou-se demonstrar em termos de tendência, apesar de comumente os Tribunais Regionais do Trabalho da 1^a, 2^a, 3^a e 17^a Regiões terminarem por contradizer a Corte do Mar, em quase todos os seus acórdãos, as decisões finais marítimas foram tratadas como prova de presunção *iuris tantum*, sendo desconstituídas apenas por um conjunto de provas de igual valor. Por outro lado, a análise quantitativa e qualitativa da jurisprudência colacionada também fez concluir que tal interação tende a ser mitigada, visto que a solidificação da teoria do risco profissional acaba afastando a necessidade do juiz de apontar a culpa e o dolo do agente para responsabilizá-lo. Daí pode-se considerar que o auxílio presumido das decisões do Tribunal Marítimo parece carecer crescentemente de relevância e, sinalizam, mantidas as condições e teorias majoritariamente utilizadas, para maior distanciamento e menor reconhecimento da instrução probatória do Tribunal Marítimo.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. **Processo n. 0641012-61.2017.8.04.0001**. Apelação cível. Relator: Desembargador Aristóteles Lima Thury. Manaus, 30 abr. 2015.

ANJOS, J. Haroldo dos; GOMES, Carlos Rubens Caminha. **Curso de direito marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 2.180, de 5 de fevereiro de 1954**. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1954. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2180.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9432.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Marítimo. Site do Tribunal Marítimo. **Histórico**. [Rio de Janeiro], [2018]. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/tm/?q=historico>. Acesso em: 10 set. 2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho (17ª Região). **Processo RO-0088100-41.2011.5.17.0132-ES**. Relatora: Desembargadora Carmen Vilma Garisto. Vitória, 03 dez. 2013.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho (17ª Região). **Recurso Ordinário Nº 0001928-56.2015.5.17.0003-ES**. Relatora: Desembargadora Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi. Vitória, 05 abr. 2018.

BRASIL. Marinha do Brasil. **Portaria nº 107/DPC, de 16 de dezembro de 2003**. Aprova as Normas da Autoridade Marítima para Inquéritos Administrativos sobre Acidentes e Fatos da Navegação - NORMAM09/DPC. [Rio de Janeiro]: Diretoria de Portos e Costas, 2003. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/dpc/sites/www.marinha.mil.br.dpc/files/normam09_0.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. **Direito Constitucional Marítimo**. Curitiba: Juruá, 2011.

CARBONE, Artur R. O Tribunal Marítimo: 80 anos de História. *In*: BRASIL. Tribunal Marítimo. **80 anos do Tribunal Marítimo**. Rio de Janeiro: Tribunal Marítimo, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinove; DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. ed. Salvador: Podium, 2009. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRARI, Sérgio. **Tribunal marítimo: natureza e funções**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo: contratos e processos**. Barueri: Manole, 2015. v. 3.

NASCIMENTO, Renan Bruno. A arbitragem marítima como método de resolução de conflitos no Estado do Espírito Santo. **RJLB**, Lisboa, ano 2, n. 5, p. 1299-1344, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/5/2016_05_1299_1344.pdf. Acesso em: 10 set. 2018.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Processo Marítimo: formalidades e tramitação**. 2. ed. Barueri: Manole, 2013.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso Ordinário nº. 0117400-27.2007.5.01.0005-RJ**. Inteiro teor. Relatora: Angela Fiorencio Soares Da Cunha. Rio de Janeiro, 16 nov. 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Recurso Ordinário Nº 0078400-14.2008.5.01.0028-RJ**. Relator: Juiz Carlos Henrique Chernicharo. Rio de Janeiro, 08 nov. 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Súmula nº 25**. Acidente do trabalho. Dano moral. Teoria do risco. Rio de Janeiro, 27 out. 2011. Disponível em: http://www.trt1.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=39522e36-5eef-4704-8f2c-4536656bedea&groupId=10157. Acesso em: 10 set. 2018.

SOUZA FILHO, Guilherme Alves de. O processo Administrativo na Capitania dos Portos e no Tribunal Marítimo. *In*: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (org.). **Direito Marítimo Made in Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

VIANA, Fernando. A sentença do Tribunal Marítimo e sua eficácia perante o Poder Judiciário. **Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, 20 jul. 2016. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/a-sentenca-do-tribunal-maritimo-e-sua-eficacia-perante-o-poder-judiciario/>. Acesso em 10 set. 2018.