



IURISPRUDENTIA

Revista Semestral da Faculdade de Direito da Ajes
Juína/MT • Ano 7 • nº 13 • Jan/Jun • 2018

EXPEDIENTE

Diretor Geral
Clódis Antônio Menegaz

Coordenação do Curso
Alcione Adame

Coordenação Editorial
Maurício Zanotelli

Conselho Editorial

Interno

Alcione Adame
Cláudio Silveira Maia
Luis Fernando Moraes de Mello
Marina Silveira Lopes

Externo Nacional

Elisabete Maniglia (UNESP)
Flávia Piovesan (PUC/SP – PUC/PR)
Luiz Gonzaga Silva Adolfo (UNISC/
RS – ULBRA/RS)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS)
Vicente de Paulo Barretto (UERJ –
UNESA/RJ)

Externo Internacional

Ana Fernanda Neves (Universidade de Lisboa - Portugal)
Cinzia Gamba (Università degli Studi di Pavia – Itália)
David Almagro Castro (Universidad de Sevilla - España)
Hugo Enrique Ortiz Pilares (Universidad de Alicante – España)
Pamela Juliana Aguirre Castro (Universidad Andina Simón Bolívar/Universidad
Espíritu Santo - Ecuador)
Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto - Portugal)
Maria João Estorninho (Universidade de Lisboa - Portugal)
Martín Vivanco Lira (Escuela Libre de Derecho – México)



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

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editor

Maurício Zanotelli

Diagramação

Cristhian Freitas

Capa

Imagem - Julgamento de Galileu Galilei

Projeto Gráfico

Cristhian Freitas

Revisão

Dr. Cláudio Silveira Maia

Bibliotecário Responsável

Salatíel José Gonçalves Blanco

CRB1 – 2528

Editora:

Gráfica Printstore

Tiragem:

500 Exemplares

Ficha Catalográfica

Prof. Romualdo Duarte Gomes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R361 Iurisprudência – Revista da Faculdade de Direito da AJES
Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do
Juruena / AJES – v.7 n.13-Juína
Juína - MT: Gerdan, 2018, pág. 150

v.7 n.13 (Jan./Jun. 2018)

Semestral

ISSN 2237-8154

1. Direito – Jurisprudência. 2. Produção científica. 3. Juína –
MT. I. AJES – Faculdade de Administração e Ciências
Contábeis do Vale do Juruena

CDU 34

Catálogo na fonte: Bibliotecário Salatíel J. G. Blanco - CRB1- 2528

Submissões de trabalhos

www.revistaiurisprudencia.com.br

Email para contato:

coordenacao@revistaiurisprudencia.com.br

Nota Editorial

A Revista *Iurisprudentia* tem por lisonja apresentar o seu mais recente número editorial, composta por artigos científicos de renomados pesquisadores brasileiros, que foram selecionados visando assegurar uma produção, no Direito, com prudência: eis a *iurisprudentia*, em revista.

Este volume conta com aprofundamentos sobre o artigo 217-A, do Código Penal, em se tratando de estupro de vulnerável, sem violência ou grave ameaça, com anuência da vítima maior de 12 anos e menor de 14 – em uma aplicação do princípio da proporcionalidade em casos específicos.

Apresenta-se, também, a temática da eugenia – ao abordar-se a estrutura do DNA em prol das intervenções que poderão auxiliar a qualidade de vida humana entre os avanços biotecnológicos e a legislação pertinente, em evolução.

Igualmente, compõe nossa edição, a pesquisa sobre uma parcela de minorias vulneráveis trazendo à lume as consequências tanto para a gestante como para o feto, pelo uso de drogas das mulheres de rua durante a gravidez – uma questão de saúde pública que afeta todos nós.

Outrossim, apresenta-se uma investigação sobre o possível conflito de normas, de um lado o direito de propriedade, e, de outro, a liberdade religiosa. Tarefa onde os princípios hão de se revelarem eficientes na solução harmoniosa dos embates.

Ademais, os reflexos do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs fazem abordados ante a Lei de crimes hediondos no Brasil, cotejados pela tendência a dialogar com as teorias associação à expansão do seu poder punitivo.

Ainda, a contextura da flexibilização das normas trabalhistas é questionada como ponto de problemática entre a globalização e as

mudanças socioeconômicas no Brasil – em um cenário de crise econômica.

Por fim, o tema das pessoas com transtorno de personalidade vê-se em exame também pelos Direitos Humanos, sob uma perspectiva de tratamentos adequados frente a possibilidade de viverem em liberdade.

É um prazer tê-lo conosco. Votos de uma próspera leitura...

Prof. Me. Maurício Zanotelli

Sumário

Nota Editorial	05
-----------------------------	----

DOCTRINA NACIONAL

A mitigação do delito de estupro de vulnerável a luz dos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade

Andresa Santos de Oliveira; Stefan Hanatzki Siglinski; Nader Thome Neto.....9

A (in) existência de legislação brasileira acerca da Eugenia

Camila Barros dos Santos Correia; Alcione Adame; Caio Fernando Gianaini Leite.....25

Gestação: mulheres em situação de rua sob uso de drogas

Management: women in street situation under drug use

Claudete Rozane Roman Rós; Luis Fernando Moraes de Mello; Mauricio Zanotelli.....53

O conflito entre o direito de propriedade e a liberdade do direito de culto e de manifestação religiosa

Laiz Zitkoski; Givago Dias Mendes.....69

A expansão do Direito Penal: considerações acerca da influência do direito penal do inimigo na lei de crimes hediondos

Barbara Josana Costa; Lanaira da Silva.....99

A globalização e a necessidade de flexibilização das normas trabalhistas ante as mudanças socioeconômicas no Brasil

Matheus Ribeiro Batista Pains; Larissa Copatti Dogenski; Alcione Adame....113

Pessoas com transtorno de personalidade antisocial e a possibilidade de viverem em liberdade

Nayara Suzana Feitosa; José Natanael Ferreira; Luis Fernando Moraes de Mello.....135

A MITIGAÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL A LUZ DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA PROPORCIONALIDADE

*Andresa Santos de Oliveira¹
Stefan Hanatzki Siglinski²
Nader Thome Neto³*

RESUMO: A luz dos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade o presente estudo teve por objetivo fazer uma análise crítica a respeito do critério etário previsto no artigo 217-A do Código Penal, em especial nos casos em que não houve violência ou grave ameaça, somado a anuência da vítima adolescente, maior de 12 e menor de 14 anos. Primeiramente apresentou-se as principais alterações promovidas pelo advento da Lei n. 12.015/2009. Logo, apresentou-se a aplicabilidade do princípio da intervenção mínima e suas vertentes - princípio da fragmentariedade, da subsidiariedade e da adequação social – ao delito de estupro de vulnerável, bem como a aplicação do princípio da proporcionalidade, evidenciando-se quais os principais aspectos que são analisados e quais deveriam ser analisados quando da aplicação da lei ao caso concreto. Por fim, sugere-se como solução a aplicação dos princípios apresentados como fundamento para relativização do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Consentimento da vítima. Crimes Sexuais. Estupro de Vulnerável. Lei n.º 12.015/2009. Presunção de violência. Vulnerabilidade.

ABSTRACT: In light of the principles of minimum intervention and proportionality, the purpose of this study was to provide a critical analysis of the age criterion set out in article 217-A of the Criminal Code, especially in cases where there was no violence or serious threat, in addition to consent of the adolescent victim, over 12 and under 14 years. Firstly, it presented the main changes promoted by the advent of Law n. 12,015 / 2009. Therefore,

¹OLIVEIRA, Andresa Santos de: Acadêmica do 10º semestre de Direito, na Faculdade do Vale do Juruena – Ajes. E-mail: andresa.dto@gmail.com.

²SIGLINSKI, Stefan Hanatzki. Professor Mestre da Faculdade do Vale do Juruena – Ajes. E-mail: stefan_siglinski@hotmail.com.

³Professor, Advogado, Graduação em Direito pela UNIPAR, Especialista em Direito Tributário pela CES-CAGE. E-mail: naderthomeneto@uol.com.br

the applicability of the principle of minimum intervention and its aspects - the principle of fragmentation, subsidiarity and social adequacy - to the crime of rape of vulnerable, as well as the application of the principle of proportionality, was presented, highlighting the main aspects which are analyzed and which should be analyzed when applying the law to the specific case. Finally, it is suggested as a solution the application of the principles presented as grounds for relativization of the crime foreseen in article 217-A of the Criminal Code.

KEY WORDS: Consent of the victim. Sexual Crimes. Rape of Vulnerable. Law n. 12,015/2009. Presumption of violence. Vulnerability.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Os crimes sexuais após a lei n. 12.015 de 2009; 3. Princípio da intervenção mínima; 4. Princípio da proporcionalidade; 5. Considerações finais; bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que desde os tempos mais remotos, busca-se repreender os atos que não são aceitos pela sociedade, nesse sentido entende-se que os tipos penais são baseados a partir dos costumes de um determinado povo.

A escolha pelo tema ora apresentado é justificada pelo crescente número de casos de violência sexual, principalmente o crescente número de casos de pedofilia, os quais geralmente ocorrem no ceio familiar.

Nesse sentido, vale dizer que tais crimes são os que mais necessitam de tutela e rigor do Estado, vez que atingem não só a integridade física da vítima, mas também trazem impactos psicológicos sobre a vida do ofendido.

No Brasil, os problemas enfrentados pela exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil eram tão graves e o país recebia tantas cobranças em relação ao tema, que foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI, que tinha por finalidade investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual que atingiam crianças e adolescentes em várias regiões do país³.

Ocorre que após concluir suas investigações, a referida CPMI publicou resultados alarmantes em relação à exploração sexual de crianças e adolescentes em diversos estados do país e deu origem ao Projeto de Lei n. 253/2004, que após algumas modificações, resultou na aprovação da Lei n.

³Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/Rf200401.pdf?sequence=>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

12.015/2009⁴.

A referida lei, inovou e criou o artigo 217-A, o qual criminaliza os atos sexuais praticados contra menores de 14 anos, enfermos e deficientes mentais, ou qualquer pessoa que não possa oferecer resistência, atribuindo-lhes a condição de vulnerável.

Todavia, a substituição do termo “presunção de violência” por “vulnerabilidade” não pôs fim as discussões doutrinárias e jurisprudências quanto ao critério absoluto ou relativo da proteção conferida aos adolescentes.

Em verdade há que se destacar que a legislação brasileira ainda não firmou um entendimento quanto a capacidade ou incapacidade dos adolescentes, vez que o Código Civil considera absolutamente incapazes os menores de 16 anos, enquanto que o Código Penal considera o menor de 14 anos absolutamente vulnerável para consentir atos de cunho sexual e o Estatuto da Criança e do Adolescente por sua vez confere maturidade suficiente aos adolescentes maiores de 12 anos, inclusive para responder judicialmente por atos infracionais que venham a praticar.

Não obstante a proteção penal fornecida a tais sujeitos de direitos, verifica-se que as primeiras experiências sexuais dos adolescentes ocorrem cada vez mais cedo, bem como, que o acesso facilitado a informações relativas a essa questão, faz com que eles sejam capazes de compreender, ponderar e consentir com o ato sexual.

Nesse sentido, o presente estudo apresenta as principais mudanças ocorridas após o advento da Lei n. 12.015/2009, e a relativização do delito de estupro de vulnerável a partir da aplicação dos princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade.

2 OS CRIMES SEXUAIS APÓS A LEI N. 12.015 DE 2009

A nova redação dada pela Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009, alterou a nomenclatura do Título VI, do Código Penal, que antes chamado de Crimes Contra Costumes, passou a chamar Crimes Contra a Dignidade Sexual. A antiga redação, não mais se adequava à realidade social e ao invés de proteger a virgindade das mulheres, agora, o Estado estava diante de outros desafios, a exemplo da exploração sexual de crianças⁵.

Os problemas enfrentados pela exploração sexual de crianças e ado-

⁴Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence=1>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

⁵GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 14ª Edição. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017, p. 64.

lescentes no Brasil eram tão graves e o país recebia tantas cobranças em relação ao tema, que foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito - CPMI, elaborada através do Requerimento n.º 02/2003, tinha por finalidade investigar as situações de violência e as redes de exploração sexual que atingiam crianças e adolescentes em várias regiões do país⁶.

Após concluir suas investigações, a referida CPMI publicou no mês de julho de 2004, seu Relatório Final, que, além de trazer resultados alarmantes em relação à exploração sexual de crianças e adolescentes em diversos estados do país, deu origem ao Projeto de Lei n. 253/2004, que após algumas modificações, resultou na aprovação da lei ora analisada (Lei n. 12.015/2009)⁷.

Como se percebe, inclusive pela nova redação dado ao título dos crimes sexuais, estes passaram a ter como bem jurídico tutelado a dignidade sexual das vítimas, que segundo Guilherme de Souza Nucci:

A dignidade sexual liga-se à sexualidade humana, ou seja, o conjunto dos fatos, ocorrências da vida sexual de cada um. Associa-se a respeitabilidade e a autoestima à intimidade e a vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se, sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade⁸.

Nesse sentido cumpre ressaltar que a partir do novo diploma legal, os crimes sexuais passaram a ser revestidos de caráter valorativo e principiológico, pois passaram a integrar a essência humana quanto sua autonomia de ações e pensamentos⁹.

Na lição de Nucci, a palavra Estupro, vem do latim stuprum, que abarca todas as relações sexuais, praticadas com o emprego de violência¹⁰. Significado que nos remete, à origem histórica do referido crime, que, de acordo com Néelson Hungria, desde os mais antigos tempos e entre quase

⁶Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/Rf200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

⁷Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/Rf200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

⁹FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

todos os povos, a conjunção carnal violenta foi penalmente reprimida como grave malefício, sofrendo diversas modificações do decorrer do tempo, espaço e principalmente no decorrer das mudanças sociais.

Os tipos penais vigentes que tratam sobre o crime de estupro e estupro de vulnerável, atualmente dadas as modificações feitas pela Lei n. 12.015/2015, estão previstos, no Título VI, Capítulo I, da seguinte forma:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Destaca-se que as condutas que caracterizam o atual delito de estupro, antes eram previstas em dois tipos penais distintos e com penas diferentes, quais sejam, artigo 213 (que tratava sobre o delito de estupro) e o revogado artigo 214 (que tratava sobre o crime de atentado violento ao pudor), sendo que a nova redação incluiu no mesmo tipo penal, as condutas de ato libidinoso e conjunção carnal.

Os atos libidinosos até hoje englobavam outros atos de cunho sexual, como por exemplo: sexo oral, anal e outros atos lascivos, enquanto que a conjunção carnal, nas palavras de Cleber Masson é a cópula vagínica, ou seja, a introdução do pênis na vagina¹¹.

Além disso, ao retirar a palavra mulher das condutas descritas no

¹¹MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014, p. 890.

art. 213 do Código Penal, a nova redação passou a tratar de forma igualitária, homens e mulheres, incluindo assim a possibilidade de pessoas do sexo masculino também terem sua dignidade sexual protegida pelo tipo, quando na condição de polo passivo¹².

Outra modificação importante feita pela lei em análise (Lei n. 12.015/2009), foi a criação do art. 217-A e seu § 1º, que ampliou a tutela penal em relação aos menores de 14 anos e as pessoas a eles equiparadas – pessoas que por enfermidade ou deficiência mental, não possuem o devido discernimento¹³.

O crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal, possui como elemento objetivo do tipo o constrangimento de outra pessoa, seja do sexo masculino ou feminino à prática de relações sexuais. Desse modo, o constrangimento ilegal está relacionado à dignidade e à liberdade sexual do ofendido, bem como está relacionado ao ato de forçar ou compelir o ofendido a praticar condutas de conotações sexuais que o autor do crime deseja¹⁴.

Nesse toar, o crime de estupro somente estará caracterizado, quando praticado contra a vontade da vítima, ou seja, desde que ela exteriorize a sua repulsa aos atos sexuais, resistindo a conduta do ofensor.

A violência ou ameaça, condições elementares do tipo, o caracterizam como crime material ou causal, sendo que a violência exigida para sua configuração refere-se à violência física, enquanto que a ameaça refere-se a violência moral¹⁵. Para Nucci:

O exercício de violência física pode dar-se diretamente em relação a vítima, como pode voltar-se contra terceiros (familiar ou amigo da pessoa ofendida), com o fito de obriga-la a prática da conjunção carnal ou outro ato libidinoso. O mesmo se diga da grave ameaça voltada a entes queridos da vítima¹⁶.

Outra característica não menos importante, para a adequação de determinada conduta ao crime de estupro é que o ofensor, além de utilizar violência ou ameaça, deve objetivar manter relações sexuais com a vítima, de modo que a resistência apresentada pela vítima, não consiga o impedir.

¹²BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹³BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁴FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/52371/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁵MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014, p. 889.

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 51.

Contudo, se presente a anuência da vítima, logo a conduta se tornaria atípica, não podendo assim, em face do princípio da legalidade, ser penalmente punível, pois se houver a vontade consciente da vítima não estará presente a condição elementar (violência ou grave ameaça) do tipo¹⁷.

Novamente, fazendo uma análise simultânea, mas agora entre os crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, estupro e estupro de vulnerável, tem-se que para a caracterização do segundo, é prescindível o emprego de ameaça ou violência, vez que a única condição para a configuração do delito é o verbo “ter”, somado a qualquer relação sexual (conjunção carnal ou ato libidinoso) com menor de 14 anos, ou com aqueles a eles equiparados¹⁸.

Salienta-se, ainda, que a Lei n. 12.015/2009, revogou o art. 224 do Código Penal, que referia-se a presunção de violência, justificadamente, porque passou a tratar os elementos que determinavam a presunção de violência, como critérios para a vulnerabilidade, que a partir das alterações trazidas pela lei passaram a fazer parte do art. 217-A.

3 DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Previsto, implicitamente, no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁹, o princípio da intervenção mínima estabelece que a lei somente deve prever as penas estritamente e evidentemente necessárias.

Desse modo, o princípio da intervenção mínima, também denominado princípio da *ultima ratio*, restringe o poder incriminador estatal, preconizando que a criminalização de uma conduta só poderá ocorrer, quando for o meio necessário para a proteção de bens jurídicos²⁰.

Para alguns doutrinadores o princípio da intervenção mínima subdivide-se em três desdobramentos, quais sejam, princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da adequação social, para outros esses desdobramentos são apenas características do princípio *ultima ratio*. Aqui, considerando sua importância para o problema abordado, passa-se ao estudo das três vertentes de forma individualizada.

¹⁷FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min

¹⁸BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

¹⁹FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 25.

Para Nucci a subsidiariedade é sinônimo de princípio da intervenção mínima, sendo que o Estado só deve intervir quando os outros ramos do direito não forem suficientes para atingir fins preventivos e retributivos²¹.

Ainda nas palavras de Nucci:

[...] a harmonia do sistema normativo penal pressupõe correlação e equilíbrio entre o grau de ofensa ao bem jurídico, provocado pela prática do crime, e a medida da pena aplicável ao caso. O desajuste entre delito e pena desestabiliza as bases da intervenção mínima, pois, na prática, o autor da infração penal termina por receber punição acima de sua capacidade de absorção, representando abuso estatal²².

Assim, o autor defende que o Direito Penal, por sua natureza subsidiária, não pode ser utilizado para solucionar qualquer conflito, pois isso resultaria simultaneamente em sua vulgarização, descrédito e ineficácia das condutas descritas como crimes²³.

Ao tratar sobre a vulgarização do Direito Penal na atualidade Bitencourt escreve que:

[...] Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da “infração legislativa” reinante nos ordenamentos positivos²⁴.

Contudo, de acordo com o princípio da subsidiariedade, o Direito Penal deve restringir-se apenas aos problemas sociais indissolúveis aos outros ramos do Direito, e não para proteger concepções ideológicas ou morais, pois caso fosse a primeira opção para o legislador privilegiaria o império da brutalidade, haja vista que a todos os erros da humanidade seriam impostas reprimendas máximas²⁵.

Em conclusão, basta dizer que se existirem outras formas de tutelar determinados bens, sua criminalização será descabida e prescindível. A exemplo, é a utilização do Direito Civil e do Direito Administrativo como

²¹NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

²²NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 453.

²³NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 455.

²⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012 p. 44.

²⁵NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. 3ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 199.

outras formas de reestabelecer a ordem jurídica, sendo que quando estas se fizerem suficientes elas que deverão ser utilizadas ao invés de sanções penais²⁶.

Assim, ao analisar a aplicação do princípio da subsidiariedade ao crime de estupro de vulnerável, tem-se que o legislador não pode utilizar-se do poder punitivo estatal para tutelar a moral, a fim de impedir que adolescentes menores de 14 anos se relacionem amorosamente com outros adolescentes, que por praticar atos sexuais entre eles responderiam processo de apuração de ato infracional ou impedir que aqueles se relacionem com maiores de idade, pois tais condutas estão mais relacionadas a cultura, desenvolvimento social e desenvolvimento da própria sexualidade do adolescente, do que com a violação do bem jurídico tutelado, já descrito como dignidade sexual.

Para a autora, em tais casos não haveria a aplicação de outras áreas do Direito e sim uma maior conscientização e a realização de políticas públicas para impedir que adolescentes não se relacionem no início da puberdade²⁷, que geralmente ocorre no início da adolescência, ou seja, aos 12 anos de idade²⁸.

Já o princípio da fragmentariedade determina que nem todas as violações a bens jurídicos devem ser tuteladas e punidas pelo Direito Penal, que por sua natureza é apenas uma parte de um todo, que deve ocupar-se apenas das condutas mais lesivas ao convívio social, os quais se persistirem causariam danos a liberdade individual e à segurança pública²⁹.

Consoante Rogério Greco:

[...] o caráter fragmentário do Direito Penal significa, em síntese, que, uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim, a sua natureza fragmentária³⁰.

Quanto a aplicabilidade de tal princípio no crime de estupro de vulnerável o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso já entendeu que deve

²⁶SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 194.

²⁷A puberdade é caracterizada pelas mudanças biológicas que se manifestam na adolescência, e representam, para o ser humano, o início da capacidade reprodutiva. Lourenço, B., & Queiroz, L. *Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência*. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 70-75. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

²⁸Lourenço, B., & Queiroz, L. *Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência*. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 74. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

²⁹GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16º Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 63.

³⁰GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16º Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 63.

haver a flexibilização do conceito de vulnerabilidade, quando da análise do caso concreto, senão vejamos:

ART.217-A, CAPUT, C/C ART. 71 DO CP – ABSOLVIÇÃO – PRETENSÃO CONDENAÇÃO EM RAZÃO DO PREENCHIMENTO DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL – IMPROCEDÊNCIA – ATO SEXUAL OCORRIDO DURANTE RELACIONAMENTO AMOROSO, COM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA – FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO LEGAL DE VULNERABILIDADE, EM DECORRÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE– ABSOLVIÇÃO MANTIDA [...] Apesar de o legislador ter adotado o critério etário para determinar a vulnerabilidade da vítima nos delitos sexuais, deve-se sopesar a conduta do agente com os princípios da fragmentariedade e intervenção mínima ainda mais quando, no caso concreto, a vítima demonstra consentimento em praticar a relação sexual no âmbito de um convívio estável, em que a mulher insistiu nesse relacionamento³¹.

O princípio da adequação social, por sua vez, determina que o Direito Penal apenas deve tipificar condutas contrárias ou nocivas ao interesse público, ou seja, que tenham relevância negativa perante a sociedade³².

Nesse ponto, Fernando Capez destaca que as condutas aceitas e tidas como normais pela sociedade, não poderiam ser punidas pela lei penal, pois padeceriam de vício de inconstitucionalidade³³.

Além disso, ao tratar do princípio da adequação social como causa excludente de tipicidade, Luiz Flávio Gomes escreve que não há necessidade de pena para condutas que aparecem como algo comum, normal, conforme determinado lugar e período histórico-cultural ou que sejam ao menos toleradas pela sociedade, vez que não haveria ataque ao bem jurídico tutelado. Para o autor condutas toleráveis não reverterem de tipicidade material³⁴.

Consoante Rogério Greco, o princípio da adequação social possui três perspectivas, uma delas dirigida ao aplicador das normas, enquanto que as outras ao legislador, veja-se:

O princípio da adequação social, na verdade, possui dupla função. Uma delas [...], é a de se restringir o âmbito de abrangência do tipo

³¹TJMT. APELAÇÃO n. 92564/2015. Relator Luiz Ferreira da Silva. Órgão julgador Terceira Câmara Criminal, Data de julgamento 22/08/2018, publicado em 30/08/2018.

³²CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 35.

³³CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 35.

³⁴GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª Edição. Rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 185.

penal, limitando a sua interpretação, e dele excluindo as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade. A sua segunda função é dirigida ao legislador em duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve-lhe, portanto, como norte. A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente à evolução da sociedade. Assim, da mesma forma que o princípio da intervenção mínima, o princípio da adequação social, nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais³⁵.

Assim, entende-se que o legislador deveria retirar do ordenamento jurídico condutas que ao passar do tempo, tornaram-se aceitas pela sociedade. A exemplo disso, destaca-se a exposição dos motivos que levaram a redução da idade de presunção de violência que a partir do Código Penal de 1940, diminuiu de 16 anos para 14 anos, ou seja, se a setenta e oito anos atrás viu-se a necessidade de adequação social da norma, imagina-se atualmente.

Não obstante, ainda que parte da doutrina entenda ser impossível a revogação de uma lei por sua inadequação social, é impossível não reconhecer sua importância para aplicação da legislação penal ao caso concreto³⁶.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8^o³⁷, prevê a observância da proporcionalidade ao estabelecer que a lei somente deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias.

Para alguns doutrinadores tal princípio ainda está previsto implicitamente no art. 5^o, *caput*, da Constituição Federal, vedando penas excessivas e desproporcionais, tendo como limite o desvalor da conduta e do resultado injusto ao Direito Penal.

³⁵GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16^o Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 35.

³⁶GRECO, Rogerio. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 16^o Edição. Rio de Janeiro: Editora Impetrus, 2014, p. 36.

³⁷FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

Para outros, esse princípio, também, possui fundamento constitucional estabelecido no inciso LIV, do artigo 5º, na medida em que representa o aspecto fundamental para o princípio do devido processo legal³⁸.

Além disso, há outros doutrinadores que defendem que esse princípio deve ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a desproporcionalidade da lei penal poderia resultar em penas desumanas ou mais gravosas do que o injusto penal³⁹.

Nesse norte, Alberto Silva Franco escreveu que:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade)⁴⁰.

Assim, pelo princípio da proporcionalidade as penas devem ser harmônicas a gravidade do delito praticado, não sendo admitido o exagero, pois caso haja desproporção entre o injusto penal e a pena haveria violação do princípio em tela.

Ademais, vale mencionar que o Direito Penal não pode atuar de forma desproporcional ferindo direitos fundamentais, estabelecendo normas desnecessárias, bem como não pode ser insuficiente, a ponto de permanecer inerte à proteção de bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade⁴¹.

Contudo, condenar o agente que praticou ato sexual consentido, levando-se em consideração apenas o critério etário como previsto na redação atual do art. 217-A do Código Penal, viola o princípio da proporcionalidade, haja vista o desvalor da conduta, sua aceitação pela sociedade e principalmente a desproporcionalidade da pena, vez que o delito descrito possui uma das penas mais graves da legislação penal, sendo, ainda, agravado no cumprimento da pena por ser também previsto como crime hediondo.

³⁸SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 123.

³⁹SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 123.

⁴⁰FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 67.

⁴¹SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2012, p. 126.

Já a corrente contrária à aplicabilidade desse princípio ao delito de estupro de vulnerável, se fundamenta no argumento de que o legislador criou esse tipo penal para proteger aqueles considerados presumidamente vulneráveis, isto é aqueles que não podem oferecer resistência, fato que torna inviável a aplicação do princípio da insignificância para tornar a conduta atípica⁴².

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do panorama histórico apresentado, verifica-se que o crime de estupro sofreu relevantes alterações ao longo do tempo, sobretudo no que se refere ao bem jurídico tutelado em sua tipificação.

Nesse contexto de mudanças, destaca-se as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/2009, a qual buscava por meio da criação do delito de estupro de vulnerável, encerrar os debates travados acerca da interpretação, relativa ou absoluta, da presunção de violência, antes prevista no artigo 224, do Código Penal.

Todavia, em que pese a pretensão do legislador em conferir maior tutela a dignidade sexual dos adolescentes menores de 14 anos, enfermos e deficientes mentais e daqueles que por qualquer outra causa não possam oferecer resistência, a alteração da lei não sanou a discussão sobre a possibilidade de relativização da presunção de violência, agora, denominada vulnerabilidade.

Sendo assim, observa-se que a embate apresentado é válido e relevante, visto que o aplicador da lei, deve interpretá-la de acordo com as mudanças sociais, sempre considerando os princípios basilares do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima e da proporcionalidade.

Diante disso, desconsiderar as peculiaridades do caso concreto em razão do critério absoluto externado pela legislação, viola os princípios apresentados, além de ser demasiadamente prejudicial para a justiça, vez que a diversidade social, cultural e religiosa, é capaz de conceber, em alguns casos, que a prática sexual com adolescentes, de 12 a 14 anos, não atinge ao bem jurídico tutelado.

Outrossim, a própria inconsistência de padrões etários na presente legislação brasileira justifica a discussão sobre o caráter relativo da vulnerabilidade, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente aduz que os adolescentes são sujeitos de direitos e confere autonomia aos adolescentes, desde os

⁴²OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal*. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>>, acesso em 19/11/2018, às 17h.

12 anos de idade para consentir com a colocação em família substituta, viajar pelo território nacional desacompanhado, bem como, por admitir que sejam capazes de compreender a ilicitude dos seus atos, aplicam-lhes medidas socioeducativas quando da apuração de ato infracional.

Por outro lado, o Código Penal permanece travado na idade de 14 anos, sem qualquer fundamento que justifique tal critério etário, senão a moralidade da época da criação do referido Código, a qual não mais se molda a sociedade atual.

Com efeito, é inadmissível acreditar o adolescente contemporâneo possua o mesmo nível de vulnerabilidade que aqueles de 1940, ano em que entrou em vigor o Código Penal Brasileiro, ou seja, a mais de 78 anos, pois hoje tanto as crianças como adolescentes possuem facilidade de acesso a informações, até sobre à sexualidade.

Assim, considerando que em casos concretos é possível observar adolescentes com discernimento sobre questões sexuais, adquiridas de experiências anteriores ou das informações que contribuíram para a sua formação e desenvolvimento, existindo consentimento para a prática sexual, não se justifica a aplicação de sanção penal decorrente do ato.

Sobretudo, existindo outras peculiaridades no caso concreto que comprovem a não violação do bem juridicamente tutelado pelo artigo 217-A, do Código Penal, tais como a ausência de violência ou grave ameaça, somada a anuência da vítima, o conceito de vulnerabilidade deve ser considerado relativo, excluindo-se a tipicidade do crime.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral: (arts. 1º ao 120)*. 16ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Congresso Nacional. *Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/84599/RF200401.pdf?sequence>>, acesso em: 30/03/2018, às 15h.

FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores->

-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso em 20/09/2018, às 15h.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FIGUEIREDO, Sonata de. *O consentimento e a vulnerabilidade do adolescente diante do crime de estupro de vulnerável*. Disponível em <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5237/1/RA20870916.pdf>>, acesso em 04/04/2018, às 23h40min.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade*. 3ª Edição, Rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume III*. 14ª Edição. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

Lourenço, B., & Queiroz, L. *Crescimento e desenvolvimento puberal na adolescência*. Revista De Medicina, 89(2), 2010, p. 70-75. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v89i2p70-75>>, acesso em: 19/11/2018, às 15h.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 2ª Edição. São Paulo/SP: Editora Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: de acordo com a Lei n. 12.015/2009*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Murilo Barbosa e. *O princípio da proporcionalidade e insignificância e o estupro de vulnerável art. 217-A do Código Penal*. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2591/o-principio-proporcionalidade-insignificancia-estupro-vulneravel-art-217-codigo-penal>>, acesso em 19/11/2018, às 17h.

SILVA, Igor Luis Pereira e. *Princípios Penais*. São Paulo: Editora Jus Po-divm, 2012.

TJMT. APELAÇÃO n. 92564/2015. Relator Luiz Ferreira da Silva. Órgão julgador Terceira Câmara Criminal, Data de julgamento 22/08/2018, publicado em 30/08/2018.

A (IN) EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA EUGENIA

Camila Barros dos Santos Correia¹

Alcione Adame²

Caio Fernando Gianaini Leite³

RESUMO: Os avanços da ciência e da tecnologia, hodiernamente, já possibilitam o conhecimento de toda estrutura do DNA dos seres humanos, circunstância que favorece, por exemplo, a utilização de mecanismo e intervenções que poderão auxiliar na melhoria da qualidade de vida de indivíduos no que atine a doenças genéticas hereditárias (eugenia vertente negativa) ou mesmo na implementação de características físicas desejadas aos fetos (eugenia vertente positiva) e, diante de tal cenário o Direito como ciência dinâmica já vem se preocupando em regulamentar as implicações dos avanços biotecnológicos, fato observado em alguns ordenamentos, todavia nosso país ainda não conta com acervo legal que ofereça respaldo jurídico quanto às nuances promovidas pelos procedimentos eugênicos em quaisquer de suas vertentes. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo analisar a evolução histórica da Eugenia em nosso país, bem como analisar a legislação existente em nosso ordenamento acerca da temática e estabelecer um comparativo entre essa e a existente em países como Estados Unidos, Suíça e Portugal, razão pela qual, foi utilizada à pesquisa o levantamento bibliográfico acerca da temática, bem como o comparativo entre legislações.

PALAVRAS CHAVES: Eugenia. Discriminação Genética. Legislação. Projetos de Lei.

ABSTRACT: Advances in science and technology now make possible the knowledge of every structure of human DNA, a circumstance that favors, for example, the use of mechanisms and interventions that may help to improve the quality of life of individuals (eugenics negative slope) or even in the implementation of the desired physical characteristics of the fetus (eugenics

¹CORREIA, CAMILA BARROS DOS SANTOS. Técnica em Informática pela Escola Estadual Oscar Soares e Graduanda do X Termo de Direito da AJES, camila_barros_juara@hotmail.com.

²ADAME, ALCIONE. Bacharel em Turismo e Direito pela PUC – MG, Advogada, Pós-Graduada em Direito Processual pela PUC – MG, Mestre em Direito Ambiental e Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Diretora de Ensino da AJES, alcione@ajes.edu.br.

³Professor, Advogado, Especialista em Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre em direito constitucional pela Instituição Toledo de Ensino, Núcleo Bauru/SP. E-mail: caiogianini@bol.com.br

positive slope), and in view of this scenario, Law as a dynamic science has already been concerned with regulating the implications of biotechnological advances, a fact observed in however, our country does not yet have a legal body that offers legal support regarding the nuances promoted by eugenic procedures in any of its aspects. In this sense, the purpose of this article is to analyze the historical evolution of Eugenia in our country, as well as to analyze the existing legislation in our organization on the subject and establish a comparison between this and that existing in countries such as the United States, Switzerland and Portugal, for this reason, the bibliographical survey on the subject was used to the research.

KEY WORDS: Eugenia. Genetic Discrimination. Legislation. Projects of Law.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Contextualização Histórica da Eugenia no Brasil; 3 Legislação Brasileira acerca da Eugenia e da Discriminação Genética; 4 Análise de Legislação Alienígena acerca da Eugenia: Estados Unidos, Suíça e Portugal; 5 Considerações Finais; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade fazer alguns apontamentos sobre a legislação existente no Brasil acerca da Eugenia, tendo em vista que esta se refere a um “bem nascer”, pelo qual o indivíduo poderá ser submetido à intervenção que promova a cessação de doenças hereditárias genéticas ou mesmo receber características físicas desejadas por seus genitores.

Insta registrar que salutar se mostra o estudo acerca da existência de legislação vinculada à eugenia, tendo em vista que esta se remonta como um dos possíveis avanços biotecnológicos cogitados à evolução humana, além disso, é possível constatar em alguns países já há regulamentação quanto à discriminação genética, considerada por alguns autores como uma das possíveis consequências do melhoramento genético que favorece o julgamento de casos aplicando a analogia.

Por essa preocupação já exarada em alguns países é que se despertou a curiosidade em analisar qual é o atual cenário do ordenamento jurídico acerca dessa temática, bem como para contribuir com a pesquisa relacionada à eugenia e suas eventuais consequências.

Dada a relevância do tema, se apresenta em um primeiro tópico, sucintamente, o conceito da eugenia, bem como o surgimento do pensar eugênico em nosso país, passando em um segundo momento a demonstração de

qual a legislação existente em nosso ordenamento.

Salutar se mostra a análise da existência ou não de regulamentação legal acerca dos avanços biotecnológicos e da eugenia, uma vez que por meio dessa o país estabelece juridicamente se é favorável ou contrário a estes progressos e, qual seu posicionamento no que atine suas consequências.

Cumpre pontuar, que a eugenia e suas implicações favorecem a efetivação de debates no que atine a suas possíveis consequências das quais já se cogita a ocorrência de eventual discriminação/exclusão genética ou mesmo a elitização da população com base em características físicas padronizadas.

Para fixar uma maior robustez ao argumento de que se faz imprescindível a criação de legislação que verse acerca da eugenia é que se buscou em um terceiro tópico abordar, sucintamente, o cenário legal existente em países como Estados Unidos, Suíça e Portugal.

A partir desse comparativo, se verifica que nosso arcabouço normativo ainda necessita perpassar por uma longa evolução legislativa para que nosso país possa contar com respaldo aos casos de melhoramento genético seja em sua vertente positiva ou negativa que venham a ocorrer como garantia de proteção dignidade da pessoa humana dos indivíduos e demais prerrogativas jurídicas que nos acompanham.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DA EUGENIA NO BRASIL

Voltando os olhares à evolução da eugenia no Brasil, faz-se necessário regressarmos a meados de 1910 e 1920, período em que iniciam as discussões acerca dessa temática. À época, esses debates estavam atrelados aos anseios do estado de saúde da população, saneamento, higiene e, principalmente da situação racial dos cidadãos dessa nação⁴.

Tem-se notícia que os primeiros trabalhos sobre essa temática em nosso país emergiram no início do ano de 1910, partindo-se de artigos publicados nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo. Destaca-se que não apenas artigos científicos embasaram a construção de um posicionamento nacional eugênico, uma vez que em 1914, publicou-se a primeira tese abordando a eugenia de autoria de Alexandre Tepedino, sob a orientação do Prof. Miguel Couto⁵.

⁴SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugênico Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 04 mai, 2017.

⁵SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugênico Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 04 mai, 2017.

No transcorrer desenvolvimentista do ideário eugênico no Brasil, é possível constatar, em meados de 1917, a maciça contribuição de Renato Kehl para difusão da eugenia, não apenas em nosso país, mas também na América Latina, haja vista o fato de ter sido o fundador em terras paulista da Sociedade Eugênica de São Paulo nos anos de 1918. Posteriormente, ter criado em 1929 o Boletim de Eugenia e, por fim em 1931 a Comissão Brasileira de Eugenia⁶.

À época os defensores da eugenia no Brasil eram componentes de uma elite constituída por médicos, engenheiros, intelectuais dentre outros de alto poder aquisitivo que pregavam a limpeza “racial” em nosso país, situação que proporcionou a essa elite posteriormente interferência até mesmo na criação de normativas⁷ como será visto no decorrer da exposição da evolução histórica da “eugenia brasileira”.

Durante os anos 1920, todo esse ideário passou a ganhar espaço em terras carioca, oportunidade em que, seguindo o enfoque outrora dado pelos precursores paulistas, a eugenia permaneceu sendo compreendida como uma ferramenta para promover a chamada “regeneração nacional”, voltada para o branqueamento populacional, tido naquele contexto social como sinalização de “modernização” para nosso país, considerando certamente todos os acontecimentos mundiais que influenciaram esse novo movimento⁸.

Quando se enfatizou essa necessidade de raça pura, tamanha foi a influência dos países como E.U.A, Suécia e Alemanha exercida sobre a elite eugenista brasileira que, em meados de 1920, foi proibido inclusive o casamento entre “raças diferentes”, justamente para reduzir a mestiçagem de nosso contexto social. Mas, não apenas essa saída seria suficiente: pregavam também a análise da esterilização, da pena de morte, do controle de entrada dos imigrantes, obrigatoriedade do exame pré-nupcial, portadores de doenças contagiosas, etc.⁹.

Importante também destacar, que as medidas adotadas à disseminação da eugenia em nosso país se confundiram por um determinado período com ideais sanitaristas, uma vez que alguns de seus defensores a compreendia como novo ramo de higiene, como é o caso do médico Olegário de Moura

⁶MACIEL, Maria Eunice de S. *A eugenia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/anos90/article/viewFile/6545/3897>>. Acesso em: 10 Mai, 2017.

⁷SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugênica Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 04 mai, 2017.

⁸SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugênica Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 04 mai, 2017.

⁹WEGNER, Robert; SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *Eugenia ‘negativa’, psiquiatria e catolicismo: embates em torno da esterilização eugênica no Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hcsn/2013nahead/ahop0113.pdf>. Acesso em: 12 mai, 2017.

que defendia que “o saneamento é a mesma coisa que eugenia, ‘sanear é eugenzar’, e completava: ‘saneamento-eugenia é ordem e progresso’¹⁰”, ainda que pareça um tanto quanto confuso, faz-se necessário a compreensão de que essas vertentes eram instituídas por uma pequena parcela da população, ou seja, pela elite de eugenistas.

Exemplificando essa influência das orientações supramencionadas, têm-se que nas primeiras décadas do século XX, os defensores da eugenia denominavam como “venenos raciais” as interferências externas aos indivíduos, tais como o alcoolismo e as patologias; pode-se citar como um deles Amadeu Amaral, que no início da década de 20 alertou a sociedade “sobre as ‘criaturinhas’ que vinham ao mundo como uma ‘sementeira de atrocidade’: cegueira, surdez, vícios, maldades, ‘todos os legados orgânicos do pai avariado ou alcoólatra, da mãe nevropata ou tuberculosa’¹¹”.

A partir de então se passou a vincular problemas sociais dentre os quais: a criminalidade, delinquência, prostituição, dentre outros, com a carga genética de cada indivíduo, fator que ensejou um apoio muito maior promovido pela elite brasileira de eugenistas, para fixar a eugenia como uma ciência da hereditariedade, com o objetivo essencial de regeneração racial brasileira¹², percebe-se então a influência das mazelas do país (pobreza, caos sanitário, contexto social, etc.), para fomentar ainda mais o discurso eugênico em nosso país.

A crença da necessidade de regeneração racial era tão expressiva que, em 1923, Renato Kehl publicou uma obra denominada “Medicina Social e Eugenia”, pela qual asseverava que a eugenia teria um trabalho árduo em nosso país, tanto é que, segundo esse autor, o declínio dos jovens da época para o cinema, música entre outros fatores, doenças sociais que degeneravam a raça e infelicitavam a humanidade¹³, ou seja, novamente se depara com argumentos eugênicos ligados com a teoria neolamarckiana, sendo aplicados pelo então considerado precursor da eugenia no Brasil para disseminação social desse novo movimento.

Um dado interessante constante dessa obra foi a defesa desse autor à

¹⁰MOURA, Olegário de apud SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugênista Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 12 mai, 2017.

¹¹AMARAL, Amadeu apud SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugênista Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 15 mai, 2017.

¹²SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugênista Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 15 mai, 2017.

¹³KEHL, Renato apud MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *Uma Estranha Noção De Ciência: Repercussões do Pensamento Eugênico no Brasil*. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 22 mai, 2017.

criação de um ramo específico do direito para regulamentar designadamente a eugenia. Segundo ele, caberia ao Direito Eugênico instituir normativas restritivas, para proibir o casamento de indivíduos por ele denominados “degenerados” (“raças diferentes” ou mesmo com qualquer tipo de redução da capacidade mental), pregava a necessidade de exames de sanidade dos nubentes; nessa situação a autorização para o casamento partiria do aval de um profissional médico psiquiatra¹⁴, tentou-se inclusive a imposição de normativa nesse sentido como adiante se verificará.

Preconizava Kehl, que esse ramo do Direito denominado Direito eugênico “será uma realidade num futuro não remoto, pois nos países que marcham na vanguarda do progresso, já vai dando frutos a campanha eugênica [...]”¹⁵, sendo possível verificar a tentativa por ele de convencimento da então elite eugenista à instituição desse novo ramo.

Em meados de 1926, foi criada por Pacheco Silva a Liga Paulista de Higiene Mental, com fito da propagação da matriz principiológica eugênica através de conferências, publicação de artigos e panfletagem. Em algumas situações, os panfletos utilizados nas campanhas brasileiras para propagação da eugenia utilizavam máximas adaptadas das propagandas norte-americanas quanto à eugenia e suas benesses¹⁶. Não por acaso, pois, os componentes dessa liga eram, principalmente, fervorosos psiquiatras eugênicos.

Nesse contexto, imperioso ressaltar como marcos para propagação da eugenia no Brasil as publicações no denominado Boletim de Eugenia por Renato Kehl em 1929, bem como a realização no Rio de Janeiro do I Congresso Brasileiro de Eugenia, sendo que no segundo marco houve publicações que demonstravam certa crítica e preocupações com o deslinde do ideário eugênico que ressoava da Europa e dos E.U.A¹⁷.

Diante deste cenário, é possível verificar que a eugenia brasileira estava ligada diretamente pelas proposições sociais da época, bem como pelas tradições dos intelectuais que compunham a elite precursora do movimento eugênico no Brasil, sendo elas controle da natalidade; enfoque no aspecto sanitaria; crença de que o meio interferia nos caracteres adquiridos;

¹⁴KEHL, Renato apud MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *Uma Estranha Noção De Ciência: Repercussões do Pensamento Eugênico no Brasil*. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 23 mai, 2017.

¹⁵KEHL, Renato apud MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *Uma Estranha Noção De Ciência: Repercussões do Pensamento Eugênico no Brasil*. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 23 mai, 2017.

¹⁶MARQUES, Vera Regina Beltrão apud MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *Uma Estranha Noção De Ciência: Repercussões do Pensamento Eugênico no Brasil*. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 23 mai, 2017.

¹⁷SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugenista Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 24 mai, 2017.

defesa do branqueamento da população¹⁸, medidas essas que foram cada vez mais defendidas nas publicações e panfletagem dos enfáticos eugenistas brasileiros.

No contexto mundial, se efetivou na eminência da Segunda Guerra Mundial, o extermínio promovido por Hitler aos judeus pregando a necessidade da instauração da raça ariana, e após as atrocidades ocorridas nesse interregno a comunidade mundial se pôs a adotar atitudes para que tamanha crueldade não se repetisse, em razão disso o termo “eugenia” caiu no “esquecimento”, todavia é possível constatar a permanência dos ideais eugênicos revestidos de novo formato, estando presentes, por exemplo, nas novas tecnologias da genética e reprodução assistida, situação em que autores como Guerra, asseveram que a eugenia não desapareceu, mas denomina-se, atualmente como “genética humana”¹⁹.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DA EUGENIA E DA DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro quanto à eugenia seja ela positiva ou negativa, nos deparamos com a triste realidade de um contexto normativo que não oferece proteção jurídica específica em âmbito federal para discriminação genética, especialmente, no que atine a eugenia em quaisquer de suas vertentes, contamos apenas com debates doutrinários que se posicionam concisamente pela necessidade de proteção específica e eficiente quanto ao tema²⁰.

Tal assertiva se constata, especialmente pelo fato de que os casos relacionados à temática se apóiam na Resolução nº 196 de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, pela qual se tem a fixação de diretrizes e normas regulamentadoras às pesquisas envolvendo “seres humanos”, bem como a apresentação de terminologias técnicas voltadas para essa modalidade de pesquisa como o que é considerada pesquisa com seres humanos²¹.

¹⁸SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugenista Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 26 mai, 2017.

¹⁹GUERRA, Andréa *apud* MELLO, Izabel; Silva, Edson Pereira. *História da eugenia e ensino de genética*. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/view/28063/22596>. Acesso em: 28 mai, 2017.

²⁰MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 16 set, 2017.

²¹TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Livia Rosa. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <http://dooplayer.com.br/45592195-Bioetica-e-biodireito-bioethics-and-the-biolaw.html>. Acesso em: 16 set, 2017.

Imperioso ressaltar que a Resolução em questão traz em suas linhas gerais a questão ética necessária para proceder com pesquisa com humanos, o modo de se ter o livre consentimento dos envolvidos, quais as implicações dessa modalidade de pesquisa²².

Mostra-se como uma das maiores contribuições prestadas por essa resolução à criação de um protocolo de pesquisa, a fixação de um Comitê de Ética em Pesquisa e institui a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde²³.

A Resolução em questão não apresenta coibição à discriminação genética ou mesmo vedação expressa à eugenia seja ela em sua vertente positiva ou negativa.

Além da Resolução nº 196/1996, houve a Resolução nº 1/88 do Conselho Nacional de Saúde que fixava diretrizes às pesquisas na área da saúde, estando revogada pela sua sucessora nº 196/1996, todavia parte dos pesquisadores dessa área ainda se ampara nas disposições da Resolução nº 1/88, para direcionar os procedimentos a serem adotados em determinadas pesquisas²⁴.

No que atine a legislação brasileira quanto à pesquisa genética, se depara com as seguintes normativas: a) Lei nº 6.638/79 – que estabelece parâmetros para vissecção de animais; b) Decreto nº 98.830/90 – que regula a coleta por estrangeiros de dados e materiais científicos em nosso país; c) Lei nº 8.501/92 – que disciplina a utilização de cadáveres em pesquisas; d) Lei nº 8.974/95 – que delimita o uso de técnicas de engenharia genética e o modo de descarte no ambiente de organismos modificados; Lei nº 9.434/97 – que rege a retirada de órgãos e tecidos com fito de transplante²⁵, tendo sido modificada em partes pela Lei nº 10.211/2001²⁶.

Constata-se que em nenhuma das normativas supra-indicadas há sequer menção específica quanto à eugenia ou mesmo suas possíveis consequências atreladas a discriminação genética.

Além de tais instrumentos normativos, tem-se a Lei Federal nº 11.105 de 2005 – Lei de Biossegurança – pela qual há a descrição das nuances relativas aos organismos geneticamente modificados, desde os meios de fiscalização da elaboração, cultivo, comercialização até o modo de descarte

²²Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html. Acesso em: 17 set, 2017.

²³OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade da pessoa humana*. 1. ed. (ano 2002), 6ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011. p. 63/64.

²⁴OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade da pessoa humana*. 1ª ed. (ano 2002), 6ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011. p. 64.

²⁵OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade da pessoa humana*. 1ª ed. (ano 2002), 6ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011. p. 64.

²⁶Lei nº 10.211/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10211.html. Acesso em: 17 set, 2017.

de tais organismos na natureza²⁷.

O artigo 5º da Lei em questão disciplina a utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas no campo da genética, estabelecendo alguns requisitos para que esse material possa ser utilizado, dentre eles se vislumbra a menção expressa no inciso I de que devam ser embriões inviáveis²⁸ (não detém a possibilidade de início ou continuação do processo divisor celular)

²⁹.

A Lei de Biossegurança se mostra contrária expressamente a clonagem humana, independentemente de sua finalidade, bem como a manipulação ou produção de células germinativas humanas (que dão origem aos gametas femininos e masculinos³⁰) fato constatado pelas lições de seu artigo 6º³¹.

A norma em questão inova ao estabelecer tipos penais e eventuais penas às condutas por ela adotadas como ilícitas e suas agravantes, conforme se vislumbra, por exemplo, dos artigos 25, 27, § 2º e artigo 28:

Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana,

²⁷TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Livia Rosa. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <http://dooplayer.com.br/45592195-Bioetica-e-biodireito-bioethics-and-the-biolaw.html>. Acesso em: 17 set, 2017.

²⁸Lei nº 11.105/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.html. Acesso em: 18 set, 2017.

²⁹COOPER, Julio Luis Martinez, Merian C. *Células-troncos Humanas-Aspectos Científicos, Éticos e Jurídicos*. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=-uBDkrvw9AoC&pg=P230A&lpg=P230A&dq=embri%C3%B5es+invi%C3%A1veis+significado&source=bl&ots=W7KMxzUztw&sig=yOwUdw-gXNz4halxRvkPPMDIDO0w&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjs-97v_7HWAhXBH5AKHdB6C-dc4ChDoAQgtMAI#v=onepage&q=embri%C3%B5es%20invi%C3%A1veis%20significado&f=false. Acesso em: 18 set, 2017.

³⁰BOS-MIKICH, Adriana. *Origem das Células Germinativas*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/game-taembriao/origem.html>. Acesso: 18 set, 2017.

³¹Artigo 6º da Lei nº 11.105/2005: Art. 6º Fica proibido: I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual; II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei; III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; IV – clonagem humana; V – destruição ou descarte no meio ambiente de OGM e seus derivados em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio, pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização, referidos no art. 16 desta Lei, e as constantes desta Lei e de sua regulamentação; VI – liberação no meio ambiente de OGM ou seus derivados, no âmbito de atividades de pesquisa, sem a decisão técnica favorável da CTNBio e, nos casos de liberação comercial, sem o parecer técnico favorável da CTNBio, ou sem o licenciamento do órgão ou entidade ambiental responsável, quando a CTNBio considerar a atividade como potencialmente causadora de degradação ambiental, ou sem a aprovação do Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, quando o processo tenha sido por ele avocado, na forma desta Lei e de sua regulamentação; VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, entende-se por tecnologias genéticas de restrição do uso qualquer processo de intervenção humana para geração ou multiplicação de plantas geneticamente modificadas para produzir estruturas reprodutivas estéreis, bem como qualquer forma de manipulação genética que vise à ativação ou desativação de genes relacionados à fertilidade das plantas por indutores químicos externos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.html. Acesso em: 18 set, 2017.

zigoto humano ou embrião humano:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Agrava-se a pena:

I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;

II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;

III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;

IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.

Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa³². (original sem grifos)

No caso das condutas ilícitas acima transcritas, se observa que o legislador além da pena privativa de liberdade estabeleceu a cumulação com a pena de multa, tendo os parâmetros desta, fixados pelo artigo 22 desta norma, quais sejam, entre R\$ 2.000,00 (dois mil reais) até R\$ 1.500.000,000 (um milhão e quinhentos mil reais) ³³.

Diante do contexto apresentado, pela Resolução nº 196/1996 e pela Lei de Biossegurança, é possível se fazer uma crítica às duas normas, uma vez que a Resolução se preocupou com a defesa dos princípios bioéticos, já da leitura da Lei nº 11.105/2005, se verifica apenas cautela quanto aos órgãos responsáveis pela fiscalização, controle e suas respectivas competências no que atine as pesquisas nessa área, do que quanto às implicações das práticas científicas com seres humanos e as suas consequências³⁴.

Traçando um paralelo entre as duas normativas existentes em nosso ordenamento jurídico relacionadas à pesquisa com indivíduos: a Resolução nº 196/1996 e a Lei de Biossegurança, tem-se que a primeira é responsável pela criação da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, configurada como um órgão com posicionamento consultivo, deliberativo, dentre outros, sendo independente e atrelada ao Conselho Nacional de Saúde, já a Lei nº 11.105/2005, dá origem ao Conselho Nacional de Biossegurança que conta

³²Lei nº 11.105/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.html. Acesso em: 18 set, 2017.

³³Lei nº 11.105/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.html. Acesso em: 18 set, 2017.

³⁴TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Livia Rosa. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <http://dooplayer.com.br/45592195-Bioetica-e-biodireito-bioethics-and-the-biolaw.html>. Acesso em: 17 set, 2017.

com membros do Ministério da Saúde³⁵.

Ainda que a finalidade das duas normas se mostre como “inovadoras” quanto à pesquisa com seres humanos e o comportamento ético exigido nessa modalidade de pesquisa, tendo em vista o parco desenvolvimento de nosso ordenamento jurídico, se verifica que nenhuma delas se posiciona favorável ou contrária a discriminação genética ou mesmo a eugenia, não disciplinando especificamente as implicações do melhoramento genético.

Além dessas normativas, alguns fatos foram desencadeando as singelas discussões e percepções das implicações da discriminação genética em nosso país como, por exemplo, uma reunião interministerial ocorrida em meados de 2007³⁶.

Nessa reunião participaram profissionais da área da saúde, pesquisadores e representantes do governo e de movimentos sociais que discutiram em tal oportunidade a discriminação sofrida por indivíduos que lidam com uma característica genética conhecida como traço falciforme³⁷ (disfunção pela qual o indivíduo herda geneticamente de um dos pais: o gene à hemoglobina A e do outro: o gene à hemoglobina S, não é uma patologia para quem a detém, via de regra, não apresenta sintomas nem mesmo sequelas físicas)³⁸.

Em uma tentativa de se elucidar o porquê da insuficiência normativa que veda a discriminação genética ou a eugenia no contexto jurídico de nosso país, alguns autores se posicionam traçando um paralelo entre o sistema de saúde brasileiro e do norte americano (sendo este considerado um dos países mais avançados quanto à temática, conforme será demonstrado no próximo tópico), por compreender que o sistema de saúde adotado em cada país interfere na abertura às discussões relacionadas aos avanços biotecnológicos³⁹.

Nesse sentido, é que defendem que o amplo combate a discriminação genética firmado nas normativas americanas decorre justamente pelo modelo privado de saúde, diversamente do que ocorre em nosso país, haja vista que

³⁵TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Livia Rosa. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <http://do-cplayer.com.br/45592195-Bioetica-e-biodireito-bioethics-and-the-biolaw.html>. Acesso em: 17 set, 2017.

³⁶GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON LJ, editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 17 set, 2017.

³⁷GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON LJ, editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 17 set, 2017.

³⁸MURÃO Mitiko; FERRAZ, Maria Helena C. *Traço falciforme - heterozigose para hemoglobina S*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842007000300006. Acesso em: 17 set, 2017.

³⁹GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON L.J., editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 18 set, 2017.

a saúde é tida como um direito fundamental de caráter universal, prestado de modo gratuito⁴⁰.

Por esses elementos é que o Brasil teria na análise desses autores uma predisposição a discutir a discriminação genética em âmbito das relações laborais apenas⁴¹. Em pesquisa em sede de posicionamentos jurisprudenciais brasileiros para análise desses argumentos supra-indicados se destaca o seguinte julgado:

ESTABILIDADE – DOENÇA RENAL CRÔNICA. Doença que não possui nexos causal com a atividade laborativa, ou seja, em que a Reclamada não deu ensejo, não pode significar garantia de emprego vitalícia ao Reclamante. **Reiteradas decisões concedendo a reintegração, nesses casos, poderiam até mesmo inibir as empresas de realizarem a contratação de indivíduos com doenças congênitas ou genéticas, dando azo à verdadeira discriminação eugênica.** (Processo 70200693907 PR 70-2006-93-9-0-7. Órgão Julgador 3ª Turma, publicação 14/10/2008, relator Paulo Ricardo Pozzolo)⁴². (original sem grifos)

Constata-se do seguinte julgado que o posicionamento do magistrado contemporâneo parte da premissa de que a obrigatoriedade firmada judicialmente para reintegrar colaboradores após avaliação de perito que fixa que a patologia é herdada geneticamente e não do ambiente do trabalho, contribuiria para incidência da discriminação eugênica no contexto laboral.

Além da Resolução nº 196/1996 e da Lei de Biossegurança que são as parcas normativas em âmbito nacional e de alguns posicionamentos jurisprudenciais que abordam sucintamente a discriminação genética, se depara com alguns projetos de lei e leis em esfera estadual que abordam questões genéticas.

É o caso, por exemplo, do Estado do Rio de Janeiro em que se constata a Lei nº 4.141/03, que aborda quanto à proteção de alguns elementos da privacidade genética vedando a discriminação genética⁴³.

Cabe mencionar que a coibição da discriminação genética é prevista

⁴⁰GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON L.J., editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 18 set, 2017.

⁴¹GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON LJ, editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 18 set, 2017.

⁴²Disponível em: <https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18957903/70200693907-pr-70-2006-93-9-0-7-trt-9>. Acesso em: 20 set, 2017.

⁴³MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 20 set, 2017.

expressamente em seu artigo 1º:

Art. 1º – Garante a todos os cidadãos do Estado do Rio de Janeiro a inviolabilidade e imperscrutabilidade de seu Patrimônio Genético sob qualquer pretexto, por qualquer órgão de segurança, de análise ou de pesquisa nos termos que menciona.

Parágrafo único – Cabe ao Estado garantir e resguardar o direito à dignidade, à identidade e à integridade de todos os indivíduos com relação ao seu Patrimônio Genético, proibindo a discriminação de pessoas ou membros de suas famílias baseando-se em informações genéticas ou serviços genéticos, observando as determinações impostas nos Artigos 9º e 5º das Constituições Estadual e Federal, respectivamente⁴⁴. (original sem grifos)

Da leitura do referido dispositivo legal se verifica que há menção que a proibição da discriminação genética considera também as determinações do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, mas nesse ponto cabe registrar que tal discriminação existente do texto constitucional não é expressa quanto à modalidade de discriminação genética, mencionando apenas em seu inciso XLI “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais⁴⁵”.

Nesse sentido, se constata, por exemplo, das lições do artigo 7º de tal lei, um rol taxativo de proibições que envolvem especialmente a exposição de informações genéticas de pessoas físicas a terceiros, nas relações laborais ou mesmo em âmbito escolar:

Art. 7º – Ficam proibidas às pessoas físicas ou jurídicas:

I – Solicitar análises genéticas previamente para definir ou determinar qualquer espécie de contrato;

II – Requerer, recopilar, permutar ou comprar informações sobre o Patrimônio Genético de qualquer indivíduo;

III – Entregar, sob qualquer pretexto, informações genéticas a outras pessoas físicas ou jurídicas, ou mesmo a empresas ou pessoas que recopilem, compilem, publiquem ou difundam informações para outras pessoas físicas ou jurídicas, ou ainda aos empregadores informações sobre seus empregados, assim como às instituições educacionais informações sobre seus educandos. (original sem grifos)

⁴⁴Artigo 9º da Lei nº 4.141/03: Sem prejuízo ao disposto no artigo anterior, torna-se expressamente proibido às Agências de Emprego a prática de qualquer dos incisos do referido artigo, assim como fazer, ou tentar fazer, com que um empregador discrimine uma pessoa violando a presente Lei. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/lei4141.html. Acesso em: 23 set, 2017.
450 BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 23 set, 2017.

Como mencionado anteriormente para alguns autores as poucas legislações existentes no ordenamento brasileiro quanto à discriminação genética ou mesmo especificamente acerca da eugenia decorreriam do modo de sistema de saúde que contamos em nossa realidade e ficariam restritas as discussões em âmbito laboral.

Passando a abordar quanto aos projetos de lei existentes no contexto nacional que debatem a discriminação genética se depara com o projeto de Lei nº 231/00, do Senador Juvêncio da Fonseca, voltado para vedação da exigência de testes genéticos em casos atrelados aos planos de saúde e o projeto de Lei nº 149/97, do Senador Lúcio Alcântara que objetiva instituir a discriminação genética, como tipo penal⁴⁶.

Cumprir registrar que o projeto de Lei nº 231/00 do Senado recebeu o nº 7.373/06 na Câmara dos Deputados, não tendo ambos sido aprovados⁴⁷.

Já o projeto de Lei 149/97, do Senado Federal que tem como objetivo a instituição de um tipo penal para discriminação genética⁴⁸ foi recebido pela Câmara dos Deputados com o número 4.610/1998⁴⁹, ambos pendentes de aprovação.

Em análise de tais projetos de Lei, se constata a tentativa de vedação expressa da discriminação genética, seja em âmbito de plano de saúde, âmbito escolar, acesso a concursos públicos ou mesmo para inibir que as informações genéticas sejam um obstáculo aos casamentos⁵⁰.

Os projetos de lei em análise recebem um grande destaque considerando a instituição de pena restritiva de liberdade⁵¹ à discriminação genética em quaisquer dos segmentos acima descritos, circunstância que se observa, por exemplo, das lições de seu artigo 5º:

Art. 5º Recusar, negar ou impedir a matrícula, o ingresso ou a permanência de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau, bem como a outras formas de treinamento,

⁴⁶MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 23 set, 2017.

⁴⁷*Projetos de Lei nº 231/00 e 7.373/06*. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/45552>. Acesso em: 23 set, 2017.

⁴⁸MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 23 set, 2017.

⁴⁹*Projeto de Lei nº 149/97 e 4.610/98*. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4610.html. Acesso em: 23 set, 2017.

⁵⁰Projeto de Lei nº 4.610/98. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4610.html. Acesso em: 23 set, 2017.

⁵¹MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 23 set, 2017.

atualização profissional ou programa de educação continuada, com base em informação genética da pessoa. **Pena:** detenção, de um mês a um ano, e multa⁵². (original sem grifos)

Além desses projetos, tem-se notícias de outros que ainda estão em trâmite de modo apenso ao projeto de Lei nº 4.610/98, quais sejam: 1.934/1999 (que objetiva a regulamentação do uso e da divulgação do genoma humano⁵³), 3.377/2000 (disciplina o uso e a pesquisa do código genético e dá outras providências⁵⁴), 4.900/1999 (versa acerca da proteção contra a discriminação genética do indivíduo e dá outras providências⁵⁵), 4.661/2001 (Dispõe sobre a proteção ao código genético de cada ser humano e dá outras providências⁵⁶).

Em análise do arcabouço normativo brasileiro, se constata que não possuímos legislação que coíba especificamente a discriminação genética seja em razão da eugenia positiva, negativa ou por quaisquer outras circunstâncias, uma vez que se extrai que a Resolução nº 196/1996 e a Lei de Biossegurança, sequer trazem em seu bojo vedação específica a tal modalidade de discriminação e os projetos de lei nacionais, constatados mediante levantamento bibliográfico, ainda não foram aprovados mesmo já alguns desde o ano de 98 em tramitação.

Ademais, é possível se deparar com alguns posicionamentos de autores que debatem essa temática asseverando que a proteção existente de nosso texto constitucional no que atine a dignidade da pessoa humana se mostra suficiente para vedar eventuais discriminações genéticas em quaisquer que sejam os segmentos⁵⁷.

Cumprir registrar que nessa mesma corrente de pensamento, há aqueles que defendem que mediante a aplicação da analogia os magistrados conseguiriam julgar casos de discriminação genética, de utilização de informações genéticas ou mesmo de outras questões dessa área, utilizando as disposições gerais da Constituição Federal de 1988 e as Leis existentes

⁵²Projeto de Lei nº 4.610/98. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4610.html. Acesso em: 23 set, 2017.

⁵³Projeto de Lei nº 1.934/98. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17419>. Acesso em: 23 set, 2017.

⁵⁴Projeto de Lei nº 3.377/00. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19565>. Acesso em: 24 set, 2017.

⁵⁵Projeto de Lei nº 4.900/99. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21202>. Acesso em: 24 set, 2017.

⁵⁶Projeto de Lei nº 4.661/01. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28410>. Acesso em: 24 set, 2017.

⁵⁷GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON LJ, editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 16 set, 2017.

ainda que não específicas para proferir suas decisões⁵⁸.

Nesse ponto, a crítica que se faz é justamente a inexistência no ordenamento jurídico de nosso país norma específica que regulamente a pesquisa com seres humanos no que atine ao melhoramento genético (eugenia) em quaisquer de suas vertentes, bem como que coíbam a discriminação genética que dele venham a decorrer⁵⁹.

Ainda que alguns autores defendam ser possível a ocorrência de julgamento de casos que envolvam questões ligadas aos avanços da bioética, como os abordados no presente trabalho, utilizando apenas a analogia alicerçada nas matrizes principiológicas do nosso texto constitucional e as parcas normativas existentes (que não tratam da discriminação genética muito menos da eugenia), se tem que o Brasil também necessita acompanhar o desenvolvimento científico relacionado às pesquisas genéticas instituindo normas que abordam especificamente seu posicionamento quanto a eugenia e a discriminação genética que dela venha a ocorrer⁶⁰.

Tal necessidade se dá, justamente, porque nosso país ainda não consta do rol de países, com ordenamentos vigentes, que já se preocupam com a proteção específica dos indivíduos quanto os novos rumos a serem firmados com os progressos da ciência, especialmente acerca do melhoramento genético.

Essa realidade de progressos científicos, dentre eles os vinculados a eugenia, considerando a velocidade dos avanços tecno-científicos, nos próximos anos se implementará de modo mais efetivo, sendo necessário uma regulamentação quanto a aceitação ou não do melhoramento genético em nosso ordenamento, principalmente para se delimitar as relações entre melhorados geneticamente e os não, em quaisquer segmentos, para não se ensejar a discriminação genética.

4 ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO ALIENÍGENA ACERCA DA EUGENIA: ESTADOS UNIDOS, SUÍÇA E PORTUGAL

Diversamente do cenário encontrado em nosso país, em algumas localidades nos Estados Unidos já há uma grande preocupação quanto à erradicação da discriminação genética, especialmente em razão da existência

⁵⁸GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON LJ, editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 16 set, 2017.

⁵⁹MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 23 set, 2017.

⁶⁰MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 16 set, 2017.

naquele país de uma apreensão da população em ser submetida a exames dos planos de saúde e ser detectada patologia de cunho hereditário o que acarretará a perda das benesses dos referidos planos⁶¹.

Não apenas no segmento dos planos de saúde já há uma proteção jurídica americana quanto à discriminação genética, haja vista que naquela realidade também se objetiva a erradicação de possíveis atos discriminatórios em âmbito laboral⁶².

Nesse sentido, tem-se que os Estados do Arizona, Califórnia, Colorado, Connecticut, Delaware, Florida, Geórgia, Havaí, Ilinóis, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Minnesota, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New México, New York, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Texas, Vermont, Virgínia e Wisconsin, apresentam normativas que objetivam debatem a necessidade de vedação da discriminação genética nos segmentos supramencionados⁶³.

Cumprir registrar que além de normativas em âmbito estadual foram propostos dois projetos de leis federais com o intuito de coibir a discriminação pelos planos de saúde e nas relações empregadores e empregados, sendo eles: o projeto HR 602 e o outro o S 318, convertidos em 2006 nos projetos S. 306 do Senado e H.R. 1.227 da Câmara, com fito de ser criada posteriormente a Lei de não Discriminação Genética no Seguro de Saúde e no Emprego⁶⁴.

Pela Lei de não discriminação supramencionada as empresas de planos de saúde são vedadas a cancelar ou negar cobertura a determinados procedimentos ou exames em razão das informações genéticas que possuam, estando às agências de empregos vetadas de realizar práticas discriminatórias diante de dados resultados de testes genéticos⁶⁵.

Diante de uma variedade de casos de supostas discriminações genéticas, pode se constatar em terras norte-americanas a existência de organizações que visam à coibição dessa modalidade de discriminação em sede de planos de saúde e nas relações de trabalho, como é o caso da *The*

61 ADORNO, Roberto apud NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 125.

62 NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 126.

63 NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 126.

64 BUELOW, Nancye apud NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 126.

65 BUELOW, Nancye apud NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 126 e 129.

Genetic Alliance, Coalition for Genetic Fairness e a American Civil Liberties Union, dentre outras⁶⁶.

A existência dessas agências especializadas e sua atuação enfática proporcionam aos ordenamentos americanos uma base mais robusta para coibição da discriminação genética, uma vez que se nota uma cautela quanto às eventuais consequências, especialmente dessa modalidade de discriminação⁶⁷.

Como exposto, algumas circunstâncias acarretaram a jurisdização de casos discriminatórios genéticos e em razão da relevância do debate acerca da discriminação foi criado nos Estados Unidos da América um precedente normativo denominado *American with Disabilities Act (ADA)*, pelo qual é ilegal aos empregadores discriminar colaboradores ou pretensos colaboradores em função de suas deficiências físicas ou mentais, exigindo ainda que forneçam acomodações razoáveis aos funcionários que precisam deles por causa de suas deficiências, tendo sido considerada frágil tal norma⁶⁸.

Nesse sentido, diante do que foi exposto do tópico anterior acerca da situação normativa brasileira é possível mencionar que os magistrados norte-americanos conseguem proferir julgamentos de casos atrelados a discriminação genética, ainda que sejam em âmbito laboral ou em sede de relações vinculadas aos planos de saúde, sem tem que se basear apenas em matrizes principiológicas, como ocorre em nossa realidade jurídica que não possui normativa específica que coíba essa modalidade de discriminação.

Em 2001, o governo do então presidente George Bush se posicionou em programação de rádio de modo contrário a discriminação genética demonstrando apoio as iniciativas normativas de erradicação de tais modalidades de preconceito. Quatro anos após, se instituiu a Lei Federal de não discriminação baseada na informação genética (G.I.N.A)⁶⁹.

Por esses elementos, pode se verificar que em que pese a existência de leis estaduais que coibam a discriminação genética em sede das relações de planos de saúde e trabalhistas houve a opção dos Estados Unidos em criar uma lei federal para lidar com o fenômeno da discriminação genética, unificando o posicionamento americano quanto à temática, debatendo-a desde 1960⁷⁰.

⁶⁶NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética* – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 128.

⁶⁷NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética* – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 130.

⁶⁸Disponível em: <https://www.eeoc.gov/eeoc/publications/fs-ada.cfm>. Acesso em: 16 set, 2017.

⁶⁹NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética* – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 129.

⁷⁰GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON LJ, editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000600018. Acesso em: 16 set, 2017.

A G.I.N.A, mesmo sendo considerada uma inovação em sede de proteção as novas nuances do desenvolvimento científico, foi criticada especialmente pelo fato de tutelar somente a coibição da discriminação genética nas relações de emprego e nos seguros de saúde deixando outras nuances desprotegidas, uma vez que o acesso a dados genéticos favorecem condutas como a discriminação genética em âmbito civil⁷¹ ou mesmo manipulações ensejadora da configuração de Biopoder.

Nesse sentido, cabe registrar que em que pese os Estados Unidos da América não estabelecer especificamente uma legislação de coibição à discriminação genética, em razão da eugenia, as existentes quanto a não aceitação de discriminação genética nos casos de planos de saúde e em âmbito das relações trabalhistas, já podem ser aplicadas por analogia em casos de eventuais discriminações genéticas eugênicas, angariando a proteção dos indivíduos.

Superada as singelas elucidações quanto ao ordenamento jurídico presente nos Estados Unidos da América, uma vez que não se objetiva o esgotamento da temática, necessários se fazem os esclarecimentos acerca das normativas existentes na Suíça, haja vista que foi o primeiro país a fazer menção em seu texto constitucional da proteção ao patrimônio genético dos indivíduos⁷².

Nesse sentido, se constata que a efetivação no texto constitucional da Suíça da proteção ao patrimônio genético permite uma maior proteção, principalmente, quando se trata de melhoramento genético e de eventuais discriminações genéticas, visto que estes estão relacionados diretamente a obtenção de informações relacionadas à hereditariedade dos indivíduos.

Diante de levantamento bibliográfico é possível se constatar posicionamento de que até o ano de 2013, a Suíça se mantinha como o único país do mundo, a possuir o direito à privacidade genética⁷³ e a coibição a eugenia em sua vertente positiva, conceituada no primeiro capítulo como a escolha de características físicas dos filhos, insculpidos em seu texto constitucional, especificamente, no artigo 119, “c” e “f”:

Art. 119º Medicina de reprodução humana e engenharia genética nos seres Humanos

1. O ser humano está protegido contra os abusos da medicina de

⁷¹MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 16 set, 2017.

⁷²NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 135.

⁷³DIAS, Rodrigo Bernardes apud MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 16 set, 2017.

- reprodução e da engenharia genética.
2. A Confederação prescreve disposições sobre manipulação do patrimônio genético e embrionário. Para isto, assegura a proteção da dignidade do homem, da personalidade e da família e atenta-se particularmente aos seguintes princípios:
 - a) todas as formas de clonagem e intervenções no patrimônio genético das células embrionárias e embriões humanos são inadmissíveis.
 - b) Nenhum material embrionário ou genético não-humano pode ser inserido em material embrionário humano nem fusionado com o mesmo.
 - c) Os processos da procriação medicamente assistida somente devem ser aplicados se a infertilidade ou o risco de contágio de uma doença grave não podem ser solucionados de forma diferente, mas não para obter determinadas características na criança, nem para realizar pesquisas; a fecundação de óvulos humanos, fora do corpo da mulher, admite-se somente nas condições determinada por lei; admite-se desenvolver, fora do corpo da mulher, até o estado de embrião somente o número de óvulos humanos que puder ser imediatamente implantado.
 - d) A doação de embriões e todos os tipos de maternidade emprestada são inadmissíveis.
 - e) Não se admite comercializar células embrionárias humanas nem produtos de embriões.
 - f) O patrimônio genético de uma pessoa somente pode ser examinado, registrado ou revelado se a referida pessoa concordar ou se a lei assim o determinar.
 - g) Todos têm acesso aos dados de sua ascendência.⁷⁴

Vislumram-se do texto constitucional da Suíça uma proteção e preocupação relevante aos avanços biotecnológicos, principalmente no que atine a eugenia, visto que da análise das normativas americanas, demonstradas anteriormente se verificou que não há menção naquele arcabouço normativo vedação a elitização estrutural dos seres humanos, já as disposições constitucionais da Suíça contam com uma maior cautela, justamente, como modo de coibir a discriminação genética com base em características físicas (eugenia positiva).

Seguindo a análise do contexto constitucional da Suíça quanto à discriminação genética e as implicações do desenvolvimento no campo da manipulação genética, é possível constatar que há uma cautela daquele ordenamento não apenas com os indivíduos, mas também com os não humanos, sejam animais, plantas, dentre outros, conforme preceitua o artigo 120 de tal norma:

Art. 120º Engenharia genética no âmbito não-humano
1 O homem e seu ambiente são protegidos dos abusos da engenharia

⁷⁴Tradução do artigo 119 da Constituição Federal Suíça de 18 de Abril de 1999. Disponível em: http://ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf. Acesso em: 16 set, 2017.

genética.

2 A Confederação prescreve disposições sobre a manipulação com material embrionário e genético de animais, plantas e outros organismos. Para isto, leva em conta a dignidade da criatura, assim como a segurança do homem, dos animais e do meio-ambiente e protege a variedade genética das espécies de animais e vegetais⁷⁵.

Nesse ponto, é que se verifica o quão avançada estão às dicções constitucionais da Suíça, especialmente, no aspecto de proteção jurídica de seus indivíduos de eventuais discriminações genéticas, sejam elas decorrentes da eugenia ou de outras razões, uma vez que tal país já detém previsão expressa de coibição de abusos relacionados à manipulação genética, não apenas vinculadas a fixação de padrão físico da população como também as informações genéticas para não ensejar a utilização futura para fins de discriminação.

Diante de tal cautela, se percebe, por exemplo, que por aquele ordenamento, facilmente, poderá ser evitada a disseminação das consequências do biopoder, ainda que a vedação em questão não esteja, expressamente, disciplinada, o magistrado contará com uma previsão constitucional para penalizar eventuais abusos advindos da manipulação genética, especialmente os oriundos de tentativa “padronização” de características físicas dos cidadãos.

Ademais, é nesse aspecto que se estabelece críticas a inexistência de normativa específica em nosso país para vedar a discriminação genética ou mesmo outras implicações do uso indiscriminado da manipulação genética, visto que se compararmos a proteção dada por nosso ordenamento e o proporcionado pelo arcabouço normativo da Suíça, se verifica que ainda necessitamos percorrer um longo caminho tanto para o desenvolvimento genético, bem como para proteção dos indivíduos em face deste.

Esclarecido o atual contexto normativo constitucional presente na Suíça, passa-se a analisar a proteção efetivada por Portugal quanto a essa temática.

A título de conhecimento, se denota que assim como a Suíça Portugal também conta com um das mais completas normativas acerca da biotecnologia e investigação genética, qual seja, a Lei nº 12/2005, da qual se extrai uma tutela normativa em diversos segmentos relacionados à manipulação genética, estatuinto expressamente vedação a utilização de intervenção genética com fito de acarrear uma padronização física social.

Abordando essa proteção inculpada na legislação portuguesa, se constata das lições do artigo 8º da Lei nº 12/2005, pelas quais já se nota

⁷⁵Tradução do artigo 119 da Constituição Federal Suíça de 18 de Abril de 1999. Disponível em: http://ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf. Acesso em: 16 set, 2017.

indícios da proibição da utilização da eugenia em sua vertente positiva, relacionada com escolha de características físicas dos indivíduos:

Artigo 8.º Terapia genética

1 - A intervenção médica que tenha como objeto modificar intencionalmente o genoma humano só pode ser levada a cabo, verificadas as condições estabelecidas nesta lei, por razões preventivas ou terapêuticas.

2 - É proibida qualquer intervenção médica que tenha por objetivo a manipulação genética de características consideradas normais, bem como a alteração da linha germinativa de uma pessoa⁷⁶.

Além dessa previsão relacionada, indiretamente, a prática eugênica em sua vertente positiva, é possível verificar dessa lei um posicionamento, incisivamente, contrário a discriminação genética.

Corroborando com essas assertivas, as dicções do artigo 11, do referido texto normativo:

Artigo 11.º - Princípio da não discriminação:

1. Ninguém pode ser prejudicado, sob qualquer forma, em função da presença de doença genética ou em função do seu patrimônio genético.

2. *Ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, em função dos resultados de um teste genético diagnóstico, de heterozigotia, pré-sintomático ou preditivo, incluindo para efeitos de obtenção ou manutenção e emprego, obtenção de seguros de vida e de saúde, acesso ao ensino e, para efeitos de adoção, no que respeita quer aos adotantes quer aos adotandos.*

3. Ninguém pode ser discriminado, sob qualquer forma, nomeadamente no seu direito a seguimento médico e psicossocial e a aconselhamento genético, por se recusar a efetuar um teste genético.

4. *É garantido a todos o acesso equitativo ao aconselhamento genético e aos testes genéticos, salvaguardando-se devidamente as necessidades das populações mais fortemente atingidas por uma dada doença ou doenças genéticas*⁷⁷. (original sem grifos)

Além desse amparo em face da discriminação genética nos segmentos educacionais, de saúde é possível se deparar, com outros dispositivos dessa mesma lei que promovem, ainda, proteção mais específica à realização de testes genéticos, nas questões atinentes a um seguro de vida tratada no artigo 8º, como se constata de seu artigo 12:

⁷⁶Tradução do artigo 11 da Lei nº 12/2005 de Portugal. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487526/201704272356/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 17 set, 2017.

⁷⁷Tradução do artigo 11 da Lei nº 12/2005 de Portugal. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487526/201704272356/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 17 set, 2017.

Artigo 12º: Testes genéticos e seguros - 1. As companhias de seguros não podem pedir nem utilizar qualquer tipo de informação genética para recusar um seguro de vida ou estabelecer prêmios mais elevados. 2. As companhias de seguros não podem pedir a realização de testes genéticos aos seus potenciais segurados para efeitos de seguros de vida ou de saúde ou para outros efeitos. 3. As companhias de seguros não podem utilizar a informação genética obtida de testes genéticos previamente realizados nos seus clientes atuais ou potenciais para efeitos de seguros de vida e de saúde ou para outros efeitos. 4. As seguradoras não podem exigir nem podem utilizar a informação genética resultante da colheita e registro dos antecedentes familiares para recusar um seguro ou estabelecer prêmios aumentados ou para outros efeitos⁷⁸.

Pela leitura do referido dispositivo, se depara expressamente com a vedação de exibição de informações genéticas que sejam obtidas em testes genéticos por empresas ligadas a planos de saúde, justamente, objetivando a não propensão da utilização de tais informações de modo manipulador, ensejando o denominado biopoder.

Seguindo a análise de tal normativa, tem-se que por aquele ordenamento ser vedada também taxativamente a discriminação decorrente de teste genéticos obtidos nas relações laborativas, conforme se pode vislumbrar de seu artigo 13:

Artigo 13º: Testes genéticos no emprego – 1. A contratação de novos trabalhadores não pode depender de seleção assente no pedido, realização ou resultados prévios de testes genéticos. 2. Às empresas e outras entidades patronais não é permitido exigir aos seus trabalhadores, mesmo que com o seu consentimento, a realização de testes genéticos ou a divulgação de resultados previamente obtidos. 3. Nos casos em que o ambiente de trabalho possa colocar riscos específicos para um trabalhador com uma dada doença ou susceptibilidade, ou afetar a sua capacidade de desempenhar com segurança uma dada tarefa, pode ser usada a informação genética relevante para benefício do trabalhador e nunca em seu prejuízo, desde que tenha em vista a proteção da saúde da pessoa, a sua segurança e a dos restantes trabalhadores, que o teste genético seja efetuado após consentimento informado e no seguimento do aconselhamento genético apropriado, que os resultados sejam entregues exclusivamente ao próprio e ainda desde que não seja nunca posta em causa a sua situação laboral. 4. As situações particulares que impliquem riscos graves para a segurança ou a saúde pública podem constituir uma exceção ao anteriormente estipulado, observando-se, no entanto a restrição imposta no número seguinte. 5. Nas situações previstas nos números anteriores os testes

⁷⁸Tradução do artigo 12 da Lei n° 12/2005 de Portugal. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487526/201704272356/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 17 set, 2017.

genéticos, dirigidos apenas a riscos muito graves e se relevantes para a saúde atual do trabalhador, devem ser selecionados, oferecidos e supervisionados por uma agência ou entidade independente e não pelo empregador. 6. Os encargos da realização de testes genéticos a pedido ou por interesse direto de entidades patronais são por estas suportados

79

Pelo conteúdo do referido dispositivo, já se depara com uma proteção específica na seara laboral quanto eventuais disseminações de informações genéticas de colaboradores que favoreceriam uma “escolha” de profissionais não portadores de determinadas patologias ou mesmo aqueles que tenham sido submetidos ao melhoramento genético, não propiciando uma discriminação em sede de contratação àqueles não advindos do melhoramento genético.

Tamanha é a cautela da legislação portuguesa quanto aos progressos relacionados à manipulação genética e suas implicações sejam elas ligadas a discriminação genética, a efetivação de práticas eugênicas que o legislador se preocupou em regulamentar inclusive a proibição de se utilizar recentes dados genéticos ou solicitar informações genéticas anteriores para se efetivar a adoção de uma criança, disposição constante do artigo 14 de tal lei.

Nesse sentido, se constata que o ordenamento português já conta com normas específicas para coibir a discriminação genética, advindas da eugenia ou outras questões atreladas ao desenvolvimento científico nessa área ou mesmo outras consequências decorrentes de abusos relacionados à manipulação genética.

Após a análise de todo esse avanço constante da legislação verificamos que nosso ordenamento necessita passar por um enorme avanço jurídico para inserir proteção específicas aos avanços advindos da manipulação genética, uma vez que diversamente das legislações alienígenas apontadas neste tópico, o arcabouço normativo vigente sequer conta com quaisquer coibições direcionadas a eugenia ou mesmo a discriminação genética.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eugenia do modo que foi concebida em seu surgimento, qual seja, objetivando a instituição de características físicas, hodiernamente, já não é mais admitida, uma vez que diante das garantias jurídicas conquistadas não se permitiria, por exemplo, circunstâncias que favorecessem a ocorrência de crueldades como as noticiadas com a Segunda Guerra Mundial, mediante as tentativas de Hitler conseguir uma elitização de padrões físicos dos indivíduos.

⁷⁹Tradução do artigo 13 da Lei nº 12/2005 de Portugal. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487526/201704272356/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 17 set, 2017.

Como o novo traz certo estranhamento e preocupação, tem-se que a efetivação da eugenia em sua vertente negativa, pela qual se objetiva a cessação da propagação das doenças genéticas (neoeugenia), provoca certa polêmica, tendo em vista que seus benefícios e malefícios não são conhecidos, visto que decorrem de avanços biotecnológicos que podem vir ou não a se efetivar.

Uma das consequências que se cogita para caso o melhoramento genético eugênico se efetive é a discriminação/exclusão genética aos indivíduos que não puderem ser submetidos a esses procedimentos, haja vista, que por envolver ciência e tecnologia terão custo elevado, fato que propiciará não apenas a discriminação genética como também a fixação do Biopoder.

Considerando que a efetivação do melhoramento genético depende de progressos biotecnológicos, como já mencionado, não se pode dar uma certeza que este ocasionará a exclusão social, tendo em vista que diante de nossa atual realidade, a discriminação é uma circunstância, infelizmente, existente, em nossas relações interpessoais, seja ela racial, econômica, social, assim o ato discriminatório já é uma situação concreta, fato este que não pode ser dito acerca da eugenia, principalmente, em sua vertente negativa, haja vista a constante evolução científica e as incertezas sobre as conquistas ou fracassos oriundos desta.

Neste ponto, é que se mostra relevante que seja regulamentado legalmente quais os limites para esses progressos biotecnológicos e como cada um deles serão adotados no país, assim, os ordenamentos que já preveem tal posicionamento se despontam no cenário das conquistas biotecnológicas e, aqueles que não delimitam, normativamente, como lidarão com as implicações dos novos rumos da ciência e da tecnologia, simplesmente, se permanecerem inerte se verão obrigados a aplicar legislação alienígena em seus caso nacionais concretos favorecendo uma efetivação de situações jurídicas Frankenstein.

Assim, diante da velocidade com que os progressos decorrentes de ciência e tecnologia tem se efetivado, nosso ordenamento necessita se amoldar a realidade que em um futuro próximo já poderá bater a porta de muitos, criando legislação específica, para que em ocorrendo a judicialização de caso em que envolva o melhoramento genético não tenha apenas a matriz principiológica da dignidade da pessoa humana, prevista constitucionalmente, ou mesmo a Resolução 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde e a Lei 11.105/05, que não versam diretamente dessa temática, como únicos alicerces de seus decisórios, necessitando angariar em outros ordenamentos com realidades diversas de nossas provocando violações de direitos.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto apud NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

AMARAL, Amadeu apud SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugenista Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 15 mai, 2017.

BOS-MIKICH, Adriana. *Origem das Células Germinativas*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/gametaembriao/origem.html>. Acesso: 18 set, 2017.

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 23 set, 2017.

Constituição Federal Suíça. Disponível em: http://ccisp-newsletter.com/wp_docs/Bundesverfassung_PT.pdf. Acesso em: 16 set, 2017.

COOPER, Julio Luis Martinez, Merian C. *Células-troncos Humanas - Aspectos Científicos, Éticos e Jurídicos*. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=-uBDkrvwA9oC&pg=PA230&lpg=PA230&dq=embri%C3%B5es+invi%C3%A1veis+significado&source=bl&ots=W7KMxzUz-tw&sig=yOwUdwgXNz4haIxRvkPPMDIDO0w&hl=pt=-BR&sa=X&ved=0ahUKEwjs-97v_7HWAhXBH5AKHdB6Cdc4ChDoAQgtMAI#v=onepage&q=embri%C3%B5es%20invi%C3%A1veis%20significado&f=false. Acesso em: 18 set, 2017.

DIAS, Rodrigo Bernardes apud MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 16 set, 2017.

GUEDES, Cristiano. *Resenha do Livro: Genetic Discrimination*. ALBERTSON LJ, editor. New York: Nova Science Publishers Inc; 2008. 113 p. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0102-311X2010000600018. Acesso em: 17 set, 2017.

GUERRA, Andréa apud MELLO, Izabel; Silva, Edson Pereira. *História da eugenia e ensino de genética*. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/view/28063/22596>. Acesso em: 28 mai, 2017.

KEHL, Renato apud MIRANDA, Carlos Alberto Cunha. *Uma Estranha Noção De Ciência: Repercussões do Pensamento Eugênico no Brasil*. Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistaclio/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 22 mai, 2017.

Lei nº 10.211/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

leis/LEIS_2001/L10211.html. Acesso em: 17 set, 2017.

Lei nº 11.105/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.html. Acesso em: 18 set, 2017.

Lei nº 12/2005 de Portugal. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106487526/201704272356/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice. Acesso em: 17 set, 2017.

Lei nº 4.141/03. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/lei4141.html. Acesso em: 23 set, 2017.

MACIEL, Maria Eunice de S. *A eugenia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/anos90/article/viewFile/6545/3897>>. Acesso em: 10 Mai, 2017.

MEIRELES, Renatha Garcia de la Torre. *Discriminação Genética nas relações de emprego*. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Renatha%20Garcia%20de%20La%20Torre%20Meireles.pdf>. Acesso em: 16 set, 2017.

MURÃO Mitiko; FERRAZ, Maria Helena C. *Traço falciforme - heterozigose para hemoglobina S*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-84842007000300006. Acesso em: 17 set, 2017.

NETO, Francisco Vieira Lima Neto. *O Direito de não sofrer Discriminação Genética – Uma nova expressão dos Direitos de Personalidade*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

OLIVEIRA, Simone Born de. *Da bioética ao direito: manipulação genética e dignidade da pessoa humana*. 1ª ed. (ano 2002), 6ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2011.

Projeto de Lei nº 1.934/98. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17419>. Acesso em: 23 set, 2017.

Projeto de Lei nº 149/97 e 4.610/98. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4610.html. Acesso em: 23 set, 2017.

Projeto de Lei nº 3.377/00. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19565>. Acesso em: 24 set, 2017.

Projeto de Lei nº 4.610/98. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4610.html. Acesso em: 23 set, 2017.

Projeto de Lei nº 4.610/98. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4610.html. Acesso em: 23 set, 2017.

Projeto de Lei nº 4.661/01. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28410>. Acesso em: 24 set, 2017.

Projeto de Lei nº 4.900/99. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21202>. Acesso em: 24 set, 2017.

Projetos de Lei nº 231/00 e 7.373/06. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/45552>. Acesso em: 23 set, 2017.

Resolução nº 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/cns/1996/res0196_10_10_1996.html. Acesso em: 17 set, 2017.

SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *A Eugenia no Brasil: Ciência e Pensamento Social no Movimento Eugenista Brasileiro do Entre-Guerras*. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S23.1587.pdf>. Acesso em: 04 mai, 2017.

TAVARES, Fernando Horta; FRANCO, Livia Rosa. *Bioética e Biodireito*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/45592195-Bioetica-e-biodireito-bioethics-and-the-biolaw.html>. Acesso em: 17set, 2017.

WEGNER, Robert; SOUZA, Vanderlei Sebastião de. *Eugenia 'negativa', psiquiatria e catolicismo: embates em torno da esterilização eugênica no Brasil*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/hesm/2013nahead/ahop0113.pdf>. Acesso em: 12 mai, 2017.

GESTAÇÃO: MULHERES EM SITUAÇÃO DE RUA SOB USO DE DROGAS

MANAGEMENT: WOMEN IN STREET SITUATION UNDER DRUG USE

Claudete Rozane Roman Rós¹
Luis Fernando Moraes de Mello²
Mauricio Zanotelli³

RESUMO: Embora seja um problema crescente na população mundial, existem poucos trabalhos publicados sobre o uso de drogas durante a gravidez, nesse sentido o principal ensejo desta pesquisa é abordar de maneira objetiva as drogas de abuso relacionadas a mulheres em idade reprodutiva. Foram descritas as principais consequências da utilização de drogas de abuso, tanto para a mãe quanto para o bebê. Concluindo-se se trata de um problema de saúde pública pouco discutido, havendo á urgência de efetivação das políticas públicas de assistência social, visando o amparo dessas minorias vulneráveis, devendo envolver uma equipe multidisciplinar em sua abordagem. A publicação de mais trabalhos se faz necessária, a fim de se estabelecer a melhor estratégia de intervenção nesta população.

PALAVRAS-CHAVE: Gestação, uso de drogas, políticas públicas, vulnerabilidade social.

ABSTRACT: Although it is a growing problem in the world population, there are few published works on the use of drugs during pregnancy, in this sense the main objective of this research is to approach objectively the drugs of abuse related to women of reproductive age. The main consequences of using drugs of abuse have been described for both the mother and the baby. In conclusion, this is a public health problem that is little discussed, and there is an urgent need to implement public social assistance policies, seeking the support of these vulnerable minorities, and involve a multidisciplinary team in their approach. The publication of more work is necessary, in order to

¹RÓS, Claudete Rozane Roman; Bacharelado no curso superior de Direito, VIII Semestre, na faculdade AJES- Faculdades do Vale do Juruena; e-mail: clauromanros@gmail.com.

t

³Graduado em Direito pela Unisinos/RS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Mestre em Direito Público pela Unisinos/RS. Mestre em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante – Espanha. Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra – Portugal. E-mail: zanotelli.adv@gmail.com

establish the best intervention strategy in this population.

KEYWORDS: Gestation, drug use, public policies, social vulnerability.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Método 3. A Maternidade e o uso de drogas; 4. A criminalização da genitora dependente química; 5. A possibilidade de internação compulsória da gestante usuária de drogas; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O avanço do consumo de drogas lícitas e ilícitas na atualidade é considerados como problemas de saúde pública mundial, e o Brasil é um dos países mais afetado, pois possui uma grande população em situação precária, vivendo em agrupamentos desordenados, o que por vez facilita o acesso as drogas. Por isso se faz necessário de extrema urgência, à realização de pesquisa sobre as consequências do uso de drogas na população, para posteriormente analisar formas de intervenção através de políticas públicas de atendimento social.

A realização da presente pesquisa justifica-se pela importância de conhecer amplamente as consequências do uso de drogas lícitas e ilícitas durante a gravidez, para a mãe e para o recém-nascido e a importância do acompanhamento da atenção primária à saúde, a população exposta e acometida pelo uso de drogas que hoje se configura como um problema de saúde pública no Brasil e no mundo, e, a efetivação de políticas públicas de assistência social direcionadas a essas minorias.

2 MÉTODO

Este é um artigo de exploração sobre o uso de drogas durante a gestação. Foi realizada busca nas bases de dados, Scielo, e Science Direct, e bibliografias digitais, com acesso por meio de mídia eletrônica. Para a busca dos artigos ou outras publicações foram usados os seguintes descritores em português: drogas, gestação, parto, puerpério. Os descritores em inglês foram: *drugs, cocaine, crack, pregnancy, delivery, puerperium*. A pesquisa ensejou a análise dos efeitos e consequências do uso de drogas durante a gestação. Buscou-se, em literatura atualizada, a definição da droga, seus mecanismos de ação, aspectos sociodemográficos das usuárias e efeitos nos diferentes sistemas orgânicos durante a gestação, parto e puerpério.

3 A MATERNIDADE E O USO DE DROGAS

Estudos que tratam sobre o consumo de drogas entre as mulheres, em especial entre as mulheres gestantes, são pouco abordados, o que nos mostra uma urgência em estudos pontuais com maior aprofundamento no assunto, para que essa discussão tão importante para externar a preocupação quanto a estas minorias, não passem despercebido pelos gestores de todas as esferas ou tenha visibilidade apenas através da mídia, que leva informações muitas vezes inadequadas à população, só aumentando a exclusão e o afastamento dessas mulheres e em geral de todos os usuários de drogas da sociedade.

O artigo *Uso do Crack na Gestação: Vivências de Mulheres Usuárias*, relata o uso de drogas durante a gesta o, vejamos:

As participantes da pesquisa relataram que devido   dependência do crack faziam o uso da droga mesmo durante a gesta o. Referiram diversos meios para obten o do crack, tais como furtos, empréstimos, prostitui o e venda de seus pertences, como   demonstrado nos relatos abaixo. Duas das entrevistadas relataram usar a prostitui o como método para obten o da droga. Quando questionada sobre o uso de preservativo, a usuária SI relatou não fazer uso durante suas rela es sexuais: Não usava nada naquela hora, não pensava em nada só pensava na droga, queria s  saber de droga e não de me proteger. (SI)⁴

Muitas destas gestantes, s  engravidam, pois, não tendo talento ou coragem para furtar, assaltar ou pedir esmola, acabam se prostituindo, e a consequência   a gesta o acompanhada do uso de drogas.

A prática da troca do sexo por crack   descrita por alguns autores como a principal ou mesmo a única forma utilizada por mulheres para o acesso   droga. Ao se submeterem ao ato de “vender o corpo”, as mulheres demonstram que o uso de crack e a prostitui o estão interligados devido   necessidade imediata de consumir a droga e satisfazer a fissura, uma vez que o ato de se prostituir se torna uma maneira fácil e rápida para conseguir dinheiro e adquirir o crack. Mulheres que se submetem   prática de sexo por droga realizam uma prostitui o “solitária”, isoladas de um grupo que possa ajudá-las, têm maior número de parceiros e não são coerentes no uso de preservativo⁵.

Podemos observar que a gravidez nesses casos   um dos resultados negativos trazidos pelo uso de drogas, pois a partir do momento em que a

⁴WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerenberg, et al. *Uso do crack na gesta o: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: >www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php<. Acesso em: 29/09/2017.

⁵WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerenberg, et al. *Uso do crack na gesta o: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: >www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php<. Acesso em: 29/09/2017.

mulher se submete ao sexo para adquirir meios de conseguir drogas ela esta exposta a contrair uma gestação indesejada, bem como doenças sexualmente transmissíveis

Ah o tratamento já faz tempo que faço, mas um pouco eu faço um pouco eu paro desse jeito estou indo né, um pouco faço, outro pouco eu paro. (SI) O medicamento foi bom para eu enjoar da droga. (SII) Eu fiz dois tratamentos, mas eu acho que só o tratamento não adianta. [...] aqui no CAPS eles dão remédio é claro, para ajudar para não dar fissura, mas mesmo assim dá. E a única coisa para deixar é a gente não ficar pensando nela, tentar fazer alguma coisa, tentar esquecer, mais é a força de vontade da gente, se a gente não se ajudar não para, não para. [...] eu venho no CAPS, por causa do meu filho porque tá abrigado. (SIII)⁶

Relatos como este, que ocorrem quase que diariamente, vem tomando uma proporção gigantesca em nosso meio, mas é como se estas pessoas não existissem, como se não fossem um problema social. Ainda, há uma dificuldade enorme, para uma análise mais concreta, bem como, ausência de números atualizados para mensurar a quantidade de gestantes moradoras de rua que passam por estas experiências no Brasil, pois o tempo em que perdura uma gestação é curto, e temporal não sendo a gravidez em si um problema que se pode mensurar.

A importância da atuação do Estado, por meio de Políticas Públicas, se faz extremamente necessária e urgente. Gestantes dão a luz, sob o efeito de drogas lícitas e ilícitas diariamente.

As usuárias ao falarem sobre o atendimento recebido no CAPS demonstraram a importância do tratamento para abandonarem o uso da droga. Por outro lado, relataram que não é o suficiente se não estiverem motivadas, do mesmo modo também afirmaram que a terapêutica medicamentosa é importante, porém sozinha não é efetiva⁷.

O diagnóstico do uso de drogas deve ser feito durante o pré-natal. No entanto, muitas vezes, ele acaba ocorrendo apenas durante a investigação de infecções, como a hepatite e o vírus da imunodeficiência humana (HIV), visto que são exames obrigatoriamente solicitados durante consulta pré-natal no Brasil e estão amplamente relacionados com o consumo de drogas⁸.

⁶WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerenberg, et al. *Uso do crack na gestação: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: >www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php<. Acesso em: 29/09/2017.

⁷WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerenberg, et al. *Uso do crack na gestação: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: <www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php>. Acesso em: 29/09/2017.

⁸YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi. *Drogas de Abuso e Gravidez*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v35s1/a10v35s1.pdf>>. Acesso em: 05/07/2017

Portanto, as orientações dadas às gestantes durante o pré-natal parecem ser insuficientes.

Em 1990, foi publicado um estudo mostrando que, numa população de 60 milhões de mulheres em idade reprodutiva, 51% já tinham feito uso de álcool, 29% de tabaco, 7% de maconha e 1% de cocaína; interessante notar que 8% dessas pacientes fizeram uso de alguma dessas drogas no último mês⁹.

O consumo de drogas como a cocaína e seus derivados tem aumentado de maneira exagerada pelas gestantes, mas muitas delas não assumem o consumo. Diante disso há uma grande dificuldade de precisar e tratar a gestante durante o período gestacional¹⁰. A identificação do consumo de drogas, em tese deveria ser realizada durante o pré-natal, mas, muitas vezes, é difícil o reconhecimento dessas pacientes, visto que muitas negam a utilização da droga, por medo, vergonha e outros inúmeros fatores. Drogas como a cocaína por exemplo tem o diagnóstico dificultado com relação ao diagnóstico de outras doenças como hipertensiva gestacional e suas complicações, pois, em ambos os casos, os sintomas apresentados são parecidos¹¹.

Ainda, as características das participantes desta pesquisa convergem com um estudo que refere que as gestantes usuárias de substâncias psicoativas têm menor adesão à assistência pré-natal, menor participação em grupos de gestantes e apresentam maior risco de intercorrências obstétricas e fetais. O estudo também apontou que a maioria das usuárias abandona os filhos ou pode ser considerada pela justiça incapaz para os cuidados com o filho.¹²

Na sociedade como um todo, quando se trata de saúde pública a precariedade é gritante. Por conta disso a gestante que é usuária de algum tipo de psicoativo, tem menor índice de acesso ao pré-natal, pois há um preconceito embutido, motivo pelo qual muitas mulheres no estado gestacional deixam de procurar atendimento, por medo de retaliações, ou até mesmo por receio de perder os seus filhos.

As mulheres verbalizaram sobre a prática de roubos e prostituição

⁹YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi. *Drogas de Abuso e Gravidez*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v35s1/a10v35s1.pdf>>. Acesso em: 05/07/2017

¹⁰YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi. *Drogas de Abuso e Gravidez*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v35s1/a10v35s1.pdf>>. Acesso em: 05/07/2017

¹¹YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi. *Drogas de Abuso e Gravidez*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v35s1/a10v35s1.pdf>>. Acesso em: 05/07/2017.

¹²WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerenberg. et al. *Uso do crack na gestação: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: <www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php>. Acesso em: 29/09/2017.

como meios de obtenção do crack em virtude da urgência pelo uso da droga. Suas falas demonstraram histórias permeadas por sofrimento e abandono. Foi possível notar aspectos sociais e culturais envolvidos com o uso de drogas, uma vez que há antecedentes familiares com história de uso de substâncias psicoativas. Isso constitui um fator de vulnerabilidade, fazendo com que a pessoa usuária de crack forme um ciclo que reproduza as situações vivenciadas, expondo inclusive o bebê, durante a gestação e após o nascimento¹³.

Observa-se que o apoio às gestantes usuárias é importante para o cuidado da saúde mental. Pois com o seu fortalecimento, acarreta no auxílio no enfrentamento de sua condição, além de contribuir para a redução das complicações maternas e infantis relativas ao uso de drogas. Tal estudo trouxe como fator relevante o sentimento de reprovação e culpa devido ao uso da droga no período gestacional. As expectativas e as preocupações são principalmente com a saúde do bebê.

É importante ressaltar que a possibilidade de estruturação de uma rede de relações formais estabelecida por profissionais ou instituições de saúde e a articulação com as redes informais, juntamente com as relações estabelecidas entre os sujeitos, constituem-se como elementos imprescindíveis para potencializar os cuidados às famílias, contribuindo, assim, favoravelmente no cuidado da gestante usuária.

Ou seja, com Políticas Públicas adequadas voltadas a essa minoria, as chances de reabilitação seriam muito maiores, evitando assim a intervenção do poder judiciário, que levam a tomadas de decisões invasivas como o abrigo de bebês recém-nascidos e a destituição do poder familiar.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DA GENITORA DEPENDENTE QUÍMICA

O sustentáculo legal para o afastamento compulsório do poder familiar dos pais está disciplinado no art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, norma que indicará os casos possíveis de destituição, quais sejam, castigo imoderado, abandono, reiteração das faltas e atos contrários à moral e aos bons costumes. Este último enaltece a influência do comportamento parental, a qual a criança está exposta. Essa má influência justifica-se quando há prática de atos contrários à moral e aos bons costumes com relação ao ambiente familiar.

O Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas (OBID) re-

¹³WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerenberg. et al. *Uso do crack na gestação: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: <www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php> Acesso em: 29/09/2017.

conheceu, em artigo relacionado com ao tratamento direcionados a mulheres dependentes de álcool ou drogas, que este é um assunto discutido apenas como um problema do gênero masculino, e que, em relação às mulheres, houve uma adaptação para recebê-las, mas que isso não é suficiente, pois não há estudos destinados ao gênero feminino e sua particularidade¹⁴.

Em relação ao consumo e dependência química por mulheres, o início do uso de drogas se relaciona a ocorrências desagradáveis na vida pessoal, tendo como gatilho a morte do cônjuge, separação, depressão, sentimento de isolamento social, pressão familiares ou profissionais, abuso sexual na infância entre outros.

É importante ressaltar que o cuidado com as gestantes dependente de álcool e de outras drogas é complexo e exige um preparo específico por parte dos enfermeiros. Os profissionais devem estar conscientes das características únicas de cada usuária. O principal obstáculo para o tratamento das mulheres dependentes, em geral, é o preconceito que sofrem por parte da própria comunidade. Nas grávidas, esse preconceito se multiplica, tornando quase impossível um pedido de ajuda e como consequência, essas gestantes raramente fazem acompanhamento pré-natal e, quando fazem, ocultam o uso de drogas. Por outro lado, o período gestacional é um período facilitador de sensibilização ao tratamento, por isso se houver preparo por parte da equipe de saúde, é exatamente nessa fase que se consegue uma abstinência completa e duradoura de todas as drogas, tendo em vista que a maioria das mães não querem prejudicar o bebê¹⁵.

Dentre inúmeros fatores de risco relacionados o abuso de drogas, deve-se levar em consideração as precárias condições de moradia, presença de tráfico de drogas e ausência de perspectivas de trabalho. Fatores que por si só, motivam a criminalização e o preconceito às gestantes usuárias de drogas.

Acompanhamento médico e consulta de pré-natal são cruciais para uma gestação segura, bem como, as orientações na prevenção do uso de drogas na gestação e no puerpério, tal orientação é de suma importância, a fim de conscientizar principalmente as gestantes dos perigos e consequências da droga durante a gravidez e no período puerperal.

Contudo, o receio de julgamentos e também da criminalização, pelo estado gestacional, não deixa que estas mulheres procurem apoio nos Postos

¹⁴ BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Nacional de Política sobre Drogas. *Crack e exclusão social /organização*, Jessé Souza. 2016. ISBN : 978-85-5506-045-8. p.13.

¹⁵MAIA, Jair Alves. *Consequências do uso de drogas durante a gravidez*. DOI: 2317-3378rec.v4i2.664. Disponível em: <<https://www5.bahiana.edu.br/index.php/enfermagem/article/viewFile/664/540>>. Acesso em: 29/09/2017.

de Atendimento a Saúde.

As usuárias têm o desejo de cessar o uso do crack assim que descobrem estar gestantes, entretanto há certo sentimento de impotência perante a droga. Uma das principais motivações para a suspensão do uso é a preocupação com a gestação e a saúde do filho, visto que o uso do crack traz sérios prejuízos para a vida do bebê¹⁶.

O hábito de usar drogas na gestação representa um sentimento de culpa das gestantes, que prevendo uma possível desaprovação pela sociedade e pelo profissional da saúde, tendem a negar o uso ou relatar um consumo esporádico.

O uso de drogas no período gestacional é um tema de difícil abordagem na prática assistencial. E apesar de ser pouco difundida pelas autoridades competentes, na última década, a epidemia do crack apresenta-se como um problema de saúde pública, uma vez que as repercussões das gestações de usuárias desta droga são um problema grave para a sociedade e cada vez mais recorrente.

5 A POSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DA GESTANTE USUÁRIA DE DROGAS

A internação do usuário de substância entorpecente, de forma involuntária ou compulsória, sem necessidade de anuência do paciente, é regulada pela Lei 10.216/2001. Lei esta que trouxe para o ordenamento jurídico e social, uma alternativa para amenizar a mutilação do indivíduo, quando este perdeu o discernimento, devido o uso desenfreado de drogas. As internações involuntária e compulsória diferem no sentido de que a internação involuntária é aquela em que os familiares com vínculo de parentesco consanguíneo acionam um Centro de Atenção Psicossocial ou clínicas especializadas para tratamento de psicoativos, a fim de tratar o usuário de drogas. A internação compulsória é aquela pedida judicialmente, normalmente após uma recomendação médica psiquiátrica, podendo ou não haver interferência dos familiares do usuário¹⁷.

No Brasil, a internação compulsória foi incorporada ao ordenamento

¹⁶WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerenberg. et al. *Uso do crack na gestação: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: <www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php>. Acesso em: 29/09/2017.

¹⁷RUIZ, Viviana Rosa Reguera; MARQUES, Heitor Romero. *A internação compulsória e suas variáveis: reflexões éticas e socioculturais no tratamento e reinserção do paciente na sociedade*. ISSN 2177-093X. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-2177-093X2015000100002>. Acesso em: 08/10/2017.

jurídico apenas em 1938 com o Decreto-Lei nº 891. Antes disso, não era possível à internação para tratamento de dependentes químicos.

Pois bem, após com a Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001, chamada de Reforma Psiquiátrica Brasileira, passou a dispor sobre direitos e proteção de pessoas com algum transtorno mental.

Vejamos o que diz o seu art. 6º:

A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Diante dessa nova normativa, a internação do usuário crônico de drogas passou a vigorar conforme sua previsão.

Assim, a Lei n. 10.216/01 prevê a internação das pessoas com transtornos mentais, dentre as quais podem se inserir os dependentes químicos que possuem sequelas graves. Dessa forma, percebe-se que não há uma normatização específica para os usuários crônicos de drogas prevendo um procedimento de internação, uma política pública nacional ou algo parecido, sendo utilizada a lei voltada ao tratamento dos doentes mentais (...)¹⁸.

Neste sentido, apesar do grande salto com relação às leis regulamentadoras, disciplinando o tratamento de dependência química no Brasil. A mudança da realidade social e cultural impõe necessária alteração legislativa, no sentido de diferenciação por gênero e necessidade, haja vista, a desigualdade natural física e fisiológica de cada ser humano, sob pena de se tornar o direito arcaico e inútil.

A internação compulsória é um meio bastante utilizado para conter a dependência química. Porém, há uma discussão em torno da “judicialização da medicina”¹⁹, pois em muitos casos, mesmo havendo recomendação médica para internação, a decisão ainda fica sob o crivo do Poder Judiciário.

¹⁸ JORDÃO, Anelise Soares. *A polêmica da internação compulsória*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/AneliseSoaresJordao.pdf>. Acesso em: 05/10/2017.

¹⁹ D'ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Arruda Salomé. *Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a08v21n3.pdf>>. Acesso em: 12/09/2017.

Ainda, é sabido que, tanto a internação, quanto a alta médica são responsabilidade exclusivamente médica. Mas o que ocorre na prática é a negação do Poder Judiciário, para a internação compulsória de dependentes químicos. Nesta esteira de raciocínio, o Judiciário deve abster-se apenas a julgar, a fim de se concretizar a recomendação médica.

É entendido que a privação da liberdade, para tratamento, sem anterior comprovação de necessidade, tipifica crime, capitulado no artigo 148, § 1º, inciso II do Código Penal, qual sejam, sequestro e cárcere privado. Por outro lado, acatar a necessidade de um tratamento avalizado por ordem médica adequada, pode-se traduzir em desagravo à vida e à dignidade do próprio doente, provocando reflexos, inclusive sociais, como o aumento da marginalidade.

Ainda, quanto ao direito à vida e à liberdade, relacionados à dependência química, a melhor solução ainda é limitar o livre arbítrio do doente para lhe preservar a própria vida. É claro que tal avaliação sob orientação médica deve ser realizada com algumas ressalvas, para elidir internações desnecessárias e criminosas. Havendo indícios de risco à vida e à integridade do enfermo e a terceiros pessoas, atestado por médico, fica o Poder Judiciário autorizado a determinar o tratamento compulsório do enfermo. Ainda, a internação só deverá ser admitida se esgotados todos os meios extra-hospitalares de tratamento.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, aos quais os direitos fundamentais em maior ou menor intensidade estão ligados, por isso, é que o Estado existe tão somente em razão da pessoa humana²⁰.

A defesa baseia-se em análise do art. 9º da Lei nº 10.216/01:

Art. 9º A internação compulsória é determinada, 'de acordo com a legislação vigente', pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

Por outro lado, tem-se pelo lado da dignidade da pessoa humana, grande parte das objeções para a internação como Justiça Terapêutica está no fato de que o encaminhamento judicial, para tratamento compulsório, fere tais princípios como a da dignidade da pessoa humana, da autonomia individual e direito à privacidade²¹.

²⁰BRASIL. *Lei 10.216 de 06 de abril de 2001*: Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: Planalto: 2011.

²¹LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica: em busca de um novo paradigma*. 2009. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 191. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09062011-142923>. Acesso em:

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no art. 1º, III da Constituição de 1988, sendo um princípio fundamental da República brasileira e norma constitucional que permeia todo o ordenamento jurídico.

Finalmente, para os contrários à internação, resume-se de que dependente químico não é doente mental, e, que a internação compulsória prevista na Lei 10.216/01 deve ser sobreposta para os casos de doentes mentais que atentem determinada contravenção criminosa, como uma medida de segurança, e que a internação compulsória de dependentes químicos é ilegítima por ausência de previsão legal, e inconstitucional por violar o direito à saúde e à dignidade da pessoa humana, e ainda que as internações possam ser consideradas tortura infringindo os direitos humanos por fim que o Poder Judiciário é protetor de direitos humanos, não podendo violá-los.

Diante de tais argumentações, vejamos o disposto no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela ONU em 1948:

Artigo 29.º

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.
2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.
3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Portanto, observa-se que a liberdade comporta restrições nos casos em que o indivíduo venha causar perigo a sua vida e a de outrem. Assume diversas facetas, desde a liberdade de ir e vir até a liberdade de pensamento, podendo ser imposta aos particulares e ao próprio Estado²².

Vejamos o que esclarece Lima, quanto à discussão do direito sobre a vida do indivíduo:

[...] que a autoproteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade, é evitar danos aos demais [...] quando algum indivíduo pratica um ato prejudicial a outros, configura-se um caso *prima facie* para puni-lo, quer mediante lei, quer, quando não se puder aplicar com segurança as penalidades legais, mediante desaprovação geral²³.

12/08/2017.

²²MELO, José Tarcísio de Almeida. *Direito constitucional do brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 328.

²³LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica: em busca de um novo paradigma*. 2009. 261 f.

Ainda, neste sentido, conclui:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948 é o coroamento das revoluções liberais-burguesas dos séculos XVII e XVIII, tendo como principal desiderato a proclamação dos direitos fundamentais da humanidade com o conseqüente respeito pela inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, exceto quando o indivíduo atingir direitos e liberdades de outrem²⁴.

O direito à vida deve ser inviolável, assegurado pela Constituição, ou seja, continuar vivo com dignidade, ainda quanto ao direito à vida e à saúde, os dois estão ligados, uma vez que o direito à saúde é indispensável para o exercício do direito à vida.

A Constituição Federal prevê, no seu art. 196, o direito à saúde, evidenciando o dever do Estado em garantir efetivamente a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Conceituando saúde, dispõe Schwartz:

O direito à saúde integra o conceito de qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, trabalhar e morrer²⁵.

Evidencia-se que os direitos sociais têm como objetivo maior garantir aos indivíduos condições materiais indispensáveis para o pleno gozo dos seus direitos, exigindo uma intervenção maior do Estado na ordem social que garanta os critérios de justiça distributiva, ou seja, em outras palavras, são aqueles que surgem para proteger os interesses da maioria da população, que passa a poder receber prestações do Estado, a fim de proporcionar-lhe “uma igualdade material, de tornar as pessoas, concretamente, iguais em dignidade²⁶”.

Neste enquadramento, devemos ressaltar que a própria Constituição da República de 1988²⁷, classifica a saúde como direito social e fundamental.

Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 190. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09062011-142923>. Acesso em: 12/08/2017.

²⁴LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica*: em busca de um novo paradigma. 2009. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 191. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-09062011-142923>. Acesso em: 12/08/2017.

²⁵SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde*: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

²⁶MASTRODI, J. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 78.

²⁷CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – Promulgada em 05 de outubro de 1988.

Portanto, como se identifica, é direito do indivíduo ser amparado pelo Estado no âmbito da saúde.

Feitas estas objeções, observa-se que, embora muito polêmica, a internação compulsória é considerada legal no Brasil, a partir da publicação da Lei 10.216/2001, sendo uma delas nos casos em que parentes, ou até mesmo um juiz, escolham pelo tratamento mesmo sem consentimento do paciente.

A dependência química precisa ser tratada como doença; portanto, necessário o seu tratamento, sobretudo por causa dos seus efeitos nocivos e a inaptidão que o dependente tem de largar o vício. O uso de drogas gera ao infrator dificuldade multidisciplinar, uma vez que influencia na saúde física e mental, afeta a vida de relação familiar e trabalho/escola, e ainda provoca problemas de questões legais.

A dependência química é caracterizada pelo descontrole ante o consumo de drogas, ensejando no consumo impulsivo e repetitivo. Ainda, a dependência química pode se apresentar de formas distintas, tais como dependência física, acompanhada de sinais físicos, que surgem com o intervalo do consumo conhecido como abstinência. Há também a dependência psicológica, causadora de mal estar, ansiedade sensação de vazio entre tantos outros que variam de indivíduo para indivíduo.

Como vimos, a Lei n. 10.216/01²⁸, traz o trâmite para a concretização da internação compulsória, pelo qual o pedido precisa ser instruído com um laudo médico circunstanciado, atestando a precisão de internação do paciente. Fora isso, cabe ao juiz competente avaliar a solicitação e verificar as condições de segurança do estabelecimento para o paciente, os outros internados e os funcionários. É o que estabelece o art. 9º da Lei nº 10.216/01:

Art. 9º A internação compulsória é determinada, 'de acordo com a legislação vigente', pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.

A finalidade da internação compulsória não tem intenção de punir o indivíduo, isolar ou excluir a pessoa, mas tão somente a proteção e tratamento depois de esgotados todos os meios possíveis anteriormente realizados.

Finalmente, diante da dificuldade em encontrar material restrito ao gênero feminino, mais especificadamente relacionados à gestante usuária de drogas, observa-se a escassez de estudo focados nessa minoria. Porquanto, quando tratamos de internação compulsória, englobamos a grande parte de

²⁸BRASIL. *Lei 10.216 de 06 de abril de 2001*: Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: Planalto: 2011. p, 02.

usuários de drogas, dependentes que necessitam a intervenção estatal, afim de resguardar o seu bem mais preciso, a vida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante as consequências trazidas pelo uso de drogas serem catastróficas. Eles estão presentes em nossa sociedade e são graves tanto para a mãe como para o feto. Portanto enfatizo a importância da realização de mais pesquisas abordando e discutindo sem preconceito, sem medo, sem repressão e sim como um problema de saúde pública com sérias consequências para a sociedade. Propõem-se a elaboração de políticas públicas e programas assistenciais específicos, mais adequados e direcionados a grávida no que diz respeito à prevenção e tratamento do uso de drogas, visto que estes permitem estabelecer estratégias de prevenção que minimizem os efeitos e as consequências causadas pela droga na gestante e no recém-nascido. Em suma, mais estudos e discussões sobre drogas e gestação, ainda são necessários, sendo este tema merecedor de ser vastamente abordado e discutido entre as diversas profissões da área da saúde.

O uso de drogas na população geral permanece um sério problema a ser solucionado e que deve envolver equipes multidisciplinares em sua abordagem. Especificamente em relação ao uso de drogas na gravidez, um maior número de trabalhos deve ser desenvolvido na tentativa de se estabelecer a melhor estratégia de abordagem para esse segmento específico da população.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei 10.216 de 06 de abril de 2001*: Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: Planalto: 2011.

BRASÍLIA: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Nacional de Política sobre Drogas. *Crack e exclusão social /organização*, Jessé Souza. 2016. ISBN : 978-85-5506-045-8.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – Promulgada em 05 de outubro de 1988.

D’ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Arruda Salomé. *Judicialização da medicina no acesso a medicamentos*: reflexões bioéticas. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a08v21n3.pdf>>. Acesso em: 12/09/2017.

JORDÃO, Anelise Soares. *A polêmica da internação compulsória*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2014/trabalhos_22014/AneliseSoaresJordao.pdf>. Acesso em: 05/10/2017.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. *Justiça terapêutica: em busca de um novo paradigma*. 2009.

MAIA, Jair Alves. *Consequências do uso de drogas durante a gravidez*. DOI: 2317-3378rec.v4i2.664. Disponível em: <<https://www5.bahiana.edu.br/index.php/enfermagem/article/viewFile/664/540>>. Acesso em: 29/09/2017.

MASTRODI, J. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELO, José Tarcísio de Almeida. *Direito constitucional do brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WRONSKI Jéssica Luana, PAVELSKI Thais, Guimarães Andréa Noerberg. et al. *Uso do crack na gestação: vivências de mulheres*. ISSN: 1981-8963 DOI: 10.5205/reuol.8464-74011-1-SM.1004201609. Disponível em: >www.revista.ufpe.br/revistaenfermagem/index.php<. Acesso em: 29/09/2017.

RUIZ, Viviana Rosa Reguera; MARQUES, Heitor Romero. *A internação compulsória e suas variáveis: reflexões éticas e socioculturais no tratamento e reinserção do paciente na sociedade*. ISSN 2177-093X. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2015000100002>. Acesso em: 08/10/2017.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi. *Drogas de Abuso e Gravidez*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rpc/v35s1/a10v35s1.pdf>>. Acesso em: 05/07/2017.

O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E A LIBERDADE DO DIREITO DE CULTO E DE MANIFESTAÇÃO RELIGIOSA

*Laiz Zitkoski¹
Givago Dias Mendes²*

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de expor acerca do conflito entre dois direitos fundamentais, sendo eles o direito de propriedade e a liberdade religiosa, mais especificadamente a liberdade do direito de culto e de manifestação religiosa, haja vista que em nossa sociedade existem inúmeros conflitos acerca desses direitos, envolvendo principalmente a poluição sonora e a perturbação do sossego dos proprietários vizinhos dos templos e casas religiosas. Assim sendo, o presente artigo expõe em um primeiro momento a parte histórica do direito de propriedade e suas implicações, logo após, aborda sobre os conflitos religiosos ocorridos no mundo. Logo após, aborda sobre a liberdade religiosa e o desenvolvimento desse direito até chegar aos dias de hoje, em que o Brasil se caracteriza por ser um Estado laico, não podendo interferir nas relações religiosas, mas por outro lado tem o dever de assegurar que este direito seja efetivado. Desta forma, o trabalho aborda sobre a colisão de direitos fundamentais que é o tema central do trabalho. Essa colisão de direitos fundamentais, gera o problema sobre qual deles devem permanecer diante de uma situação conflituosa. É nesse sentido que surge a ponderação de princípios, que virá como uma hipótese de alternativa para a solução do problema com a utilização dos princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, em que será analisado caso a caso, quais os problemas principais, e da forma mais harmoniosa possível, realizar a solução para o conflito, de modo que a resolução dos casos seja feita da forma menos gravosa, assegurando assim, a efetivação dos direitos fundamentais de todo cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Propriedade; Liberdade Religiosa; Conflito; Colisão de Direitos; Ponderação.

ABSTRACT: This article has the purpose of exposing the conflict between two fundamental rights, being the right of property and religious freedom, more specifically the freedom of the right of worship and religious manifes-

¹ZITKOSKI, Laiz. Acadêmica do IX termo do curso de Direito e Pós-Graduanda em Ciências Criminais e Psicologia Forense pela AJES – Faculdade do Vale do Juruena. E-mail: laiz.zitkoski@hotmail.com

²DIAS MENDES, Givago. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória, Advogado, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Elpidio Donizetti e Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Milton Campos – MG, Docente da Universidade Ajes – Faculdade do Vale do Juruena – Juína-Mato Grosso. E-mail: givago@ajes.edu.br.

tation, since there are numerous conflicts in our society about of these rights, mainly involving noise pollution and disturbance of the quiet of the neighboring owners of temples and religious houses. Thus, this article firstly exposes the historical part of the property right and its implications, afterwards, addresses the religious conflicts in the world. He then approaches religious liberty and the development of this right up to the present day, in which Brazil is characterized as a secular State, and can not interfere in religious relations, but on the other hand it has a duty to ensure that this right. In this way, the work addresses the collision of fundamental rights that is the central theme of the work. This collision of fundamental rights raises the question of which of them should remain in a confrontational situation. It is in this sense that the consideration of principles arises, which will come as an alternative hypothesis for the solution of the problem with the use of the principles of Proportionality and Reasonability, which will be analyzed case by case, what are the main problems, and how more harmoniously, to find a solution to the conflict, so that the resolution of cases is done in a less burdensome manner, thus ensuring the realization of the fundamental rights of every citizen.

KEYWORDS: Property right; Religious freedom; Conflict; Collision of Rights; Weighting.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito de Propriedade: Histórico. 3. Conflitos Religiosos no Mundo. 3.1. Antiguidade (Roma e Grécia) – Histórico. 3.2. Império Romano e Início do Cristianismo – Histórico. 3.3. Idade Média (Ano De 600 Aa 1453) – Histórico. 3.4. Idade Moderna – Histórico. 3.5. Idade Contemporânea e a era dos Direitos – Histórico. 4. Atualidade: Conflito de Direitos Fundamentais. 4.1 Poluição Sonora d Cultos Religiosos. 4.2. Lei do Silêncio. 4.3. Restrições de Direitos Fundamentais. 5. Da Ponderação De Princípios Como Alternativa Ao Problema. 5.1. Colisão entre os Direitos Fundamentais. 5.3. Princípio da Razoabilidade. 5.4. Princípio da Proporcionalidade. 5.5. Ponderação. 5.4.1. Alguns Parâmetros gerais para a Ponderação. 5.6. Ponderação de Princípios no Conflito entre o Direito de Propriedade e a Liberdade do Direito de Culto e de Manifestação Religiosa. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Direito de Propriedade e a Liberdade Religiosa constituem dois direitos fundamentais e, no tema exposto, acabam por entrar em conflito, é nesse sentido que vem a dúvida sobre qual direito deve prevalecer.

É importante ressaltar que a legislação brasileira apresenta-se de forma harmoniosa diante desses direitos, estabelecendo limites e deveres acerca desses direitos, levando em conta de que são dois direitos fundamentais assegurados pela nossa Constituição e que devem ser respeitados.

Porém, mesmo com o aparato da legislação brasileira, surgem diversos conflitos acerca desses direitos, trazendo questões polêmicas que acabam por infringir algumas normas, ou até mesmo ferir ambos os direitos.

Cabe salientar que o Brasil, desde o advento da forma republicana, traz em seu sistema a separação da Igreja e do Estado, fazendo com que o país seja um Estado Laico, onde as pessoas possam ter a liberdade plena de escolha sobre a sua religião ou até mesmo irreligião, sendo que dessa forma, as manifestações religiosas ocorrem naturalmente e sem nenhuma intervenção estatal.

Nesse sentido, a abordagem do tema polêmico acerca do livre exercício de culto e de manifestação religiosa nas relações de vizinhança foi o objetivo principal do trabalho, pois ambos os direitos devem ser respeitados, levando em consideração as suas garantias e seus limites nessa relação.

Nesse diapasão, serão utilizados parâmetros norteadores para auxiliar na resolução dessa resposta e por conseguinte a utilização da ponderação como alternativa para a solução do problema.

O presente trabalho tem o objetivo de expor os conflitos gerados acerca do direito de vizinhança e a liberdade do livre exercício de culto e de manifestação religiosa, no âmbito dos direitos e limites que englobam essa relação social.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE: HISTÓRICO

O instituto da propriedade sofreu inúmeras modificações até que se chegasse a concepção moderna de propriedade privada, sendo a história da propriedade uma grande implicação da organização política de variados povos.

Nas sociedades primitivas, por exemplo, não existia propriedade para os bens imóveis, somente existindo para os bens móveis, como a vestimenta e os utensílios de uso pessoal, em que a propriedade imóvel era tratada como um bem da coletividade.

Esse fato se dá pelo motivo de que os homens primitivos viviam exclusivamente voltados a caça e pesca, bem como se alimentavam também com frutos silvestres, o que não aflorava a questão da apropriação do solo para cultivo próprio.

A noção de propriedade imóvel surge então, a partir da época romana, no decorrer da história dessa sociedade, não sendo muito preciso o mo-

mento correto em que surge este instituto. É o que preceitua Silvio de Salvo Venosa:

É difícil precisar o momento em que surge, na sociedade romana, a primeira forma de propriedade territorial. Não é muito clara nas fontes a forma de propriedade comum na primitiva Roma. A noção de propriedade imobiliária individual, segundo algumas fontes, data da Lei das XII Tábuas. Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez determinada a colheita, a terra voltava a ser coletiva.³

Nessa toada, a sociedade romana foi se desenvolvendo e, tratavam a propriedade, como se fosse ligada à questão religiosa e à família, sendo que cada família vivia a cultivar seus próprios deuses.⁴

É importante ressaltar, que a propriedade privada, nesse período, era ligada diretamente à própria religião, sendo a religião voltada à família, como uma espécie de culto dos próprios antepassados. Nesse contexto, César Fiuza menciona o seguinte relato:

Cada família cultuava seus próprios deuses, chamados “lares” ou *manes*. Nada mais eram que seus antepassados. Os romanos não acreditavam em céu. Os mortos continuavam vivendo, mas no mesmo território que haviam ocupado enquanto vivos. Daí a importância das terras familiares, solo sagrado em que se enterravam os ancestrais e se lhes prestava culto. Estando vinculada a esses sentimentos, era lógico que só se concebesse a propriedade em solo romano.⁵

No entanto, na Idade Média, com a invasão bárbara, os pequenos proprietários tiveram que entregar as suas pequenas terras nas mãos dos grandes senhores, passando então, o instituto da propriedade a ser nada menos que o sinônimo do poder, estando diretamente ligada à soberania nacional, em que os pequenos proprietários passavam a ser o que se chamava de vassalos, ou seja, continuavam a usufruir da terra, mas em favor dos grandes senhores, rendendo-lhes, homenagem e tributo.⁶

Já no Direito Canônico, surge a ideia de que o homem tem direito a propriedade, sendo esta uma garantia de liberdade individual. Sobre o assun-

³VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 15. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

⁴SANTANA, Thymom Brian Rocha. *Função Social da Propriedade: espaço urbano e forma jurídica como estruturas da (não) efetivação do direito no estado capitalista*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/100/100134/tde-07092016-120426/pt-br.php>>. Acessado em: 26/04/2018, às: 09:50h.

⁵FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 13 ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 755.

⁶VÍCOLA, Nivaldo Sebastião. *A propriedade urbana no Brasil*. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27032008-164913/pt-br.php>>. Acessado em: 26/04/2018, às: 10:55h.

to, Silvio de Salvo Venosa aduz:

A partir do século XVIII, a escola do direito natural passa a reclamar leis que definam a propriedade. A Revolução Francesa recepciona a ideia romana. O Código de Napoleão, como consequência, traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto no art. 544: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”. Como sabido, esse Código e as ideias da Revolução repercutiram em todos os ordenamentos que se modelaram no Código Civil francês, incluindo-se a grande maioria dos códigos latino-americanos.⁷

Porém, esse sentido individualista, acaba por perder força em meados do século XIX, sendo buscado então, o sentido social da propriedade, advindos da revolução e desenvolvimento industrial do século.

A partir de então, começa a surgir a ideia da função social da propriedade, ou seja, a propriedade não pode ser adquirida contra as aspirações sociais, sendo que existe em função da coletividade.

Destarte, acabou-se por limitar-se o uso e gozo de determinada pessoa sobre a propriedade, ficando esta impedida de usá-la em malefício da coletividade, sendo obrigada a utilizar a propriedade em função das demandas da sociedade como um todo.

No que diz respeito a história da terra no Brasil, é de suma importância a menção da influência do Direito Português, já que o domínio das terras brasileiras foi primeiramente do Império de Portugal, passando depois ao Império do Brasil e deste, à República.⁸

Nesse sentido, em Portugal, desde a Lei Régia de 26.06.1375, que estabelecia aos proprietários que se não adotassem determinações para proveito das terras deveriam doá-las a quem as cultivassem, vinha sendo adotado um sistema, justamente com o objetivo de repovoar os terrenos abandonados em razão de conflitos ou dificuldades de permanecer na terra e cultivá-la, sendo tal sistema denominado de sistema sesmarial, em que visava compelir os proprietários a permanecerem nas terras e cultivá-las, tendo em vista a carência de alimentos e o êxodo rural, situações bastante preocupantes na época.⁹

Nesse contexto, o Tratado de Tordesilhas foi assinado no ano de 1494, por D. João, rei de Portugal e por D. Fernando e D. Isabel, reis da Espanha, em que as duas maiores potências mundiais da época acordaram

⁷VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 15.ed.- São Paulo: Atlas, 2015, p. 171.

⁸CARVALHO, Edson Ferreira de. *Manual didático de direito agrário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 37.

⁹CARVALHO, Edson Ferreira de. *Manual didático de direito agrário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 37.

que as terras descobertas no mundo seriam de quem as descobrisse, traçando para isso uma linha imaginária do Polo Ártico ao Polo Antártico, sendo que as terras encontradas à direita da linha traçada seriam de Portugal, e as encontradas à esquerda seriam da Espanha.¹⁰

Segundo Benedito Ferreira Marques, o Tratado de Tordesilhas foi um marco de grande importância na formação fundiária do Brasil, sendo este homologado pelo Papa Júlio II, apesar de haverem controvérsias de outros autores que digam que tal homologação fora dada pelo Papa Alexandre VI. Esse tratado dividia entre Portugal e Espanha o direito sobre as terras descobertas, como já mencionado acima, com o intuito de resolver os conflitos relativos as terras que os exploradores haviam descoberto. Nessa perspectiva, o domínio das terras brasileiras foi aderido primeiramente pelo Império de Portugal, passando depois ao Império do Brasil e deste, a República.¹¹

Tantas eram as terras descobertas por Portugal que o governo se deparou com um grande problema, conseguir assegurar o domínio das novas terras. Com isso, o governo decidiu doar extensas faixas de terras aos amigos do Rei, denominadas Capitânias.¹² Para melhor entendimento, mister se faz o conceito de Capitânias Hereditárias, vejamos o que aduz Edson Ferreira de Carvalho:

As capitânias consistiam em imensa faixa territorial com frente para o mar medindo 50 léguas de extensão em direção ao interior. Essas capitânias eram transmitidas em herança, daí a denominação “*capitânias hereditárias*”, origem e símbolo dos colossais latifúndios do país.¹³

Assim, nota-se que as capitânias hereditárias receberam esse nome pelo fato de que eram passadas de pai para filho, ou seja, como herança dos latifundiários.

A partir daí, inicia-se o regime sesmarial no Brasil. Esse regime já era implantado em Portugal, e tinha como objetivo a distribuição de glebas terra aos sesmeiros e consequentemente a ocupação exploração da terra, dadas a quem tivesse o capital e a pudessem explorá-las.¹⁴

Segundo Edson Ferreira de Carvalho, o território brasileiro foi loteado a fim de garantir o seu povoamento o defender o território da ambição de outras nações. Assim, foi dividido o território em 5 capitânias outorgadas a 12 donatários que detinham o poder de distribuir as dadas de terra a quem

¹⁰MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

¹¹CARVALHO, Edson Ferreira de. *Manual didático de direito agrário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 37.

¹²CARVALHO, Edson Ferreira de. *Manual didático de direito agrário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 38.

¹³CARVALHO, Edson Ferreira de. *Manual didático de direito agrário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 38.

¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p.354.

assim desejasse.¹⁵

Nesse sentido, a implantação do sistema sesmarial no Brasil acabou por beneficiar apenas as pessoas privilegiadas economicamente que era quem poderia permanecer e cultivar a terra, excluindo o trabalhador rural, que por sua vez acabava trabalhando em regime de servidão ou quase que regime de escravidão para os sesmeiros.

Assim, o quadro em que se encontra a distribuição de terras no Brasil, pode-se dizer que é reflexo dos grandes latifundiários do Brasil-Colônia.¹⁶

Desde então, grandes foram as transformações relativas a aquisição e utilização das terras em nosso ordenamento jurídico, de modo que o proprietário passou a possuir maiores direitos em relação a propriedade. Atualmente, o Código Civil de 2002, em consonância com a Constituição Federal, dispõe sobre os direitos da propriedade de modo a pautar o uso do proprietário de acordo com o bem da coletividade. Vejamos:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§2.º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§3.º O proprietário pode ser privado da coisa, no caso de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§4.º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.¹⁷

¹⁵CARVALHO, Edson Ferreira de. *Manual didático de direito agrário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 40.

¹⁶CARVALHO, Edson Ferreira de. *Manual didático de direito agrário*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 40.

¹⁷BRASIL, Código Civil de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acessado em: 14/03/2018, às: 16:00

No contexto em que vivemos hoje, fica claro que o legislador, ao preceituar sobre o instituto da propriedade, preserva e assevera a efetivação da função social da propriedade em decorrência do uso e gozo da propriedade, sempre levando em conta a ideia de produtividade e bem-estar social.

3 CONFLITOS RELIGIOSOS NO MUNDO

3.1. ANTIGUIDADE (ROMA E GRÉCIA) – HISTÓRICO

Tanto a religião quanto a irreligião trazem enormes conflitos no mundo todo, sendo capazes de causar perseguições e até mesmo morte. Essa é uma realidade presente em nossa sociedade desde os tempos antigos.

Na Antiguidade existia uma autoridade absoluta no Estado, mas precisamente na Roma e Grécia, sendo que nesse período, não havia quase que nenhuma liberdade assegurada aos indivíduos, ficando estes, portanto, totalmente subordinados ao Estado, sendo que assim, não se conheciam a liberdade religiosa como direito fundamental de todo indivíduo, como hoje é assegurada.

Fustel de Coulanges assegura em seu livro, a Cidade Antiga, a seguinte colocação a respeito do assunto tratado:

Ao homem não cabia a escolha de suas crenças. [...] Os antigos não conheciam, portanto, nem a liberdade da vida privada, nem a liberdade de a educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana representava pouquíssimo ante esta autoridade santa e quase divina a que se chamava pátria ou Estado.¹⁸

Dessa maneira, na antiguidade, os indivíduos não poderiam escolher um deus para adorar, deveriam adorar, o deus que lhe era imposto pelo Estado, sendo estes, totalmente subordinados a religião politeísta da época.

3.2 IMPÉRIO ROMANO E INÍCIO DO CRISTIANISMO - HISTÓRICO

O Império Romano foi marcado por inúmeras perseguições aos judeus e cristãos, especificadamente, no ano de 70 depois de Cristo, os romanos cercaram e acabaram por destruir a cidade de Jerusalém, martirizando cerca de 600 mil judeus, crucificando-os como haviam feito com Jesus,

¹⁸COULANGES, Fustel de. *l* São Paulo: Edipro, 1998, p. 193.

como forma de castigo aos que seguiam o judaísmo e cristianismo.

Porém, quanto mais eram perseguidos, mais aumentavam os números de seguidores do Cristianismo, sendo que esse movimento se concretizava a cada dia mais.

Nesse sentido, assevera Aldir Guedes Soreano:

A perseguição romana, na verdade, impulsionava o Cristianismo, porquanto lhe prestava publicidade, enquanto não era capaz de provocar baixa considerável. Isto, porque, quanto mais os cristãos eram perseguidos, mais cresciam em números e novos conversos eram agregados. Daí, a frase: “*O Sangue dos mártires foi o fermento do cristianismo.*”¹⁹

Foi somente em 311 d.C. que o Cristianismo passou a contar como proteção do Estado, através do edito de tolerância promulgado neste ano, pelo Imperador Galério, reconhecendo a partir de então o seguimento dessa prática religiosa.

A partir de então, o Cristianismo passou por inúmeras modificações, sendo então adotado pelo Império Romano no edito n 321 d.C. que adotava o cristianismo no Império, assegurando até mesmo, o respeito ao domingo, considerado como dia do sol, pelo cristianismo, sendo que a maioria da população se tornou cristã.

Já em 380 d.C. Teodósio proibiu todos os seguimentos às demais religiões existentes, proclamando como única religião do Estado o Cristianismo, aplicando aos indivíduos que não praticavam o Cristianismo, sanções de forma repressiva, ultrapassando até mesmo as barbaridades impostas antes do reconhecimento do Cristianismo aos Cristãos.

3.3 IDADE MÉDIA (ANO DE 600 AA 1453) - HISTÓRICO

Sem dúvidas, a influência religiosa foi uma das principais características da Idade Média. Influente na área da filosofia, arte, direito, etc., praticamente todas as áreas, sendo que o pensamento judaico-cristão marcou intensamente o mundo medievo.²⁰

Nesse tempo, as pessoas viviam com medo, por influência da religião, tinham medo do inferno e até mesmo da própria Igreja Católica, isso

¹⁹SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. 1º Ed. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 44.

²⁰ALBERGARIA, Bruno. *História do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

por conta da Santa Inquisição que perseguia os judeus, pecadores, bruxas, e todos que iam contra os seus costumes.

Na Idade Média, surgiram algumas civilizações importantes, a bizantina e a islâmica. A bizantina acabou por desaparecer com a tomada de Constantinopla pelos otomanos, enquanto que a islâmica continuou a existir, sendo que teve início no século VII, com Maomé, e hoje compreende 1/7 da população mundial, sendo uma das religiões que mais crescem com o decorrer dos tempos em nossa sociedade.

Também durante a Idade Média, ocorreu uma grande novidade no âmbito religioso, que foi a chamada “conquista da supremacia do poder papal”. Foi então, a partir do ano 1050 que os papas se transformaram em grandes líderes religiosos de poder supremo quanto ao que se trata do cristianismo ocidental. Sendo o maior pontífice de toda a Idade Média, o papa Gregório VII.

Outro grande acontecimento na Idade Média foram as cruzadas, que se caracterizaram por uma mudança drástica na atitude pacifista dos cristãos, tendo sido substituída por uma atitude militarista, sendo a religião a principal motivação para as Cruzadas, sendo prometido aos cristãos, uma série de benefícios, dentre eles a absolvição de todos os seus pecados, àqueles que participassem das cruzadas.

Nesse sentido, relata Aldir Guedes Soriano:

Com as cruzadas, surgiram violentas ondas de anti-semitismo nas quais os judeus europeus foram trucidados. Salienta-se que “*não há como justificar a feroz mortandade dos cruzados – trucidaram judeus na Europa e muçulmanos no Oriente*”. Além disso, as Cruzadas contribuíram para a destruição do império bizantino. Jerusalém, a cidade da paz, foi o cenário de guerras e conflitos religiosos, que se têm estendido até os dias de hoje.²¹

Nas cruzadas ocorreram o extermínio dos cristãos valdenses, acusados de heresia, sendo que estes eram os únicos a cumprirem com os princípios bíblicos.

As cruzadas foram então, conduzidas sob bênçãos dos papas, prometendo aos participantes os benefícios de participarem, porém, acabou por levar a inúmeros massacres e atrocidades entre os cristãos participantes. Este foi um grande marco histórico para a Idade Média.

Outro grande e triste marco da Idade Média foi a Inquisição Medie-

²¹SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. 1º Ed. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 49.

val, que exterminou sociedades inteiras, dizimando populações e queimando milhares de pessoas.

3.4 IDADE MODERNA - HISTÓRICO

Foram inúmeros os acontecimentos históricos acerca dos conflitos religiosos acontecidos na Idade Moderna, dentre eles a Renascença, a Reforma Protestante e no final da Idade Moderna surge, então, o Iluminismo.

Durante esse período, grupos protestantes passaram por inúmeras perseguições, passando logo após para perseguidores, formando uma espécie de guerra religiosa.

Na França por exemplo, ocorreu uma violenta guerra civil, sendo caracterizada pelo massacre do Dia de São Bartolomeu, onde milhares de huguenotes foram assassinados por católicos, também, intelectuais da época tiveram suas vidas ceifadas por protestantes e católicos.

Outro marco importantíssimo da Idade Moderna, foi a Inquisição Moderna, que ocorreu na Espanha e Portugal. Antes disso, Espanha e Portugal, toleravam inúmeros e diferentes grupos religiosos, porém, a partir dos anos 1215, surgiu uma grande era anti-semita, que acabou por “abolir” a paz dos determinados países.

Em meados dos anos 1481 e 1488, em Portugal, foram queimados vivos, cerca de 700 conversos e 5.000 foram presos. Sendo que a inquisição Espanhola, por sua vez, se caracterizou por ser muito mais cruel e intensa, tendo o rei como propulsor, apesar de ser estabelecida também pelo papa.

A Reforma Protestante contribuiu e muito para o crescimento do individualismo e surgimento dos direitos individuais, onde os católicos e protestantes partiam do princípio de que era impossível a disseminação de diferentes cultos e manifestações dentro das fronteiras dos países, sendo que foi marcada pelo aumento da perseguição religiosa.²²

3.5 IDADE CONTEMPORÂNEA E A ERA DOS DIREITOS - HISTÓRICO

Segundo alguns autores, os direitos humanos nasceram no Egito antigo e na Mesopotâmia, mas a maioria dos doutrinadores defendem que os direitos humanos tiveram origem no final do século XVIII.

Um dos documentos propulsores dos direitos humanos foi a Carta de João Sem-Terra, que previa, dentre outros direitos, a liberdade da Igreja na

²²COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma*. São Paulo: Edipro, 1998, p. 193.

Inglaterra.

Porém, foi na França que consagrou-se normativamente os direitos humanos, com a Declaração dos Direitos Humanos em 1789, contendo 17 artigos que asseguravam diversos direitos dos homens, sendo asseguradas principalmente a liberdade religiosa e a liberdade de manifestação do pensamento.

Já no que diz respeito à Separação da Igreja e do Estado, surgiu na nação norte-americana, onde em sua primeira emenda Constitucional, consagrou a separação do Estado e da Igreja.

Também, na Idade Contemporânea, durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreu o massacre de cerca de 6 milhões de judeus, feitos pela Alemanha Nazista. Após a guerra, a ONU foi instituída com o intuito de promover a paz entre os povos. Um dos principais produtos da ONU, foi a Declaração dos Direitos Humanos proclamada em 1948 e que estabeleceu pela primeira vez a preservação universal dos Direitos Humanos.

4. ATUALIDADE: CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 POLUIÇÃO SONORA E CULTOS RELIGIOSOS

É fato de que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso VI, assegura a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos. Porém, essa liberdade assegurada como um direito fundamental não pode ocasionar ruídos que irão infringir o direito dos moradores e perturbar o sossego da vizinhança.

Sobre a poluição sonora causada pelos cultos religiosos, Daniel Fernando Bondarenco Zajarkiewicz aduz o seguinte preceito:

Os cultos passaram, na última década, a ocupar lugar de destaque na mídia em relação a poluição sonora. A sonorização dos serviços religiosos e atividades correlatas, a frequência das atividades, antes restrita aos finais de semana, a ausência de tratamento acústico diante do uso de amplificadores de voz e som nos locais de culto, os fenômenos carismáticos entre evangélicos e católicos, a aglomeração de pessoas e veículos no entorno dos locais de culto, dentre outros aspectos, tem feito com que as manifestações religiosas, antes despercebidas, se tornassem alvo de denúncias por perturbação do sossego e poluição sonora.²³

Praticamente todas as religiões tratam o culto como uma expressão

²³ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenco. *Poluição sonora urbana: principais fontes - aspectos jurídicos e técnicos*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 177.

máxima da sua fé religiosa, porém, para a vizinhança, essa expressão de fé acabam por perturbar o sossego, pois os cânticos propagam ruídos perturbadores aos que não são adeptos a religião.

Porém, não pode ocorrer, nem dentro dos templos, nem fora dos mesmos, práticas religiosas capazes de prejudicar o sossego da vizinhança e até mesmo o direito a saúde dos que forem vizinhos, ou até os que estivessem nas proximidades dos templos.²⁴

Nesse parâmetro, mesmo a Constituição Federal assegurando a proteção absoluta do direito de exercício de cultos religiosos, decorrentes da liberdade religiosa absoluta, é importante salientar que não existem direitos ilimitados e irrestringíveis, visto que não se torna razoável impor a máxima proteção ao livre exercício de culto se isso irá ocasionar o sacrifício de outras pessoas.

Diante do exposto, não se pode esquecer da importância do descanso e repouso para o ser humano, sendo que a ninguém é lícito que se cause danos aos vizinhos por meio da poluição sonora ou outro incômodo que venha a perturbar a vizinhança.²⁵

Partindo dessa premissa, a RESOLUÇÃO/CONAMA/N.º 001 de 08 de março de 1990, estabelece a seguinte norma:

Considerando que os critérios e padrões deverão ser abrangentes e de forma a permitir fácil aplicação em todo o Território Nacional, RESOLVE:

I - A emissão de ruídos, em decorrência de qualquer atividades industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política. Obedecerá, no interesse da saúde, do sossego público, aos padrões, critérios e diretrizes estabelecidos nesta Resolução.

II - São prejudiciais à saúde e ao sossego público, para os fins do item anterior aos ruídos com níveis superiores aos considerados aceitáveis pela norma NBR 10.152 - Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.²⁶

Destarte, o exercício de cultos religiosos deve ser pautado no preceito anterior, levando em consideração que Segundo o CONAMA, o limite de produção sonora é de 50 (cinquenta) a 55 (cinquenta e cinco) decibéis para as igrejas e templos, o primeiro para período noturno e o segundo para período

²⁴MACHADO, Paulo Affonso Leme - *Direito Ambiental Brasileiro* - são paulo: Malheiros editores LTDA. 12a. Edição, revista, atualizada e ampliada - Poluição sonora - Cap. VIII, pág. 619.

²⁵ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenco. *Poluição sonora urbana: principais fontes - aspectos jurídicos e técnicos*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 183.

²⁶BRASIL, Resolução CONAMA N.º 001 de 08 de março de 1990. Disponível em:

< <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=98> >. Acessado em: 22/04/2018, às: 15:42h.

diurno.

Além disso, devem ser observados os parâmetros municipais pertinentes ao caso em tela, como o plano diretor da cidade, que poderá estabelecer normas para implantação das igrejas ou templos religiosos, sendo estes desde os bairros onde poderão se instalar, até mesmo o nível de ruídos a ser difundidos pelas igrejas e templos.

Outro aspecto importante acerca da poluição sonora, é o fato de que o assunto foi recepcionado pela legislação brasileira, na Lei dos Crimes Ambientais, Lei 9.605/98, tendo como redação o seguinte texto:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.²⁷

É importante ressaltar que o fato das igrejas e templos terem que respeitar um limite de disseminação de ruídos, esse fato não faz com que esses templos religiosos venham a ser desrespeitados, sendo que a própria legislação brasileira também assegura a garantia da perturbação nesses lugares, como é o caso do artigo 208 do Código Penal Brasileiro que diz: “Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso”.

Outro aspecto importante acerca da poluição sonora é a responsabilização do poluidor, sendo que Armando H. Dias Cabral, menciona em seu livro de Direito Ambiental o seguinte entendimento:

A propriedade privada não se tornou algo intocável; desde que seu uso se desencontre de sua função social, vale dizer, do interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, à tranqüilidade pública, ao respeito às demais propriedades, à estética urbana e aos direitos individuais ou coletivos, seja ou não por matéria ou energia poluente, o Poder público tem o dever de limitá-la administrativamente. Não o fazendo, a Administração se torna civilmente responsável por eventuais danos sofridos por terceiros em virtude de sua ação (permitindo o exercício da atividade poluente, em desacordo com a legislação vigente) ou de sua omissão (negligenciando o policiamento dessas atividades poluentes).²⁸

Sendo assim, toda pessoa física que desenvolver atividades que ve-

²⁷BRASIL, Lei nº 9.605/98, Lei dos Crimes Ambientais. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm>. Acessado em: 22/04/2018, às: 16:10h.

²⁸CABRAL, Armando H. Dias. *Direito Ambiental Brasileiro*. Ed. 10ª, Editora: Malheiros, São Paulo: 2002, p. 319-320.

nha a gerar ruídos que causem poluição sonora, devem ser responsabilizados, pelo fato de que também se trata de um dano ambiental.

Nesse sentido, é evidente que o livre exercício do direito de culto será assegurado plenamente pela Constituição Federal, desde que não infrinja o direito alheio, no caso em questão, o direito de vizinhança, sendo recomendável pela legislação, que as igrejas e templos religiosos, venham a se adequar aos padrões exigidos pelo estado.

Vale ressaltar que, o órgão ambiental, estadual ou municipal, deverá fiscalizar esse exercício, no que diz respeito à poluição sonora exaurida pelos templos e igrejas, tendo como pressuposto, a aferição dos níveis de ruídos causados por esses templos religiosos.

4.2 LEI DO SILÊNCIO

A Lei do Silêncio diz respeito às várias leis federais, estaduais e até mesmo municipais, que protegem o sossego da comunidade, estabelecendo para isso, restrições acerca dos ruídos ocasionados principalmente em bares, boates, e podendo se estender às igrejas que devido às manifestações religiosas ocorridas no recinto acabam por perturbar os demais vizinhos.

A Lei do Silêncio em nosso país, é estabelecida principalmente através da lei de contravenções penais, quando estabelece sanções para quem perturbar o sossego alheio, bem como do Código Civil, onde estabelece os direitos de vizinhança, que abarca também o direito de sossego do proprietário.

A Lei das Contravenções Penais- Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, adverte em seu artigo 42:

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda.²⁹

Vale ressaltar que a Lei de Contravenções Penais, estabelece que o excesso de barulho provocado gera contravenção penal. Porém, o limite de barulho será estabelecido pelos entes municipais, podendo ser distinto entre os estados brasileiros.

²⁹BRASIL, Decreto-Lei nº 3.688 de 3 de Outubro de 194. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm >. Acessado em: 22/04/2018. Às 16:55h.

Outra menção importante, é o que diz o Artigo 1277 do Código Civil de 2002:

Código Civil que diz:

O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único: Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.³⁰

É importante salientar que em cidades onde não possui uma determinada lei para coibir o excesso de ruídos ocasionados por esses lugares, o meio mais utilizado para reclamações e denúncias de barulhos é a delegacia de polícia, órgão responsável por manter a ordem do município.

4.3 RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal estabelece a técnica de estabelecimento direta ou a técnica da restrição legal, sendo estas, consagradas a diversos direitos individuais dos cidadãos brasileiros.³¹

Nesse sentido, algumas vezes, ao reconhecer um direito fundamental do indivíduo, o próprio legislador, no texto constitucional, impõe determinado limite para com o exercício desse direito. É o caso do livre exercício de direito de culto, que é garantido desde que não viole outro direito, do mesmo modo acontece com o direito de propriedade, que é garantido ao proprietário que deve fazer jus a tal direito para que este não lhe seja restrito.

Nessa toada, comanda Gilmar Ferreira Mendes:

Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais respaldado em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural.³²

Dessa maneira, a Constituição autoriza a intervenção do legislador

³⁰BRASIL, Código Civil de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acessado em: 22/04/2018, às: 17:00h

³¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

³²MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

para a efetiva proteção de direitos individuais, sendo que há uma espécie de simples reserva legal ou simples restrição legal.³³

O Artigo 5º da Constituição Federal traz explícito exemplos da reserva legal simples, vejamos:

Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;³⁴

Nesse sentido, o legislador da Constituição, como nos casos referidos acima, se faz valer de diversas formas para trazer explícita a denominada reserva legal simples, que são exemplos as atribuições das palavras, nas formas da lei; nos termos da lei; salvo nas hipóteses previstas em lei, etc.³⁵

Vale ressaltar que nos casos de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, a Constituição Federal não prevê a possibilidade de interpretação do legislador, sendo que nesses casos acaba-se por criar um perigo de conflitos em razão dos abusos em determinadas situações.³⁶

5 DA PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS COMO ALTERNATIVA AO PROBLEMA

5.1 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

³³MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

³⁴BRASIL, República Federativa, Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acessado em: 22/04/2018, às: 17:40h.

³⁵MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 49.

³⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 55.

Como objeto principal do trabalho, as normas e direitos fundamentais podem conflitar entre si, como é o caso em que a vizinhança de determinada localidade, detentores do direito de propriedade, requerem que seja assegurado o seu direito ao sossego diante de religiosos que buscam através dos cultos religiosos manifestarem a sua religião, produzindo consequentemente ruídos sonoros. Nesse caso, o direito de propriedade entra em conflito com a direito à liberdade religiosa.

Nesse sentido, por um lado temos a liberdade de culto assegurada pelo artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal, vejamos:

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

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;³⁷

De outro lado, temos o direito de propriedade assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXII, tendo como escopo o direito ao sossego do proprietário do bem, como mencionado no Código Civil, vejamos:

Art. 1277. O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.³⁸

Sendo assim, há, nesse sentido, um conflito entre dois direitos fundamentais, que é o direito de propriedade que abarca o direito ao sossego do proprietário, e o direito ao exercício de cultos religiosos, que invoca o direito de cultivar dos religiosos.

Há de se falar, que a interferência da vizinhança no que se refere a limitação de emissão de ruídos durante as liturgias, acabam por interferir no livre exercício de culto religioso.

Mister se faz a observação do artigo citado acima (art. 5º, VI da CF), sendo que o mesmo deixa claro que a liberdade de crença, que consequentemente assegura o livre exercício de culto, é um direito inviolável, garantindo inclusive a proteção dos locais de culto e as liturgias.³⁹

³⁷BRASIL, República Federativa, Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm >. Acessado em: 24/04/2018, às: 15:24h.

³⁸BRASIL, Código Civil de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acessado em: 24/04/2018, às: 16:00

³⁹ZAJARKIEWICZ, Daniel Fernando Bondarenco. *Poluição sonora urbana: principais fontes - aspectos*

Dessa maneira, abstratamente, se pensarmos de uma forma geral, o exercício de culto, quando tratado de forma inviolável, não poderia ser coibido, nem administrativamente e nem judicialmente, o que não ocorre efetivamente, sendo que diariamente, as igrejas e locais de liturgias sofrem coerção referente a ações judiciais propostas contra a poluição sonora causada por essas liturgias.

Nesse contexto, é importante ressaltar que a Constituição Federal por possuir em seu texto inúmeras normas constitucionais existem mais chances de haverem conflitos entre essas normas, sendo que quando maior número de normas maior a possibilidade de conflitarem entre si.

Nessa toada, preceitua Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento:

O fenômeno da colisão entre normas constitucionais não é incomum, sobretudo no quadro de constituições extensas, de natureza compromissória, e compostas por muitos preceitos positivados em linguagem aberta. Com efeito, a extensão da Constituição amplia a possibilidade de conflitos, pois quanto mais normas existirem, maior é a possibilidade de que haja tensão entre elas. A natureza aberta da linguagem constitucional também caminha na mesma direção, por multiplicar os riscos de que uma mesma hipótese fática possa ser enquadrada, simultaneamente, no campo de incidência de normas diferentes, que apontem soluções distintas para o caso. O caráter compromissório da Constituição tem o mesmo efeito, já que a presença na ordem constitucional de normas inspiradas em ideologias e visões de mundo divergentes aumenta a chance de atritos entre elas.⁴⁰

A doutrina brasileira menciona dois tipos de colisão, sendo elas a colisão em sentido amplo e a colisão em sentido estrito. A primeira corresponde aos conflitos entre os direitos e garantias fundamentais. Já a segunda corresponde a colisão de outros princípios que tenham como finalidade a proteção dos interesses da sociedade.⁴¹

A colisão entre os direitos fundamentais, é o tema central deste trabalho, no qual será mostrado no decorrer desse capítulo, qual a melhor solução para a resolução desse conflito, tendo em vista o resguardo de ambos interesses.

5.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

tos jurídicos e técnicos. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 186.

⁴⁰SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmiento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 377.

⁴¹MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 86.

O princípio da razoabilidade menciona a ideia de que o julgador deve utilizar de parâmetros justos e razoáveis para a aplicação da decisão. No caso dos conflitos de normas constitucionais, deve se ater aos fatos condizentes com a realidade para que seja atribuída uma decisão justa para cada caso.

Para que possamos entender o princípio da Razoabilidade, mister se faz a conceituação do princípio.

Nessa toada, José dos Santos Carvalho Filho menciona:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle.⁴²

A conceituação trazida traduz uma realidade de que a falta da razoabilidade se reflete sobre a inobservância da lei, ou mesmo quando essa falta é fundamentada no interesse particular, acontece a violação dos princípios da moralidade ou da impessoalidade, como no exemplo da administração pública.

O princípio da razoabilidade é utilizado como uma espécie de diretriz para relacionar as normas gerais com as normas individuais, tendo como perspectiva, que se mostre em qual momento se deve enquadrar ou deixar de enquadrar a norma geral.⁴³

Nesse sentido, quando a razoabilidade é invocada, ela serve como uma correspondência entre a medida adotada e a situação fática do caso, sendo que o julgador não poderá se basear em fatos que não condizem com o caso em questão.

É o que menciona Souza Neto e Sarmento:

⁴²CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 23.

⁴³BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade: (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

A razoabilidade como equidade permite que, em hipóteses excepcionais, as normas gerais sejam adaptadas, em sua aplicação, às circunstâncias particulares do caso concreto, ou ainda que se negue a aplicação da norma, quando esta provocar grave e flagrante injustiça. Normas são formuladas abstratamente. Mas o seu formulador não é capaz de prever todos os contextos em que aplicação da norma poderia ter lugar. A razoabilidade funciona, nesta dimensão, como instrumento para atenuar a rigidez na aplicação da norma.⁴⁴

Assim sendo, quando as normas entram em conflito, é possível que se faça uma adequação para que não sejam provadas injustiças no âmbito da preservação dos direitos do indivíduo, utilizando da razoabilidade para equiparar essa aplicação da norma, adaptando por vezes, a norma geral que não condiz com a realidade fática da situação.

Portanto, a razoabilidade é concretizada quando o julgador é razoável quando lhe é apresentada todos os fatos que devem ser levados em consideração no caso concreto, sendo que será conseqüentemente mais aceita aos olhos da coletividade que deve sempre ser valorada.⁴⁵

Nessa toada, não basta que o julgador aponte o que é mais razoável no caso em questão sem que seja atribuída a essa decisão as razões pela qual foi decidido que esse caminho seria o mais adequado, tendo que ser justificado, principalmente o porquê da utilização da razoabilidade.

No âmbito da razoabilidade, há três teses de percepções explicativas que mais são levadas em consideração, que são elas a razoabilidade como equidade, a razoabilidade como congruência e a razoabilidade como equivalência.

A razoabilidade como equidade é uma das concepções mais velhas, e prevê que o direito positivo terá que adequar suas normas, caso a caso, sendo que o legislador é incapaz de saber as exigências de cada caso.

A razoabilidade como congruência, difere da razoabilidade como equidade, sendo que nesta primeira, o julgador deve harmonizar as normas com as condições para a aplicação, sendo que essa decisão deve ser vinculada a realidade, sendo congruente com tal realidade.⁴⁶

Já a razoabilidade como equivalência, é análoga a noção de congruência, mas tem como principal fonte, a exigência da relação de compati-

⁴⁴SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmiento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 374.

⁴⁵CANIZELLA JUNIOR, Eduardo. *Princípios, limites da ponderação e argumentação jurídica na obra de Robert Alexy*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 48.

⁴⁶CANIZELLA JUNIOR, Eduardo. *Princípios, limites da ponderação e argumentação jurídica na obra de Robert Alexy*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 51.

bilidade entre a medida que foi adotada e o critério para que chegasse a essa conclusão.⁴⁷

5.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Princípio da Proporcionalidade se caracteriza por ser um dos princípios mais importantes para a hermenêutica constitucional, muito empregado pela jurisprudência e que tem como principal finalidade a abrangência do arbítrio estatal.

Esse princípio atribui ao julgador critérios de controle de medidas restritivas de direitos, muito utilizado quando ocorrem colisões entre normas fundamentais, tendo como fundamento a ponderação.⁴⁸

Isso se dá pelo fato de que a proporcionalidade busca uma relação entre o meio e o fim, sendo utilizados de forma proporcional, para que não seja utilizada uma decisão excessiva.

Nesse sentido, pelo fato dos direitos fundamentais não serem absolutos, de modo que os limites são encontrados em outros direitos, a proporcionalidade atua para que possa ser feita uma harmonização entre esses direitos, sendo ponderados quando em colisão.⁴⁹

A proporcionalidade é validada através do Estado de Direito, dos direitos fundamentais ou da própria Constituição Federal, sendo que é um princípio aceito como um dever jurídico, resultando da própria norma constitucional.⁵⁰

Vale ressaltar que isso não significa que seu conceito estará estampado nos textos normativos, mas de forma indireta, se encontra as proporções estabelecidas entre os bens jurídicos tutelados.⁵¹

Para um melhor entendimento do que seria o princípio da proporcionalidade, mister se faz, a identificação dos subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Nesse mesmo fundamento, Luciano Dutra leciona, vejamos:

⁴⁷CANIZELLA JUNIOR, Eduardo. *Princípios, limites da ponderação e argumentação jurídica na obra de Robert Alexy*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p.52.

⁴⁸SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 355.

⁴⁹DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 108.

⁵⁰CANIZELLA JUNIOR, Eduardo. *Princípios, limites da ponderação e argumentação jurídica na obra de Robert Alexy*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p.54-55

⁵¹CANIZELLA JUNIOR, Eduardo. *Princípios, limites da ponderação e argumentação jurídica na obra de Robert Alexy*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014, p.54-55.

A doutrina subdividiu o princípio da proporcionalidade em três outros princípios, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação traduz a ideia de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade pretendida. Isto é, deve haver a existência de relação adequada entre o fim buscado e o meio utilizado. Com relação ao subprincípio da necessidade, a medida restritiva deve ser realmente indispensável e que não possa ser substituída por outra de igual eficácia e menos gravosa. Assim, se há várias formas de se obter o resultado almejado, impõe-se que se opte pela medida que irá afetar com menor intensidade os direitos envolvidos na questão. Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito caracteriza-se pela ideia de que os meios eleitos devem manter-se razoáveis com o resultado perseguido, ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado. Trata-se da verificação da relação custo-benefício da medida, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.⁵²

Dessa maneira, para que a decisão ou o ato seja considerado compatível com o princípio da proporcionalidade, devem ser considerados os três subprincípios citados acima.

No primeiro, o subprincípio da adequação, a medida adotada deve satisfazer adequadamente o meio e o fim. No segundo, o subprincípio da necessidade, é satisfeito quando da resposta positiva ao princípio da adequação. No último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, é recorrido quando o resultado for adequado a validade do ato.

5.5 PONDERAÇÃO

A ponderação, no campo do Direito, nada mais é do que a forma com que a justiça recorre, utilizando como escopo a balança, na qual se pesam os argumentos e direitos contrapostos, tendo como principal fim, a justa medida.

A ponderação foi reconhecida no ordenamento brasileiro com o advento da Constituição de 1988, pois antes, os juízes utilizavam da ponderação mais não de forma tão explícita, foi a partir da então Carta Magna que os Tribunais passaram a utilizar a ponderação de forma explicitada nas decisões.

Ademais, nos dias de hoje é normal que seja utilizada a ponderação para a resolução de conflitos entre as normas constitucionais.

⁵²DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 108.

No mesmo sentido, Souza Neto e Sarmento argumentam:

No campo jurídico, a ponderação, também chamada de sopesamento, pode ser definida de uma forma mais restrita, como técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto.⁶¹ Portanto, a simples consideração de argumentos antagônicos na apreciação de um caso, ou na busca da interpretação mais adequada para um determinado enunciado normativo não é suficiente para caracterizar a ponderação. Não fosse assim, quase toda a atividade interpretativa poderia ser classificada como ponderação e o instituto perderia os seus contornos. A técnica em questão envolve a identificação, comparação e eventual restrição de interesses contrapostos envolvidos numa dada hipótese, com a finalidade de encontrar uma solução juridicamente adequada para ela.⁵³

Salienta-se, que nem sempre a ponderação alcançará um meio termo para a solução da colisão de direitos, de modo que em determinadas situações a solução será priorizar um dos interesses.

Mister se faz mencionar, que não é porque se foi decidido pela priorização de um interesse que o interesse oposto, no caso derrotado, irá se subordinar em todos os casos ao interesse protegido.⁵⁴

Destarte, a técnica da ponderação deve sempre levar em importância a situação fática em que o caso se concretizou e a ocasião dos casos, para que seja feita da forma que mais satisfaça ambos os lados, e quando não, prive pelo direito de maior importância na vida do indivíduo.

No entanto, é importante destacar, que a ponderação apenas orienta o raciocínio para o caminho da solução do caso, não levando, necessariamente para uma solução do conflito.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade que irá ser falado adiante, é tido como um importante princípio norteador da solução.

Nessa linha de raciocínio, segue, Manuela Cibim Kallajian:

[...] importante observar que as regras da ponderação permitem apenas orientar racionalmente um caminho em busca da solução mais correta para um problema concreto, não acarretando, necessariamente, o sucesso da decisão. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade assume importante função como norteador da solução a ser encontrada pelo aplicador do direito, tendo em vista que concilia dois

⁵³SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 390.

⁵⁴SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 389.

valores primordiais: a segurança jurídica e a justiça, sendo certo que o ponto de contato entre eles se dá com a decisão razoável, justificada por meio de uma argumentação.⁵⁵

Cumpra salientar, que o julgador deverá buscar incorporar entre si as normas em jogo, em função de encontrar a solução sugerida, sendo que deve sempre examinar os fatos e sua influência com os subsídios normativos.

A ponderação é utilizada no Poder Judiciário em três momentos diferentes, sendo que para maior profundidade, Souza Neto e Sarmiento mencionam:

A ponderação judicial pode ocorrer em três contextos diferentes. No primeiro, o Poder Judiciário é provocado para analisar a validade de uma ponderação já realizada por terceiros — em geral, pelo legislador — o que pode ocorrer tanto em sede de controle abstrato de normas quanto na análise de caso concreto. No segundo, existe um conflito entre normas constitucionais, mas não há nenhuma ponderação prévia realizada por terceiros. Aqui, o juiz tem a primeira palavra na ponderação, e não apenas examina a validade de algum sopesamento extra-judicial feito anteriormente. Na terceira hipótese, o próprio legislador infraconstitucional remete ao Judiciário a tarefa de avaliar, em cada caso concreto, a solução correta para o conflito entre interesses constitucionais colidentes, seguindo determinadas diretrizes, pressupostos e procedimentos que ele fixou.⁵⁶

Uma importante propriedade da ponderação judicial, é a preocupação com os elementos de cada caso, tendo como característica a sua forma flexível que abre espaço para que sejam considerados as circunstâncias e o contexto social dos envolvidos.

A técnica da ponderação deve ser pautada em elementos criteriosos e transparentes, devendo ser esclarecidas as razões para a motivação da decisão em cada caso, que levou a atribuir um peso maior a determinado direito.

⁵⁵KALLAJIAN, Manuela Cibim. *Conflito entre o direito à privacidade e os direitos à informação e à liberdade de expressão: uma solução possível*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: < <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/20997/2/Manuela%20Cibim%20Kallajian.pdf> >. Acessado em: 23/04/2018, às: 20:10h.

⁵⁶SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmiento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 392.

5.6 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS NO CONFLITO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E A LIBERDADE DO DIREITO DE CULTO E DE MANIFESTAÇÃO RELIGIOSA

Conforme ressaltado no decorrer da pesquisa, tendo em vista o grandioso número de normas existentes em nossa legislação, os direitos fundamentais podem vir a se conflitarem entre si, o que ocasiona grande discussão acerca de qual direito deverá prevalecer.

Destarte, a presente pesquisa trouxe a exposição do conflito entre o direito de propriedade e a liberdade do direito de culto e de manifestação religiosa nas relações de vizinhança, tendo em vista a constante discussão acerca de qual desses direitos devem prevalecer diante dessa relação conflituosa.

Nessa toada, o Direito de Propriedade é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, devendo ser respeitado de acordo com as garantias adquiridas com esse direito. Por outro lado, a Liberdade Religiosa também é um direito fundamental assegurado pela nossa Constituição e que não pode ser violado, porém, deve-se ter como fundamento de que não existem direitos absolutos e que o exercício de um direito não pode infringir os demais direitos adquiridos.

Nesse sentido, de acordo com a doutrina e jurisprudências trazidas acerca do assunto, quando dois direitos fundamentais entram em conflito tem-se como possível forma menos gravosa para solução do conflito e que se mostra bastante eficaz e de grande utilidade nas decisões jurisprudenciais de resolução desse conflito, a ponderação de princípios, que leva em conta a utilização de parâmetros norteadores para a decisão, como a observância do caso em questão, fazendo para tanto, uma avaliação criteriosa das circunstâncias do caso, buscando a solução mais apropriada para a resolução do conflito.⁵⁷

Desse modo, o grande problema acerca do direito de propriedade e a liberdade do direito de culto e de manifestação religiosa nas relações de vizinhança, vem a ser a poluição sonora causada pelos templos religiosos, tendo em vista a elevação de ruídos acima do nível permitido pela legislação.

Assim, como ressaltado no capítulo anterior as igrejas e templos devem respeitarem um limite de disseminação de ruídos, o que não acarreta a violação do livre exercício do culto religioso, de modo que a legislação brasileira assegura a realização dos cultos desde que sejam pautados em normas regulamentadoras que limitam essa liberdade para que não venha interferir

⁵⁷SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 397

no sossego da comunidade.

É o que menciona a RESOLUÇÃO/CONAMA nº 001 de 08 de março de 1990, que regulamenta os níveis de ruídos permitidos para cada localidade, de modo que o exercício dos cultos religiosos deve respeitar o limite de 50 (cinquenta) no período noturno e 55 (cinquenta e cinco) decibéis no período diurno. Esse parâmetro pode ser utilizado em nível nacional, porém, os estados e municípios podem criar seus próprios parâmetros de regulamentação da disseminação de ruídos dos templos e casas religiosas, observando sempre essa norma regulamentadora como padrão.

Por outro lado, a própria legislação brasileira, assegura a não perturbação nos templos e casas religiosas, como é o caso do artigo 208 do Código Penal, já mencionado no capítulo anterior mas que se faz necessário como argumento na ponderação de princípios, que diz o seguinte:

Art. 208: Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.⁵⁸

Destarte, no conflito em questão, deve-se levar em consideração de que a liberdade religiosa não pode infringir a segurança das pessoas, a saúde das pessoas e nem a ordem social. Portanto, é imperioso ressaltar a importância da harmonização entre essa liberdade constitucional e o bem-estar da comunidade, ligada diretamente ao Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, levando em consideração que o Direito ao Meio Ambiente também é um direito assegurado pela Constituição Federal.

Ademais, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade funcionam como forma de sopesamento e limite na interpretação dos valores, para que possa ser clareada a atividade da ponderação de princípios.

Vale salientar que a ponderação de princípios deve ser pautada em outros parâmetros como a observância de outros princípios, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e que estabelece um determinado controle da atividade estatal em face dos indivíduos, não permitindo que o ser humano seja tratado com um objeto.⁵⁹

No Brasil, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nasceu após tantas atrocidades ocorridas no regime militar como a tortura e todo o desrespeito à pessoa humana e que levaram o Constituinte originário a incluí-la na

⁵⁸BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm >. Acessado em: 20/06/2018, às: 15:00.

⁵⁹PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

Constituição de 1988, e tem como fundamento a vida digna que todo cidadão precisa⁶⁰.

Assim sendo, o referido princípio está disposto em nossa norma constitucional como o primeiro valor fundamental de toda a sistemática constitucional, sendo que se demonstra de suma importância na ponderação de princípios, em que irá direcionar o intérprete à busca da efetivação dos valores essenciais do indivíduo a uma vida digna.⁶¹

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intenso crescimento da poluição brasileira e a constante luta pelo lugar de cada um diante dessa sociedade, surgem diversos conflitos entre os indivíduos, o que faz com que sejam buscados a todo tempo a efetivação dos direitos de cada um.

Cumpra salientar que, com o desenvolvimento da sociedade, o Brasil acabou por se tornar um Estado Laico, após inúmeros conflitos e até guerras envolvendo a igreja e os indivíduos da sociedade, sendo que há no ordenamento brasileiro a separação da Igreja e do Estado, sendo que os indivíduos pertencentes à nossa sociedade possam ter a liberdade de escolha sobre a sua religião, sendo que dessa forma, não poderá haver intervenção estatal no que diz respeito a escolha da religião ou irreligião de cada um.

Sendo assim, após anos de lutas, os indivíduos foram conquistando seus direitos dentro da sociedade brasileira, dentre esses direitos fundamentais, garantidos pela Constituição Federal, estão o Direito de Propriedade e a Liberdade Religiosa, direitos estes nos quais são discutidos ao desenvolver do trabalho apresentado.

O tema principal abordado no trabalho foi o conflito entre esses dois direitos fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna, e que faz com que haja a colisão dos princípios, sendo então buscada uma alternativa possível para a resolução desse conflito.

Nesse sentido, a legislação brasileira, deixa explícitos os direitos e deveres de todos os indivíduos pertencentes à sociedade brasileira, estabelecendo para tanto, alguns limites dos quais terão que serem respeitados, para que haja, dentro da sociedade, uma relação harmoniosa entre os cidadãos.

Portanto, quando surgem questões polêmicas acerca dos temas abordados, pode ser que decorrente desse conflito, algum direito fundamental venha a ser ferido. Desse modo, ao abordar o tema polêmico sobre o Direito

⁶⁰SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 136.

⁶¹PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

de Propriedade e o Livre Exercício de Culto e de Manifestação Religiosa, devem ser estabelecidas as garantias e limites de cada qual.

Assim sendo, o problema abordado no trabalho foi a colisão entre dois princípios, ou direitos fundamentais, tendo como pressuposto, quando há essa colisão, qual dos direitos deve prevalecer, ou então a busca de uma alternativa para a resolução desse conflito, estabelecendo os limites de cada direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm >. Acessado em: 14/03/2018, às: 16:00

BRASIL, Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm >. Acessado em: 20/06/2018, às: 15:00.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma*. São Paulo: Edipro, 1998.

DUTRA, Luciano. *Direito constitucional essencial*. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 13 ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2ª ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 10. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4.ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTANA, Thymom Brian Rocha. *Função Social da Propriedade: espaço urbano e forma jurídica como estruturas da (não) efetivação do direito no estado capitalista*. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/100/100134/tde-07092016-120426/pt-br.php>>. Acessado em: 26/04/2018, às: 09:50h.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. 1º Ed. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Daniel Sarmento. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte : Fórum, 2012.
VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direitos reais*. 15.ed.- São Paulo:

Atlas, 2015.

VÍCOLA, Nivaldo Sebastião. *A propriedade urbana no Brasil*. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27032008-164913/pt-br.php>>. Acessado em: 26/04/2018, às: 10:55h.

ZAJARKIEWICCH, Daniel Fernando Bondarenco. *Poluição sonora urbana: principais fontes - aspectos jurídicos e técnicos*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE CRIMES HEDIONDOS

*Barbara Josana Costa¹
Lanaira da Silva²*

RESUMO: Com os (des)avanços teóricos oriundos da (pós) modernidade, sob diversos aspectos estruturais, nota-se, dentro desse contexto intenso de mudanças (sociais, políticas e econômicas), que o Direito penal, imerso na velocidade dessas transformações, demonstra uma tendência a dialogar com teorias associadas à expansão de seu poder punitivo, isto é, com o aumento da violência institucionalizada. Nesse sentido, para demonstrar os desdobramentos do expansionismo do Direito Penal, e conseqüentemente, a infiltração desses discursos punitivistas, buscou-se na legislação brasileira elementos característicos dos conceitos expostos do Direito Penal do inimigo de Günther Jakobs, dentre eles, a Lei de crimes hediondos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Lei dos Crimes Hediondos. Direito Penal do Inimigo.

ABSTRACT: With the (un) theoretical advances coming from (post) modernity, under various structural aspects, there is, within this intense context changes (social, political and economic) that the criminal law, immersed in the speed of these changes, demonstrates a tendency to dialogue with theories associated with the expansion of its punitive power, that is, with increasing institutionalized violence. In this sense, to demonstrate the consequences of expansionism of criminal law, and hence the infiltration of these punitivista speeches, sought to Brazilian law characteristic elements of the exposed concepts of criminal law Günther Jakobs enemy, among them the Law of heinous crimes.

KEYWORDS: Criminal Law. Law of Heinous Crimes. Criminal Law of the Enemy.

¹Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Advogada. Membro do grupo de pesquisa Tributação e Dignidade Humana. Advogada.

²Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. É integrante do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, e do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada, Professora e Parecerista da Revista ACTIO. Correio eletrônico: lanaira75@gmail.com

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Breves apontamentos sobre o direito penal do inimigo; 3 Um reflexo do direito penal do inimigo: a lei dos crimes hediondos; 4 Conclusões; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Diante dos (des)avanços que a sociedade (pós) moderna tem enfrentado, em diversos aspectos de sua estrutura, denota-se, por sua vez, como o desenvolvimento científico-tecnológico, a globalização e o crescimento populacional têm transformado a forma em como se dão as relações humanas. Como é possível perceber, “atualmente, pode-se identificar a configuração de uma sociedade tomada pela complexidade, marcada pela relativização de fronteiras e demais formas de divisão, proporcionando uma intensa comunicabilidade e choques culturais.” (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 125)

Dentro desse contexto de mudanças, o Direito penal - influenciado pelas céleres transformações que têm ocorrido - atualmente demonstra uma tendência à expansão de seu poder punitivo. Para Silva-Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, 2008, p. 26-27) a nossa sociedade é definida pela insegurança, afirma que “la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la própria existência objetiva de los mismos”. Verifica-se, assim, um movimento de transição dos modelos abolicionistas e reducionistas aos modelos eficientistas, que preconizam um alargamento do sistema penal. Neste sentido:

Em razão do domínio dessa expansão do Direito Penal, inúmeros fatores se manifestam no ordenamento penal e processual penal que, em um tempo anterior, eram desconhecidos ou combatidos. Um exemplo desses fatores é a flexibilização de garantias processuais e de regras de imputação penal, além da flexibilização dos próprios princípios fundantes do Direito Penal, como o princípio da legalidade (CALLEGARI; LINHARES, 2014, p. 125).

Desde os meados de 1980, o fenômeno da expansão ganha contornos cada vez mais acentuados. O discurso político criminal desvela o incontestado endurecimento das legislações penais, na medida em que a redução de direitos e garantias e a implementação do aparato policial, judiciário e penitenciário, cada vez mais se faz presente como precípua forma de combater o crime e a violência.

De todo o modo, o sistema penal deslegitimado pelas teorias propostas na década de 1960, acabou por despontar por novos caminhos ao adotar políticas criminais que apresentassem um viés mais eficientista, expandindo seu potencial punitivo sob influência, por exemplo, do modelo adotado nos

Estados Unidos em movimentos como o “*Law and Order*”. Com a expansão do poder punitivo, os discursos de ódio ganharam força e os “inimigos” da sociedade foram sendo redesenhados.

Apesar de distintas contribuições teóricas impelirem a deslegitimação do sistema penal, verifica-se a notoriedade do *labeling approach* como um dos fatores dominantes no processo de desconstrução do sistema até então vigente. Isto porque o *labeling approach* rompeu com certos paradigmas da modernidade, culminando com a transição para um novo contexto focado na reação social.

Dentro desse novo contexto, uma conduta não é criminal por si só, e um indivíduo não é criminoso por natureza, por traços de sua personalidade ou influências do meio ambiente. O processo de desconstrução advindos desta onda foi justamente a deslegitimação do sistema penal. O sistema penal não se mostrou capaz de abarcar os problemas trazidos pela realidade, sendo na verdade, um perpetuador de sofrimentos desnecessários, tendo ainda como agravante seus alto custo e baixa eficiência na ressocialização dos indivíduos. Assim:

A facilidade na aprovação de novas leis penais e o agravamento das já existentes reflete, em sua contraface, a dificuldade de se revogar expressamente ou amenizar as leis penais vigentes. Isso resulta da inexistência (ou existência insignificante) de oposição à política repressivista. A oposição à ideologia de repressão ao crime, em nosso meio político, é majoritariamente indesejável, considerando-se os negativos efeitos provavelmente ocasionados pelo estigma da defesa do “lobby do crime”. (HUSAK, 2013, p. 57)

Diante deste processo de deslegitimação, a busca por soluções para os problemas sociais começou a surgir. Inicialmente, pode-se salientar o desenvolvimento de teorias mais atenuadoras da situação (minimalistas e abolicionistas). Todavia, como já dito anteriormente, em meados dos anos de 1980, houve o recuo dos movimentos liberais e o aumento significativo dos movimentos de “*Lei e Ordem*”. Em realidade, a implementação das políticas criminais mais duras se mostra como uma tentativa de “relegitimar” um sistema penal desfacelado.

Para os adeptos desse sistema, o sistema penal não está deslegitimado ou em crise, o que na realidade se faz necessário é um aumento na repressão. Portanto, a solução seria justamente a expansão do sistema penal. “Nesse contexto, parte-se para uma banalização do Direito Penal, à proporção que se passa a punir estágio prévios do delito (atos preparatórios), antecipando-se a tutela penal; tipificando-se, da mesma forma, bens jurídicos de difícil concreção (intangíveis e abstratos) (CALLEGARI, 2012, p. 35).

O recrudescimento da política criminal é vista como uma alternativa

para buscar uma resposta mais rápida e eficaz aos problemas, sendo que nem as garantias jurídicas tão caras à tradição do direito penal liberal, delineadas nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito são poupadas. Em uma sociedade de massas não sobra espaço para salvaguardar os direitos individuais, nos dizeres de Alexandre Morais da Rosa

[...] no atual estado da arte ocorre uma inflação abusiva e banalizadora do Direito Penal, mediante a criminalização excessiva da vida cotidiana e, de outro lado, uma flexibilização abusiva das garantias processuais, atendendo-se, dentre outros fatores, aos custos do Sistema de Controle, bem como aos anseios políticos da maioria. (ROSA; CARVALHO, 2010, p. 4)

Nesse contexto de busca de inimigos e de estados de emergência, a discussão sobre o “inimigo da sociedade” ganhou mais espaço. O Direito Penal do Inimigo, de Gunther Jakobs, destacou-se como teorização dominante do eficientismo. A proposta de Jakobs é justamente a supressão de direitos e garantias, com o intuito de que tão somente alguns indivíduos perigosos, os denominados “inimigos” sejam contidos/neutralizados. Trata-se, em verdade, de uma política de contenção sugestiva a expansão penal, que possui uma indubitável natureza simbólica, na medida em que nega certas estruturas do sistema penal, ou seja, abstrai os avanços conquistados, como forma de tentar resgatar um sistema penal imerso em mazelas. Ademais, outro fenômeno que enseja a expansão do Direito Penal que merece ser apontado diz respeito ao efetivo aparecimento de novos riscos. Trata-se da dita “sociedade de risco” ou “sociedade de riscos” na expressão de Ulrich Beck. Nas palavras do próprio autor:

A sociedade de risco designa uma época em que os aspectos negativos do progresso determinam cada vez mais a natureza das controvérsias que animam a sociedade. O que inicialmente ninguém via e, sobretudo, desejava, a saber, colocar a si mesmo em perigo e a destruição da natureza, está cada vez mais se tornando o motor da história. Não se trata, pois, de analisar os perigos enquanto tais, mas de demonstrar que, diante da pressão do perigo industrial que nos ameaça e o conseqüente desaparecimento das questões tradicionais no conflito de classe e de interesses, aparecem chances de novas configurações (BECK, 2010, p. 376).

No panorama em que se insere a sociedade de risco, e por conseguinte, seus desdobramentos, vê-se que a institucionalização da insegurança, “em decorrência da dita sociedade do risco, pode-se qualifica-la, hoje, de tecnológica, o que significa dizer que a neutralização dos riscos produzidos torna-se tarefa remota de difícil concretização” (CALLEGARI, 2012, p. 36). Deste modo, no âmbito do direito penal percebe-se claramente que as conse-

quências lesivas acabam se passando em um “cenário incerto e em um tempo indefinível a priori, sem a correta identificação da causa-efeito, com o que os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema” (CALLEGARI, 2012, p. 36).

Toma-se como exemplo as consequências do atentado terrorista de 11 de setembro. O efeito da queda das tuas torres gêmeas no coração de Nova York espalhou a sensação de pânico por todo o mundo, inclusive em países com realidade distintas das dos Estados Unidos. A onipotência norte-americana sucumbiu aos ataques terroristas, cada detalhe alastrou-se ao redor do globo, em razão da onipresente “sociedade de informação” que proporciona a aproximação dos riscos distantes e a da dramatização das notícias catastróficas, incrementando a sensação de insegurança na aldeia global.” (CALLEGARI, 2012, p. 37).

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Com o intuito de enfrentar o clima de insegurança impregnado no contexto (pós) moderno, Günther Jakobs, professor de direito penal e filosofia do direito na Universidade de Bonn, Alemanha, desenvolveu a teoria do Direito penal do inimigo. A teoria foi apresentada pela primeira vez no ano de 1985, de forma primeiramente descritiva. Entretanto, em sua obra “Direito Penal do Inimigo – noções e críticas”, de 2003, o alemão desenvolveu sua tese afirmativa e legitimadora, defendendo a possibilidade do “direito penal do inimigo” como interface integrante do sistema jurídico penal (GRECO, 2005, p. 81).

Em sua obra, Günther Jakobs preconiza a legitimação de duas tendências contrastantes dentro do direito penal: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo (CALLEGARI, 2012, p. 44). “Para o primeiro, a pena é uma contradição; para o segundo, o mais relevante será o asseguramento frente ao autor [...] mediante uma pena privativa de liberdade que garanta o asseguramento” (CALLEGARI, 2012, p. 45). A dicotomia busca se harmonizar dentro da obra, na medida em que ao cidadão que comete um crime são assegurados os direitos e garantias penais (v.g devido processo legal, ampla defesa, etc). No entanto, para inimigo (sendo, pois autoexplicativo) não há a possibilidade de gozar do *status* de pessoa e em razão disso não há que se falar em um devido processo legal, mas em um procedimento de guerra. No caso do inimigo, por exemplo, este representaria um perigo, sendo-lhe aplicado uma estratégia de prevenção dos riscos. Com relação ao cidadão, acrescenta Luis Gracia Martin

O direito Penal do Cidadão define e sanciona delitos ou infrações nor-

mativas realizadas pelos indivíduos de um modo incidental, e normalmente havidos como simples expressão do abuso, por parte de tais indivíduos, das relações sociais em que participam com o seu status de cidadãos, isto é, na sua condição de sujeitos vinculados ao e pelo direito. (GRACIA MARTIN, 2007, p. 81-82)

O direito penal do inimigo busca fundamentos jusfilosóficos da teoria, segundo descreve Jakobs, em autores contratualistas como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant. Para estes, resumidamente, o delinquente que infringe o contrato social não pode usufruir dos benefícios do Estado.

Ressalva-se, porém, que tanto para Rousseau quanto para Fichte, há o entendimento de que qualquer indivíduo que infringe a lei deixa de fazer parte do Estado, enquanto que para Hobbes e Kant tão somente os autores de crimes graves devem ser excluídos. Jakobs pondera que sua teoria aproxima-se mais com os ideais destes últimos: “Hobbes e Kant conhecem um direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio.” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2012, p. 79).

O Direito Penal do inimigo de Jakobs baseia-se em sua concepção sobre a função da pena. O teórico alemão buscou fundamentos no funcionalismo-sistêmico, influenciado pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann. No pensamento sistêmico (LUHMANN, 1983, p. 252), o centro de atenção é transferido do homem para o *sistema*. O sistema é separado das pessoas da sociedade, que são consideradas *subsistemas*. Dito de outro modo, a capacidade de equilíbrio do sistema estaria subordinada à sua capacidade de normalizar as variadas expectativas dos “subsistemas”.

Ainda nos teares da visão sistêmica de Luhmann, a teoria da prevenção positiva de Jakobs, defende que a reação punitiva- característica marcante da teoria - teria função precípua de restabelecer a confiança no sistema e prevenir os efeitos negativos que a violação da lei poderia causar em sua estabilidade.

Deste modo, o caráter funcional da pena, segundo Jakobs, seria justamente o de demonstrar o reconhecimento da norma e, sobretudo, a estabilidade do direito pelos membros da sociedade. O delito seria a expressão simbólica da falta de fidelidade ao direito, ocasionando desestruturas institucionais. A pena representaria o oposto: através dela há a reafirmação da vigência da norma, restaurando a sensação de confiança no ordenamento jurídico. Salienta-se ainda que:

Outra característica do Direito Penal do Inimigo é a desproporcionalidade das penas, que são excessivamente altas, uma vez que a punição de atos preparatórios não é acompanhada de nenhuma redução da pena com relação à fixada aos fatos consumados ou tentados. Além

disso, a circunstância específica de o autor pertencer a uma organização é levada em consideração para estabelecer agravações, às vezes consideráveis e, por isso mesmo, em princípio desproporcionais, das penas correspondentes aos fatos delituosos concretamente realizados (CALLEGARI, 2012, p. 47).

Portanto, o direito funcionaria como instrumento de estabilização social. Diante das condutas delituosas, o discurso jurídico-penal seria regulador do controle social (LUHMANN, 1983, p. 252). Para Jakobs, o inimigo seria o indivíduo marcado por sua periculosidade, que não presta segurança de um comportamento social adequado, garantindo que agirá conforme as normas do Estado. Este não poderia ser tratado como pessoa, pois, do contrário, vulneraria o direito à segurança das outras pessoas. Jakobs define o inimigo como o criminoso reincidente e que pratica crimes graves, citando como exemplo os autores de crimes econômicos, crimes sexuais, crimes organizados e de terrorismo. Jacobs afirma que o terrorista também deve ser considerado um inimigo, lembrando o ocorrido em 11 de setembro 2001 citado anteriormente. (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p. 36).

Assim, a proposta político-criminal de Jakobs traz consigo a concepção simbólica do poder punitivo. A pena como elemento de coação teria um significado simbólico, ou seja, de que o evento criminoso é irrisório e que a norma válida sem alteração alguma:

Assim, as expectativas cognitivas exigem que o expectador adapte sua expectativa à realidade, que lhe é contrária. Já nas expectativas normativas, o errado não é expectativa, mas a realidade, motivo pelo qual se exige que a norma mantenha-se vigente, negando a negação do autor. É dizer: a função do Direito, nesse sentido, é manter a vigência da norma, a reafirmação da vigência da norma. (CALLEGARI, 2012, p. 45)

O crime seria tido como um ato de um indivíduo consciente, que infringe a norma. A coação oriunda da pena afirmaria que a lei permanece em vigência, mantendo-se a configuração social. Já a pena como segurança “não só significa algo, mas também produz fisicamente algo” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, p. 36.). A pena, neste sentido, possuiria uma função de prevenção, uma vez que durante o cumprimento da pena, o preso não pode cometer novos crimes. A repressão, neste aspecto, não teria como intuito o efeito simbólico com seu viés “pedagógico”, mas sim afastar o delinquente da sociedade. Buscaria a proteção “de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo, em lugar de comunicação” (JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2007, p.34)

Não obstante, Zaffaroni admite que Jakobs acertou ao utilizar os ter-

mos “inimigo” e “não pessoa”, todavia sua proposta continua reacionária, pois pretende inserir o inimigo dentro do Estado de Direito. Cumpre salientar que:

é neste ponto que se situa uma das controvérsias do discurso do Direito Penal do inimigo, dado o fato de que, se ele reconhece os destinatários de suas normas como não-pessoas, a existência destas deve ser constatável já na realidade prévia à sua aplicação, pois caso isso não seja possível, não é também possível saber se ele é efetivamente destinado a não-pessoas ou a pessoas (ZAFFARONI, 2007, p. 165-166).

Assim com o discurso de Jacobs, pode-se dizer que há a legitimação de uma ordem funcional, independentemente da forma em que esta é estruturada. Ademais, o direito penal do inimigo constitui uma “configuração de um modelo de Direito Penal do autor, onde não está em jogo a proteção de bens jurídicos, mas sim a perseguição de determinadas pessoas em função da sua condição social, de sua “maldade” intrínseca”. (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 69).

3 UM REFLEXO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO: A LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

Diante da breve exposição feita à teoria de Jacobs, resta a necessidade de se aprofundar a questão encontrando seus reflexos concretos na legislação brasileira. Com exposto anteriormente, o direito penal do inimigo converge para um modelo de Direito Penal do autor, sendo assim, as características intrínsecas do delinquente é que serão os fatores determinantes. Em linhas gerais, os inimigos de que trata a proposta de Gunther Jakobs são aqueles que se constituem como uma ameaça ao Estado, isto é, os inimigos externos, personificados na figura do traficante, do terrorista e do imigrante. Neste sentido:

Em verdade, pelo que foi dito, inimigo é aquele que se afasta de modo permanente do Direito, o qual não oferece garantias cognitivas de fidelidade à norma. Nesse diapasão, pode-se dizer que os criminosos econômicos organizados, autores de delitos sexuais e, sobretudo, o terrorista constituem-se em potenciais inimigos. Ocorre que, do ponto de vista do *modus operandi* dos autores, não é possível dizer que o discurso histórico global individualize nenhuma fenomenologia específica, como é o caso da criminalidade organizada, objeto de atenção central no discurso atual. De se reconhecer, portanto, que há uma pluralidade de inimigos. (CALLEGARI, 2012, p. 47).

Deste modo, “se no Direito Penal dito clássico a reação vinha a pos-

teriori em face de uma lesão individual; no moderno, a reação é a priori” (CALLEGARI, 2012, p. 49). Nesse sentido, o Direito Penal se mostra preventivo, uma vez que há o adiantamento da intervenção punitiva, contexto em que as figuras típicas de mera atividade ganham maior espaço (delitos de perigo abstrato), em face dos crimes de perigo concreto.

Muito embora grande parte da legislação brasileira seja anterior às discussões provenientes do Direito Penal do Inimigo, é possível perceber que houve a influência dos movimentos eficientistas na legislação penal brasileira. Na linha do pensamento *Law and Order*, surgiu, então, a Lei dos Crimes Hediondos que é, sem dúvida, um exemplo significativo de uma posição político-criminal que expressa, ao mesmo tempo, radicalismo e passionalidade. “Assim, sob o efeito hipnótico dessa nova solução legislativa, legislador ordinário, de um momento para o outro, passou a dar tratamento distinto aos autores de determinados crimes já existentes, porém, agora com etiqueta nova porque levaram o nome de hediondos” (CALLEGARI, 2012, p. 49).

A partir do início da década 1990, o legislador brasileiro considerou hediondos os seguintes crimes: tráfico de entorpecentes; prática de tortura; terrorismo, homicídio praticado por grupo de extermínio e qualificado; latrocínio; extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, estupro, atentado violento ao pudor; epidemia com resultado morte; falsificação; corrupção ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais e o crime de genocídio (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 93).

Apesar da Lei dos Crimes Hediondos não radicalizar, no sentido de suprimir todos os direitos garantidos aos outros indivíduos que não cometeram crimes hediondos, esta, inevitavelmente, acaba reduzindo diversas garantias penais, processuais e de execução penal, em outras palavras, equivale afirmar “que determina um tratamento diferenciado ao autor do delito” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010 p. 93). André Luís Callegari e Maiquel Angelo Dezordi Wermuth definem:

No caso brasileiro, a excepcionalidade da Lei dos Crimes Hediondos apresentada, como sua própria denominação indica, como solução de caráter extraordinário e restrito, pensa exclusivamente para o enfrentamento dos crimes assim rotulados. Ao mesmo tempo, sua excepcionalidade se projetava também sobre o plano temporal, já que aparecia como uma solução com prazo de validade, desenhada até o desaparecimento do fenômeno criminal frente ao qual surgia (sequestros, tráfico de entorpecentes, etc) (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 94)

Prepondera-se ainda que a inclusão dos crimes de homicídio qualificado e de homicídio simples praticado em atividade típica de grupo de extermínio no rol dos crimes hediondos ocorreu por meio da Lei. nº 8.930/94 por

meio da influência de campanhas midiáticas, motivaram a alteração legislativa (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 92). O caso da morte da atriz Daniela Perez causou comoção nacional, ocasião em que Glória Perez angariou 1,3 milhão de assinaturas na tentativa de modificar a redação original da Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), editada pelo governo Fernando Collor em 1990. Originalmente a lei tipificou como hediondos os crimes de sequestro, tráfico e estupro. Deste modo, estes eram inafiançáveis, sendo proibidos os benefícios da progressão da pena. Com os esforços de Glória Perez resultaram em uma emenda popular que incluía o homicídio qualificado.

Todos esses fatos levam à conclusão de que se mesclam conceitos em nome de uma suposta segurança do cidadão, onde o importante é mais o caráter simbólico de uma política simplista que sua real efetividade. Assim, justifica-se a edição de normas supressivas de direitos e garantias fundamentais, tudo em nome de um controle social absoluto, onde imperam as normas recrudescedoras do Direito Penal.

Como exemplos desta realidade, nota-se que a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que apesar do excesso do rigor, da supressão de certas garantias processuais, e do seu efeito simbólico na sociedade não necessariamente ocasionou a diminuição do consumo de drogas e da violência. Seu manto simbólico, na verdade, obscurece o punitivismo por detrás da legislação ao encobrir a realização de políticas públicas adequadas ao combate a estes graves problemas sociais (MELIÁ, 2007, p. 78).

Deste modo, o Estado reverencia o clamor público com seu poder repressivo, ao demonstrar publicamente com o advento da Lei dos Crimes Hediondos, a força de seu poder coercitivo, esquecendo, todavia, que o problema da criminalidade vai muito além que a simples promulgação de leis mais rigorosas.

Dito de outro modo verifica-se que com o passar dos anos a Lei dos crimes hediondos “não comportou a própria validade normativa penal de exceção ou de emergência” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 94). E mais “a etapa vivida desde então evidencia uma normalização da exceção” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 92), evidenciando claramente uma contraposição da referida Lei com o Estado de Direito institucionalmente definido pelo marco constitucional.

As consequências jurídicas da rotulação desses crimes como hediondos pode demonstrar uma contaminação da legislação ordinária pelo Direito Penal do Inimigo, pois, de fato, os autores destes crimes passaram a ter um tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais.

No caso brasileiro, a excepcionalidade da Lei dos Crimes Hediondos apresentada, como sua própria denominação indica, como solução de caráter extraordinário e restrito, pensa exclusivamente para o enfrentamento dos

crimes assim rotulados. Ao mesmo tempo, sua excepcionalidade se projetava também sobre o plano temporal, já que aparecia como uma solução com prazo de validade, desenhada até o desaparecimento do fenômeno criminal frente ao qual surgia (sequestros, tráfico de entorpecentes, etc.)

Com tal emergência, justifica-se uma série de medidas para combater esse nebuloso fenômeno do terrorismo. Não há de se olvidar que este novo inimigo seja perigoso, motivo pelo qual pretende-se justificar também um maior controle sobre os estrangeiros, ou seja, como se pretende justificar um controle maior sobre toda a população para evitar a infiltração de terroristas, facilita-se e reforça-se igualmente o controle que se exerce sobre estes, especialmente sobre os estrangeiros.

4 CONCLUSÕES

Como exposto no início do trabalho, após análise das características inerentes à proposta de Jakobs, pode-se afirmar que o Direito Penal do inimigo, em nome da prevenção da ação criminoso e da neutralização das condutas de riscos, altera a perspectiva de ação do Direito Penal clássico, ou seja, ao invés de punir pelo ato praticado (Direito Penal do fato), pune, a partir de uma análise de conduta do indivíduo, pelo ato que se vai praticar (Direito Penal do autor). Esta mudança de atuação deve-se à incapacidade da teoria clássica do Direito Penal em atuar no estágio prévio as lesões oriundas da nova criminalidade decorrentes do desenvolvimento econômico-tecnológico da sociedade atual.

O Direito Penal do inimigo é estruturado sobre a égide da proteção à vigência da norma. Dessa forma, o indivíduo, ao cometer um ato criminoso, antes de atentar contra um bem da vida, desautoriza a vigência da norma. Nesta concepção, é a norma penal quem estabelece os bens que não podem ser ameaçados e, portanto, cabe ao Direito Penal o papel de garantir a expectativa proporcionada pela norma.

Neste aspecto, ainda, o indivíduo pode ser classificado de duas formas distintas dentro da sociedade: ou é considerado um cidadão, quando oferece uma confirmação cognitiva mínima de que irá agir de acordo com a norma estabelecida, ou enquadra-se na condição de inimigo, aquele que, por princípio, abandonou o direito e não garante o mínimo de segurança cognitiva do comportamento pessoal. Observe-se que o critério de classificação adotado por este modelo baseia-se exclusivamente na conduta pessoal de cada indivíduo, inclusive em âmbito privado, pois tanto em sua privacidade, como em seus pensamentos, suas ações devem estar em conformidade à norma vigente.

Incontestemente é o fato de que a noção em torno do Direito Penal do

inimigo assumiu um intenso debate na ciência do Direito Penal já há alguns anos. Há muitos trabalhos de diversos autores que destrincharam a noção de Direito Penal do inimigo e, nessa linha, parece haver um ponto pacífico no que tange a ilegitimidade de tal modelo. Assim, para garantir a expectativa de segurança proporcionada pela norma, o Direito Penal do inimigo apresenta características específicas de combate ao inimigo, com o objetivo de majorar a coerção contra estes indivíduos. Precipuamente, a atuação está na ampliação dos limites da punibilidade, isto é, na possibilidade do Estado agir de forma preventiva, no estágio prévio à lesão do bem jurídico. Diante disso, resta hialina a função da pena na teoria do inimigo: ela traduz-se tão somente em uma coerção, uma neutralização daquele que se transfigurou em um inimigo, por conseguinte, origina uma aparente “satisfação” social, uma prevenção geral positiva, pois aparta do âmago social aquele irrompe com a segurança cognitiva mínima.

Neste sentido, constata-se, ainda, a influência de aspectos políticos presentes na teoria do inimigo. Para demonstrar os desdobramentos do expansionismo do Direito Penal, e conseqüentemente, a realidade onde há aplicação do Direito Penal do inimigo, buscou-se na legislação brasileira elementos característicos dos conceitos expostos e sua interação com a realidade social. Após estas considerações, mediante o raciocínio exposto, minimamente sob o viés teórico da questão, conclui-se que o Direito Penal do inimigo não se mostra mais eficaz no combate a nova realidade da criminalidade, além de transpor garantias (fundamentais) conquistadas.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. *Revista Idéias*, v. 2, n. 1 (nova série), Campinas, p. 230-252, 2010.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.66.

CALLEGARI, André Luís. LINHARES, Raul Marques. *O combate ao terrorismo e a expansão do direito penal*. *Direito & Justiça*. V. 40., n.2, p. 125-132, jul./dez. 2014.

CALLEGARI, André Luís. *Terrorista: Um discurso sobre o direito penal de exceção*, in: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Programa de Pós-Graduação da Unisinos. Anuário n.9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CANCIO MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, 2ª Ed., Porto

Alegre/RS, Ed. Livraria do Advogado, 2007. p. 78.

GRACIA MARTIN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Tradução de Luis Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81-82.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. v. 56. p. 81-87, 2005.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del Derecho penal*. Traducción e introducción de Rocío Lorda Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 79.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. *Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: Em Busca de Uma Criminologia de Não Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juirs, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Buenos Aires: B de F Ltda, 2008, p. 26-27.

ZAFFARONI, Raul E. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 165-166.

A GLOBALIZAÇÃO E A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS ANTE AS MUDANÇAS SOCIECONÔMICAS NO BRASIL

Matheus Ribeiro Batista Pains¹

Larissa Copatti Dogenski²

Alcione Adame³

RESUMO: Desde o advento da primeira legislação trabalhista brasileira em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho, muitas mudanças socioeconômicas ocorreram no Brasil e atingiram também o campo das relações de trabalho. As normas de direito do trabalho que costumavam ser muito protetoras eram necessárias àquela época em que foram promulgadas, tendo em vista tamanha injustiça que se tinha contra os trabalhadores que vendiam sua força de trabalho por contraprestações pecuniárias muito aquém do que mereciam, bem como não tinham direitos mínimos assegurados para a continuidade da prestação de serviços com qualidade e dignidade. Porém, várias décadas após o advento de tal legislação, o cenário econômico e social já se mostra bem diferente de 1943, e as normas trabalhistas já não se demonstram tão atualizadas a ponto de acompanhar a evolução da sociedade e da economia. Neste contexto, principalmente diante das dificuldades financeiras que muitas empresas perpassam no país atualmente em virtude da crise econômica, torna-se necessária a flexibilização de normas do direito do trabalho que visem a garantia de direitos e facilidades não somente aos empregados, mas também aos empregadores, sempre com vistas a atender os interesses de ambas as classes, mas principalmente para proporcionar a continuidade do vínculo empregatício.

PALAVRAS-CHAVES: Legislação Trabalhista; Mudanças Socioeconômicas; Flexibilização.

ABSTRACT: Since the advent of the first Brazilian labor legislation in

¹Bacharelado do X Termo do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES, e-mail: matheusrbpains@hotmail.com;

²Mestra em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG; Bacharela em Direito e Licenciada em História pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel; Professora no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES; e-mail: larissa-cd@outlook.com.

³Professora da Disciplina de Direito das Águas e Recursos Hídricos do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ciências Contábeis e Administração do Vale do Juruena – AJES. Email: alcioneadame@ajes.edu.br

1943, the Consolidation of Labor Laws, many socioeconomic changes occurred in Brazil and also reached the field of work relationships. The Labor Law norms that used to be very protective were necessary at that moment they were promulgated, seen that such injustice that there was against the workers, who sold their workforce for pecuniary payments very below than they deserved, as well they didn't have minimum rights assured for the work continuity with quality and dignity. However, several decades after the advent of this legislation, the economic and social scenery is already different from 1943, and the labor norms don't seem very up to date to go with the evolution of the society and the economy. In this situation, mainly face to the financial difficulties that many companies go through in the country nowadays due to the economic crisis, it's necessary the flexibilization of Labor Law norms that aim the guarantee of rights and facilitations not only for the employees, but also for the employers, always to meet the interests of both classes, but mainly to provide the continuity of the employment relationship.

KEYWORDS: Labor Legislation; Socioeconomic Changes; Flexibilization.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contexto Histórico da Promulgação da CLT; 3. Mudanças Socioeconômicas e a Necessidade de Flexibilização das Normas Trabalhistas; 4 O que são Micro e Pequenas Empresas e como a Flexibilização das Normas Trabalhistas pode Ajudá-las; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Consolidação das Leis do Trabalho foi a primeira legislação específica de caráter justrabalhista promulgada no Brasil. Com vistas a garantir direitos mínimos e a dignidade do trabalhador, tal norma se demonstrou altamente protecionista durante anos. Ocorre que, de 1943, quando a CLT foi promulgada, para os dias atuais, muitas mudanças socioeconômicas aconteceram.

Com as mudanças ocorridas no Brasil devido à globalização e a ascensão desenfreada do capitalismo e do consumismo, as relações de trabalho também foram se modificando, tornando-se mais complexas e precisando de novos contornos legais que a elas pudessem se adequar.

A instalação de um mercado econômico competitivo e altamente capitalista, a criação e desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de novas profissões e adaptações de outras, muitos aspectos foram inovados nas relações de trabalho, necessitando também de uma inovação por parte do ordenamento jurídico trabalhista para que possa ser aplicado de forma eficaz

à essas relações.

Em razão disso, surgiu a necessidade de um ideal de reforma e flexibilização de certas normas de direito do trabalho, para que possam se adequar as mudanças socioeconômicas ocorridas no país, e assim oferecer direitos e garantias mais adequadas às partes da relação de labor, tanto ao empregado quanto ao empregador.

É claro que o trabalhador ainda se encontra na situação de hipossuficiência na relação de trabalho. Porém, no cenário atual, não existem mais somente grandes empresas e indústrias empregando os brasileiros. A modernidade e a globalização trouxeram novos conceitos e novas oportunidades, bem como a possibilidade de abertura de pequenos negócios, as chamadas microempresas e empresas de pequeno porte.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DA PROMULGAÇÃO DA CLT

Em meados do século XX, foi criada no Brasil sua primeira legislação específica de caráter justrabalhista: a Consolidação das Leis do Trabalho, no ano de 1943. Tal ordenamento foi criado em uma época em que não havia direitos trabalhistas assegurados aos muitos trabalhadores que diariamente sofriam vendendo sua força de trabalho em troca de pagamentos pífios e condições ínfimas de trabalho.

Havia nas Constituições de 1891, 1934 e 1937 disposições acerca do direito do trabalho, já abarcando uma gama de garantias aos trabalhadores, porém se fazia necessária uma norma mais detalhada, que pudesse regulamentar melhor os direitos dos obreiros.

No cenário daquela época, com a industrialização a todo vapor no país, o êxodo rural e a alta procura por empregos, muitas pessoas se sujeitavam a condições de trabalho abaixo do mínimo, com muitos direitos ceifados e sem garantias de dignidade, sendo que, “no Brasil, a regulação das Relações de trabalho baseava-se na crença de que elas representavam uma manifestação da luta de classes e no temor de que as repercussões dessa luta afetassem o conjunto da sociedade”.⁴

Com o poder e o capital sempre nas mãos dos donos de grandes indústrias e centros de produção, negócios em pleno vapor à época da industrialização, a exploração do trabalho era muito utilizada de forma cruel com os trabalhadores, justamente em razão da oferta e da procura e de que se sujeitavam a trabalhar nas condições que lhes eram dadas.

Claro, naquela época era necessária uma legislação trabalhista totalmente protetora, a intervenção do Estado com vista a garantir um

⁴CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A Flexibilização dos Contratos de Trabalho*. Campinas-SP: ME Editora, 2005. p. 3-4.

mínimo existencial aos trabalhadores, garantir a dignidade no trabalho, uma remuneração justa, intervalos de descanso consideráveis e regulares, estipulação de jornadas justas e não degradantes etc.

A fim de reduzir a desigualdade existente entre empregador e empregado, principalmente no aspecto financeiro, o princípio da proteção passou a ser empregado nas relações de trabalho, com o escopo de exterminar o ideal de exploração do trabalho.

A principal razão para a proteção do direito do trabalho, além da própria dignidade do ser humano, claro, é que o trabalhador não apenas presta serviços, mas sim emprega sua força vital e energia no trabalho, não sendo uma simples locação de serviços. Assim nos explica Humberto Lima de Lucena Filho:

A indissociabilidade entre a força vital de trabalho e o serviço efetuado importa na significação de que a proteção ao trabalho reverbera em proteção ao trabalhador, em razão do objeto e do sujeito confundirem-se em um mesmo campo de ação e de gasto das unidades mínimas de contagem da vida: tempo e energia. Daí não comportar mais o enquadramento jurídico do trabalho como uma locação de serviços, a menos que se considere que a própria vida é separável do trabalho e por ele pode não ser afetada.⁵

A dignidade da pessoa humana passa a ser ligada diretamente à liberdade do indivíduo, posto que, a partir do momento em que se proíbe a exploração do trabalho escravo, cria-se normas para dignificar o trabalho humano, assalaria o empregado, e garante a ele condições de serviço que não sejam degradantes à sua integridade física, ao mesmo tempo em que garante ao trabalhador o ideal de liberdade, não estando mais atrelado às garras da exploração do trabalho a todo custo.

A exploração do trabalho, fazendo com que trabalhadores prestassem serviços em condições análogas à escravidão não mais poderia ser tolerada, pois infringia nitidamente o direito do trabalhador bem como sua dignidade, exploração esta que não afetava uma dúzia de empregados, mas sim uma sociedade inteira que se via desprotegida e à mercê da exploração daqueles que detinham o poder financeiro visando sempre altos lucros.

Nas palavras de Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

[...] o labor em condições análogas às de escravo afeta a própria intimidade do indivíduo, na medida em que o submete a condições

⁵LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *O primado do trabalho decente na teoria dos direitos humanos: um substrato jusfilosófico da dignidade humana*. Revista Fórum Trabalhista: RFT, Belo Horizonte, v. 6, n. 24, p. 69-96, jan./mar. 2017. p. 85.

degradantes de trabalho, atingindo o seu patrimônio moral, além das evidentes repercussões psicológicas causadas pelo tipo de serviço a que está sujeito. No plano coletivo, o trabalho em condições análogas às de escravo ou degradantes viola também a esfera moral da sociedade. Trata-se de lesão a interesses difusos, de objeto indivisível e de titularidade indeterminada, porquanto não é possível quantificar as pessoas atingidas pela violação a valores e direitos fundamentais; é o próprio grupo social que tem seus valores, interesses e direitos violados.⁶

Assim, era necessária a intervenção Estatal para a criação de normas que pudessem assegurar a dignidade e a liberdade do ser humano, uma vez que estas já são características intrínsecas do indivíduo; as normas devem garantir a preservação e manutenção da dignidade e da liberdade do homem.

Trazemos as lições de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves

Delgado:

Assim, tem-se que a dignidade não pode ser retirada do homem, porque lhe é condição intrínseca, o que não significa afirmar que ela jamais será violada na vida cotidiana.

[...]

Reitera-se, uma vez mais, que para se ter dignidade não é preciso necessariamente ter-se direitos positivados, visto ser a dignidade uma condição humana intrínseca. De toda forma, reconhece-se que o Estado, pela via normativa, desempenha função singular com vistas à proteção e manutenção da condição de dignidade do homem.

[...]

O Direito do Trabalho corresponde, pois, no mínimo ao direito a um trabalho digno, o que significa dizer o direito a um trabalho minimamente protegido.

Entende-se que o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. Ou seja, o valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano.

Onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva.⁷

A relação trabalhista (empregador e empregado) deve se pautar

⁶PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia concreta*. In: VIANA, Márcio Tulio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016. p. 86.

⁷DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 206-207.

com base em princípios de moral e ética, e, acima de tudo, respeitando-se a própria dignidade do ser humano como trabalhador. E por isso surgiu no país a necessidade da criação de normas que visassem assegurar determinados direitos, respeito e valorização aos trabalhadores.

Não podia mais o trabalhador ser tratado pelos empregadores como uma mera ferramenta ou instrumento que serve para gerar lucro a qualquer preço. Não podia mais ser submetido a exaustivas horas de trabalho ininterruptas diariamente, sem condições adequadas e saudáveis em ambientes de trabalho muitas vezes inóspitos, degradantes à saúde do trabalhador.

Passou-se a enxergar o trabalhador como um ser que deveria ser protegido em uma relação na qual o mesmo é a parte hipossuficiente, o mais frágil, que possui menos condições financeiras. Surgiu a necessidade de criação de normas que visassem limitar o poder do empregador, assegurando direitos e deveres que correspondessem com a dignidade da pessoa que fornece sua força de trabalho digno a outrem.

E outra vez cabe ressaltar os apontamentos de Delgado:

Se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 refere-se ao direito ao trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo Texto Constitucional é o trabalho digno. Primeiramente, em razão do nexo lógico existente entre direitos fundamentais e o sustentáculo do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade do ser humano. Em segundo lugar, porque apenas o trabalho exercido em condições dignas é instrumento capaz de viabilizar a emancipação do trabalho, além da afirmação de sua identidade social e coletiva.⁸

Assim, as normas de Direito do Trabalho surgiram para assegurar ao trabalhador não somente o direito de livre exercício de profissão, mas também um direito ao trabalho digno, livre e minimamente protegido, pois somente o trabalho em condições dignas seria capaz de promover a emancipação do trabalhador.

3 MUDANÇAS SOCIOECONÔMICAS E A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO DO TRABALHO

⁸DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 208.

Ante as injustiças que sofriam os trabalhadores até meados do século XX, um ordenamento justtrabalhista se via na iminente necessidade de ser criado, com tal caráter protecionista e acolhedor da figura do trabalhador como parte hipossuficiente da relação laborística. A ideia era fazer com que o empregador valorizasse o serviço prestado pelo empregado e reconhecesse sua dignidade e liberdade, e não mais o fizesse sofrer toda a injustiça que sofreram os trabalhadores à época da escravidão e da industrialização, quando prestavam serviços em condições aquém das necessárias em seus ambientes de trabalho.

Porém, no cenário atual, mais de 70 anos após a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, torna-se necessária uma readaptação da legislação celetista para atender com igualdade os interesses das partes envolvidas na relação de trabalho, com vistas a conceder direitos não somente ao trabalhador, mas também àqueles que proporcionam emprego aos trabalhadores desde os primeiros setores do comércio.

Jurandir Zangari Júnior, em sua obra “O Direito do Trabalho e as Pequenas e Microempresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado”, bem explica sobre o que a doutrina chama de “crise no Direito do Trabalho”:

Entretanto, as estruturas do Estado, a economia, a política, a cultura, o cotidiano, a linguagem e as atitudes sociais sofreram significativas transformações, notadamente, após o neoliberalismo, introduzido entre 1970 e 1980, e a globalização, consolidada no decênio subsequente; tais estruturas passam a atuar baseadas em valores totalmente distintos daqueles estabelecidos na era moderna. As concepções de direito laboral, criadas para atenuar os excessos de poder do empregador, ante a debilidade econômica e jurídica dos trabalhadores subordinados, têm sido questionadas por grande parte dos estudiosos interdisciplinares do assunto. Os paradigmas tradicionais do direito do trabalho já não se amoldam à evolução das organizações de trabalho, tendo em vista a alteração dos pressupostos de sua concepção, e sofrem o que grande parte da doutrina chama de crise do direito do trabalho.⁹

Com as mudanças ocorridas desde 1943 até os dias atuais, já não estando mais naquele cenário de início de industrialização, onde poucos detinham o poder econômico e se intitulavam empregadores, vemos que de tempos para cá surgiram muitas novas oportunidades de emprego, com variadas funções, muitos tipos de negócios e ramos diferentes.

Não há mais a existência somente de macro empresas e indústrias, mas também o surgimento de micro e pequenas empresas, dispostas a

⁹ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. *O Direito do Trabalho e as Pequenas e Microempresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 24-25.

empregar um número menor de funcionários cada uma, por se tratarem de pequenos negócios, pequenos comércios e varejos, etc. Estas instituições possuem faturamento anual limitado, patrimônio menor do que os das grandes empresas, e muitas vezes deparam-se com muitas dificuldades para lidar com relações de trabalho.

Ocorre que, com a crise econômica que se iniciou no país (e também em outros lugares do mundo), muitas micro e pequenas empresas tiveram sua existência posta em cheque, em razão da enorme dificuldade financeira que algumas vêm enfrentando.

Essas mudanças desencadearam a discussão sobre a flexibilização do emprego, cujos significados variam conforme o sistema legal que se adote e o grau de desenvolvimento dos países. Muitos sustentavam que a predominância de normas imperativas nos institutos jurídicos era o fato gerador da crise das empresas, uma vez que lhes retirava as possibilidades de adaptarem-se a um mercado turbulento.¹⁰

Com as mudanças que a sociedade perpassa até os dias atuais, houve a necessidade de uma relativização dos princípios e das normas que outrora eram extremamente protetoras do trabalhador, passando a se olhar com mais atenção também para o lado daqueles que propiciam emprego aos obreiros.

Nos dizeres de Saegusa:

O princípio da proteção tem o escopo de reduzir a desigualdade existente entre empregado e empregador. Contudo, a flexibilização das condições de trabalho foi sensivelmente ampliada com a globalização. Por sua vez, para acompanhar as transformações ocorridas no mundo, foram introduzidas exceções na Carta Magna vigente, que deram amplitude ao exercício da autonomia privada coletiva, possibilitando a alteração *in pejus* do contrato de trabalho pela negociação coletiva.¹¹

Com a crise econômico-financeira atual, muitas micro e pequenas empresas se vêem afundando no mercado, e com a ausência de lucro vem a impossibilidade de manutenção de funcionários, o que ocasiona dispensas em massa em todo o país, aumentando, assim, a taxa de desemprego, que já atinge números alarmantes atualmente.

¹⁰BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 85-86.

¹¹SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 50.

A taxa composta de subutilização da força de trabalho fechou o ano passado em 20,9%, em média para a totalidade das regiões do país, segundo dados divulgados hoje (23), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Ela agrega a taxa de desocupação, de subocupação por insuficiência de horas e a da força de trabalho potencial.

A taxa de desemprego fechou 2016 em 12% da População Economicamente Ativa, a média do ano ficou em 11,5%.¹²

Inevitável que o impacto de uma crise pode afetar diferentemente determinadas áreas, mas quando se trata de micro e pequenas empresas, que, de fato, oferecem muitos postos de trabalho, em momentos de crise estas são as que mais dispensam funcionários, em razão de que são as primeiras a serem atingidas pelo declínio econômico, justamente por estarem na primeira camada do mercado econômico.

Diante desse declínio econômico, a readaptação de certas normas de direito do trabalho parece ser uma solução viável para garantir a continuidade de vínculos empregatícios, mesmo em momentos de dificuldade financeira, através de negociações, sejam inter-partes (entre empregador e empregado) ou coletivas, com a participação de sindicatos.

As negociações coletivas já surgiram com o intuito de proporcionar soluções para problemas de funcionários de empresas de maior porte, que pudessem fazer tais negociações com um número maior de empregados, visando atender um interesse comum, tanto dos empregados em continuarem em seus empregos, quanto do empregador em continuar contando com a prestação de serviços destes funcionários, sem precisar fazer rescisões que lhe custariam muito.

A negociação coletiva, até 1988, procurava conseguir melhores condições de trabalho ao empregado, mas após 1988 o exercício da autonomia privada coletiva também pode ser utilizado para flexibilizar *in pejus* os direitos, objetivando ajustar as normas jurídicas à realidade da sociedade capitalista, que se vincula, principalmente, ao desemprego. A flexibilização permite à empresa ajustar-se às flutuações econômicas.¹³

Não estamos mais naquele antigo cenário de proteção total ao

¹²OLIVEIRA, Nielmar de. *Desemprego fecha 2016 com taxa média de subutilização de 20,9%, diz IBGE*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-02/desemprego-fecha-2016-com-taxa-media-de-desocupacao-de-209-diz-ibge>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

¹³SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 76.

trabalhador que sempre se encontrou debilitado por condições inóspitas de trabalho, sem intervalos para descanso e alimentação, sem o recebimento de remuneração, sem ter seus direitos e garantias respeitados por empregadores que só visavam a produção, e não o bem daqueles que a garantiam.

Historicamente, a debilidade socioeconômica do trabalhador foi compensada por uma superioridade jurídica, através da proteção legislativa. Entretanto, o Direito do Trabalho é muito importante para o sistema produtivo e não pode favorecer somente o trabalhador.¹⁴

Atualmente torna-se necessária a readequação das normas trabalhistas para garantir direitos e privilégios não somente àqueles que trabalham, mas também àqueles que provêm o trabalho, que empregam, principalmente em pequenos negócios, os mais frágeis, que precisam de um amparo legal que possa lhes acolher em momentos de dificuldade financeira.

4 O QUE SÃO MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E COMO A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS PODE AJUDÁ-LAS

As Microempresas e Empresas de Pequeno Porte surgiram no cenário nacional com o advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que regulamenta essas instituições bem como os privilégios à elas concedidas.

O Artigo 3º da referida Lei Complementar traz as definições de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-

¹⁴SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 73.

calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Ana Paula Sefrin Saladini e Tiago Domingues Brito ajudam a entender melhor sobre as microempresas e empresas de pequeno porte:

[...] uma boa maneira de se conceituar as Micro e Pequenas Empresas, a título de características gerais, é assim considerar as empresas que, independentemente da atividade e da configuração jurídica em que se filiem, são administradas de forma pessoal por seus donos; não desempenham postura predominante em sua esfera; ainda que possam ter vínculos com grandes empreendimentos, as Micro e Pequenas Empresas não se encontram direta ou indiretamente ligadas às grandes alianças empresariais, pois nos âmbitos administrativo e jurídico, elas não estão sujeitas a estes grandes grupos.

Além do mais, em geral, as Micro e Pequenas Empresas exibem uma organização muito rudimentar: são acanhadas, com pequeno número de empregados, pequeno volume produtivo e comercial; normalmente têm escasso incremento tecnológico, diminuído mercado e extensão de interferência; logo, não são tão rendosas; são, ainda, altamente concentradas, com escassas segmentações e insignificante divisão de afazeres.¹⁵

Pela análise literal do artigo 3º, concluímos que as microempresas e empresas de pequeno porte possuem uma renda anual bruta limitada, o que as diferencia das demais empresas de grande porte e macroempresas. Uma microempresa pode ter receita bruta anual máxima de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e a empresa de pequeno porte deve faturar de forma bruta no máximo R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) por ano.

A doutrina reconhece dois aspectos para se caracterizar uma empresa como micro e pequena: o critério qualitativo, e o quantitativo, sendo o primeiro relacionado à direção da empresa, e o segundo, que leva em conta a questão do patrimônio da empresa e sua renda e número de empregados. Assim nos leciona Jurandir Zangari Júnior:

De forma geral, encontramos na doutrina dois critérios para averiguar as dimensões da empresa: o qualitativo, que leva em conta a complexidade da direção da empresa, que, na hipótese, é concentrada

¹⁵SALADINI, Ana Paula Sefrin; BRITO, Tiago Domingues. *A Inflexibilidade da Legislação Trabalhista Como Obstáculo ao Desenvolvimento da Pequena e Micro Empresa*. p. 4-5. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3fc19681d9d74f31>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

no próprio proprietário; e o quantitativo, que considera indicadores como seu patrimônio, faturamento, o número de empregados, dentre outros.

Pelo critério qualitativo, uma empresa pode ser considerada como micro ou pequena empresa, quando o empresário ou os empresários dirigem a empresa, por si mesmos, tomam decisões importantes e recolhem os frutos ou assumem o risco das perdas geradas por sua gestão. [...]

O critério quantitativo, por sua vez, leva em conta a quantidade de trabalhadores, o volume dos negócios, o balanço, a rentabilidade, a produção, o valor dos ativos, o capital social, dentre outros. Esse critério proporciona maior segurança, notadamente no que se refere à aplicação de normas jurídicas.¹⁶

Outrossim, para ser considerada uma dessas instituições, a pessoa jurídica não pode ter capital com participação de outra pessoa jurídica; não pode ser filial de outra pessoa jurídica com sede no exterior; não pode participar de seu capital pessoa física que seja empresária ou sócia de outra empresa que tenha tratamento jurídico diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte; não pode participar do capital de outra pessoa jurídica; não pode exercer atividades de banco comercial; nem deve ser constituída sob a forma de sociedade por ações (Artigo 3º, § 4º, LC 123/2006).

A importância de se garantir a manutenção e funcionamento de microempresas e empresas de pequeno porte é que estas proporcionam uma dinâmica e flexibilidade maior ao mercado, gerando empregos e distribuição de renda, ajudando na circulação da economia.

Dada a flexibilidade das pequenas empresas, estas proporcionam uma expansão dos setores de serviços, bem como ajudam a empregar trabalhadores que, outrora empregados de grandes empresas, foram dispensados em períodos de recessão econômica. Zangari Júnior ressalta a importância das micro e pequenas empresas no Brasil:

A presença das micro e pequenas empresas também tem expressão significativa no Brasil. Alguns dados já citados anteriormente reiteram essa colocação, tais como a pesquisa divulgada pelo Sebrae, a qual constata que “em conjunto, as micro e pequenas empresas responderam, em 2002, por 99,2% do número total de empresas formais, por 57,2% dos empregos totais e por 26,0% da massa salarial”.¹⁷

Apesar de se apresentarem como institutos importantes no cenário

¹⁶ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. *O Direito do Trabalho e as Pequenas e Microempresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 36.

¹⁷ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. *O Direito do Trabalho e as Pequenas e Microempresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado*. São Paulo: LTr, 2009. p. 29-30.

econômico nacional, as microempresas e empresas de pequeno porte ainda encontram dificuldades em se manter em funcionamento, ante a competitividade e concorrência desleal com as empresas de grande porte que se mantêm, o que gera uma alta taxa de mortalidade das microempresas.

O que se deve entender é que o fato de ser uma pessoa jurídica não significa que as microempresas e empresas de pequeno porte sejam tão hiperssuficientes quanto as macroempresas. A começar pelo faturamento anual, pois as empresas de pequeno porte e microempresas possuem um faturamento limitado, o que não as permite possuir um quadro de funcionários muito grande, tampouco esbanjar capital e patrimônio.

Contratar muitos funcionários significa atrair responsabilidade do mercado de trabalho, e conseqüentemente poder arcar, em períodos de recessão econômica, com dispensas e rescisões trabalhistas que geram muitas despesas às empresas. Se isso ocorre com uma microempresa ou empresa de pequeno porte, sua decadência é o destino certo, pois quanto mais funcionários tiver que dispensar, sem justa causa na maioria das vezes, mais verbas rescisórias e multas terá que pagar, o que acarretaria num comprometimento total do patrimônio da pessoa jurídica para quitar verbas trabalhistas, muitas vezes não subsistindo a empresa em suas atividades.

Uma empresa de grande porte pode contar com um número maior de funcionários, para poder atender aos seus interesses e, por exemplo, aumentar sua produção etc. Com condições financeiras de contratar e manter mais funcionários, mesmo em períodos de dificuldade financeira, uma macroempresa pode se garantir em razão de seu capital mais abastado, ou simplesmente pelo seu faturamento mensal e anual ser suficiente não apenas para se manter, mas também para gerar lucros, diferentemente das empresas de pequeno porte. Estas geralmente contam com um campo de atuação restringido apenas à uma área, não possuem muito avanço tecnológico, tem número reduzido de funcionários, justamente porque não possuem renda abastada para arcar com um quadro extenso; e não apresentam muita expressão na área em que atuam, tendo em vista a competitividade enorme com empresas maiores.

Um atrativo das micro e pequenas empresas, geralmente, são os preços com que as mesmas comercializam seus produtos e serviços, sendo geralmente mais baratos que aqueles ofertados por empresas maiores. Essa é a forma que empresas menores buscam para tentar sobreviver à concorrência das empresas maiores, e é este fator, que ao mesmo tempo que é utilizado para atrair atenção no mercado, acaba também por abaixar um pouco sua renda, pois acabam não conseguindo negociar pelo mesmo preço fornecido por uma rival de maior porte com marca já reconhecida no mercado.

Um importante papel desempenhado pelas microempresas e

empresas de pequeno porte no Brasil é o de válvula de escape no sentido de que estas sempre estão gerando empregos, podendo abarcar obreiros até mesmo que não possuam um alto nível de qualificação profissional. Também serve como um “berço” para trabalhadores que saem de empresas grandes, e buscam uma reabilitação no mercado de trabalho, e acabam por conseguir emprego nestas micro e pequenas empresas.

Pesquisas demonstram que, desde o ano de 2000, as microempresas e empresas de pequeno porte vêm surgindo exponencialmente no cenário nacional, desempenhando importante papel na distribuição de empregos e de renda, e na rotação da economia. Cerca de 4,5 milhões de novos empregos formais foram criados em razão das pequenas empresas, bem como, atualmente, dos 90 milhões de empregados formais no país, cerca de 60% prestam serviços à microempresas e empresas de pequeno porte¹⁸, ou seja, os pequenos negócios representam mais da metade da geração de empregos formais no Brasil, empregando mais do que as grandes empresas.

Os institutos das microempresas e empresas de pequeno porte acabam se tornando uma opção para pessoas que têm condições e intenções de abrir seu próprio pequeno negócio, sendo também uma opção de trabalho, principalmente para aqueles que não possuem qualificação profissional ou educacional tão avançada e não conseguem vagas de emprego em grandes empresas.

Tais empresas possuem capital baixo, registros contábeis e gerenciais pouco adequados e baixo investimento em tecnologia, justo por não dispor de tanto lucro e capital para investimento em suas próprias atividades.

No entanto, mesmo tendo receita menor, número menor de funcionários e limitações, as microempresas e empresas de pequeno porte acabam arcando com obrigações tributárias, trabalhistas, como desconto de impostos e contribuições, da mesma forma que as empresas de grande porte:

Porém, ainda que tais empresas signifiquem tanto para o Brasil, é indiscutível que encaram múltiplas desventuras para sua instalação: enfrentam elevados encargos tributários, complexo normativo trabalhista e previdenciário, concorrência das empresas de grande porte e das que empregam seus funcionários clandestinamente, e ausência de experiência dos sócios da companhia. E, mesmo com toda sua vulnerabilidade, necessitam desempenhar praticamente ônus similares de outras empresas de grande porte, constatando-se manifesta inferioridade competitiva.¹⁹

¹⁸*O Mapa das Micro e Pequenas Empresas*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/o-mapa-das-micro-e-pequenasempresas>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

¹⁹SALADINI, Ana Paula Sefrin; BRITO, Tiago Domingues. *A Inflexibilidade da Legislação Trabalhista Como Obstáculo ao Desenvolvimento da Pequena e Micro Empresa*. p. 7. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3fc19681d9d74f31>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

Não bastassem as limitações das microempresas e empresas de pequeno porte, estas ainda encaram a dura realidade de serem vulneráveis e hipossuficientes, principalmente porque levam desvantagem na competitividade com as empresas de maior porte.

Além das dificuldades financeiras e de competitividade com as demais empresas, as microempresas e empresas de pequeno porte ainda encontram como obstáculo a rigidez da legislação celetista que não permite uma flexibilização das condições de trabalho e uma negociação mais simplificada entre empregado e empregador de pequeno porte.

Deveria haver um reajuste em certas normas do Direito do Trabalho, que possam compatibilizar o mundo jurídico com a realidade fática enfrentada pelas pequenas empresas, providenciando o verdadeiro tratamento diferenciado que tanto a Constituição Federal quanto a Lei Complementar nº 123/2006 visam destinar às microempresas e empresas de pequeno porte.

Consequentemente, é de interesse de todos que se crie uma legislação especial para as Micro e Pequenas Empresas no que diz respeito, principalmente, às exigências do complexo normativo trabalhista que trata de forma igual setores que têm realidades tão dessemelhantes, visto que o emprego de uma legislação laboral imensamente protecionista a seus destinatários faz com que o equilíbrio tenda para uma das partes, desfavorecendo as pequenas empresas formais. Em vista disso, procuram-se providências equiponderárias que tragam o balanceamento ambicionado, até mesmo para que se assegure a capacidade concorrencial dessas sociedades com as restantes.²⁰

Mas o que seria essa flexibilização das leis trabalhistas? O dicionário da língua portuguesa possui significado restrito, tratando a palavra flexibilização como ato de tornar flexível²¹. Flexibilizar relações entre partes significa fazer com que elas se tornem maleáveis, mais fáceis de se lidar, para que se possa chegar a um acordo, ter um consentimento mútuo.

Muitos apontam a flexibilização como uma desregulamentação normativa, porém, podemos dizer que se trata de uma substituição de certas garantias por outras:

[...] sugere-se uma “regulamentação laboral de novo tipo”, a qual pressupõe a substituição das garantias legais pelas garantias convencionais (flexibilização autônoma), com a primazia da negociação co-

²⁰SALADINI, Ana Paula Sefrin; BRITO, Tiago Domingues. *A Inflexibilidade da Legislação Trabalhista Como Obstáculo ao Desenvolvimento da Pequena e Micro Empresa*. p. 8. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3fc19681d9d74f31>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

²¹DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/flexibilizar>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

letiva. Situa-se aqui a hipótese de redução salarial prevista na Constituição de 1988 (art. 7º, VI), mediante convenção ou acordo coletivo, como também de majoração da jornada de seis horas pra turnos ininterruptos de revezamento, sempre mediante negociação coletiva (art. 7º, XIV). A flexibilização traduz aqui uma forma de adaptação das normas trabalhistas às grandes modificações verificadas no mercado de trabalho.²²

No Direito do Trabalho, flexibilizar as normas celetistas seria proporcionar um afastamento da rigidez de algumas leis, ou seja, sua relativização, para que nos casos concretos, sua aplicabilidade permitisse a faculdade de as partes transigirem em relação a determinado imbróglio, bem como re- vendo a questão das garantias excessivas ao trabalhador e prevendo garantias também ao empregador.

Ocorre que a legislação celetista nem sempre acompanha as mudanças e inovações existentes nas relações de trabalho e na sociedade como um todo, principalmente no aspecto financeiro, e esta defasagem legislativa acabar por não satisfazer tanto o trabalhador quanto o empregador.

É justamente pelo caráter protecionista excessivo das normas trabalhistas que torna-se inflexível, em alguns casos, a negociação para resolução de dissídios oriundos das relações de trabalho, principalmente em momentos de crise financeira, com o qual atualmente o Brasil se depara. Assim, esta rigidez oriunda da intervenção estatal deve ser repensada:

A legislação estatal, imposta de cima para baixo, enrijece as relações de trabalho, quer individuais, quer coletivas. Deixa pouco espaço para a flexibilidade, ou possibilidade de adequações às exigências de cada hipótese concreta. Esta legislação aumenta de volume constantemente, mas o desemprego reduz o universo de trabalhadores aos quais ela se aplica.

[...]

Em certos casos, a rigidez exerce algumas influências não para estimular o empresário a dispensar empregados, mas para desestimulá-lo a admitir novos. E também anima trabalhadores que perderam o emprego, ou enfrentam dificuldades para encontrar o primeiro, à imersão no chamado setor informal do mercado de trabalho.²³

Muitas vezes a rigidez em garantir determinados direitos individuais acaba por prejudicar direitos coletivos que poderiam ser assegurados, como

²²BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 87-88.

²³CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A Flexibilização dos Contratos de Trabalho*. Campinas-SP: ME Editora, 2005. p. 2.

por exemplo, a inflexibilidade e impossibilidade de negociação individual entre empregador e um empregado que não poderia ter sua carga horária de trabalho diminuída para não ter seu salário diminuído conseqüentemente; isso pode atrapalhar tanto a continuidade de seu vínculo empregatício como de outros funcionários na mesma micro ou pequena empresa em momentos de dificuldade financeira.

Neste sentido,

O Direito do Trabalho, tal como posto em prática, hoje, no Brasil, pelo legislador, pelo fiscal do trabalho, pela magistratura especializada, pela consciência e pela cultura jurídica em geral, nasceu em época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas. Tem como objeto a relação de trabalho clássica, com origem em um contrato livremente celebrado por sujeitos de direito postos em pé de igualdade formal. A debilidade econômico-social do trabalhador é compensada por uma superioridade jurídica emergente de uma rede de proteção legislativa tão completa quanto possível, cuja violação enseja o rápido restabelecimento pela enérgica ação da Justiça do Trabalho, sempre pronta a estender o seu manto protetor sobre o desvalido social.²⁴

Diante das agitações dos trabalhadores e das lutas sociais, o Estado resolveu intervir na regulamentação do trabalho. Este conjunto de intervenções produziu um abrandamento na capacidade de discernir e de tomar decisões do empregado bem como um desvirtuamento nas relações previstas no contrato de trabalho. Esta forma de proceder justificava-se por se considerar o empregado a parte menos favorecida, hipossuficiente na relação de trabalho. Adota-se, então, o princípio de proteção do empregado, em torno do qual se estruturou e se organizou todo um sistema jurídico trabalhista.²⁵

A intervenção estatal nas relações de trabalho se dá com a aplicação da lei, que sempre age em favor do trabalhador, tendo em vista este ser a parte hipossuficiente dessa relação jurídica. Ocorre que o rigor criado outrora pela CLT não mais cabe atualmente, pelo menos não em sua totalidade, merecendo atenção a questão quanto à flexibilização das normas trabalhistas.

Com a crise econômica atual, há muita dificuldade e receio de se contratar novos funcionários, de proporcionar o acesso ao mercado de trabalho, em razão de que com tantas dispensas acontecendo nas empresas, tem-se um alto custo ao dispensar um empregado sem justa causa.

A flexibilização das normas trabalhistas não viria como uma espé-

²⁴CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A Flexibilização dos Contratos de Trabalho*. Campinas-SP: ME Editora, 2005. p. 4-5.

²⁵CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A Flexibilização dos Contratos de Trabalho*. Campinas-SP: ME Editora, 2005. p. 13-14.

cie de prejuízo ao trabalhador, mas seria uma relativização do princípio da proteção ao trabalhador, visando equiparar as condições também dos empregadores que não contam com tantos recursos financeiros a ponto de serem considerados tão hiperssuficientes na relação laborística, como é o caso das microempresas e empresas de pequeno porte.

Não se nega a necessária proteção ao trabalhador. Tampouco a supressão dos princípios protetivos. Contudo, tendo-se em vista as evoluções no próprio Direito do Trabalho, não se deve dar um alcance excessivamente amplificado aos mesmos, no sentido de considerar todo o Direito do Trabalho como protetor ao empregado. A intenção é manter o equilíbrio entre as partes, na proporção em que a fragilidade do trabalhador as separa.

Quer-se com isso dizer que a desigualdade jurídica deve ser aplicada proporcionalmente às diferenças existentes entre empregador e empregado, de forma a corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema capitalista vigente, conforme as circunstâncias a exigirem.

Assim, os princípios de proteção ao trabalhador devem guinar-se a normalizar as relações entre empregados e empregadores de forma a assegurar a paz social, o equilíbrio entre as partes, acompanhando as mudanças sofridas pela economia e pela política, que se refletem no mercado de trabalho e na cultura geral da população.²⁶

Devem ser levadas em conta as evoluções ocorridas nas relações de trabalho, bem como o avanço do capitalismo e os sinais de crise econômica no âmbito nacional, reconhecendo-se que o Direito do Trabalho não visa a proteção única e exclusiva do trabalhador, mas também da outra parte envolvida na relação de trabalho, o empregador. Amauri Mascaro Nascimento leciona:

A doutrina procura redesenhar o contrato individual para conciliar os interesses da empresa e os do trabalhador, facilitar as adaptações entre a legislação feita para a sociedade industrial e as exigências que eclodem na sociedade pós-industrial, da informática, da robotização, da internacionalização dos mercados, dos tipos de profissões que são extintas e as novas profissões que aparecem, que compreendam o Direito do Trabalho não só como proteção mas de coordenação.²⁷

A flexibilização deveria surgir como uma forma de propiciar às empresas, sob a ótica do presente trabalho, principalmente às micro empresas e

²⁶SCHNEIDER, Fabiana Keylla; OLIVEIRA, Lourival José de. *Estudo crítico sobre as propostas de alteração do direito do trabalho: tratamento diferenciado aos empregados de microempresas e de empresas de pequeno porte é constitucional e necessário?* Revista de Direito Público, Londrina, v.2, n.2, Maio/Ago. 2007. p. 127-128.

²⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Perspectivas do Direito do Trabalho*. In: NÚCLEO MASCARO (Org.). *O Direito do Trabalho na Sociedade Contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

empresas de pequeno porte, a possibilidade de se manter no cenário econômico atual do país, continuando a oferecer postos de trabalho e permitindo às mesmas que possam enfrentar a competitividade impostas pelas empresas de grande porte, que possuem os mesmos ônus que as empresas de pequeno porte, o que acaba propiciando uma concorrência desleal.

Surge a necessidade de se flexibilizar os contratos de trabalho por meio de acordos interpartes, com a negociação individual entre empregador e empregado, em razão de não haver negociação coletiva em micro e pequenas empresas que contam com poucos funcionários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em momentos de dificuldade financeira como o atual momento que o Brasil perpassa, muitas micro e pequenas empresas acabam enfrentando dificuldades para manter seus empregados, e até mesmo para continuarem com as portas abertas.

Com a dificuldade de se manter funcionários, e a inexistência da possibilidade de se negociar individualmente com um empregado, tampouco de reduzir quaisquer de seus direitos e suas garantias, mesmo que temporariamente e por razões de declínio econômico, muitas micro e pequenas empresas se vêem na iminência de ter que dispensar empregados, e muitas correndo risco até de fechar as portas em razão de já não ter lucro suficiente para suportar sua continuação no mercado.

Isso resulta em dispensas, na maioria das vezes sem justa causa, que acarretam em mais ônus às micro e pequenas empresas, tendo em vista o pagamento de inúmeras indenizações e verbas aos empregados. Daí vem o aumento do número de desempregados no país, e muitos destes acabam por encontrar enorme dificuldade em ingressar novamente no mercado de trabalho, justamente porque muitas empresas fecham as portas, e muitas não contratam novos funcionários ou ficam com medo de abrir novos postos de trabalho em razão da instabilidade financeira pela qual não somente elas passam, mas todo um setor econômico.

Em razão do alto número de desemprego, muitos se submetem ao subemprego, ou seja, trabalham em condições irregulares, sem qualquer registro, sem condições legais, buscam pequenos serviços por conta própria, o que gera uma subutilização da força de trabalho, e que não diminui a alta taxa de desemprego, fazendo aumentar o número de trabalhadores informais, sem registro adequado em Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Os números quanto à taxa de desemprego no Brasil há anos são alarmantes, e estampam evidentemente a realidade de que a economia do país

não se encontra tão forte quanto aquela que diz ter chegado à 6ª maior economia do mundo, tendo em vista que não consegue propiciar condições que mantenham a continuidade dos vínculos empregatícios dentro do país.

Centenas de milhares de brasileiros perdendo emprego em 2016 e em 2017, e a economia ainda não se recuperou de forma a entusiasmar o trabalhador e o empreendedor brasileiro. Quanto tempo mais a população terá de esperar para ver a inversão desse quadro? Quando poderemos ver a taxa de desemprego do Brasil deixar de subir para despencar, com a possibilidade de ingresso no mercado de trabalho surgindo para milhões de brasileiros que se encontram desempregados?

O Brasil conta com uma população de pouco mais de 208 milhões de habitantes, conforme estimativa do IBGE já neste ano de 2017²⁸. Estimativas do IBGE apontam que, até abril de 2017, a taxa de desemprego no país estava na casa dos 13%, o que nos traz um número de 23 milhões de brasileiros desempregados, que representa quase 10% da população total do país, que se encontra sem trabalho, amargurando a realidade do desemprego no Brasil.

Levamos em consideração ainda que, dos 208 milhões de habitantes, teríamos de retirar da contagem as crianças e os idosos/aposentados que não mais trabalham, para chegar a um número mais exato acerca da taxa de desemprego no Brasil em relação às pessoas que ainda encontram-se em ativa para o labor.

Sem ascensão na economia nacional, dificilmente surgem novas vagas de trabalho, pelo contrário, dispensas e dispensas se realizam sem que a continuidade do contrato de trabalho se concretize. Medidas são necessárias para mudar o rumo dessa realidade, que até o momento não propicia às pessoas oportunidades no mercado de trabalho.

Propiciar a empregador e empregado negociarem e tentarem formas para garantir a continuidade do contrato de trabalho, seria uma forma de se evitar muitas dispensas, o que reduziria ou pelo menos impediria o crescimento da taxa de desemprego no país.

Lembrando que a flexibilização dos direitos trabalhistas não se traduz em uma redução ou prejuízo dos direitos do trabalhador, mas sim em uma garantia considerável também àqueles que ofertam vagas de emprego aos empregados que muitas vezes não conseguem oportunidades de trabalho em grandes empresas. Outrossim, a flexibilização para desonerar as microempresas e empresas de pequeno porte poderia muito bem influenciar na abertura de muitos postos de trabalho, bem como garantir a continuação

²⁸INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

dos já existentes, sem a necessidade de dispensas em momentos de dificuldade financeira.

REFERÊNCIAS

CARLI, Vilma Maria Inocêncio. *A Flexibilização dos Contratos de Trabalho*. Campinas-SP: ME Editora, 2005.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *O primado do trabalho decente na teoria dos direitos humanos: um substrato jusfilosófico da dignidade humana*. Revista Fórum Trabalhista: RFT, Belo Horizonte, v. 6, n. 24, p. 69-96, jan./mar. 2017.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia concreta*. In: VIANA, Márcio Tulio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (Coord.). Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZANGARI JÚNIOR, Jurandir. *O Direito do Trabalho e as Pequenas e Microempresas: uma proposta de tratamento jurídico diferenciado*. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

SAEGUSA, Cláudia Zaneti. *A Flexibilização e os Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Nielmar de. *Desemprego fecha 2016 com taxa média de subutilização de 20,9%, diz IBGE*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-02/desemprego-fecha-2016-com-taxa-media-de-desocupacao-de-209-diz-ibge>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

SALADINI, Ana Paula Sefrin; BRITO, Tiago Domingues. *A Inflexibilidade da Legislação Trabalhista Como Obstáculo ao Desenvolvimento da Pequena e Micro Empresa*. p. 4-5. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3fc19681d9d74f31>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

O Mapa das Micro e Pequenas Empresas. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/o-mapa-das-micro-e-pequenasempresas>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

DICIONÁRIO DO AURÉLIO. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/flexibilizar>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

SCHNEIDER, Fabiana Keylla; OLIVEIRA, Lourival José de. *Estudo crítico sobre as propostas de alteração do direito do trabalho: tratamento diferenciado aos empregados de microempresas e de empresas de pequeno porte é constitucional e necessário?* Revista de Direito Público, Londrina, v.2, n.2, Maio/Ago. 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Perspectivas do Direito do Trabalho*. In: NÚCLEO MASCARO (Org.). *O Direito do Trabalho na Sociedade Contemporânea*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso: 24 de novembro de 2017.

PESSOAS COM TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISOCIAL E A POSSIBILIDADE DE VIVEREM EM LIBERDADE

Nayara Suzana Feitosa¹

José Natanael Ferreira²

Luis Fernando Moraes de Mello³

RESUMO: a lei nº 10.216/01 que ficou conhecida como Reforma Psiquiátrica proíbe a internação em instituições que possuem características asilares, porque mesmo quem possui algum transtorno mental tem a possibilidade de gerenciar a própria vida. O isolamento por si só fere a dignidade das pessoas que possuem transtorno mental. Deve-se aplicar aos portadores de transtorno mental medida de segurança de acordo com o artigo 26 do Código Penal Brasileiro. Outra violação ao princípio da dignidade da pessoa humana é o fato dessas medidas de segurança não terem preestabelecido prazo determinado. Deve-se aplicar tratamento psiquiátrico até cessar a periculosidade do agente, mas existe um prazo mínimo de um a três anos para internação ou tratamento ambulatorial previsto no artigo 97 § 1º do Código Penal Brasileiro. Se for possível deve-se tratar os portadores de transtorno mental pelo Sistema Único de Saúde (SUS) para que os mesmos não fiquem esquecidos em hospitais psiquiátricos. No primeiro capítulo iremos abordar as principais características do Transtorno de Personalidade Anti-social que é uma perturbação comportamental que possui como principais características a ausência de empatia e remorso, e insensibilidade com os sentimentos alheios e violação dos direitos de outras pessoas e também das normas, o que faz com que seus portadores tenham uma inclinação natural para a criminalidade. Também vamos abordar o que são instituições totais e como o isolamento de quem possui transtorno mental sem o tratamento adequado nessas instituições ferem os direitos humanos. Vamos mostrar o papel da psicologia que consiste em avaliar e demonstrar através de laudos para o juiz as principais características do periciado que tenham ligação com o fato que está sendo julgado.

¹FEITOSA, Nayara Suzana Acadêmica do X Termo do curso de Bacharelado em Direito AJES – Faculdade do Vale do Juruena. Endereço Eletrônico: nayarafeitosa00@gmail.com.

²FERREIRA, José Natanael. Mestre em Educação, pela UNISAL - Centro Universitário Salesiano de São Paulo, de Americana - São Paulo Brasil; e em UNIMEP - Universidade Metodista de Piracicaba - Piracicaba - São Paulo. Professor de Direito da AJES – Faculdade do Vale do Juruena. Endereço eletrônico: jnf.natal@gmail.com

³MELLO, Luis Fernando Moraes de. Professor e Orientador. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. e-mail:luisfernandomello@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Liberdade; Instituições Totais; Lei nº 10.216/2001; Transtorno de Personalidade Antissocial.

ABSTRACT: law No. 10.216 / 01, which became known as the Psychiatric Reform, prohibits hospitalization in institutions that have asylum characteristics, because even those who have some mental disorder have the possibility to manage their own lives. Isolation alone hurts the dignity of people who have mental disorders. It should be applied to mental disorder patients with a security measure in accordance with article 26 of the Brazilian Penal Code. Another violation of the principle of the dignity of the human person is the fact that these security measures did not have a predetermined time limit. Psychiatric treatment should be applied until the agent is at risk, but there is a minimum period of one to three years for hospitalization or outpatient treatment provided for in Article 97 (1) of the Brazilian Penal Code. If it is possible, the patients with mental disorder should be treated by the Unified Health System (SUS) so that they are not forgotten in psychiatric hospitals. In the first chapter we will discuss the main characteristics of the Antisocial Personality Disorder that is a behavioral disorder that has as main characteristics the absence of empathy and remorse and insensitivity to the feelings of others and violation of the rights of others and also of the norms, which makes their carriers have a natural inclination for crime. We will also address what are total institutions and how the isolation of those who have mental disorder without proper treatment in those institutions hurt human rights. We will show the role of psychology, which consists in evaluating and demonstrating, through reports to the judge, the main characteristics of the expert who have a connection with the fact being judged.

KEY WORDS: Right to Freedom; Total Institutions; Law nº 10.216/2001; Antisocial Personality Disorder.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Considerações sobre o Transtorno de Personalidade Antissocial; 1.1 A Psicologia Forense e o Transtorno de Personalidade Antissocial; 2. As Instituições Totais e as Violações aos Direitos Humanos; 2.1 As Instituições Totais ferem o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3. Intervenções em “ultima ratio”; 3.1 As Formas de Tratamentos e Respeito aos Direitos Humanos; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Diante do tratamento desumano que as pessoas que possuíam Transtornos Mentais recebiam nos denominados “manicômios” desde sua criação no Brasil até o advento da Lei n.º 10.216/2001 que ficou conhecida como “Reforma Psiquiátrica”, o objetivo dessa legislação é assegurar que os di-

reitos humanos e as demais garantias constitucionais das pessoas internadas sejam respeitados.

Primeiramente, é necessário abordar o que é Transtorno de Personalidade Antissocial e qual o papel da psicologia para ajudar o Poder Judiciário a identificar e aplicar sanções adequadas às pessoas que possuam algum tipo de Transtorno Mental e cometeram crimes.

É importante ressaltar que, as instituições nesse caso os extintos manicômios tiveram um papel importante no passado porque não havia outro lugar para receber as pessoas que possuíam transtornos mentais, e antes da evolução da medicina psiquiátrica a loucura era considerada possessão demoníaca, e por conta dessa visão não havia tratamento para as pessoas consideradas loucas.

Vale apontar que os manicômios brasileiros também de alguns países como a Itália cometiam diversas irregularidades e- chegavam a internar pessoas que não possuíam nenhum transtorno mental a pedido de familiares que queriam se ver livres de pessoas consideradas indesejáveis porque não seguiam o padrão social de suas épocas.

Desse modo, e por conta do artigo 204 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi criado o serviço de assistência para pessoas que possuem transtornos mentais e devem ser atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de forma humanizada, respeitando-se todas as garantias fundamentais inerentes a pessoa humana, esse tratamento preferencialmente medicamentoso e psicoterapia e só em último caso se esses tratamentos não funcionarem recomenda-se a internação em locais adequados.

No entanto vale ressaltar que as pessoas que possuem transtornos mentais e cometeram não perdem sua condição humana e devem receber medidas de segurança restritiva que consiste em fazer o tratamento descrito acima, mas o juiz também pode aplicar medida de segurança a medida de segurança detentiva determinando assim o autor do delito a internação em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou em estabelecimentos adequados, a medida de segurança deve ser extinta quando cessa a periculosidade do agente.

Vale ressaltar que a Lei n.º 10.216 que ficou conhecida como Reforma Psiquiátrica trouxe novos mecanismos para o tratamento das pessoas que tenham algum transtorno mental e no caso do Transtorno de Personalidade Antissocial essa legislação sugere que se faça um acompanhamento longo com essas pessoas para que possa compreender o que desencadeou o desenvolvimento da doença, porque desse modo aplica-se a essas pessoas terapias mais adequadas para as particularidades.

Agora com o advento da Reforma Psiquiátrica o Juiz pode escolher qual a medida mais adequada que deve ser aplicada ao caso em concreto.

Mas qualquer que seja a espécie de medida de segurança que vai ser aplicada ela deve respeitar os direitos humanos e as demais garantias fundamentais.

A psicologia possui o papel de quais presos possuem transtornos mentais para poder encaminhá-los assim que surgir vagas para estabelecimentos apropriados, as pessoas que possuem transtornos mentais devem fazer esses tratamentos até que cesse a sua periculosidade sem um prazo determinado para chegar ao fim a internação que muitas vezes acaba se tornando perpétua o que viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Transtorno de Personalidade Antissocial é muito difícil de tratar porque não se consegue mudar a personalidade dessas pessoas que podem ser muito frias e calculista, ou simplesmente mais tímidas.

Neste trabalho também vamos abordar sobre o que venha ser dignidade e qual a relação desse princípio constitucional com o Transtorno de Personalidade Antissocial, podemos expor aqui que as pessoas não deixam de ser considerados seres humanos porque cometeram crimes, muito pelo contrário aqueles que possuem algum transtorno de personalidade e cometeram crimes possuem direito a todas as garantias processuais previstas em nosso ordenamento jurídico pátrio e também continuam sendo titulares de todas as garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

É por conta dessas pessoas não perderem nenhum direito fundamental inerente a pessoa humana que se deve evitar a internação com caráter perpétuo, porque a prisão perpétua não é aceita em nosso ordenamento Jurídico.

O nosso ordenamento jurídico também não admite que sejam aplicadas a quaisquer pessoas penas cruéis ou degradantes e internação compulsória por si já fere esses princípios porque também retira a autonomia dessas pessoas que são obrigadas a mudar seu comportamento para que possam receber alta dessas instituições ou dissimular que estão gostando das regras e da privação de liberdade, por esses motivos a pena que deve ser aplicada aqueles que possuem transtorno mental e cometeram crimes é a restritiva e a internativa só deve ser aplicada a indivíduos violentos que necessitem sempre de acompanhamento, mas somente até cessar sua periculosidade.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL

O Transtorno de Personalidade Antissocial é considerado como uma perturbação comportamental em que as principais características são ausência de empatia e insensibilidade em relação aos direitos de terceiros, e por conta dessas características, mas o vamos ressaltar que nem todos que possuem esse transtorno do comportamento acabam se tornando criminosos.

Também vamos deixar claro aqui que o Transtorno de Personalidade Antissocial leva quem o possui a ser considerado semi-inimputável, já que esse é um transtorno cognitivo.

É difícil fazer com essas pessoas um tratamento que seja eficaz para a ressocialização porque os mesmos são mais propensos a cometerem crimes e um possuem pouca inteligência emocional, ou seja, não capazes de criar vínculos de afetos consideráveis com outras pessoas.

Os Portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial que se encontram presos deve-se deixá-los separados de outros preferencialmente tratando-os em instituições adequadas ou deixando-os em liberdade, mas recebendo o tratamento e o acompanhamento necessário para que não voltem a cometer crimes.

1.1 A PSICOLOGIA FORENSE E O TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL

O papel da psicologia é avaliar os indivíduos que se encontram encarcerados para ver quais deles possuem transtornos mentais e necessitam de tratamento adequado, e não só de punição e indicar o tratamento mais adequado para cada caso.

O Laudo pericial e o parecer técnico possuem o objetivo verificar o quanto a capacidade do indivíduo de entender a ilicitude de seus atos fica reduzida por conta da pessoa possuir um transtorno mental.

É papel do psicólogo que atua com perito elaborar laudo pericial para auxiliar o juiz no julgamento da causa e o psicólogo assistente elabora parecer técnico com o intuito de orientar as partes envolvidas a como se portarem perante as avaliações o laudo desse profissional deve rebater o laudo do perito. Outro ponto a se estabelecer é que os profissionais da área da psicologia não podem romper as barreiras éticas inerentes a sua profissão.

É papel do psicólogo perito quem deve elaborar o laudo auxiliando assim o juiz na matéria que lhe for competente, e também existe a função de psicólogo assistente que é um técnico responsável por auxiliar os litigantes em processo judicial, orientam os clientes sobre as provas técnicas ajudando na garantia dos direitos de seus clientes, sua principal função é a elaboração de um parecer crítico ao laudo pericial.

Esses laudos e pareceres são interdisciplinares, mas essa ligação do direito com a psicologia traz como consequências questões éticas complexas do dever ser do direito e da psicologia. Existe uma ligação muito forte entre o Direito e Psicologia porque às duas áreas possuem o mesmo objetivo que é buscar a compreensão da conduta humana, mas essas duas áreas fazem isso

de forma diferente enquanto a psicologia busca ter uma noção do que é um ser humano o direito busca desvendar os fatos que forem abordados.

O papel da Psicologia é compreender as condutas humanas, já o do Direito é responsabilizar as pessoas pelos seus atos, a psicologia acredita que sempre existem motivos que possam justificar as atitudes das pessoas, e é preciso desvendar esses fatos principalmente quando o indivíduo cometeu um crime, porque é encontrada a raiz do problema mais fácil seria resolvido, ou seja, poderia se saber quais tratamentos seriam mais adequados para ressocialização em cada caso. Vale ressaltar que sempre que o psicólogo perito for elaborar o parecer ele deve fazê-lo segundo as normas éticas inerentes a sua profissão.

O psicólogo forense não deve oferecer informações que não são relevantes para a questão legal, devendo informar somente o necessário para a questão legal, e a não se pode chegar a conclusões no laudo psicológico sem justificativas, o relatório deve apresentar os dados coletados e apresentar as deduções baseadas em referenciais teóricos. No laudo só por questões éticas só podem expostas questões necessárias no processo judicial.

A conclusão de estar relacionada ao contexto judicial, ou seja, deve tratar daquilo que originou o pedido de perícia, e o psicólogo deve fazer a conclusão sem fazer julgamento porque esse é o papel dos agentes jurídicos porque as questões legais não fazem parte das questões técnicas da psicologia, porque não são questões científicas a questão legal é o posicionamento do perito e a função do psicólogo é explicar os comportamentos e as consequências legais que esses atos podem trazer.

2 AS INSTITUIÇÕES TOTAIS PUNITIVAS E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos não foram criados por um único documento, mas sim a partir de várias revoluções que buscavam alcançar o direito a propriedade, à terra e também direitos políticos.

Nesse tópico também vamos contar a história do hospital psiquiátrico colônia que tratava seus pacientes de forma desumana, mas foi um dos grandes pivôs da reforma psiquiátrica no Brasil. Também iremos abordar o conceito de instituições totais seu surgimento e as suas principais características.

Os pacientes eram internados no Colônia apenas por conta de brigas familiares e não recebiam alimentação adequada e nem possuía leitos para todos os internos, e muito menos tratamentos que pudessem controlar ou curar as doenças ou transtornos mentais.

Quando os pacientes se revoltavam os mesmos recebiam sedativos fortes ou ficavam em áreas de isolamento. O Hospital psiquiátrico Colônia foi o que ficou mais conhecido no Brasil devido as investigações que foram feitas nele, mas a grande maioria dos hospitais psiquiátricos no Brasil e no mundo atuavam deixando os seus internos em condições desumanas o que muitas vezes só agrava seus casos.

2.1 AS INSTIUIÇÕES TOTAIS FEREM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nesse tópico vamos que a internação sem prazo determinado e o isolamento em instituições totais ferem os direitos humanos porque o simples fato de manter uma pessoa privada de sua liberdade sem que isso seja eficaz para o tratamento já é uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Vamos aqui falar sobre o histórico das instituições totais e como a loucura era vista como possessão demoníaca até começar a ser considerada como um transtorno mental tratável.

Também iremos abordar o conceito de dignidade e como o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicado no ordenamento jurídico brasileiro e quais são as suas principais características.

A dignidade da pessoa humana que possui grande relevância nas Constituições contemporâneas de vários países porque muitos doutrinadores acreditam que essas Constituições atribuem um grande valor aos direitos fundamentais que estão ligados ao princípio da dignidade humana, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana é o começo e o fim das Constituições.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.⁴¹

3 A INTERNAÇÃO EM “ULTIMA RATIO”

O nosso Código Penal pátrio prevê que a soma das penas de liber-

⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

dade a serem executadas não podem ultrapassar 30 anos.⁵ Mas mesmo com essa proibição as penas privativas de liberdade as medidas acabam ultrapassando, porque elas devem perdurar até que cesse a periculosidade do agente.⁶

Muitos juristas acreditam que o fato das medidas de segurança no caso a internação poderem se tornar perpetuas fere o princípio da dignidade da pessoa humana, e esse princípio faz com que o Estado tenha a obrigação de criar normas que respeitem a pessoa humana de forma a atender as exigências do mesmo.⁷

Vale ressaltar que a internação não produz muitos efeitos no comportamento dos indivíduos que possuem Transtorno de Personalidade Antissocial, mas mesmo assim eles não podem ficar internados eternamente por conta da vedação da prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro.⁸

No nosso ordenamento jurídico o tratamento psiquiátrico aplicado em indivíduos infratores é acompanhado pelo magistrado durante sua execução e no caso de internação a mesma só pode chegar ao fim quando a equipe médica especializada comprovar por meio de atestado psiquiátrico que cessou a periculosidade do agente, mas neste só será decretada a liberdade provisória e a liberdade definitiva só concedida após um ano se não houver a ocorrência de nenhum fato que demonstre que a periculosidade do indivíduo ainda não cessou.⁹

Nos casos de aplicação de medida de segurança só existe um prazo mínimo que deve ser de três anos de execução da medida porque não existem meios de se calcular quanto tempo irá perdurar a periculosidade do agente infrator e se o transtorno pode aumentar as chances do indivíduo cometer

⁵PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

⁶PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

⁷PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

⁸PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

⁹PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

novos crimes.¹⁰

Um dos argumentos que serve de base para não haver período de tempo máximo estipulado para medidas de segurança detentiva onde aquele que possui algum transtorno mental deve permanecer internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico ou estabelecimento adequado é o pressuposto as pessoas podem ter reduzidas as capacidades de reconhecer à ilicitude de seus atos e também pode estar reduzidas nessas pessoas a capacidade de determinar, portanto, elas não são consideradas responsáveis pelos seus atos dependendo do nível de comprometimento que o transtorno mental pode trazer a essas capacidades.¹¹

Deve-se ressaltar que a Lei n.º 10.216 proibiu a internação em instituições que possuam característica asilares e também a criação de novas instituições com essas características é porque ficou comprovado ao longo do tempo que os extintos manicômios não trazem a cura para os portadores de transtorno mental, mas em muitos casos agravam a condição de doentes de seus internos e também não são eficazes para a ressocialização de infratores¹²

Goffman também ressalta que alguns grupos sociais sofrem com a estigmatização essas seriam as pessoas que não conseguem se enquadrar nos padrões sociais de sua comunidade essas pessoas são vistas como as que possuem mais chances para praticarem delitos.¹³

A jurista Vera Regina de Andrade acredita que os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico possuem uma eficácia somente simbólica que parece resolver o problema mantendo o infrator que possui transtornos mentais segregado, mas não conseguem cumprir seu objetivo de tornar esses indivíduos aptos ao convívio social.¹⁴

¹⁰PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹¹PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹²PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹³PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹⁴PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

Quando os profissionais da área da saúde devidamente qualificados decidirem que os Portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial necessitam de internação a mesma deve respeitar todas as particularidades desse transtorno de personalidade e oferecer-lhes tratamento que respeite suas particularidades e que possuam eficácia comprovada.¹⁵

Depois do advento da Lei n.º 10.216/2001 o artigo 97 do Código Penal Brasileiro agora permite ao juiz a faculdade de aplicar o tratamento que considerar mais adequado a cada caso agora ele não necessita mais aplicar a medida de internação aos considerados inimputáveis e também não fica mais obrigado a determinar a aplicação de tratamento ambulatorial se o crime for punível com detenção, ou seja, a partir de agora a jurisprudência permite que o juiz analise cada caso sem se vincular a um único artigo do Código Penal Pátrio, mas mesmo com essa liberdade de escolha o juiz só pode privar a pessoa que cometeu um delito e possui transtorno mental em casos que não se possa aplicar outra medida.¹⁶

Vale ressaltar que com o objetivo de fazer aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana para aqueles que possuem transtornos mentais para aplicar medida de segurança detentiva, ou seja, aquela que consiste em internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico deve-se demonstrar que ela é realmente necessária para o caso e se for comprovado que essa medida será eficaz na reabilitação do condenado.

No Brasil quando juiz determina a internação em hospital psiquiátrico aquele que possui transtorno de personalidade antissocial e cometeu um crime aguarda até surgir vaga em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico em prisões comuns que não possuem estrutura adequada para recebê-los e infelizmente os tratamentos ambulatoriais e psicoterapia não conseguem ressocializar essas pessoas, mas sim diminuir a sua periculosidade.

3.1 AS FORMAS DE TRATAMENTOS E RESPEITTO AOS DIREITOS HUMANOS

Como faltam locais adequados para tratar os presos portadores de transtornos de personalidade e também não se têm profissionais que possam

¹⁵PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹⁶PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

avaliá-los para descobrir quais presos possuem transtornos mentais os mesmos acabam ficando em prisões enquanto poderiam estar cumprindo medidas de segurança restritiva que consistira em tratamentos medicamentos e terapêuticos e esse despreparo para lidar com esse grupo também acaba ferindo a dignidade dos mesmos¹⁷.

Os portadores de Transtorno Mental que forem autores de delitos podem permanecer em liberdade sendo tratados pelo Sistema único de Saúde (SUS) e não devem permanecer no sistema carcerário porque o mesmo não possui estrutura adequada para recebê-los, e assim que for identificado que algum preso possui transtorno mental através de laudo médico o preso deve ser ajustar sua pena as medidas necessárias para a ressocialização.¹⁸

Mas se for considerado que o preso necessita passar por uma internação porque seu caso necessita de acompanhamento regular a mesma só deve ser aplicada ate cessar a periculosidade do interno o mesmo deve fazer acompanhamento em liberdade.¹⁹

É necessário ressaltar que mesmo após a promulgação da Lei n.º 10.216/2001 que proíbe a internação de pessoas que possuam transtorno mental em instituições que possuam características asilares os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico continuam atuando de forma irregular a legislação atual.²⁰

No Brasil o Sistema Único de Saúde que deve dar assistência aqueles que possuem transtornos mentais não consegue atender essas pessoas de forma que respeite suas garantias fundamentais previstas na nossa Carta Magna e vale ressaltar que esses indivíduos não deveriam cumprir suas penas em prisões comuns porque as mesmas não são estabelecimentos adequados para proporcionar cuidados à saúde mental.²¹

¹⁷PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹⁸PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

¹⁹PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²⁰PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²¹PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA Sarah Caroline de Deus. *PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33

Mesmos que os Portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial que cometeram não possuem empatia eles não podem deixar de ser considerados como seres humanos e como tal possuem todos os direitos e garantias fundamentais que o direito pátrio atribui a pessoa humano, portanto, os mesmos devem ser julgados na forma da lei e se for comprovado por profissionais da área da saúde mental que essa pessoa possui algum transtorno mental ele deve condenada a cumprir medida de segurança mesmo sendo de conhecimento da medicina que os Portadores de Transtorno de Personalidade Antissocial não compreendam a punição e não consigam reabilitar-se para o convívio social.²²

Mesmo que não se possa ressocializar aqueles que possuem Transtorno de Personalidade Antissocial ensinando aos mesmos a agir de forma ética esses indivíduos possuem o direito de serem tratados pelo Estado modificando as terapias e tratamentos até que se consiga chegar à cura ou redução considerável do nível de periculosidade que esses indivíduos podem apresentar.²³

Os indivíduos que possuem transtornos mentais e cometeram crimes devem sim sofrer sanções por conta de seus atos ilícitos, mas devem receber do Estado a atenção necessária para que possam se regenerar e devem receber o tratamento adequado preferencialmente em liberdade, ou seja, só deve haver internação quando essas pessoas precisarem de assistência profissional de forma contínua.²⁴

Quando houver a real necessidade de informação prescrita por equipe médica competente, o internado deve receber os tratamentos necessários de forma humanizada, retirar as pessoas que Transtorno de Personalidade Antissocial do convívio comunitário sem tratá-las não é adequado porque em algum momento essas pessoas devem retornar ao convívio social em liberda-

– Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²²PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA Sarah Caroline de Deus. PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: *O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTI-MANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33 – Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²³PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA Sarah Caroline de Deus. PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: *O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTI-MANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33 – Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²⁴PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA Sarah Caroline de Deus. PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: *O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTI-MANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33 – Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

de e precisam estar com o seu nível de periculosidade reduzido.²⁵

Para que se possa oferecer tratamento adequado às pessoas que possuem Transtorno de Personalidade Antissocial é necessário que se estude todo o histórico da vida dessa pessoa, o que inclui ouvir o testemunho de seus familiares e pessoas mais próximas para que se possa chegar à compreensão de quais fatos desencadearam o desenvolvimento do transtorno mental e desse modo oferecer a cada pessoa a terapia mais adequada para seus problemas pessoais.²⁶

Deve-se ressaltar que nossa Carta Magna veda a prisão perpétua, a pena de morte, penas corporais degradantes e penas infames porque o Estado não pode colocar-se no mesmo patamar dos delinquentes devolvendo-lhes o mal que foi causado a sociedade e independente do crime cometido e da personalidade do agente no nosso ordenamento jurídico ele continua tendo todos os direitos inerentes a pessoa humana.²⁷

O artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil assegura “aos presos o respeito à integridade física e moral” e o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz a garantia de que “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, nada disso deve ser feito porque o objetivo das ciências criminais é fazer com que o criminoso se adapte as normas sociais e colabore com a sociedade, mas para que aqueles que possuem algum tipo de transtorno mental possam ser tratados, os métodos utilizados devem se enquadrar no respeito aos direitos humanos e as demais garantias fundamentais inerentes a pessoa humana.

Foi o Tribunal de Justiça de Minas Gerais juntamente com o Sistema Único de Saúde (SUS) e também em conjunto com o Município de Belo Horizonte que foram os primeiros a implementar as mudanças trazidas pela Lei n.º 10.216/2001 que havia sido promulgada a pouco tempo.²⁸

²⁵PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA Sarah Caroline de Deus. PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: *O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33 – Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²⁶PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA Sarah Caroline de Deus. PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: *O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33 – Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²⁷PEREIRA, Danilo Medeiros; PEREIRA Sarah Caroline de Deus. PSICOPATIA E REFORMA PSIQUIÁTRICA BRASILEIRA: *O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33 – Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

²⁸BRISSET, Fernanda Otoni de Barros. *Por uma Política de Atenção Integral ao Louco Infrator*. Artigo extraído do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2010. disponível em:< <https://>

As principais mudanças que a Lei n.º que ficou conhecida como Reforma Psiquiátrica trouxe foi a proibição de internar os doentes mentais e as pessoas que possuem transtornos mentais em instituições com características asilares e a criação de novas instituições que sigam esse modelo, mas a grande novidade foi oferecer a essas pessoas tratamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) sem fazer distinção entre essas pessoas e aquelas que não possuem transtornos mentais, isso também deve-ser aplicado as pessoas condenadas a cumprirem medidas de segurança. Esse tratamento no Sistema Único de Saúde sem fazer distinções ajuda a fazer com que aquele que possui transtorno mental não fique excluído da sociedade.²⁹

Com o advento da Lei n.º 10/216/2001 que Sistema único de Saúde (SUS) é o responsável pelo tratamento das pessoas que possuem transtornos mentais e que devem cumprir medidas de segurança que foram impostas através de decisão judicial.³⁰

Para cumprir a previsão do artigo 204 da Carta Magna de que as pessoas portadoras de transtornos mentais fossem atendidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) foram criados os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). A Medida de Segurança restritiva que consiste em fazer tratamento ambulatorial pode ser realizada nesses espaços.³¹

O objetivo da Lei n.º 10/216/2001 é trazer novas formas de tratamento para aqueles que possuam doenças mentais ou transtornos mentais e para isso ela reduziu os leitos psiquiátricos no Brasil proibindo a internação em instituições que possuam características asilares e também a criação de novos hospitais psiquiátricos.³²

O artigo 2º inciso IX da Lei n.º 10/216/2001 prevê que se no momento em que um indivíduo cometeu um crime não for capaz de entender a ilicitude de seus atos e determinar-se sobre o mesmo ele pode ser considerado semi-imputável e neste caso o juiz pode optar por reduzir a pena ou excluir

bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/54/4/ISBN_9788598923055.pdf>. acesso em 20 de nov. 2018.

²⁹BRISSET, Fernanda Otoni de Barros. *Por uma Política de Atenção Integral ao Louco Infrator*. Artigo extraído do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2010. disponível em:< https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/54/4/ISBN_9788598923055.pdf>. acesso em 20 de nov. 2018.

³⁰BRISSET, Fernanda Otoni de Barros. *Por uma Política de Atenção Integral ao Louco Infrator*. Artigo extraído do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2010. disponível em:< https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/54/4/ISBN_9788598923055.pdf>. acesso em 20 de nov. 2018.

³¹CAUS, Paula Prada. *Crítica as Medidas de Segurança no Brasil: A Inefetividade da Lei e das Políticas Antimanicomiais*. Monografia de Direito apresentada a Universidade de Passo Fundo, para a obtenção Grau de Bacharel de Ciências Jurídicas e Sociais da Casca. 2013. Disponível em: < <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/754/1/CAS2013PaulaPradaCaus.pdf>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

³²CAUS, Paula Prada. *Crítica as Medidas de Segurança no Brasil: A Inefetividade da Lei e das Políticas Antimanicomiais*. Monografia de Direito apresentada a Universidade de Passo Fundo, para a obtenção Grau de Bacharel de Ciências Jurídicas e Sociais da Casca. 2013. Disponível em: < <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/754/1/CAS2013PaulaPradaCaus.pdf>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

a culpa do agente e ao mesmo deverá ser aplicada medida de segurança.³³

Além de oferecer atendimento ambulatorial às pessoas que possuem transtornos mentais os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) também buscar reintegrá-los ao convívio comunitário além de oferecer oficinas terapêuticas e também para alfabetização.³⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve grandes mudanças na Política Nacional de Saúde Mental Brasileira após o advento da Lei n.º 10.216/2001 que ficou conhecida como Reforma Psiquiátrica porque essa lei buscou a proteção as pessoas portadoras de Transtornos Mentais e para isso a legislação buscou reformular o modelo assistencial em saúde mental.

A principal característica da Reforma Psiquiátrica foi implantar uma rede de serviços variados e regionalizados e também hierarquizados de acordo com a previsão do artigo 204 da Constituição da República Federativa do Brasil, vale ressaltar que uma das maiores preocupações da Lei n.º 10.216/2001 (Reforma Psiquiátrica) é que sejam respeitados os direitos humanos dos portadores de transtorno mental e também oferecer a essas pessoas serviços que possam substituir as internações em hospitais psiquiátricos através da medicação e de psicoterapias que devem ser oferecidas de forma conjunta pelos Estados e Municípios.

De acordo com a Lei da Reforma Psiquiátrica que foi criada obedecendo ao previsto no artigo 204 da nossa Carta Magna as pessoas portadoras de Transtorno mentais devem receber tratamentos que respeitem sua condição e esse tratamento também deve ser feito de forma humanizada e preferencialmente o tratamento deve substituir a internação por medicamentos e psicoterapias a internação deve ser o último recurso a ser adotado e necessita de parecer médico explicando os motivos que levaram a medida a ser adotada ou quando for decretada judicialmente.

Mas vale ressaltar que mesmo quando se adotar o recurso da internação o objetivo desta também deve-ser a reintegração social dos internos. A internação em Hospital Psiquiátrico de Custódia (HCTP)

³³CAUS, Paula Prada. Crítica as Medidas de Segurança no Brasil: *A Inefetividade da Lei e das Políticas Antimanicomiais*. Monografia de Direito apresentada a Universidade de Passo Fundo, para a obtenção Grau de Bacharel de Ciências Jurídicas e Sociais da Casca. 2013. Disponível em: < <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/754/1/CAS2013PaulaPradaCaus.pdf>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

³⁴CAUS, Paula Prada. Crítica as Medidas de Segurança no Brasil: *A Inefetividade da Lei e das Políticas Antimanicomiais*. Monografia de Direito apresentada a Universidade de Passo Fundo, para a obtenção Grau de Bacharel de Ciências Jurídicas e Sociais da Casca. 2013. Disponível em: < <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/754/1/CAS2013PaulaPradaCaus.pdf>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

por conta de decisão judicial também seguir os mesmos princípios éticos e respeito à dignidade humana previstos na Lei nº 10/216/2001 porque o simples fato de uma pessoa estar sendo penalizada não autoriza a retirada de seus direitos e garantias fundamentais.

Também deve-ser considerado no caso da pessoa que está cumprindo uma penalização legal o princípio da definição temporal da pena que tem o objetivo de reinserir o apenado a convivência com a sociedade. Com a nova legislação o juiz passou a ter mais liberdade para aplicar os tratamentos que considerar mais adequado

Chegamos à conclusão de que a internação não é muito eficiente e portanto não deve ser aplicada a não ser que nesse caso o criminoso tenha um alto nível de periculosidade, mas também nesse caso deve haver respeito à dignidade do preso e essa medida deve ser extinta assim que cessar a periculosidade do agente.

Mas o melhor é aplicar tratamentos medicamentos e psicoterapêuticos a essas pessoas, porque se eles estiverem convivendo em sociedade vai ser mais fácil educá-las para esse fim.

REFERÊNCIAS

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PEREIRA, Sarah de Deus. *Reforma Psiquiátrica Versus Sistema de Justiça Criminal: a Luta pela Efetividade dos Direitos Humanos ao Louco Infrator*. Periódico da Revista de Estudos Jurídicos UNESP V. 16 – Nº 23 – Ano 2016. Disponível em :< <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

BRASILEIRA: *O QUE FAZER COM O PSICOPATA FRENTE O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL?* Periódico do Nomos Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC V. 33 – Nº 1 – Ano 2013. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/416>>. Acesso em 20 nov. 2018.

BRISSET, Fernanda Otoni de Barros. *Por uma Política de Atenção Integral ao Louco Infrator*. Artigo extraído do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2010. disponível em:< https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/54/4/ISBN_9788598923055.pdf>. acesso em 20 de nov. 2018.

CAUS, Paula Prada. *Crítica as Medidas de Segurança no Brasil: A Inefetividade da Lei e das Políticas Antimanicomiais*. Monografia de Direito apresentada a Universidade de Passo Fundo, para a obtenção Grau de Bacharel de Ciências Jurídicas e Sociais da Casca. 2013. Disponível em: < <http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/754/1/CAS2013PaulaPradaCaus.pdf>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.