

---

# **INTERTEMAS: Revista da Toledo Prudente**

---

Volume 20

2015

Presidente Prudente/SP

**ISSN 1516-8158**

# **CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado  
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi  
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

## **REVISTA INTERTEMAS**

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva  
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento  
Periodicidade anual

### **EDITORES**

José Artur Teixeira Gonçalves (TOLEDO PRUDENTE)  
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

### **COMISSÃO EDITORIAL**

Antonio Carlos Segatto (UEM)  
Antonio Celso Baeta Minhoto (UMES)  
Claudio Ribeiro Lopes (UFMS-Três Lagoas)  
Cristiano Heineck Schmitt (UNIRITTER)  
Dora García Fernández (Universidad Anáhuac México Norte)  
Flávio Murilo Tartuce Silva (EPD)  
Gelson Amaro de Souza (FUNDINOPI)  
Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes (FAPI)  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (USP)  
Gustavo René Nicolau (Universidade de Chicago)  
José Carlos Martines Belieiro Júnior (UFSM)  
Marcos Jorge Catalan (UNISINOS)  
Pablo Malheiros da Cunha Frota (ESA-DF)  
William Santos Ferreira (PUC-SP)  
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

### **COMISSÃO EXECUTIVA**

Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)  
Yara Pires Gonçalves (TOLEDO PRUDENTE)

### **EQUIPE TÉCNICA**

Ana Carolina Itami Higashibara (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)  
Carla Roberta Ferreira Destro (TOLEDO PRUDENTE)

### **Versão eletrônica**

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

### **Indexadores e Diretórios**

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

### **Permuta/Exchange/Échange**

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

### **Contato**

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: [nepe@toledoprudente.edu.br](mailto:nepe@toledoprudente.edu.br)

Intertemas: Revista da Toledo, v. 20 – 2015

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo". 2015. 21cm Revista do Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5  
ISSN 1516-8158

## SUMÁRIO/CONTENTS

**APRESENTAÇÃO/PRESENTATION.....05**

### **I - DOCTRINA ESTRANGEIRA/FOREIGN DOCTRINE**

**BREVE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ARTIFICIAL EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO.....06**

*Juan Marcelino González Garcete - Universidad Nacional de Asunción - PARAGUAI*

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES RESPECTO AL DELITO DE TRATA DE PERSONAS.....22**

*Elsa Norma Delgado Rueda – Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional - COLÔMBIA*

### **II - DOCTRINA NACIONAL/NATIONAL DOCTRINE**

**A EXTRADIÇÃO DE CESARE BATTISTI DO BRASIL PARA ITÁLIA: EXERCÍCIO DA SOBERANIA POLÍTICA OU QUESTÃO JURÍDICA?.....53**

*Luiz Renato Telles Otaviano - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-UFMS - MS*

**INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SOBRE A MASSA ASFÁLTICA – CONCRETO BETUMINOSO USINADO A QUENTE (CBUQ).....67**

*Paulo Roberto Cordeiro Junior (PG-TOLEDO PRUDENTE) - SP  
Oswaldo Santos de Carvalho (TOLEDO PRUDENTE) - SP*

**ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: O JUDICIÁRIO VIOLADOR DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....72**

*Júlio César Moreira de Jesus PG-Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - SC  
Alceu de Oliveira Pinto Junior Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI - SC*

**BANCO E CADASTRO DE DADOS DE CONSUMIDORES: LIMITES E REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....90**

*Renato Tinti HERBELLA (TOLEDO PRUDENTE) - SP  
Thiago RODOVALHO Pintifícia Universidade Católica de Campinas (PUC) - SP*

**LEGISLAÇÕES DE COMBATE A INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA: ANÁLISE DE TEXTOS NORMATIVOS DO SUL DO BRASIL E DO PROGRAMA DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA.....109**

*Rafael José Nadim de Lazari - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" - SP  
Ricardo Bispo Razaboni Junior - SP*

**O ABORTO CULPOSO NOS CASOS DE ABORTO PRETERDOLOSO E VULNERANDI ANIMUS.....125**

*Gabrielle Stoco Fabio1 G-Universidade Federal do Amazonas - AM  
José Roque Nunes Marques - Universidade Federal do Amazonas - AM  
Dorinethe dos Santos Bentes -Universidade Federal do Amazonas - AM  
Nasser Abraham Nasser Neto - In Memoriam - Universidade Federal do Amazonas - AM*

<b>O APLICATIVO “UBER” E A DEFESA DO CONSUMIDOR.....</b>	<b>136</b>
<i>Américo Ribeiro MAGRO (PG-TOLEDO PRUDENTE) - SP</i>	
<i>Landolfo Andrade de SOUZA (TOLEDO PRUDENTE) - SP</i>	
<b>O DIREITO À CIDADANIA: HISTÓRIAS E MEMÓRIAS DA ESCRAVIDÃO – RIO CLARO/SP, SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX.....</b>	<b>149</b>
<i>Cleyton Rodrigues dos SANTOS - Faculdade La Salle de Lucas do Rio Verde – MT</i>	
<b>SELO VERDE E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O PANTANAL.....</b>	<b>165</b>
<i>Ana Flávia TREVIZAN - Faculdade Cândido Rondon – Cuiabá – MT</i>	
<b>A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA.....</b>	<b>178</b>
<i>SILVIA ARAÚJO DETTMER - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)- Três Lagoas - MS</i>	
<b>A PROTEÇÃO À IMAGEM DAS CRIANÇAS EM REDES SOCIAIS: diálogos entre a PROTEÇÃO INTEGRAL, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS E O DEVER DE COLABORAÇÃO DA SOCIEDADE EM GERAL.....</b>	<b>195</b>
<i>Bruna Barbieri Waquim - Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - MA</i>	
<b>ENTRAVES ÉTICOS E JURÍDICOS À MANIPULAÇÃO GENÉTICA DE EMBRIÕES HUMANOS.....</b>	<b>215</b>
<i>Ana Flávia Terra Alves Mortati - G-Universidade Estadual de Londrina - PR</i>	
<i>Daniela Braga Paiano - Universidade Estadual de Londrina - PR</i>	
<i>Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador - Universidade Estadual de Londrina - PR</i>	

## **NOTA AO LEITOR**

É com grande satisfação que entregamos aos nossos leitores a edição n. 20 da revista INTERTEMAS. Nesse número, há uma grande diversidade de temas e origem institucional dos seus autores.

A presente edição reúne 14 artigos, sendo dois na seção de Doutrina Estrangeira e outros 12 na seção de Doutrina Nacional. Na seção estrangeira, veiculamos a colaboração de autores do Paraguai e da Colômbia.

Na Doutrina nacional, damos à luz artigos de colaboradores de sete Estados: Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Amazonas, Mato Grosso, Paraná, Maranhão e São Paulo.

Esperamos que a pluralidade de autores e temas tratados ofereça uma relevante contribuição aos estudos jurídicos. Boa leitura.

A Comissão Editorial

# BREVE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ARTIFICIAL EN EL DERECHO POSITIVO PARAGUAYO

Juan Marcelino González Garcete<sup>1</sup>

**SUMARIO:** Introducción. I. La protección sin relación sexual. II. Los Métodos de reproducción humana artificial. III. Responsabilidad jurídica. IV. La responsabilidad en los métodos de reproducción humana artificial. V. A modo de cierre

**SUMMARY:** Introduction. I. Protection without sexual intercourse. II. Methods of artificial human reproduction. III. Legal responsibility. IV. Responsibility in methods of artificial human reproduction. V. Conclusions.

## 1 INTRODUCCIÓN

En los últimos años, las relaciones entre responsabilidad civil y dentro del derecho de familia se han intensificado notablemente y uno de los campos en que se puede constatar es en la *procreación*, especialmente la que tiene lugar con la utilización de los métodos de reproducción humana artificial.

Métodos que en países pobres como el nuestro, están presentes aun cuando no lleguen a toda la población ni en todo el territorio; sin embargo, el panorama legislativo no es el adecuado, ya que si bien es cierto, existe una regulación administrativa al respecto, también es cierto, que en las leyes aplicables en las entidades encargadas del mismo, como son el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social, no se ha modificado para regular estos fenómenos, y en los estados que si lo hacen, también en su gran mayoría, tienen una normatividad tímida e indirecta y hacen falta los organismos de control y aplicación, que le den exacto cumplimiento.

En este trabajo tendremos especial referencia a la legislación paraguaya, que de una manera audaz tienen previstos en su Código Civil los métodos de reproducción

---

<sup>1</sup>Abogado. Notario y Escribano Público. Mejor Egresado y Medalla de Oro de la Promoción 2000 de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Doctor en Derecho y Doctor en Ciencias Políticas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2008). Maestría en Ciencias Criminológicas. Diplomados en Derecho Procesal Civil, Derecho Penal, Procesal Penal y Procesal Constitucional. Profesor de Derecho Procesal Civil, Constitucional y Administrativo. Autor de numerosas obras entre las que se destacan las siguientes obras jurídicas: Hechos y Actos Jurídicos. Teoría General de los Contratos. Manual de Derecho Procesal Civil. Las excepciones en el derecho procesal civil. La demanda y la contestación: Teorías que la sustentan. Los nuevos paradigmas de la libertad de expresión y de prensa. La cuestión de Género en los anales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Padrino de Promoción de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2006-2007). Conferencista Internacional en temas de Derecho Procesal Constitucional y Procesal Civil. Distinguido como Padrino de Promoción de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (2008-2009), Premiado como "Ciudadano Ilustre" por el Parlamento de Municipalidades del Mercosur (2008). Premiado por la Junta Municipal de Pedro Juan Caballero por a) los trabajos realizados a favor de los niños y adolescente; b) por haber obtenido el título de Doctor en Derecho.

humana artificial, sin entrar a su análisis, solo se tomarán como punto de partida para analizar la responsabilidad que puede originar su aplicación.

En virtud, que dicha responsabilidad puede nacer cuando los sujetos que intervienen en la procreación médicamente asistida, pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extracontractualmente, actuando con culpa o sin ella; pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que participan en este proceso, por culpa o simplemente por riesgo creado.

Advertencias preliminares: es dable señalar que en Paraguay no existen hasta las fechas leyes especiales —como ya existen en otros países de América Latina— que regulan las técnicas de reproducción asistida, por lo tanto, los conflictos que surgen como consecuencia de la puesta en práctica de estos procedimientos, deben resolverse, actualmente, de conformidad con las leyes vigentes en la materia.

## **2 LA PROCREACIÓN SIN RELACIÓN SEXUAL**

Actualmente la relación sexual ya no es imprescindible para lograr la concepción del ser humano; hoy se puede tener descendencia en forma asexual, el hombre y la mujer exteriorizan su voluntad a este acto substitutivo de la cópula, y a veces aunque no aportan gametos, deciden el nacimiento porque desean un hijo o hija y por este consentimiento, se les atribuye la paternidad o maternidad.<sup>2</sup> Esta es la posición más aceptada tanto doctrinariamente como legislativamente en los países y donde se ha regulado la procreación con asistencia médica, protegiendo la decisión de voluntad de quien quiere ser padre y madre con todas las obligaciones y facultades que implica la filiación opuesta a un «simple reduccionismo biológico».<sup>3</sup>

## **3 LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ARTIFICIAL**

Los métodos de reproducción humana artificial ya han sido ampliamente explicados por mucha gente que ha tratado el tema<sup>4</sup> y sólo por dar al lector un panorama de los mismos, se pueden resumir en los siguientes:

---

<sup>2</sup> En el mismo sentido: VERCELLONE. Paola. Trattato di diritto civile italiano. La filiazione. Vol. III, Tomo II. Ed. Utet, Torino, Italia, 1987, p. 317; y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". II Congreso mundial vasco. La filiación a finales del siglo XX: Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, S.A. Madrid, 1988, pág. 151.

<sup>3</sup> Artículo 324 del Código Civil de Tabasco establece que se presumen hijos nacidos de los cónyuges a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial y en el artículo 340 a los hijos nacidos del concubinario y de la concubina, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial, ya sea que tenga o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento de una manera indubitante.

<sup>4</sup> Véase: GUZMAN ÁVALOS, Anibal. Inseminación artificial y fecundación in vitro: Un nuevo modo de filiación. Ed. Universidad Veracruzana, Xapala. 2000; BOZA BIDOS, Beatriz. "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho en torno a la reproducción humana asistida" en *Derecho*, número 45, diciembre 1991. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, pág. 74

### **3.1 La inseminación artificial.**

Consiste en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer, sin contacto sexual y puede ser homóloga o heteróloga. Recibe el nombre de «artificial» porque esta conexión entre óvulo y espermatozoide no se hace en forma natural, pero la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las leyes de la naturaleza.

Es homóloga, porque se toma el esperma del propio marido para hacerlo llegar al óvulo de la esposa, introduciendo el semen en el útero materno.

Es heteróloga, cuando se practica con semen de un donador.

Se puede utilizar semen fresco o congelado; aunque se prefiere el último, por los controles sanitarios para prevenir enfermedades como el sida.

La inseminación debe ser el momento más favorable del ciclo menstrual, es decir el más cercano a la ovulación, como una jeringa de plástico, se deposita una pequeña cantidad de esperma en el fondo de la vagina, cerca del cuello del útero, algunas veces en el mismo útero.<sup>5</sup>

### **3.2 La fecundación *in vitro***

Tiene un procedimiento distinto, ya que ocurre en probeta. Al igual que la inseminación puede ser homóloga y heteróloga, según se trate del óvulo de la cónyuge o de una mujer extraña, de semen del marido o de un donante. La fertilización *in vitro* y cultivo de embriones son técnicas que permiten crear una trompa de Falopio artificial en la cual puede ocurrir la fertilización y continuar la segmentación hasta el momento en que el embrión es transferido al útero. Es decir en la fecundación *in vitro*, se supe a la trompa en sus funciones de recoger el óvulo, servir de receptáculo a la fecundación y transportar el huevo a la cavidad uterina.

### **3.3 La subrogación de la maternidad**

La subrogación de la maternidad consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo con la intención de entregar el niño o la niña al nacer con las personas que los han encargado.

Puede revestir formas diversas de la maternidad—filiación y pueden intervenir hasta tres madres y dos padres: por un lado los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los

---

<sup>5</sup> PÉREZ PEÑA, Ernesto. Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción: Un enfoque integral. Programa de planificación familiar 1994 de México, pág. 414.

padres genéticos: los proveedores del óvulo y esperma; finalmente la madre portadora o alquilada, que se limita a llevar el embarazo.

Este tipo de contrato puede definirse de la siguiente manera:

«...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal o la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el ovulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato.»<sup>6</sup>

En la legislación comparada tenemos por ejemplo que el Código Civil de Tabasco, en el artículo 34 segundo párrafo señala:

«...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el ovulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrato».

#### **4 RESPONSABILIDAD JURÍDICA**

Hay responsabilidad jurídica cuando el orden social que protege la norma jurídica, se viola y produce un daño o perjuicio, es el resultado de la acción en la que el hombre o la mujer expresan su comportamiento en forma contraria a la norma jurídica y son susceptibles de ser sancionados:

La responsabilidad es una obligación de segundo grado, que aparece cuando la primera no se ha cumplido; es decir que si una persona tiene la obligación de no causar daño y lo causa, es responsable de pagar por él.

El responsable de un hecho ilícito debe sufrir las consecuencias de sanción que al hecho ilícito que se imputan.

Por regla general la persona que causa el daño es quien debe pagar; pero no siempre el responsable es el que originó dicho daño y en consecuencia otro debe responder las consecuencias del comportamiento de personas ajenas.

Regla que consagra el artículo.

---

<sup>6</sup> MAZEAUD, Henry y León. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad Civil delictual y contractual. Tomo I, Volumen I. Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo. 6° Edición Ediciones Jurídicas Europa—América. Buenos Aires, pág. 10. 1970

## 4.1 LA RESPONSABILIDAD EN LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL

Así las cosas, la responsabilidad en los métodos de reproducción humana artificial, se hace patente ya que los sujetos que intervienen en la misma, pueden violar el orden jurídico establecido; contractual o extracontractualmente, actuando con culpa o sin ella, pero de cualquier manera pueden causar daño o perjuicio a otro de los sujetos que intervienen en el proceso de la fecundación asistida.

En tal virtud, los usuarios pueden ser responsables frente a su pareja o frente al hijo y el personal médico frente a los usuarios por culpa o simplemente por riesgo creado.

Ahora veamos cómo puede haber la responsabilidad en cada uno de estos sujetos:

1. Por usuario (a) se entiende a la persona que se somete a cualquiera de las técnicas de procreación asistida con el fin de asumir la maternidad o paternidad que de ellas resultare. En las legislaciones que ya contemplan normas específicas para estas formas de concepción, por lo que regular se piensa en un matrimonio o en concubinos<sup>7</sup>.

En varias ocasiones se encuentran argumentos favorables a que las mujeres solteras sean también usuarias de estas técnicas. Por lo general, se señala que los usuarios deben cubrir toda una serie de requisitos y exámenes antes de iniciar la práctica de cualquiera de los métodos de reproducción.

El consentimiento de la mujer, esposa o concubina o sola, es imprescindible, para iniciar las actividades médicas para lograr la reproducción. Desde luego, de esta manifestación de voluntad deriva de la aceptación de la maternidad del ser así concebido.

Mientras que no se externé la voluntad de la mujer ni el método ni la institución podrán iniciar cualquier acción ya sea para inseminar o para extraer óvulos, mucho menos implementar embriones o cualquier otra actividad relacionada con la procreación asistida.

El consentimiento del esposo o compañero es también indispensable, según los criterios más aceptados en el mundo<sup>8</sup>. Para algunos especialistas, tratándose de fecundación homóloga, la problemática es menos delicada que en la heteróloga, pues

---

<sup>7</sup> Como ocurre en varios estados de México.

<sup>8</sup> MENTOES PENADES, Vicente. "El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana" II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX; Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium, S.A. Madrid. 1988, pág. 187. Derecho civil. Derecho de familia. Tomo II. 2° Astrea, Buenos Aires. Pág. 483.

se trata de un ser concebido en matrimonio o en concubinato cuyos datos genéticos van a coincidir con los del padre y de la madre.

El problema se presenta en la heteróloga, ya que el esposo o el concubinato debe aceptar que su esposa o concubina sea fecundada con espermatozoide de otro hombre, por lo tanto, tendrás que aceptar la responsabilidad de la paternidad de un hijo con los que no va a estar ligado por vínculos genéticos.

Hay quien piensa que ese consentimiento del marido o del concubinario de la madre tiene quizá un valor moral, pero jurídicamente se encuentra desprovisto de eficacia; por ello pueden impugnar la paternidad con la prueba de su esterilidad o un examen de sangre (ADN).

Desde luego, esta posibilidad existe, donde no hay un marco legal que reglamente los conflictos que pueden surgir en las diferentes etapas del proceso de fecundación, gestación y alumbramiento.

En este contexto, el varón que consintió expresamente a que su compañera o esposa fuera inseminada artificialmente con semen de otro, tiene la responsabilidad de asumir la paternidad inherente.

De hecho, en un eventual juicio de desconocimiento de la paternidad, el documento en donde conste la expresión de voluntad del inconforme hará prueba para establecer el vínculo de filiación.

En ese orden de ideas, puede haber responsabilidad civil por parte del padre legal, que haya otorgado su consentimiento para que su mujer se inseminara y posteriormente se rehúse a reconocer al hijo así concebido o que intente el desconocimiento de la paternidad alegando la imposibilidad física para tener "acceso carnal" con la madre.

Responderá, entre otros, reparando los daños y perjuicios frente a la mujer y el niño, desde luego, es importante destacar que cualquier acción de desconocimiento de la paternidad, en este sentido, debe ser inadmisibile y, fincar la responsabilidad alimentaria y las demás que se deriven de la paternidad.

El consentimiento otorgado por las personas usuarias de las técnicas de procreación asistida, debe estar ausente de vicios que lo nulifiquen; no debe haber error, dolo, intimidación o violencia; debe tratarse de un consentimiento bien informado, donde se explique a los pacientes, el tratamiento o intervención quirúrgica requerida, indicando las posibilidades reales de éxito así como los riesgos que las técnicas traen consigo; sus bondades y desventajas; no sólo desde el punto de vista mecánico, sino también jurídicos y psicológicos.

Si el vicio del consentimiento opera en la mujer, una vez realizada la fecundación, no puede tener más alcance que la responsabilidad para el médico o centro

médico, o ambos, en la medida que les pueda ser imputado; porque no procede otra cosa, ya que no se podría concebir la nulidad del hijo.<sup>9</sup>

La mujer también estará obligada a responder reparando los daños y perjuicios que le cause al marido cuando se haya hecho inseminar sin su consentimiento; independientemente de los efectos del desconocimiento de la paternidad, si procede.

En este caso, también puede tener responsabilidad frente al hijo por privarlo, a sabiendas, de una paternidad, esto es técnicamente imposible, pero es difícil imaginarlos exigiendo este tipo de reparación a la mujer que los atendió durante la primera etapa de su vida.

2. El donador es la persona que dispone de sus gametos (óvulos o semen) en favor de otra a fin de que se realice una fecundación artificial y al otorgar su consentimiento abarca un conjunto de acciones que confluyen en la fecundación.

Este consentimiento complejo no abarca la aceptación de la paternidad o maternidad genética que se derivan de la disposición de los gametos.

Precisamente por ello, se defiende el anonimato de los donadores: para evitar que pasen a ellos los efectos de la concepción realizada con su material genético.

Ahora bien, este consentimiento otorgado por personas adultas y perfectamente informadas de las consecuencias del acto de disposición de su material genético, asumen una responsabilidad frente al niño que nace.

Es cierto que no es tan general como las derivadas de la paternidad y de la maternidad, sin embargo, está presente, por tanto, el debate sobre el alcance que tiene la protección de la intimidad del donante a través del anonimato, debe resolverse en el mejor interés de la infancia.

Hay que subrayar que el anonimato del donador es uno de los puntos más controvertidos en la aplicación de las técnicas de procreación asistida, precisamente por la colisión de intereses que se originan entre el donador y el niño.

En el debate se reconocen tres posiciones:

a) El anonimato absoluto, basado en la privacidad, integridad e intimidad del individuo, quienes sostiene esta postura afirman que es la ideal para proteger los intereses por un lado, del donador y por otro lado, los de la pareja o persona sola que recurren a la procreación asistida con donador; y todavía más por otro lado, del descendiente procreado con asistencia médica. Sin embargo, no se explica cómo este anonimato absoluto resuelve el problema del derecho que tiene el niño a conocer a sus orígenes y, dentro de este concepto, su carga genética.

---

<sup>9</sup> MONTES PENADES, Vicente L. "Las categorías negociales de las técnicas de reproducción asistida". Actualidad civil. Revista semanal técnica jurídica de derecho privado. 1994. Actualidad Editorial. S.A. Madrid, España. 1994, pág. 967.

Se parte del anonimato desde la concepción, evitando todo tipo de publicidad de la manera como fue realizada la concepción, con lo que se asegura la intimidad del nacido bajo alguna de las técnicas reproductivas y así se le protege en un ambiente de paz, integrado a la familia que lo desea.

Este anonimato comporta las siguientes consecuencias:

- i. Se habla de la donación como un acto jurídico puro, no puede estar sometido a condición o término. Los bancos de semen no admiten la donación dirigida a una pareja determinada —hermanos, amigos, etc.—o que cumplan algunos requisitos concretos —religión católica, verbigracia—porque una vez depositado, es la institución, banco o clínica, quien decide cómo y cuándo debe utilizarse.
- ii. Existe un riesgo de consanguinidad, al no tener noticia cierta del origen, cuyo riesgo se acrecienta cuando no se limita el número de embarazos procedentes del mismo donante, y que se agudiza en los pequeños núcleos de población; así el semen de una persona puede ser utilizado para fecundar a su hermana, o el nacido (a) por inseminación artificial heteróloga, puede contraer matrimonio con un hijo (a) del donante. Este riesgo se atenúa estableciéndose un máximo de embarazos por el mismo donante.
- iii. El anonimato tiene un efecto jurídico primordial, que no produce ningún lazo de unión entre el donante y su hijo. No se podrá ejercitar jamás ninguna acción de reclamación de paternidad que pretenda establecer una relación de filiación entre padre biológico e hijo.<sup>10</sup>

b) El derecho del niño a conocer su origen. Esta corriente se basa en la idea de que los infantes necesitan más protección y son titulares del derecho inalienable e innegable a conocer sus orígenes.

Negar el derecho al pleno conocimiento de sí mismo a una persona parece estar en flagrante contradicción con los derechos fundamentales.

Existen instrumentos internacionales que postulan los derechos de los niños, que entre otros se refieren a conocer sus propios orígenes, por su integridad psicológica, como por la necesidad de conocer sus antecedentes médicos.

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, postula en el artículo 7.1. que los Estados partes, velarán porque el niño, en la medida de lo posible

---

<sup>10</sup> CAMPUZANO—CARBAJO—GONZÁLEZ. "Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación". Actualidad Civil. N° 71. Editora General del Derecho. S.A. Madrid. España. 1995

tendrá el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; así mismo en el artículo 8.1. se conviene que se comprometen a preservar las relaciones familiares del niño de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Las opiniones que conforman esta corriente insiste en que los niños tienen derecho a conocer quién es su padre y, en caso dado, tiene derecho a reclamar el relacionamiento correspondiente; sin embargo, es difícil hacer efectivo este derecho, pues como se manifestó líneas arriba, la donación del gameto no basta para que entable una relación paterno—filial entre el hijo y el donante; dado que la paternidad es más rica y compleja que la simple colaboración biológica del dador del semen.

Además uno puede cuestionarse ¿si el niño que nace con los gametos de un donador y conoce la identidad del mismo, es más feliz y puede realizarse más ampliamente que otro que desconoce la identidad del donador?. Es un tema que está sujeto a discusión.

c) Sistema Eclético. Es una posición intermedia que conjuga las dos anteriores; es decir que se fundamenta en que el hijo puede conocer su origen genético; con exclusión de la identidad del donante; pues su identificación no les favorece ni psicológicamente ni a su bienestar.

Respecto a esta información, algunos postulan,<sup>11</sup> que el niño puede conocer la forma de su concepción y las características del donante al llegar a una edad apropiada; otros en cambio,<sup>12</sup> indican que puede ser conocida, cuando se requiera clínicamente por su salud.

Lo verdaderamente importante en esta posición es que sustenta el anonimato del donador como un pilar fundamental de la inseminación artificial heteróloga, pues con ello se pretende que entre el donador y el niño no se produzca alguna relación jurídica de reclamación de derechos.

De los terceros donadores resulta responsabilidad, la conducta dolosa o negligente, y con ello causa enfermedades transmitidas por vía hereditaria o por ello ocasionan malformaciones congénitas en el feto o el niño, etc.

3. Respecto de la responsabilidad que puede surge del servicio médico, hoy en día la procreación asistida es un recurso de la tecnología médica utilizada con frecuencia.

Se reconoce que ayuda a salvar los problemas de infertilidad con mucha eficacia. El mundo entero registra ya miles de niños y niñas nacidos de la utilización de estas técnicas en circunstancias de diversa índole.

---

<sup>11</sup> Ejemplos de tal supuesto son las legislaciones de Francia, España e Inglaterra.

<sup>12</sup> Es el caso de la legislación Sueca.

Por su frecuencia y por el papel protagónico que desempeña el personal médico es importante revisar la responsabilidad en que puede incurrir este personal médico y las instituciones que prestan ciertos servicios en los procesos de fecundación asistida, que se torna compleja porque abarca varios momentos que comprenden desde el secreto profesional hasta la responsabilidad profesional.<sup>13</sup>

Por lo que hace al secreto profesional, el médico que práctica la protección asistida está sujeto a este principio de discreción en un sentido irrestricto de su ética profesional, ya así lo consigna el juramento hipocrático del siglo V a. C. “callar todo cuanto sea y oiga, dentro y fuera de mi actuación profesional, que se refiera a la intimidad humana y no debe divulgarse, convencido de que tales cosas deben mantenerse en secreto”.

La utilización de los nuevos métodos de reproducción humana artificial sólo deben ser conocidas por el médico y la pareja, por ello es necesario cuidar perfectamente los archivos que deban de conservar los médicos y asegurar el carácter confidencial de los documentos utilizados para la práctica de la procreación asistida. Violar esta discreción debe ser causa de responsabilidad y de la reparación del daño que la indiscreción hubiere causado.

Es cierto que los centros autorizados para la realización de las procreaciones asistidas deberán llevar un expediente médico y conservar una ficha secreta relativa al donante; que sirva tanto para limitar el número de inseminaciones posibles con los gametos de una misma persona, con objeto de evitar la consanguinidad, o en su caso, con la finalidad que en algún momento se requiera conocer las características genéticas del donante frente a posibles problema patológicos del ser así concebido.

Dicho expediente no podrá servir para establecer lazos entre el donador y el niño, sin embargo, aún cuando se dice que rompe el principio del anonimato, porque consigna el lazo biológico entre el donador y el niño, y permite que éste pueda tener acceso al conocimiento de sus propios orígenes y al conocimiento de su material genético que puede serle de importancia vital en caso de problemas de salud. Estas prácticas tienden a evaluar su calidad al nacer, como el diagnóstico prenatal, conociendo un desarrollo importante al menos en los países económicamente desarrollados.

La responsabilidad del personal médico también abarca la pericia en la práctica profesional en el ámbito civil, en tanto responsabilidad contractual y en el ámbito penal, si se llegare a incurrir en alguno de los ilícitos prescritos por las normas.

---

<sup>13</sup> Hay dos ópticas diversas pero muy bien vinculadas que toman a la actividad médica como objeto normativo del derecho: la penal (que tipifica conductas lesivas a toda la comunidad, son de orden público y en ocasiones no se requiere que se produzca el daño para que proceda el castigo) y civil (otorgar a la víctima de un daño o perjuicio por parte de un profesional de la medicina una compensación que no es más que la restauración o resarcimiento de las cosas al estado que se encontraban). RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Responsabilidad del médico. Aspectos civiles, penales y procesales. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999, pág. 18-20

La responsabilidad es una sola, al menos la civil y contiene tres factores: una conducta, un perjuicio y una relación entre ambos. En este orden de ideas, la responsabilidad médica significa la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores voluntarios o involuntarios, dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión.

Es decir, el médico que en el curso del tratamiento ocasiona por culpa un perjuicio al paciente, debe repararlo y tal responsabilidad; según los cuales todo hecho o acto realizado con discernimiento (capacidad), intención (voluntad) y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que se provoque un daño a otra persona.<sup>14</sup>

**Responsabilidad Contractual:** Es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito (puede ser tácito o consensual), cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal.

El equipo médico tiene que realizar sus intervenciones con la diligencia necesaria para evitar que surjan patologías que puedan minar la salud del nasciturus. En los debates sobre este tema particular se enfocan dos puntos: la especificación del daño injusto que el nasciturus puede resentir por la inexacta realización de la concepción; y el nexo de causalidad entre la acción del personal médico y la consecuencia dañosa en principio al fruto de la concepción misma.

Los nacidos de procreación artificial no presentan patologías diversas o mayores respecto a aquellos concebidos naturalmente. En la concepción natural no se garantiza que el nasciturus será inmune a cualquier patología.

La verdad es que el médico es un técnico que se compromete con su encargo, y por esto no puede estar puesto sobre el mismo plano de los progenitores naturales. Ellos, por tanto, no pueden gozar de una inaveriguable libertad y deben adoptar toda la cautela necesaria para no perjudicar la realización del proyecto ya diseñado en las células germinales, por otro lado, son responsables hacia los usuarios y hacia los donantes de gametos, especialmente cuando se trata de la disposición de gametos femeninos.

Lo anterior es según los principios de la responsabilidad contractual, y hacia el nacido (a) según los principios de la responsabilidad extracontractual por daños de naturaleza diversa.

El médico es siempre responsable de las lesiones de la integridad física del paciente, tanto en el momento de la intervención como consecuencia de la misma.

Por ello, al momento de realizar la concepción debe de adoptar las precauciones necesarias para hacer posible el nacimiento de un individuo sano; y,

---

<sup>14</sup> PONCE MALAVER, Moisés. [www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm](http://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica.htm).

entonces tiene la obligación de no usar gametos que pueden transmitir, según las investigaciones científicas adquiridas, malformaciones o patologías al *nasciturus*.

El error *in procedendo* es, también, causa de responsabilidad. Es tema de debate si dentro de estos errores llamados *in procedendo* debe o no considerarse el nacimiento de un ser perteneciente a una raza diversa a aquella a la que pertenecen los padres.

En este mismo contexto se debate la responsabilidad del médico en la manipulación de la carga genética y la predeterminación del sexo, ambos procedimientos son rechazados por la mayoría de los especialistas en el tema.

Sin embargo, dentro del cuerpo médico, hay científicos que defienden estas manipulaciones como parte de su tarea terapéutica.

Existe responsabilidad objetiva cuando el médico no cuenta con el instrumental necesario o no funcionan debidamente; si no se le brindó a los pacientes la información adecuada de las intervenciones de que vayan a ser objeto, si se viola el secreto médico o no se adoptan las garantías sobre el anonimato; por no practicar las pruebas o análisis y se insemine a mujer no apta, o se recomienda un procedimiento inadecuado, o se seleccione un semen no idóneo y se transmitiera enfermedades hereditarias o congénitas evitable con un estudio; o si omiten los consentimientos requeridos o producen algún vicio del consentimiento.

Se hable también de responsabilidad administrativa si no se han cumplido las exigencias de orden público establecidas al respecto, normas sobre utilización del semen, para evitar inseminaciones en personas consanguíneas, gratuidad del procedimiento de donación, vigilancia sobre las condiciones sanitarias mínimas de los centros, entre otras razones.

En la utilización de los métodos de reproducción humana artificial, no sólo se puede generar responsabilidad civil, sino también se produce responsabilidad penal; en conductas como practicar una inseminación artificial mediante violencia física, intimidación, transgresión del secreto; inseminación artificial en una mujer casada sin el consentimiento del marido; lesiones causadas en la mujer; incluso con su consentimiento, con ocasión de una amniocentesis o de una biopsia coriónica llevada a cabo con la finalidad de conocer el sexo del feto y causar el aborto, si dicho sexo no es el derecho por la mujer, la clonación o producción de individuos idénticas a partir de un solo individuo humano; la gestación de un ser humano fuera del útero de la mujer, es decir en laboratorio; la gestación de híbridos ya sea por fecundación de un ser humano a partir de gametos de otras especies, o viceversa; el tráfico de gametos o embriones, la intervención sobre el patrimonio cromosómico o genético de un embrión humano sin fines

terapéuticos, las lesiones al embrión y la fecundación de embriones con fines distintos a la procreación.

4. El Estado no es un sujeto que directamente participa en el procedimiento de la procreación con asistencia médica, pero puede tener una participación considerable a través de la política demográfica, de control y legislativa que a tal efecto imponga.

En relación al control estatal de estos procedimientos es importante precisar que la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado que pertenece a la familia, a la persona individual y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; sin embargo, el Estado no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido mediante las técnicas de reproducción asistida que esté por nacer y, por sobre todo, cuando para la concepción se utilizan técnicas que requieren un control sanitario.

No se puede dejar todo en manos de las partes involucradas, es imperiosa la intervención estatal; a través del legislador que debe sentar las bases y principios que enmarquen la actividad de la sociedad. Es necesario que el Estado sea quien diseñe los límites de la actividad médica y de la investigación científica que desarrolla estas técnicas.

Existen normas que regulan la procreación, sin embargo, es posible que la disciplina vigente, no responda a una elección del legislador, dado que no pudo pensar en situaciones que son absolutamente nuevas.

De ello se deriva la urgencia de una legislación que garantice a los particulares el ejercicio de sus derechos fundamentales; pues la inercia del Estado puede provocar una lesión irreversible en dichos derechos.

En el legítimo pluralismo de las ideas, el legislador debe tener en cuenta, sin embargo, que la procreación artificial se realiza ya ampliamente en régimen de completa licitud; que el deseo de tener hijos es ciertamente noble y con frecuencia motivado por la generosidad; que a la hora de legislar existe un consenso mayoritario, que actualmente parece aceptar la procreación artificial en sí misma, si bien sometida a ciertos límites y se puede consentir en la medida que no lesione los derechos fundamentales del ser engendrado.<sup>15</sup>

Se requiere pues el control inexcusable del Estado, por la trascendencia social que tienen, debiendo establecer las condiciones técnicas para aplicarlas, y las exigencias de idoneidad y capacidad de los médicos y de los institutos de salud donde prestan los

---

<sup>15</sup> CASINI, Carlo. "Informe sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro". Parlamento Europeo. Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación humana. Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos. Oficina de publicaciones oficiales de las comunidades europeas. Bruselas. 1990, pág. 87

servicios; permitiendo su práctica sólo en centros autorizados por las Instituciones Públicas, de lo contrario se promueve un uso clandestino confiado al consultorio de un médico todo poderoso controlando la totalidad de los procesos.

## 5 A MODO DE CIERRE

Es necesario tener un conocimiento integral de toda la problemática que implican las técnicas de reproducción asistida, para poder resolver de manera eficaz los conflictos que surjan como consecuencia de su realización, máxime aún, en el tema de responsabilidad civil de los médicos.

En ese sentido existe un amplio debate en la literatura jurídica sobre la responsabilidad civil o «culpa profesional». En ese sentido existe se tiene un importante precedente en lo sucedido en el ámbito del common law, en donde en el caso *Bolam v. Friern Hospital Management Comittee* que resolvió:

*...en caso de un profesional médico, ser negligente significa no haber actuado de acuerdo con los estándares de los hombres razonablemente competentes de su momento histórico...No es negligente quien ha actuado de acuerdo con una práctica aceptada por un cuerpo responsable de médicos calificados en un arte particular".<sup>16</sup>*

Existen fallos similares en Francia, Italia, Alemania y otros países del derecho continental. Es por ello que aplicando el artículo 421 del Código Civil<sup>17</sup> puede incorporarse con extrema facilidad la responsabilidad civil de los profesionales médicos, sin necesidad de recurrir a otras categorías extralegales.<sup>18</sup>

A modo de conclusión y sin que esto signifique una postura definitiva del autor, considero que desde que los legisladores franceses del *Code* decidieron regular lo atinente a la responsabilidad civil en unos meros —por utilizar un término—(pero excelentemente redactados) cinco artículos, no puede sino reconocerse que el *derecho de daños* es, al final de cuentas, eminente y esencialmente un *derecho judicial*. Ergo, la diferencia que ocurre en otras ramas del derecho, en ésta el legislador da al *juez* un poder amplio para el desarrollo del derecho, su aplicación e interpretación.

Es fácil advertir que en otras ramas del derecho, verbigracia en el derecho administrativo penal, en la responsabilidad civil el legislador ha decidido dejar sólo los

---

<sup>16</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Bolam\\_v\\_Friern\\_Hospital\\_Management\\_Committee](https://en.wikipedia.org/wiki/Bolam_v_Friern_Hospital_Management_Committee)

<sup>17</sup> Artículo 421 del Código Civil "...Habrà culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada de antemano..."

<sup>18</sup> Una obra de consulta obligatoria en nuestro País, que se ha dedicado al tema es del Prof. Raúl Torres Kirmsers en su monografía "Responsabilidad Civil de los Profesionales Médicos", Biblioteca Estudios Paraguayos. Universidad Católica. Asunción, 1989

parámetros más generales en la ley, y permitir que sea el juez quien esté a cargo de echar a andar la máquina, como se dice en el ergo tribunalicio.

Existe, en verdad, una remisión del poder decisorio del legislador al juez en esta sede tan importante que puede decirse, sin temor a equivocarse, que en esta materia delega *casi* totalmente el poder legislador al magistrado.

A mi modo de entender, esto tiene algunas *ventajas*, como ser el hecho de que el sistema jurídico paraguayo no esté construido sobre una «camisa de fuerza» jurídica que permite a los jueces que lleguen a soluciones suficientemente elásticas pero sin necesidad de escindirse abiertamente del ámbito legal.

Finalmente, como lo he sostenido en varios artículos sobre la materia *la noción de la culpa permite la realización de la más radical forma de justicia, la que concilie debidamente los intereses en pugna en el caso concreto.*

Esta tesis no supone verdad. Sea bienvenido el debate.

## **BIBLIOGRAFÍA BASICA CONSULTADA**

BOFFI BOGGERO, Luis María. "Responsabilidad". Enciclopedia jurídica. Omeba. Tomo XXIV. Buenos Aires. 1967

BOZA DIBOS, Beatriz. "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho en torno a la reproducción humana asistida" en Derecho, número 45, diciembre 1991 Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

CAMPUZANO-CARBAJO-GONZÁLEZ. "Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación". Actualidad Civil. N° 71. Editora General del Derecho. S.A. Madrid. España. 1995.

CASINI, Carlo. "Informe sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro". Parlamento Europeo. Problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética y de la fecundación humana. Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos. Oficina de publicaciones oficiales de las comunidades europeas. Bruselas. 1990.

DE AGUIAR DÍAZ, José. "Tratado de la responsabilidad civil. Tomo I". Traducción Juan A. Moyano e Ignacio Mayano; 8° ed. Cajica. México. 1957.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús. "Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium. S.A. Madrid. 1988.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. "La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas" en Revista de la facultad de derecho de México. Vol. 40. México. 1990.

GUZMÁN ÁVALOS, Anibal. Inseminación artificial y fecundación in vitro: Un nuevo modo de filiación. Ed. Universidad Veracruzana Xalapa. 2000.

LLEDÓ YAGUE, Francisco. Fecundación artificial y derecho. Ed. Tecnos. S.A. Madrid. 1988

PÉREZ PEÑA, Ernesto. "Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción: Un Enfoque integral. Programa de planificación familiar 1994.

PONCE MALAVER, Moises. [www.geosalud.com/malpraxis/respmedica/htm](http://www.geosalud.com/malpraxis/respmedica/htm)

BABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. Responsabilidad del médico. Aspectos civiles, penales y procesales. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1999.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial". Editorial Trivium S.A. Madrid. 1988

ZANNONI. Derecho Civil. Derecho de familia. Tomo II. 2° Edición. Astrea. Buenos Aires. 1993.

#### LEGISLACIÓN

Constitución Nacional

Código Civil

Código Sanitario

# ESTÁNDARES INTERNACIONALES RESPECTO AL DELITO DE TRATA DE PERSONAS<sup>1</sup>

Elsa Norma Delgado Rueda<sup>2</sup>

**SUMARIO:** I. La debida diligencia. II. Construyendo una definición a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. III. Deber de prevenir, perseguir, investigar y juzgar. IV. Deber de reparación integral y garantía de no repetición.

**SUMMARY:** I. Due diligence. II. Building a definition based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. III. Duty to prevent, prosecute, investigate and prosecute. IV. Duty of integral repair and guarantee of non-repetition.

En este documento se relacionan los estándares internacionales que los Estados deben tener en cuenta para hacerle frente al flagelo de la trata de personas. Debemos precisar que estos lineamientos se construyen a partir de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bien en asuntos preliminares, en asuntos de fondo, en Opiniones Consultivas, o en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La escogencia de los casos se referencia a la información obtenida en la Primera Cumbre Iberoamericana de Derechos Humanos, Migrantes y Trata de Personas llevada a cabo en Bogotá en mayo de 2015, específicamente de las ponencias de María Fernanda Rodríguez -Vicepresidenta de la Asociación Civil “Unidos por la Justicia” de Argentina, y Alexei Julio Estrada -Director del Área Legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## PRIMER ESTÁNDAR: LA DEBIDA DILIGENCIA

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en el documento de “Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas”, registra la debida diligencia como un adverbio que desarrolla las actuaciones encausadas para prevenir, investigar, procesar y reparar a los sujetos intervinientes en el delito de trata de personas:

“Los derechos humanos de las personas objeto de trata constituirán el centro de toda la labor para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger y dar asistencia y reparación a las víctimas.

Los Estados tienen la obligación, con arreglo al derecho internacional, de actuar con la diligencia debida para prevenir la

---

<sup>1</sup> Este artículo hace parte de la investigación realizada por la autora titulada “CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO COLOMBIANO DE LOS ESTANDARES INTERNACIONALES RESPECTO A LA ESCLAVITUD CONTEMPORANEA” en el marco de la tesis de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás.

<sup>2</sup> Egresada y especialista en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás; Candidata a Master en Derecho Penal Internacional en la Universidad de Granada (España) y candidata a Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás. Abogada litigante especializada en el campo penal y Directora Regional Bogotá de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional.

trata de personas, investigar y procesar a quienes la cometen y ayudar y proteger a las víctimas de ella.

(...)

Los Estados ejercerán la debida diligencia para detectar y eliminar la participación o complicidad del sector público en la trata de personas. Los funcionarios públicos respecto de los cuales haya sospechas de estar implicados en la trata de personas serán sometidos a investigación y proceso y, de ser condenados, sufrirán las sanciones correspondientes.

(...)

Los Estados también están obligados a actuar con la debida diligencia en la identificación de los tratantes, incluidos los que controlan o explotan a las víctimas de la trata de personas.<sup>3</sup>

Así mismo, la debida diligencia se presenta en la necesidad de identificar los tratantes y sus funciones dentro de la red.

Pero, ¿qué es la debida diligencia? Este trabajo investigativo tiene la finalidad de desarrollar el concepto de debida diligencia como un estándar aplicable, con unos lineamientos establecidos, al seguimiento que debe hacer el Estado al delito de trata de personas.

## **CONSTRUYENDO UNA DEFINICIÓN A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos de México, sentencia del 21 de noviembre de 2009.**

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco por parte de la Fuerzas Armadas Mexicanas, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. Dicha desaparición habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974 a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Estas violaciones a los derechos humanos se prolongan hasta la fecha por cuanto el Estado mexicano no ha establecido el paradero de la víctima ni se han encontrado sus restos, además de esto, existe impunidad en el proceso judicial, ya que no se han sancionado penalmente a los responsables ni asegurado a los familiares una reparación.

El Estado mexicano alegó la incompetencia de la Corte para conocer los méritos del caso debido a que la fecha de la desaparición era anterior a la adhesión de México a la Convención Americana. Argumento desvirtuado, ya que la desaparición del señor Radilla Pacheco tiene carácter continuo o permanente, y las investigaciones no han producido ningún resultado.

---

<sup>3</sup> LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas* (Nueva York: Naciones Unidas, 2010)

Aunque este caso de desaparición forzada aparentemente nada tiene que ver con la trata de personas, es citado en este trabajo para identificar los lineamientos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado en referencia a la debida diligencia, y así, construir sus elementos como un estándar aplicable al fenómeno de la trata de personas. Pues los pronunciamientos de la Corte crea Estándares, que deben ser aplicados por todos los Estados, y no se refiere exclusivamente a que sean aplicados en temas relacionados con el del pronunciamiento. Y, esta sentencia es una de las referidas por los expertos cuando se va a trabajar el estándar de la DEBIDA DILIGENCIA, en la Trata de Personas.

De esta decisión judicial podemos resaltar las siguientes conclusiones, expuestas de manera genérica y que consideramos aplicables a la obligación que tiene el Estado respecto al delito de trata de personas. Al final de cada mención, se encuentra el número del párrafo en el que puede ser encontrada la referencia de la sentencia original.

Las instancias del gobierno tienen la obligación constitucional de procurar la justicia y resguardar los derechos de los ciudadanos (134)<sup>4</sup>.

Algunos delitos impiden a la víctima el ejercicio de los recursos legales y las garantías procesales pertinentes. Por esta razón si la víctima misma no puede acceder a los recursos disponibles, resulta fundamental que los familiares u otras personas allegadas puedan acceder a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces como medio para determinar su paradero o su estado de salud (141)<sup>5</sup>.

Siempre que haya motivos razonables para sospechar que una persona es víctima de un delito de trata debe iniciarse una investigación. Esta obligación debe ser independiente de que se presente una denuncia, pues se impone la obligación de investigar sin dilación, de una manera seria, imparcial y efectiva. Toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de un delito que afecte gravemente los derechos fundamentales, deberá denunciarlo. En la legislación colombiana se exigía, que para prestar la atención mediata a las víctimas, se requería la presentación de la denuncia por parte de la víctima, era una de las críticas que se le tenía por parte de esta investigación a la ley; pero, mediante sentencia C- 470 de 31 de agosto de 2016, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de dicha norma. Pues como se ve la obligación de denunciar la conducta por lineamiento internacional es de

---

<sup>4</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>5</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

las autoridades que conozcan de algún hecho de esta índole, no pasarle como sucedía en nuestra legislación la obligación a la víctima (143).<sup>6</sup>

Para que la investigación sea efectiva, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado para desarrollar la investigación y la regulación de delitos autónomos. La persecución penal es un instrumento adecuado para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. La debida diligencia del Estado no solo debe ser para investigar y juzgar sino para prevenir (144).<sup>7</sup>

El Estado tiene el deber de garantizar los derechos a través de la prevención e investigación diligente; adelantar investigaciones serias y efectivas para ubicar a la víctima, identificar a los responsables, e imponer sanciones. Dentro de la debida diligencia del Estado, también está la obligación de ser un Estado proactivo y no simplemente reactivo, como sucede en el Estado Colombiano (158).<sup>8</sup>

Las obligaciones del Estado se robustecen de acuerdo a la suscripción de instrumentos internacionales, por ejemplo, la Convención Americana:

“178. La Corte Interamericana ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales competentes siguiendo estrictamente las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana.”<sup>9</sup>

El Estado está en obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos, recursos que deberán ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal. Todo ello dentro de la obligación general, a cargo del Estado, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos (190).<sup>10</sup>

El derecho de acceso a la justicia requiere que se haga efectiva la determinación de los hechos que se investigan y las correspondientes responsabilidades penales en tiempo razonable. Una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales (191).<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>7</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>8</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>9</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>10</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>11</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

Si bien se ha establecido que el deber de investigar es uno de medio, no de resultado, ello no significa, que la investigación pueda ser emprendida como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos (192).<sup>12</sup>

Debida diligencia – plazo razonable – acceso a la justicia (recursos efectivos): investigación penal (193).<sup>13</sup>

Principio de efectividad (201).<sup>14</sup>

Las autoridades encargadas de las investigaciones tienen el deber de asegurar que en el curso de las mismas se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos. En aras de garantizar la efectividad, la investigación debe ser conducida tomando en cuenta la complejidad del tipo de hechos y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en los mismos, de acuerdo al contexto en que ocurrieron, evitando omisiones en la recaudación de prueba en el seguimiento de líneas lógicas de investigación (206).<sup>15</sup>

No basta con adelantar investigaciones o diligencias para que las actuaciones del Estado sean consideradas realizadas con la debida diligencia, mientras no se restablezcan los derechos de las víctimas y se evite la impunidad (212).<sup>16</sup>

Debida diligencia: restablecimiento de los derechos de las víctimas, evitar la impunidad (212).<sup>17</sup>

El Tribunal ha definido la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”<sup>18</sup> (212).

---

<sup>12</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>13</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>14</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>15</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>16</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>17</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>18</sup> Cfr. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala, Fondo, supra nota 43, párr. 173; Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, supra nota 51, párr. 405, y Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala, supra nota 24, párr. 69.*

La Corte reitera que la debida diligencia en la investigación de los hechos del presente caso exige que ésta sea conducida tomando en cuenta la complejidad de los hechos, el contexto en que ocurrió y los patrones que explican su comisión (221).<sup>19</sup>

Se deben utilizar todos los medios necesarios para realizar con prontitud aquellas actuaciones y averiguaciones esenciales y oportunas para esclarecer la suerte de las víctimas e identificar a los responsables. El Estado debe dotar a las correspondientes autoridades de los recursos logísticos y científicos necesarios para recabar y procesar las pruebas y, en particular, de las facultades para acceder a la documentación e información pertinente para investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencias de la ubicación de las víctimas (222)<sup>20</sup>

La investigación penal no puede depender de la iniciativa procesal de la víctima, sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios; el Estado debe ser proactivo:

“Para que una investigación penal constituya un recurso efectivo para asegurar el derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas, así como para garantizar los derechos que se han visto afectados en el presente caso, debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, y debe tener un sentido y ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios” (233)<sup>21</sup>

Plazo razonable como un elemento del debido proceso:

“El artículo 8.1 de la Convención Americana establece, como uno de los elementos del debido proceso, que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. Al respecto, la Corte ha considerado preciso tomar en cuenta varios elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, c) la conducta de las autoridades judiciales y, d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. No obstante, la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias particulares, pues en casos como el presente el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable. En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un

---

<sup>19</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>20</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>21</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

período determinado que exceda los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto.” (244)<sup>22</sup>

El Estado debe tener en cuenta a la víctima como un sujeto activo en el proceso penal.

“los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación” (247).<sup>23</sup>

Aunque en esta sentencia no se analiza el delito de trata de personas, la Corte Interamericana se ocupa de la diligencia y efectividad que deben tener los Estados cuando hay serias violaciones a los Derechos Humanos. Los estudiosos del tema objeto de nuestro estudio han seleccionado esta jurisprudencia para analizar el estándar de la debida diligencia, aplicable a este tipo de criminalidad; toda vez, que de manera expresa la Corte no se ha pronunciado en lo referente a la trata, pero que como es sabido los Estándares fijados son obligaciones para que los Estados cumplan y así, hacerle frente a delitos graves; por lo tanto, son aplicables en general, sin ser necesario la especificidad. Recordemos que lo anterior lo referenciamos de la Primera Cumbre Iberoamericana de Derechos Humanos, Migrantes y Trata de Personas llevada a cabo en Bogotá en mayo de 2015, específicamente de las ponencias de María Fernanda Rodríguez -Vicepresidenta de la Asociación Civil “Unidos por la Justicia” de Argentina, y Alexei Julio Estrada -Director del Área Legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La garantía de adelantar una investigación efectiva hace parte del derecho de acceso a la justicia, por lo que se deben llevar a cabo las estrategias necesarias en el tiempo razonable para evitar la continuidad de la vulneración de los derechos humanos. Esto requiere que la investigación no sea el cumplimiento de una simple formalidad y que contenga una planificación para conseguir los fines, restablecer los derechos de la víctima y capturar, enjuiciar y sancionar a los responsables.

Podemos sustraer también que la investigación diligente se sustenta en el principio de efectividad y que uno de sus requisitos es la realización de una investigación seria e imparcial la cual debe resolverse de fondo en un plazo razonable.

---

<sup>22</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

Finalmente, la debida diligencia garantiza el restablecimiento de los derechos de las víctimas y evita la impunidad.

Así pues, a partir de estos presupuestos podemos reconstruir una definición de la debida diligencia para formularla como un estándar aplicable a la intervención del Estado respecto al delito de la trata de personas.

Como punto de partida citamos a la Real Academia Española, quien define respectivamente:

“DEBER  
Del lat. *debēre*.  
1. tr. Estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva. U.  
t. c. *prnl*. Deberse A la patria.

(...)  
DILIGENCIA  
Del lat. *diligentia*.  
1. f. Cuidado y actividad en ejecutar algo.  
2. f. *Prontitud, agilidad, prisa.*”<sup>24</sup>

Por consiguiente, decir que el Estado debe actuar con debida diligencia significa que está obligado por su soberanía a realizar las gestiones pertinentes con cuidado y prontitud. Esto se complementa con las obligaciones que adquiere un Estado social y democrático de derecho y su obligación de tutelar los derechos fundamentales.

Esta obligación esencial del Estado, legitima su funcionamiento y será su actuar diligente el que puntualice el cumplimiento de sus fines.

Retomando los lineamientos señalados por la Corte Interamericana, podemos afirmar además, que la debida diligencia es una obligación constitucional que tiene el Estado de investigar con iniciativa cuando existan motivos razonables de graves violaciones de derechos humanos, sin necesidad de denuncia. Esta gestión debe ser realizada en un plazo razonable, proporcionando los recursos efectivos para el acceso a la justicia, y a un proceso penal que valore las causas sistemáticas del delito y la complejidad de los hechos. De la misma forma debe asegurar las garantías procesales de la víctima y evitar la impunidad sancionando a los delincuentes.

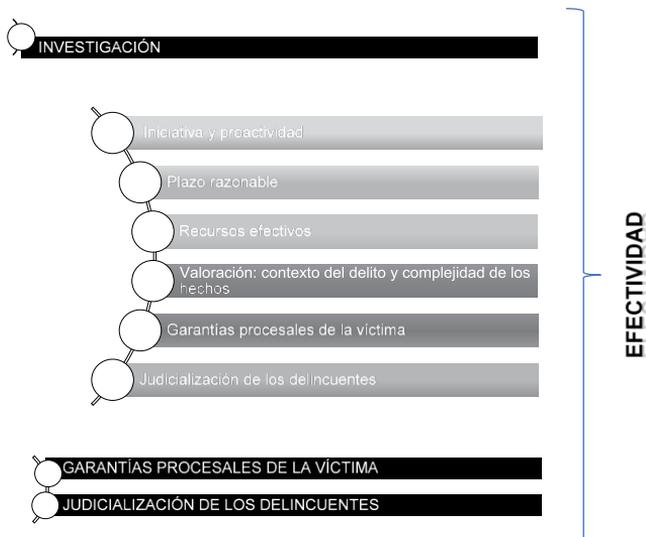
Se debe tener en cuenta que la anterior redefinición es la que consideramos pertinente a la investigación del delito de trata de personas.

A continuación, la desglosamos con la finalidad de proporcionar un entendimiento visual. Resaltamos en este esquema tres elementos principales, señalados con negro; juntos, aseguran la efectividad de la debida diligencia. En el caso de la investigación, es indispensable que cuente con cada uno de los componentes de la lista.

---

<sup>24</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española (España: RAE, 2016)

## DEBIDA DILIGENCIA



### DEBER DE PREVENIR, PERSEGUIR, INVESTIGAR Y JUZGAR<sup>25</sup>

Como lo pudimos ver, la debida diligencia es esencial para el efectivo cumplimiento de las gestiones que debe adelantar el Estado cuando se vulnera un derecho fundamental por la comisión de un delito. Continuando con el conjunto de obligaciones que tienen los Estados, se hace imprescindible el deber de prevenir, perseguir, investigar y juzgar a los responsables. Es importante resaltar que la trata de personas, como lo habíamos anotado hay que mirarla desde la óptica de violación de DERECHOS HUMANOS.

Continuando con la metodología propuesta, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, identificamos aquellos lineamientos esenciales para construir estándares obedecidos por los Estados cuando se comete el delito de trata de personas.

En primer lugar, retomamos las consideraciones hechas en el caso Baldeón García Vs. Perú.

Este proceso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado peruano por la tortura y posterior muerte de Bernabé Baldeón García por parte de efectivos militares, así como la falta de investigación y sanción a los responsables.

<sup>25</sup> La escogencia de los casos se referencia a la información obtenida en la Primera Cumbre Iberoamericana de Derechos Humanos, Migrantes y Trata de Personas llevada a cabo en Bogotá en mayo de 2015, específicamente de las ponencias de María Fernanda Rodríguez -Vicepresidenta de la Asociación Civil "Unidos por la Justicia" de Argentina, y Alexei Julio Estrada -Director del Área Legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“El señor Bernabé Baldeón García era un campesino de 68 años que vivía junto a su familia como trabajador agrícola en el Departamento de Ayacucho en Perú. El 25 de septiembre de 1990, como parte de un operativo contrainsurgente llevado a cabo en dicho Departamento, efectivos militares llegaron a la comunidad campesina del señor Baldeón García, en donde presuntamente procedieron a detener a tres personas, entre ellas el señor Baldeón García. La presunta víctima fue llevada a la Iglesia de Pacchahuallhua, en donde supuestamente fue sometida a maltratos físicos, siendo “amarrada con alambres y colgada boca abajo de la viga de la iglesia para luego ser azotada y sumergida en cilindros de agua”, y presuntamente falleció como consecuencia de estos tratos.”<sup>26</sup>

A estos hechos, perpetrados por miembros del mismo Estado, se adicionó la falta de una investigación completa, imparcial y efectiva. Los procedimientos penales no fueron satisfactorios ni avanzaron de manera oportuna. Por esta razón, la Corte desarrolla en sus consideraciones, el deber de prevenir, perseguir, investigar y juzgar que tiene el Estado respecto a los delitos; de estos pronunciamientos, extraemos aquellas consideraciones que consideramos pertinentes respecto al delito de trata de personas.

Resulta ser el caso Baldeón García importante para estudiar los deberes que tiene el Estado, pues en esta oportunidad se cometieron graves negligencias en la investigación adelantada por el Estado peruano.

“En respuesta a la detención, malos tratos, tortura y muerte extrajudicial del señor Bernabé Baldeón García, el primer recurso que el Estado debió haber suministrado era una investigación efectiva y un proceso judicial tendiente al esclarecimiento de los hechos, la sanción de los responsables y el otorgamiento de una compensación adecuada. La familia del señor Bernabé Baldeón García denunció los hechos ante diferentes autoridades, sin que esto haya culminado en una investigación efectiva por parte del Estado.”<sup>27</sup>

En primer lugar, resaltamos la importancia de adelantar la investigación, ya que, si no es realizada con seriedad, se presume que el mismo poder público está favoreciendo el encubrimiento del delito:

“91. Además, si los hechos violatorios a los derechos humanos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, favorecidos por el poder público, lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado.”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia del 6 de abril de 2006* (Corte Interamericana, 2006)

<sup>27</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia del 6 de abril de 2006* (Corte Interamericana, 2006)

<sup>28</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia del 6 de abril de 2006* (Corte Interamericana, 2006)

La debida diligencia del Estado, incluye que la misma investigación se adelante de inmediato una vez se tenga conocimiento del hecho:

“92. En estos casos las autoridades de un Estado deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho.”<sup>29</sup>

Es importante que el compromiso que asume el Estado, a través de los servidores públicos, sea real. La investigación no se debe adelantar cumpliendo los formalismos para “hacer ver” que se está haciendo algo; la iniciativa procesal la debe tener el Estado sin depender ni esperar las gestiones de las víctimas o sus familiares. Otro es el caso en el que se debe garantizar la participación de las víctimas o sus familiares, y mantenerlos al tanto de la investigación y el proceso.

“93. El deber de investigar es una obligación de medio, no de resultados. Ésta debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos.”<sup>30</sup>

Por lo tanto, la investigación debe tener un objetivo específico, determinar la verdad, la justicia y reparación así como procesar a los verdaderos responsables, sin buscar falsos positivos judiciales que simplemente nos encajen en un eficientismo penal; para esto, el Estado debe proporcionar todos los medios posibles e innovar tecnológicamente.

“94. Dicha investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.”<sup>31</sup>

Instaurar todos los medios posibles para la investigación, incluye crear todos los recursos legales, es decir, estrategias desarrolladas en la ley para que los ciudadanos tengan acceso a la justicia.

“144. El artículo 25.1 de la Convención establece la obligación de los Estados de garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. No basta con la existencia

---

<sup>29</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia del 6 de abril de 2006* (Corte Interamericana, 2006)

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia del 6 de abril de 2006* (Corte Interamericana, 2006)

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia del 6 de abril de 2006* (Corte Interamericana, 2006)

formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención.”<sup>32</sup>

Aquellas estrategias no deben ser simples enunciados legales, tienen que materializarse efectivamente, o de lo contrario, resultarán “ilusorias”.

“145. Al respecto, este Tribunal ha señalado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.”<sup>33</sup>

Hasta ahora podemos concluir que, aunque un país cuente con un marco legal desarrollado y garantista, será esto un mero espejismo si las instituciones y los servidores públicos no lo aplican correctamente.

Continuando con los lineamientos aplicables al proceso, reiteramos el importante papel que tienen las víctimas o sus familiares.

“146. El recurso efectivo del artículo 25 debe tramitarse conforme a las normas del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención. De éste, se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procuración del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación.”<sup>34</sup>

Una vez realizada la investigación, es compromiso de los juzgados tomar una decisión en un plazo razonable; superando los obstáculos dilatorios y dificultades técnicas según la dificultad de los procesos. Los jueces deben observar con gran atención qué hechos o circunstancias son los generadores de la ausencia de prontitud en la resolución de los casos de manera pronta y oportuna, para así establecer si la falla es de logística e implementación, o si existen deficiencias normativas que impiden administrar justicia con la debida diligencia; solo así se podrán buscar realizó la operación denominada Cándida Edéndida, donde fueron capturadas 69 personas por el delito de trata de personas; pero siete años después, es decir, al día de hoy el juicio no se ha podido terminar, es ahí en esa realidad viviente donde se debe indagar por las causas que impiden la agilidad de la justicia y el cumplimiento de los Estándares Internacionales.

---

<sup>32</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Corte Interamericana, 2006)

<sup>33</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Corte Interamericana, 2006)

<sup>34</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Corte Interamericana, 2006)

“150. El artículo 8.1 de la Convención establece como uno de los elementos del debido proceso el que los tribunales decidan los casos sometidos a su conocimiento en un plazo razonable. La razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento penal. En materia penal este plazo comienza cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito y termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme.”<sup>35</sup>

Se debe tener en cuenta aquellas dificultades de acceso a la justicia producto de los factores de desigualdad real de los ciudadanos. El contexto de la víctima, del agresor, del delito y del país, no pueden ser ignorados en la intervención de las instituciones ni en la decisión judicial, ni obstaculizar el derecho al debido proceso; para que una vez tenidos en cuenta, todos participen en igualdad de armas ante la justicia.

“202. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.”<sup>36</sup>

Después de estas apreciaciones la Corte hace un análisis concreto de las distintas vulneraciones de los derechos del señor Baldeón García en referencia a la investigación del delito.

“153. El plazo en el que se ha desarrollado el proceso es claramente irrazonable puesto que, a quince años de ocurridos los hechos, el procedimiento judicial continúa en la fase de instrucción. Este Tribunal considera que dicha demora, en exceso prolongada, constituye per se una violación del debido proceso, que no ha sido justificada por el Estado.”<sup>37</sup>

El deber de investigar que tiene el Estado es tan importante que ignorarlo constituye en sí mismo una vulneración a los derechos humanos de las personas, en este caso, de los dolientes del señor Baldeón García. Finalmente, es responsabilidad del

---

<sup>35</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Corte Interamericana, 2006)

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Corte Interamericana, 2006)

<sup>37</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Corte Interamericana, 2006)

Estado llegar a la verdad y evitar a toda costa que el delito quede impune, porque de ser así, perdería su legitimidad.

“165. La impunidad en este caso se refleja en la falta de un recurso efectivo y por lo tanto de un derecho de acceso a la justicia de los familiares del señor Bernabé Baldeón García.  
(...)”

195. El Tribunal ha establecido que prevalece, después de 15 años, la impunidad respecto de los hechos del presente caso. La Corte ha definido la impunidad como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.

El Estado está obligado a combatir esta situación por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares.”<sup>38</sup>

Continuando con esta metodología, pasamos a analizar la jurisprudencia de González y otras (Campo Algodonero) Vs. México.

“La demanda se relaciona con la supuesta responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (en adelante “las jóvenes González, Herrera y Ramos”), cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonerero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. Se responsabiliza al Estado por “la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada”.<sup>39</sup>

La desaparición y muerte de estas mujeres se da en un contexto de violencia en contra de la mujer. Sin investigaciones serias sobre esta materia, cientos de homicidios quedaron impunes y no se identificaron con certeza las causas. Este crimen nos deja entrever que la violencia sistemática en contra de las mujeres en razón de su género, no se da únicamente con la comisión del delito, sino también con la omisión y negligencia del Estado.

“151. La Comisión y los representantes alegaron que las actitudes de las autoridades estatales frente a los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez eran notoriamente discriminatorias y dilatorias, situación que la Comisión describió como un “alarmante patrón de respuesta y concepciones estereotipadas de las mujeres desaparecidas”. En particular, el patrón “se manifestaba en la percepción de los funcionarios estatales que la búsqueda y protección de mujeres reportadas como

---

<sup>38</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baldeón García Vs. Perú, Sentencia del 6 de abril de 2006* (Corte Interamericana, 2006)

<sup>39</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

desaparecidas no era importante” e implicaba que en un principio las autoridades se negaban a investigar.<sup>40</sup>

Los estereotipos existentes en contra de las mujeres impiden que la investigación adelantada por los funcionarios del Estado sea neutral. En el caso de la trata de personas que tiene como fin la explotación sexual, siempre estarán presentes los prejuicios sobre el sexo y la virtud de la mujer.

“153. Diversas fuentes afirman que la respuesta de funcionarios estatales frente a los crímenes fue influenciada por un contexto de discriminación basada en género. Según el Relator Especial sobre la independencia judicial de la ONU, “al principio es indudable que estos hechos no conmovieron mucho a los agentes de la policía y a los procuradores, quienes llegaron incluso a reprochar a las mujeres su presunta falta de moralidad”<sup>41</sup>

Dado el fuerte contexto de violencia por el que pasaba Ciudad Juárez, era una obligación del Estado preparar a sus funcionarios y planificar estrategias para prevenir nuevos delitos e identificar a los responsables de los asesinatos ya cometidos. Impresiona como en la vida contemporánea existen reproches morales que obstaculizan el trabajo del Estado, el cual debe ser neutral y diligente. Por ejemplo, en uno de los casos de la mencionada demanda:

“198. La madre de la joven Herrera declaró que, al interponer la denuncia, las autoridades le dijeron que su hija “no está desaparecida, anda con el novio o anda con los amigos de vaga”, “que si le pasaba eso era porque ella se lo buscaba, porque una niña buena, una mujer buena, está en su casa”.<sup>42</sup>

Estas excusas contradicen los lineamientos internacionales para llevar a cabo una investigación, incluso, se debió investigar de inmediato pues las mujeres desaparecidas eran menores y era altamente sospechoso que se desconociera su paradero. Se agrava aún más la situación ya que era de conocimiento público los reiterados asesinatos en contra de las mujeres en la zona.

Por otro lado, los vicios en las investigaciones no se presentaban únicamente en el momento en el que las mujeres desaparecían, años después, los homicidios siguen impunes:

“155. La Comisión hizo énfasis en que la respuesta de las autoridades ante los crímenes contra mujeres había sido “notablemente deficiente” y alegó que la gran mayoría de los asesinatos seguían impunes al momento de la visita de la Relatora de la CIDH a Ciudad Juárez en el 2002. Además, señaló que aunque el Estado tenía conocimiento de la gravedad

---

<sup>40</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>41</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>42</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

de la situación, "existía una gran brecha entre la incidencia del problema de violencia contra las mujeres y la calidad de la respuesta estatal ofrecida a este fenómeno, lo cual propendió a la repetición de los hechos".<sup>43</sup>

El examen hecho por la Corte Interamericana al Estado mexicano resulta relevante ya que se hace un análisis de la discriminación contra la mujer en el contexto de la investigación penal de graves delitos que atentan contra los derechos fundamentales. No podemos ignorar que la mayoría de víctimas de la trata de personas son mujeres, que muchas veces son juzgadas por prejuicios y estereotipos que vienen de la sociedad, y más grave aún, de los funcionarios del gobierno.

Cita la Convención Belém do Pará para definir la violencia de género:

"226. La Convención Belém do Pará define la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".<sup>44</sup>

La cruel situación vivida por cientos de mujeres durante varios años en Ciudad Juárez es un ejemplo de lo que significa la violencia de género, pues los crímenes eran un abuso exclusivo a la condición de mujer de las víctimas. Respecto a este tema, es importante que las normatividades de los Estados no trivialicen cualquier conducta en el que una mujer es víctima y la definan como violencia de género.

Continuando con las definiciones dadas por la Corte, tenemos el deber de prevención:

"252. La Corte ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado."<sup>45</sup>

Podemos ver que desarrollar la prevención de delitos es una tarea multidisciplinaria que abarca distintas estrategias, que además deben ser evaluadas permanentemente; incluye además que el agresor sea sancionado, para evitar que siga delinquiriendo, y finalmente, se debe indemnizar a las víctimas. Tomando como ejemplo el caso que nos compete, cuando el Estado ha identificado zonas de alto riesgo y

---

<sup>43</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>45</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

poblaciones vulnerables al delito de trata de personas, debe programar medidas que se adapten a los contextos y que prevengan efectivamente la comisión del delito con la sensibilización a la comunidad. La prevención debe hacerse desde distintas aristas pero es requisito de efectividad que haya continuidad. El Estado colombiano viene haciendo esfuerzos, por hacer campañas publicitarias con la intención de prevenir el delito de trata, pero lo que pudimos establecer a través de esta investigación es que no producen el resultado buscado por cuanto no hay continuidad en las mismas y tampoco son enfocadas al público que las requiere.

La debida diligencia está cohesionada con el deber de investigar, es un compromiso del Estado ser neutral sin importar las definiciones sociales en contra de las mujeres. Ciertos tipos de delitos están ligados a prejuicios específicos o a dinámicas culturales que los normalizan, por esta razón, se debe condenar las conductas que afectan gravemente las libertades de las mujeres sin importar las justificaciones culturales.

“293. La Corte considera que el deber de investigar efectivamente, siguiendo los estándares establecidos por el Tribunal (supra párrs. 287 a 291) tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres. En similar sentido, la Corte Europea ha dicho que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de violencia por razón de género.”<sup>46</sup>

A continuación, citamos integralmente los párrafos que mencionan los Estándares establecidos por el Tribunal según el texto anterior.

“287. De la obligación general de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. Asimismo, México debe observar lo dispuesto en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia y a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer. 288. En su sentencia de fondo emitida en el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte estableció que, conforme al deber de garantía:

---

<sup>46</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (Corte Interamericana, 2009)

[e]l Estado está [...] obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

289. El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos.

290. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales.

291. De otra parte, la Corte ha advertido que esta obligación se mantiene "cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado".<sup>47</sup>

No resulta extraño escuchar comentarios que eximen de responsabilidad al delincuente culpando a la víctima. El comportamiento de las mujeres, como su forma de vestir, no debe disculpar el acto criminal de un sujeto que tiene una concepción errada del papel de las mujeres en la sociedad y que cree que son su objeto de beneficio económico. En ese sentido:

"401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (supra párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de

---

<sup>47</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (Corte Interamericana, 2009)

estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer."<sup>48</sup>

El impacto negativo de la discriminación aumenta cuando influye negativamente en la investigación y obstaculiza la debida diligencia a cargo del Estado. Los problemas socio culturales de los países y sus dinámicas deben ser valorados en la política criminal, de lo contrario, tendremos una recopilación de leyes inaplicadas por una sociedad prejuiciosa e inculta.

"[I]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales."<sup>49</sup>

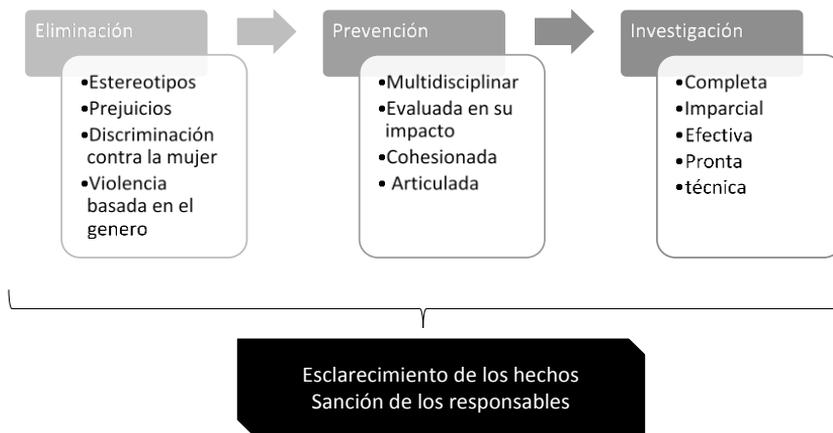
Finalmente, la Corte reconoce continuas deficiencias en las distintas etapas de las investigaciones adelantadas en el caso de Ciudad Juárez. Por citar algunas "Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave". Esta situación revela el incumplimiento de la obligación del Estado de proteger a sus ciudadanos y garantizar un sistema de justicia efectivo; pero esta problemática no se limita a su funcionamiento, por el contrario, se encuentra rezagada en la cultura y en las falsas calificaciones que hace la sociedad del rol de la mujer.

A continuación reunimos en una gráfica los principales lineamientos mencionados hasta ahora.

---

<sup>48</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009* (Corte Interamericana, 2009)

<sup>49</sup> CIDH, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.



## **DEBER DE REPARACIÓN INTEGRAL Y GARANTÍA DE NO REPETICIÓN<sup>50</sup>**

### **Masacres de Río Negro Vs. Guatemala**

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la comisión de cinco masacres en contra de los miembros de la comunidad de Río Negro ejecutadas por el Ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil en los años 1980 y 1982, así como a la persecución y eliminación de sus miembros.

Citamos este caso para identificar los principales elementos que el Estado debe tener en cuenta en el momento de reparar integralmente y garantizar la no repetición a las víctimas con sus derechos fundamentales gravemente vulnerados. Recordemos que la trata de personas atenta profundamente contra la dignidad humana pues esclaviza al ser humano, y, por lo tanto, estos supuestos, le son aplicables.

En primer lugar, consideramos pertinente resaltar la importancia de analizar el contexto de los hechos para determinar las reparaciones. La competencia de la Corte Interamericana no excluye las consideraciones de aquellas situaciones fuera de su competencia temporal y que resulten relevantes en la comisión del delito a estudio. Como se evidenció en el caso del Campo Algodonero, existen factores distintos a los elementos de los hechos del delito que lo determinaron, cómo el problema estructural de la

<sup>50</sup> La escogencia de los casos se referencia a la información obtenida en la Primera Cumbre Iberoamericana de Derechos Humanos, Migrantes y Trata de Personas llevada a cabo en Bogotá en mayo de 2015, específicamente de las ponencias de María Fernanda Rodríguez -Vicepresidenta de la Asociación Civil "Unidos por la Justicia" de Argentina, y Alexei Julio Estrada -Director del Área Legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

discriminación de género; de la misma forma, el conflicto armado en Guatemala y la discriminación a la población Maya fueron determinantes en la desaparición y masacre de los miembros de Rio Negro, situación que comprende el contexto del delito.

“55. De manera preliminar, el Tribunal estima necesario aclarar que, conforme a su jurisprudencia, el principio de irretroactividad y la cláusula facultativa de reconocimiento de la competencia contenciosa de esta Corte no implican que un acto ocurrido antes de la misma deba ser excluido de toda consideración cuando pueda ser relevante para la determinación de los hechos y las violaciones de derechos humanos que están dentro de su competencia temporal. En este sentido, la Corte observa que para resolver los distintos casos sometidos a su conocimiento ha requerido tomar en cuenta el contexto y otros hechos que se encuentran fuera de su competencia, pues el entorno político e histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas del caso, comprendiendo tanto la naturaleza de las violaciones a la Convención como las correspondientes reparaciones.”<sup>51</sup>

Identificamos entonces el primer elemento a tener en cuenta, considerar el contexto y otros hechos que revelen el entorno político e histórico que nos permitan esclarecer la magnitud del daño para posteriormente determinar las reparaciones.

Fueron varios los delitos cometidos en contra de la población de Rio Negro, donde el pueblo maya fue el grupo más afectado. Sus miembros en general fueron asesinados, perseguidos y desplazados, sus mujeres fueron abusadas sexualmente, y sus niños fueron comercializados como animales. Además de estas afectaciones severas a sus derechos, fue un pueblo sentenciado a perder su identidad, pues fueron expulsados de sus zonas sagradas, y sus ancianos, quienes eran líderes religiosos y culturales, fueron asesinados.

Veamos como los niños fueron víctimas de varios delitos, entre ellos la trata de personas:

60. Asimismo, los niños de las comunidades indígenas estuvieron expuestos a una multiplicidad de violaciones a sus derechos humanos, siendo víctimas directas de desapariciones forzadas, ejecuciones arbitrarias, torturas, secuestros, violaciones sexuales y otros hechos violatorios a sus derechos fundamentales. Las amenazas y torturas en contra de los niños fueron utilizadas, además, como una forma de torturar a sus familias. Igualmente, durante esta época existió un patrón de separación de niños de sus familias con posterioridad a las masacres, y de sustracción y retención ilegal de los mismos, todo ello perpetrado por las fuerzas militares y grupos armados ilegales. Dicha práctica implicó, en muchos casos, que se les cambiara el nombre y se les negara la identidad a los niños. La separación de niños de sus familias condujo, en algunos casos,

---

<sup>51</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

a la adopción ilegal o a la venta de aquéllos, a quienes también fueron negados el derecho a conocer su cultura. El informe de la CEH también señala que “[d]espués de [las] masacres u operaciones de tierra arrasada, muchos niños que ya podían valerse por sí mismos fueron llevados por los militares, comisionados militares o patrulleros para ser sometidos a condición servil en sus casas o en las de otras familias. Algunos de estos niños se vieron sometidos a situaciones de explotación y abuso sistemático”. La CEH determinó que “los niños debían realizar trabajos domésticos o diversas tareas que les encargaban en las casas donde se encontraban. Sufrieron todo tipo de maltrato físico y psicológico. Estos niños sufrieron, conjuntamente con la violación de su derecho a la libertad individual, la vulneración de todos sus derechos humanos, pues por las condiciones de servidumbre a la que fueron sometidos también se afectaron su integridad física y psicológica, se les mantuvo en una situación de explotación económica, abuso y permanente miedo”. Asimismo, el Informe Guatemala Nunca Más del Proyecto de la Recuperación de la Memoria Histórica de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (en adelante “Informe REMHI”) indica que “[a]parecen algunos casos de niños que fueron separados de sus familias o comunidades, secuestrados y adoptados de forma fraudulenta por algunos de los victimarios de sus familias. Esta práctica les ha condenado a vivir con los asesinos de sus familiares”. Este informe cita declaraciones del General Héctor Gramajo publicado en el periódico guatemalteco “Prensa Libre” del 6 de abril de 1989, según las cuales “en determinados momentos se volvió moda en las filas del Ejército hacerse cargo de pequeños de 3 o 4 años [...]”.<sup>52</sup>

Este “patrón de separación de los niños de sus familias” es un claro ejemplo de la trata de personas con la finalidad de ser explotados mediante la servidumbre. Vemos como no solo eran separados de sus familias, obligados a vivir con los asesinos de sus seres queridos y forzados a realizar trabajos domésticos, sino que se les negó su identidad, eran permanentemente maltratados física y psicológicamente y eran víctimas de todas las vejaciones propias de la esclavitud. Sin duda la trata de personas es un delito cruel que cosifica el ser humano y lo separa de su dignidad, pero esto es aún peor cuando los niños son los martirizados.

“120. Por lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del

---

<sup>52</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. El Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad.”<sup>53</sup>

De esto podemos concluir que el Estado debe desarrollar cada uno de los estándares en especial medida cuando las víctimas de la trata de personas son niños. El compromiso y exigencia en cada una de las obligaciones que tiene el Estado en prevenir, investigar y reparar se intensifica cuando es un menor el sujeto pasivo, pues estos gozan de una protección especial por el Derecho en general.

Continuemos con otros elementos sustraídos de la sentencia. Podemos deducir de este caso que los conflictos armados internos propician el desarrollo de las múltiples formas contemporáneas de esclavitud; con relación a esto, la Corte precisa lo siguiente:

“141. De conformidad con el artículo 6 de la Convención, “[n]adie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas”. En su conocido obiter dictum de la sentencia dictada en el caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, la Corte Internacional de Justicia precisó que en el derecho internacional contemporáneo la protección contra la esclavitud, y contra la discriminación racial, es una obligación internacional erga omnes, derivada “de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana” y, por lo tanto, atañe a todos los Estados.”<sup>54</sup>

La trascendencia de los efectos dañinos que tiene este delito en la humanidad justifica la creación permanente de medidas que acaben con su comisión a través de la efectiva y asertiva intervención del Estado. Desarrollando esta idea, en otro punto de la sentencia, la Corte menciona:

“225. Además, en virtud de que la protección contra la esclavitud y servidumbre es una obligación internacional erga omnes, derivada “de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana” (...), cuando los Estados tengan conocimiento de un acto constitutivo de esclavitud o servidumbre, en los términos de lo dispuesto por el artículo 6 de la Convención Americana, deben iniciar ex officio la investigación pertinente a efecto de establecer las responsabilidades individuales que correspondan.”<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, Sentencia del 4 de septiembre de 2012 (Corte Interamericana, 2012)

<sup>54</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, Sentencia del 4 de septiembre de 2012 (Corte Interamericana, 2012)

<sup>55</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, Sentencia del 4 de septiembre de 2012 (Corte Interamericana, 2012)

En el caso de Rio Negro, Guatemala incumplió sus obligaciones como Estado respecto a las masacres, desapariciones, violaciones, trata de personas, y la posterior impunidad y no reparación integral de sus víctimas.

Continuando con el tema que nos compete, la reparación integral y garantía de no repetición, dice la Corte:

“245. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención, la Corte ha establecido que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.”<sup>56</sup>

Deducimos entonces que la obligación de reparar “adecuadamente” cuando se produce un daño es un pilar del Derecho Internacional. La reparación no debe ser un requisito que se cumple superficialmente, debe incluir todo tipo de medidas que compensen integralmente a la víctima.

En este sentido, la reparación debe ser proporcional al daño, pero la Corte va más allá:

“247. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho.”<sup>57</sup>

Vincular los hechos, las violaciones declaradas, los daños y las medidas solicitadas le dan el carácter de integral a la reparación; todos estos elementos deben ser tenidos en cuenta, o de lo contrario, será una reparación superficial. Reparar no significa únicamente pagar, tener en cuenta los mencionados elementos permiten extender este concepto y hacerlo más completo.

Ahora bien, ¿cómo se repara?; en primer lugar, se invoca la restitutio in integrum que pretende reestablecer el estado anterior al daño:

“248. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la

---

<sup>56</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

<sup>57</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados. En el presente caso, la Corte tomará en cuenta las violaciones graves y masivas de derechos humanos cometidas por el Estado en el marco del conflicto armado interno, la falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como las consecuencias de los mismos.<sup>58</sup>

La plena restitución resulta especialmente difícil sobre todo porque los delitos más graves vulneran irreversiblemente la integridad física y psicológica de las personas. Es válido pretender un restablecimiento completo, pero en la mayoría de casos es materialmente imposible lograrlo; veamos un comentario de la Corte sobre este tema en el caso *Velasquez Rodríguez Vs. Honduras*, un caso de desaparición forzada en el que era imposible restituir la lesión causada.

27. La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención, debe estar orientada a procurar la restitución in integrum de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una “justa indemnización” en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida.<sup>59</sup>

Por esta razón, se debe “garantizar los derechos y reparar las consecuencias”; lograr este fin solo es posible a través de distintas medidas de “restitución, satisfacción y garantías de no repetición”.

Tenemos claro que una reparación pecuniaria es importante pero no es absoluta. El Estado debe proporcionar a través de distintos mecanismos la satisfacción de las necesidades que generó el daño en las víctimas y que incluye primordialmente la obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables. Ya desarrollamos este tema como un estándar en los capítulos anteriores, pero subrayamos que una investigación completa y diligente, que identifique, enjuicie y a la víctima y sus familiares necesitan tener verdad y justicia a cerca de los hechos. La reparación no solo debe ser pecuniaria, también deben existir reparaciones simbólicas que ayuden a la recuperación psicológica sufrida por los daños causados producto del trato inhumano recibido. Destacamos también la importancia de la garantía de no

---

<sup>58</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*, Sentencia del 4 de septiembre de 2012 (Corte Interamericana, 2012)

<sup>59</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Corte Interamericana, 1988)

repetición. Pero esta garantía no se ve de qué manera el Estado Colombiano la esté cumpliendo.

Respecto a este tema, en el párrafo 257 de la mencionada jurisprudencia, la Corte desarrolla las características que debe tener la investigación como elemento de la reparación:

“257. (...) En particular, el Estado deberá velar por que se observen los siguientes criterios:

a) en consideración de la gravedad de los hechos, no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de la obligación de investigar y enjuiciar a los responsables;

b) deberá investigar de oficio y de forma efectiva los hechos del presente caso, tomando en cuenta el patrón sistemático de violaciones graves y masivas de derechos humanos existente en la época en que éstos ocurrieron. Además de las afectaciones al derecho a la vida, el Estado debe considerar otras posibles graves afectaciones a la integridad personal y a la libertad personal, en particular, los presuntos actos de desaparición forzada, tortura, ejecuciones extrajudiciales, violación sexual, esclavitud y servidumbre, teniendo en cuenta, asimismo, los impactos diferenciados con motivo de las alegadas violaciones sufridas por los niños y las mujeres de la comunidad de Río Negro. El Estado también deberá ejecutar las órdenes de captura de los presuntos responsables que se encuentran pendientes y emitir las que sean pertinentes a efecto de enjuiciar a todos los responsables de los hechos del presente caso;

c) deberá determinar la identidad de todos los presuntos autores materiales e intelectuales de las masacres y de la posterior persecución de los miembros de la comunidad de Río Negro, por lo que deberá culminar el proceso penal iniciado contra ellos, y proceder a investigar a aquellos presuntos autores que aún no se encuentran identificados. La debida diligencia en la investigación implica que todas las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, por lo que deberán brindar al juez de la causa toda la información que requiera y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo;

d) deberá iniciar las acciones disciplinarias, administrativas o penales, de acuerdo con su legislación interna, de las posibles autoridades del Estado que han obstaculizado e impedido la investigación debida de los hechos, así como los responsables de las distintas irregularidades procesales que han contribuido a prolongar la impunidad de las masacres, y

e) deberá asegurar que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial, y que las personas que participen en la investigación, entre ellas las

víctimas o sus representantes, testigos y operadores de justicia, cuenten con las debidas garantías de seguridad.”<sup>60</sup>

Citamos de forma integral estas consideraciones y recalamos que los estándares componen una unidad, pues se encuentran interrelacionados y deben ser desarrollados por el Estado de forma paralela. Muchas de las anteriores recomendaciones han sido mencionadas a lo largo del trabajo y todas en forma conjunta constituyen la respuesta que se espera de un Estado que protege los derechos fundamentales de sus ciudadanos. No olvidemos, que las víctimas o sus familiares deben tener la garantía de participar activamente en el proceso de investigación y juzgamiento de sus agresores, sin que ello signifique que sean ellas quienes impulsan las actuaciones del Estado.

Las medidas de reparación integral no terminan con el acceso a la justicia en la investigación y sanción de los sujetos activos de la conducta penal, debe satisfacer los perjuicios causados por el daño, implementar medidas de rehabilitación y garantizar la no repetición. El daño causado a la víctima no es resarcido únicamente con la sanción a su agresor, las afectaciones físicas y psicológicas deben ser enmendadas en lo posible, poniendo a su disposición todo tipo de garantías proporcionadas por el Estado a través de sus instituciones, entre ellas, la atención psicológica.

“272. Con motivo de la denegación de justicia en perjuicio de las víctimas de violaciones graves y masivas de derechos humanos, como lo son las ocurridas durante masacres, se presenta una diversidad de afectaciones no sólo en la esfera individual de las víctimas sino también en la esfera colectiva. En este sentido, es evidente que las víctimas de impunidad prolongada sufren distintas afectaciones no sólo de carácter material por la búsqueda de justicia, sino también otros sufrimientos y daños de carácter psicológico y físico y en su proyecto de vida, así como otras posibles alteraciones en sus relaciones sociales y en la dinámica de sus familias y comunidades, particularmente tratándose de una comunidad indígena. Este Tribunal ha establecido que estos daños se intensifican por la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda efectiva e identificación de los restos de víctimas fallecidas, y la imposibilidad de los familiares de honrar apropiadamente a sus seres queridos. Frente a ello, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por

---

<sup>60</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

la gravedad de las afectaciones y el carácter colectivo de los daños ocasionados en el presente caso.”<sup>61</sup>

En el tema que nos compete, la trata de personas, la alteración en el proyecto de vida en las víctimas y los daños físicos y psicológicos, requieren diversas estrategias que las reparen y rehabiliten. En este sentido, la rehabilitación necesita indispensablemente una ayuda psicológica ininterrumpida.

“287. La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los padecimientos psicológicos y físicos sufridos por las víctimas, derivadas de las violaciones establecidas en el presente fallo.”<sup>62</sup>

Sin duda la atención psicológica gratuita es una medida indispensable para reparar integralmente a la víctima, para que recupere su proyecto de vida y logre superar los traumas que trajo consigo la explotación. Esta atención para que sea efectiva debe tener ciertas características tales como gratuidad, inmediatez, y debe ser proporcionada por instituciones del Estado; incluso, debe proporcionar los medicamentos de ser necesarios.

“289. Por lo tanto, con el fin de contribuir a la reparación de estos daños, el Tribunal dispone que el Estado brinde gratuitamente y de forma inmediata, a las víctimas que lo deseen y previo consentimiento informado, tratamiento médico y psicológico por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos. El tratamiento médico y psicológico debe brindarse por personal e instituciones estatales. En atención al fundamento de lo solicitado por los representantes, dicha atención médica y psicológica podrá llevarse a cabo a través de los sanadores de la comunidad maya Achí, de acuerdo a sus propias prácticas de salud y mediante el uso de medicinas tradicionales, para lo cual el Estado deberá acordar con los representantes la forma en que esta reparación se llevará a cabo.”<sup>63</sup>

Mencionamos anteriormente que las indemnizaciones pecuniarias no son suficientes, pero si son importantes. Al momento de reparar se debe tener en cuenta la magnitud de los daños materiales e inmateriales y proporcionar a las víctimas una retribución monetaria, por el impacto del delito, el cambio en su proyecto de vida y el perjuicio en general.

---

<sup>61</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

<sup>62</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

<sup>63</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

307. Este Tribunal ha establecido que el daño material supone la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso. Por otra parte, el daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”. Asimismo, la Corte ha sostenido “que es propio de la naturaleza humana que toda persona que padece una violación de sus derechos humanos experimente un sufrimiento, razón por la cual el daño inmaterial resulta evidente”.<sup>64</sup>

En nuestro tema en particular, cuando una persona es explotada comercialmente se genera un daño material proveniente del ingreso esperado por la víctima; no queremos decir que se pague un salario por su explotación, pero sin que se reconozca económicamente la actividad desempeñada por la víctima durante su explotación. En segundo lugar, si se asumieron gastos por parte de la víctima, por ejemplo, compra de pasajes u otros trámites, deben ser reincorporados. En tercer lugar, si el delito provocó algún tipo de gasto adicional en el que incurrió la víctima, como tratamiento médico o honorarios legales, deben ser así mismo asumidos.

Otro es el caso del daño inmaterial, éste debe ser proporcional a los sufrimientos ocasionados a la víctima y deberá aumentar cuando las vejaciones sean más graves. Advertimos de nuevo, que el obligado a cumplir este tipo de reparación es el sujeto activo de la conducta penal, pero es responsabilidad del Estado asegurarse de proporcionar todos los medios para que se efectúe justamente. Ahora bien, para que la reparación sea integral, la intervención del Estado y sus instituciones en el cumplimiento de compromisos es imprescindible.

Es por eso que además de los elementos mencionados hasta ahora se debe garantizar la no repetición del delito. La Corte propone en este punto la capacitación de fiscales, jueces y funcionarios del Estado en general para cumplir este fin.

“290. La Comisión solicitó a la Corte ordenar al Estado “implementar programas permanentes de derechos humanos y [de] derecho internacional humanitario en las escuelas de formación de las fuerzas armadas”. Los representantes solicitaron que la Corte ordene al Estado “capacitar a jueces y fiscales en materia de derechos humanos y [sobre] la importancia que revisten las violaciones a estos derechos para la correcta tramitación de asuntos judiciales en los que violaciones graves a los derechos humanos se encuentren involucradas”. El Estado “asum[ió] el compromiso” de continuar llevando a cabo capacitaciones para jueces y fiscales a través de instituciones tales como el “departamento de educación de la

---

<sup>64</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012* (Corte Interamericana, 2012)

Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos”, “la Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia” y las instancias jurisdiccionales.”<sup>65</sup>

El compromiso en capacitar los funcionarios que están en contacto directo con el caso es fundamental para que no exista impunidad, para que se respeten las víctimas y no existan prejuicios o discriminación, para que entiendan las dinámicas del delito y para que en general brinden un servicio garantista como representantes del Estado. La capacitación deberá extenderse a todo tipo de funcionarios, desde el miembro de aduana que puede sospechar de un posible caso, el miembro de policía judicial que hace la investigación, el fiscal que debe estructurar el proceso penal, el juez que debe penalizar según la gravedad de la conducta, el psicólogo que trata a la víctima, en general, a todas las personas involucradas en los procesos de atención a la víctima. De estos puntos hablaremos con mayor profundidad más adelante.

## REFERENCIAS

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia C-820 de 2005”. M.P. Dra Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional de Colombia. “Sentencia T. 1078, 2012”. M.P. Dr Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional De Colombia. “Sentencias C. 027 de 1993, C-179 De 1993, C-225 De 95, Sobre Bloque De Constitucionalidad”.

Corte Constitucional De Colombia. 2009. “Sentencia C. 931 de 2009”. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional De Colombia. 2012. “Sentencia T-1078/12 –Tutela Instaurada por Amalia”.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1988. *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Corte Interamericana, 1988)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. *Caso Baldeón García Vs. Perú*, Sentencia del 6 de abril de 2006 (Corte Interamericana, 2006)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. *Caso González y Otras (Campo Algodonero) Vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009 (Corte Interamericana, 2009)

---

<sup>65</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Masacres de Rio Negro Vs. Guatemala*, Sentencia del 4 de septiembre de 2012 (Corte Interamericana, 2012)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos México Sentencia del 21 de noviembre de 2009 (Corte Interamericana, 2009)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2012. Masacres de Río Negro Vs. Guatemala, Sentencia del 4 de septiembre de 2012 (Corte Interamericana, 2012)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Comisión Interamericana, 2015)

Corte Suprema de Justicia de Colombia. "Sentencia 29158 de 6 de Marzo de 2008". M.P. Dr. Augusto Ibáñez.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. 2010. Principios y Directrices sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas (Nueva York: Naciones Unidas, 2010)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Real Academia Española (España: RAE, 2016)

## A EXTRADIÇÃO DE CESARE BATTISTI DO BRASIL PARA ITÁLIA: EXERCÍCIO DA SOBERANIA POLÍTICA OU QUESTÃO JURÍDICA?

Luiz Renato Telles Otaviano<sup>1</sup>

**RESUMO:** Cesare Battisti, condenado à prisão perpétua por três homicídios praticados em seu país natal, Itália, fugiu para o Brasil no ano de 2004. Em 2007 chegou ao Brasil o pedido italiano de extradição, baseado em Tratado de Extradição assinado pelos dois países em 1989. Battisti requereu lhe fosse deferida a condição de refugiado político, que foi concedida pelo Ministério da Justiça, após negativa do Comitê Nacional para os Refugiados–CONARE. Após a concessão administrativa da condição de refugiado, o STF entendeu que havia a necessidade de apreciar o pedido de extradição, decidindo se confirmava a condição de refugiado ou concedia a extradição. Em decisão não unânime, o STF negou à condição de refugiado e deferiu a extradição, entretanto, entendeu que a decisão não vinculava o Poder Executivo, considerando a questão exercício da soberania política do país. Em virtude da decisão o Presidente da República negou a extradição. A análise dos votos dos Ministros do STF releva a dificuldade de se interpretar as normas constitucionais pertinentes, especialmente, no que se refere à conciliação dos poderes atribuídos ao próprio STF, a quem incumbe a última palavra quanto à interpretação do texto da Constituição, e ao Poder Executivo, a quem cabe as relações diplomáticas referentes à soberania do país.

**PALAVRAS CHAVE:** Extradição. Soberania política. Interpretação constitucional.

Tutela jurisdicional.

**ABSTRACT:** Cesare Battisti, sentenced to life imprisonment for three murders committed in his home country, Italy, fled to Brazil in 2004. In 2007 it arrived in Brazil the Italian extradition request, based on Extradition Treaty signed by both countries in 1989. Battisti requested the granted of political refugee status, which was granted by the Ministry of Justice, after refusal of the National Committee for Refugees-CONARE. After the administrative grant of refugee status, the Supreme Court held that there was a need to consider the request for extradition, that ruling was confirmed refugee status or granting extradition. In no unanimous decision, the Supreme Court denied the refugee status and granted the extradition, however, the understood that the decision was not binding on the executive branch, considering the issue exercise of political sovereignty of the country. Based on it the President's decision denied extradition. The Analysis of Supreme Court of Ministers' votes underlines the difficulty of interpreting the relevant constitutional requirements, especially with regard to reconciling the powers to own Supreme Court, which is responsible for the final word on the interpretation of the text of the Constitution, and Executive, who is responsible for diplomatic relations regarding the sovereignty of the country.

**KEYWORDS:** Extradition. Political sovereignty. Constitutional interpretation. Jurisdictional tutelage.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto do Curso de Direito de Três Lagoas–CPTL da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul-UFMS. Especialista em Direito Processual e Mestre em Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito pela Unioleto de Araçatuba-SP. Aluno regular dos Cursos para Doutorado da Universidade de Buenos Aires-UBA. Líder do Grupo de Pesquisa *Tutela Jurisdicional na Modernidade*, cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil do CNPq. E-mail: luiz\_rto@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O Ministério da Justiça do Brasil-MJB encaminhou ao Supremo Tribunal Federal do Brasil-STF, em 04/05/2007, documentação recebida da Itália solicitando a extradição do cidadão italiano Cesare Battisti, com fulcro no Tratado de Extradição firmado entre os dois países, na cidade de Roma, aos 17/10/1989, e promulgado no Brasil pelo Decreto n. 863, de 09/07/1993.<sup>2</sup>

Com efeito. Cesare Battisti, nascido na Itália, aos 18/12/1954, ex-militante do extinto grupo de extremistas políticos, denominado *Proletários Armados pelo Comunismo*, foi condenado na Itália, à pena de prisão perpétua, em razão do cometimento de quatro homicídios. Após fugir da Itália para o México, voltou para a Europa em 1990. Permaneceu em solo Francês, beneficiado pela política do então Presidente François Mitterrand, que concedia refúgio aos militantes políticos, desde que houvessem abandonado a luta armada. Com o fim do governo de Mitterrand, a Justiça Francesa decidiu pela extradição de Battisti, que fugiu para o Brasil em 2004. Em 01/03/2007, Battisti teve a prisão preventiva decretada pelo STF, e em 18/03/2007 foi detido e entregue à custódia da Polícia Federal do Brasil.

Informações e cópias de documentos constantes do pedido formulado pela Itália dão conta de que Battisti foi definitivamente condenado à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno por seis meses, pelos seguintes delitos: homicídio premeditado do agente penitenciário Antonio Santoro, ocorrido em 06/06/1977, em Udine; homicídio premeditado de Pierluigi Tregiane, ocorrido em 16/02/1979, em Milão; homicídio premeditado de Lino Sabbadin, ocorrido em 16/02/1979, em Mestre; e homicídio premeditado de Andréa Campagna, ocorrido em 19/04/1979, em Milão. As condenações foram proferidas pela Corte de Assise de Milão, em 13/12/1988. Em 16/02/1990 a Corte de Assise de Apelação de Milão confirmou as sentenças proferidas em razão dos homicídios de Antonio Santoro, Lino Sabbadin e Andréa Campagna, e em 31/03/1993, confirmou a condenação pelo homicídio de Pierluigi Tregiane. As decisões se tornaram irrevogáveis em 08/04/1991 e 10/04/1993, respectivamente. Os delitos imputados a Battisti não foram considerados crimes políticos pela Justiça Italiana, portanto.

A Itália fez constar do pedido de extradição a observação de que a condenação à prisão perpétua não impede, necessariamente, a concessão de benefícios como permissões, semiliberdade, liberação condicionada, liberação antecipada, e possibilidade de trabalho fora do estabelecimento prisional. Manifestou, ainda, o

---

<sup>2</sup> Todos os fatos e informações mencionadas no trabalho foram extraídos do processo de Extradição nº 1085-9, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal do Brasil, disponíveis no endereço eletrônico do tribunal: <http://www.stf.jus.br>, acesso em: 01 nov. 2013.

compromisso de não executar condenação não incluída no pedido inicial e de aceitação da decisão adotada pelas autoridades brasileiras. Demonstrando, assim, conhecimento e respeito à legislação brasileira, em especial ao disposto no art. 91 da Lei 6.815/80–Estatuto do Estrangeiro.<sup>3</sup> Por fim, requereu a manutenção da custódia do extraditando até decisão final da extradição.

No STF se instaurou, em 04/05/2007, o processo de Extradicação nº 1085-9, em obediência do disposto na letra “g”, do inciso I, do art. 102 da Constituição do Brasil-CF.<sup>4</sup> Em depoimento Battisti negou a prática de todos os delitos e afirmou que foi julgado à revelia e sem defensor, ressaltando o caráter político das condenações. *Pari passu*, requereu o reconhecimento da condição de refugiado junto ao Comitê Nacional para os Refugiados–CONARE. Tal pedido foi indeferido inicialmente, e aceito pelo Ministro da Justiça, em grau de recurso, com a concessão da condição de refugiado, nos termos do art. 1º, I, da Lei 9.474/97–Estatuto do Refugiado.<sup>5</sup>

A concessão da condição de refugiado gerou discussão entre a defesa do extraditando, Ministério Público Federal<sup>6</sup> e a Itália, acerca da continuidade do julgamento da extradição. A defesa requereu que o pedido fosse julgado prejudicado e extinto, sem julgamento do mérito, com base no art. 33, da Lei 9.474/97,<sup>7</sup> assim como, a consequente revogação da prisão preventiva. O Ministério Público Federal, por sua vez, pleiteou a extinção do feito, sem julgamento de mérito, ou, alternativamente, a procedência do pedido de extradição, caso o STF entendesse pela viabilidade do julgamento. A Itália, estado requerente, defendeu a procedência do pedido de extradição.

Diante desse quadro, coube ao STF decidir se se tratava de conceder a extradição ou legitimar a condição de Battisti como refugiado político, obtida administrativamente, condição que impediria legalmente a sua extradição.

A análise da legalidade da concessão do refúgio político se prende, necessariamente, à análise da motivação dos fatos que acarretaram a condenação do extraditando, uma vez que a concessão da benesse, na via administrativa, se fundamentou no art. 1º, I, do Estatuto do Refugiado (v. nota 5), sob o seguintes argumentos: a) a utilização pela República Italiana, à época dos fatos, de legislação de

---

<sup>3</sup> Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; II - de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição; III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação; IV - de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e V - de não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena.

<sup>4</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: [...] g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

<sup>5</sup> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país.

<sup>6</sup> O Ministério Público Federal interveio no processo de extradição na função de *custos legis*.

<sup>7</sup> Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

exceção para combater estado de acentuada convulsão social, que teria impedido um julgamento em consonância com o devido processo legal, ao extraditando; b) a existência de um “poder oculto” que dominava o Estado Italiano, e que se sobrepunha, inclusive, à legislação de exceção, e que teria sido o real inspirador das condenações do extraditando; c) a evidente natureza política dos crimes atribuídos ao extraditando, delineada pela capitulação inicial que se deu às denúncias, bem como, a prisão em divisão policial de operações especiais, onde se custodiavam os presos políticos; d) e, por fim, a situação vivida pelo extraditando na França, que de início recebeu asilo informal, na condição de ex-militante de esquerda, e posteriormente, em virtude de mudança de orientação política do governo francês, teve sua extradição decretada, o que originou a situação de cidadão expulso da França, por decisão política.

Além disso, caso de optasse pela extradição caberia, ainda, ao STF estabelecer se o *decisum* acarretaria a vinculação do Presidente da República, responsável pelo pronunciamento final acerca da extradição, conforme se depreende dos art. 1º, 4º, I, e 84, VII, da CF.<sup>8</sup>

A solução do problema proposto demanda esforço hermenêutico, trata-se, por certo, de *hardy case*.<sup>9</sup> Se, por um lado, não há dúvida acerca da competência do STF para julgar pedido de extradição, da mesma forma, não é duvidoso que compete ao Presidente da República se pronunciar, definitivamente, acerca da entrega de estrangeiro em virtude de pedido de extradição, que pode se conceituar como: “a entrega, por um Estado a outro, e a pedido deste, de indivíduo que em seu território deva responder a processo penal ou cumprir pena.” (REZEK, 2000, p. 189).

Por outro lado, é tormentosa a tarefa de definir se a decisão do STF implica, inevitavelmente, em um condicionamento do pronunciamento do Presidente da República acerca da concessão da extradição, ante a ambiguidade das normas aplicáveis, o que propicia um sério *problema de interpretação*,<sup>10</sup> que se verifica ao se observar a evidente incompatibilidade das possíveis soluções.

Caso o entendimento seja no sentido de que a decisão do STF condiciona o

---

<sup>8</sup> Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional. Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:[...] VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos.

<sup>9</sup> Un caso es fácil cuándo la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuándo la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que buscarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el Derecho para el caso). (REGLA, 2007, p. 673).

<sup>10</sup> Existe un *problema de interpretación* cuando no hay duda sobre cuál sea la norma aplicable (es decir, tenemos una norma de la forma  $p \rightarrow q$ ), pero la norma en cuestión admite más de una lectura (por ejemplo, podría interpretarse en el sentido de  $p \rightarrow q$ , o bien  $p' \rightarrow q$ ). (ATIENZA, 2005, p. 112).

Presidente da República, o seu papel seria meramente representativo da Nação. Assim, caberia ao chefe do executivo tão somente comunicar oficialmente a decisão judicial ao país solicitante da extradição, sem qualquer poder de alteração do *decisum*. Em última análise, a extradição seria considerada uma *questão jurídica* e, por conseguinte, afeta ao talante do Poder Judiciário.

Entendendo-se em sentido contrário, a norma constitucional que estabelece como competência privativa do Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros concederia poder de decisão acerca da extradição, e não de mera representação da Nação. Neste passo, o papel do Judiciário ao analisar o pedido de extradição passaria de decisório para consultivo não vinculativo. Tal entendimento implicaria em considerar a extradição uma *questão política*, afeta, portanto, ao poder discricionário do Presidente da República, ainda que submetida a análise prévia de legalidade.

Verifica-se, portanto, que a simples subsunção do caso concreto às normas aplicáveis não seria suficiente. Indubitavelmente, haveria necessidade de interpretação que superasse a mera incidência das normas, já que ao estabelecer a competência do STF para decidir sobre a extradição, e ao Presidente da República para manter relações com Estados estrangeiros, a CF não explicitou se o julgamento do STF vincula o Presidente da República. Demais disso, o extraditando ostentava a condição de refugiado, obtida administrativamente.

## **2. As razões da decisão do STF no processo de Extradição nº 1085-9**

O STF, em 16/12/2009, julgou o pedido de Extradição nº 1085-9, formulado pela Itália, determinando a ilegalidade da concessão da condição de refugiado ao extraditando Cesare Battisti; e deferindo o pedido de extradição. Ao final, decidiu que o deferimento do pedido de extradição não vincularia o Presidente da República, titular do direito de decidir definitivamente sobre a extradição. Todos os aspectos da decisão acarretaram discussão na Corte e resultaram decisões não unânimes.

Após a decisão do STF o Presidente da República acatou parecer da Advocacia Geral da União e optou por negar a extradição de Cesare Battisti para a Itália, fundamentando sua decisão no permissivo contido na letra “f”, do número 1, do artigo 3 do Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Itália, que considera a condição pessoal do extraditando como razão que autoriza a negativa de extradição.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Artigo 3. Casos de recusa de extradição. 1. A extradição não será concedida:[...] f) se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;

A análise das razões da decisão perpassa, necessariamente, pelo tratamento dado pela doutrina ao tema. Há que se considerar que, embora, a extradição tenha características de questão política, envolvendo nações soberanas. Há, necessariamente, envolvimento do poder judiciário, devido à existência de processo penal findo, ou em andamento, que servirá de amparo à pretensão. Uma questão jurídico-penal, portanto, é pressuposto elementar de um pedido extradicional.

Ademais, além do pressuposto jurídico-penal o pedido de extradição deve ser fundamentado em tratado firmado entre as nações envolvidas. Na espécie, conforme já observado, Brasil e Itália firmaram Tratado de Extradição em Roma, aos 17/10/1989, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 863, de 09/07/1993. Não havendo tratado entre as partes subsiste, entretanto, a possibilidade de requerimento de extradição baseada na promessa de reciprocidade, instituto próprio do Direito Internacional.<sup>12</sup>

Há que se observar, entretantes, que a reciprocidade é matéria afeta, única e exclusivamente, ao talante do Executivo, titular do exercício da soberania da nação. Não havendo, portanto, necessidade de referendo legislativo, e tampouco, judiciário. E isso, se deve ao fato de que o governo pode declinar da promessa formulada, ou seja, a promessa não gera obrigação para a nação. A legislação brasileira prevê expressamente as duas hipóteses de extradição, no Estatuto do Estrangeiro.<sup>13</sup>

A análise judicial prévia do pedido extradicional comporta algumas considerações importantes. Seguindo os preceitos constitucionais já mencionados e transcritos – art. 1º, 4º, I, e 84, VII, da CF – tem-se, por certo, que no Brasil compete, *exclusivamente*, ao Presidente da República o exercício da *soberania nacional*. A extradição é, sem dúvidas, manifestação da soberania nacional, razão pela qual o STF julgou prejudicada a reclamação formulada pela Itália após a negativa de extradição de Cesare Battisti pelo Presidente da República, mesmo tendo a Corte deferido o pedido. E assim agiu, em respeito à sua própria decisão no pedido de extradição, que considerou que o resultado proclamado não acarretava a vinculação do Presidente.

Tal posicionamento, entretanto, não foi pacífico. O STF discutiu se havia obrigatoriedade de submissão do Presidente da República ao pronunciamento judicial, no que tange ao mérito da extradição. Ao final, decidiu-se, de forma não unânime, que o Presidente da República não se vinculava à decisão da Corte, mas deveria agir de acordo com o Tratado firmado entre os países. Não por outro motivo, o Chefe do Executivo motivou a recusa da extradição em permissivo expresso no Tratado de

---

<sup>12</sup> Assim, não havendo tratado, a reciprocidade opera como base jurídica da extradição quando um Estado submete a outro um pedido extradicional a ser examinado à luz do direito interno deste último, prometendo acolher, no futuro, pedidos que transitem em sentido inverso, e processá-los na conformidade de seu próprio direito interno. (REZEK, 2000, p. 190).

<sup>13</sup> Art. 76. A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Extradição firmado entre Brasil e Itália.

No julgamento se levantou a tese, vencida ao final, de que uma vez que o país se sujeita ao cumprimento do Tratado firmado, o deferimento judicial da extradição importaria em *obrigação* ao Presidente da República de extraditar Cesare Battisti, sob pena de cometimento de ilícito internacional e interno.

A tese aventada foi de que não se nega a existência de certo grau de discricionariedade na decisão do Executivo, mas essa discricionariedade estaria delimitada pelos preceitos legais aplicáveis. Na espécie, em especial pelos art. 67, 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro,<sup>14</sup> bem como, pelas disposições previstas no Tratado de Extradição pertinente. Assim, a *discricionariedade* do Presidente da República não se confundiria com *arbitrariedade*. Esse posicionamento, que ao final não prevaleceu, revela-se mais condizente com a *atividade deliberativa e justificativa* que se espera para a solução dos *hardy cases*, já que propicia uma interpretação sistemática e coerente do ordenamento jurídico.

A doutrina brasileira, a seu turno, também se mostra titubeante ao tratar do tema. Ora passa pela questão sem tomar partido.<sup>15</sup> Ora toma partido, porém, sem demonstrar convicção.<sup>16</sup> Ora posiciona-se de maneira mais incisiva.<sup>17</sup> Este último posicionamento, incisivo, foi citado no julgamento do pedido de extradição de Cesare Battisti, pelos Ministros partidários da vinculação do Presidente da República à decisão da Corte.

No julgamento em questão, entretanto, o STF considerou, por maioria de

---

<sup>14</sup> Art. 67. Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação. Art. 89. Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 67. Art. 90. O Governo poderá entregar o extraditando ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção.

<sup>15</sup> A permissão da extradição está sujeita, de acordo com a nossa legislação, a um exame prévio da solicitação pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (art. 102, I, "g", da Constituição) que apreciará o caráter da infração – se for de natureza política ou comum, muito embora possa este deixar de considerar crime político os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem como os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem pública ou social (§ 3º do art. 77, da Lei nº 6.815, de 19.08.1980), consequência direta da cláusula belga ou do atentado (cláusula adotada pela lei belga de 22.03.1856, estimulada pelo atentado contra NAPOLEÃO III, considerando delinquentes comuns os que atentassem contra a vida de um Chefe de Estado ou de seus familiares)[sic]. (ARAÚJO, 2002, p. 94).

<sup>16</sup> Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao tribunal traduz aquiescência da parte do governo.[...] Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o tribunal *deferir* a extradição. Não se limita, assim, a *declarar-la viável*, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária. (REZEK, 2000, p. 192).

<sup>17</sup> Encaminhado o pedido ao STF, vai este tribunal examinar os fatos e se manifestar sobre a legalidade do pedido em termos definitivos. Assim é a prática atual do STF.[...] Ocorre que, sendo o Presidente da República, e não o STF, o competente para 'manter relações com Estados estrangeiros' (CF, art. 84, inc. VII), será sua – e não do Poder Judiciário – a palavra final sobre a efetiva concessão da medida. Portanto, autorizada pelo STF a extradição, compete ao Presidente da República decidir em definitivo sobre sua conveniência, sendo perfeitamente possível que a autorização do Supremo não seja efetivada pelo Presidente, sem que isso cause qualquer tipo de responsabilidade para este último. Tal somente não se dará – ou seja, o Presidente somente será obrigado a efetivar a medida – quando existir tratado de extradição entre os dois países, uma vez que, neste caso, se está diante de uma obrigação internacional assumida pela República Federativa do Brasil, impossível de ser desrespeitada pelo governo. (MAZZUOLI, 2007, p. 608).

cinco votos, que, mesmo em plena vigência de Tratado de Extradicação, a decisão judicial não vincula o Chefe do Executivo, titular absoluto do exercício da soberania do país, *ex vi* dos preceitos constitucionais pertinentes. Afastando-se, desta forma, da ideia de que a celebração de tratado gera uma obrigação internacional à Nação, que ficaria submetida, unicamente, à análise prévia do judiciário quanto à legalidade da extradicação.

No mais, a Corte rechaçou, também, a ideia difundida pela doutrina de que submeter ao judiciário a análise prévia do pedido extradicional gera a presunção de aceitação da decisão pelo executivo, razão pela qual o STF teria adotado a *praxis* de deferir ou indeferir a extradicação, não se limitando a julgá-la viável ou não.

Ao julgar o mérito do pedido de extradicação de Cesare Battisti, entretanto, o STF analisou, preliminarmente, a concessão da condição de refugiado político ao extraditando, questão tida como prejudicial ao julgamento da legalidade da extradicação. Observe-se que, conforme salientado antes, o pedido elaborado junto ao CONARE foi indeferido, gerando recurso endereçado ao Ministro de Estado da Justiça, que deferiu o pedido sob o argumento de que o extraditando teria motivos para temer represálias em função de sua condição pessoal, conforme prevê o art. 1º, inciso I, do Estatuto do Refugiado.

Assim, por força da previsão contida no art. 33 do Estatuto do Refugiado a concessão da condição de refugiado político impediria o seguimento de pedido extradicional baseado nos fatos que ensejadores da concessão. Não por outra razão, houve reação da Itália, que impetrou Mandado de Segurança – que foi autuado em apenso ao pedido extradicional – questionando a legalidade do ato administrativo que concedeu a condição de refugiado ao extraditando.

Tal situação impôs ao STF a obrigação de analisar a condição pessoal do extraditando, como fator impeditivo do deferimento da extradicação, pelo entendimento de que a concessão teria sido obtida via ato administrativo vinculado, que não escapa à análise judicial.

Após vários argumentos em sentidos opostos, o STF concluiu que o ato administrativo vinculado – na espécie, a concessão da condição de refugiado ao extraditando – deveria ser apreciado no julgamento da causa principal, em forma de preliminar de mérito. Matéria esta que poderia, inclusive, ser conhecida de ofício e, por óbvio, ser suscitada pela parte interessada. Destarte, julgou prejudicado o Mandado de Segurança impetrado pela Itália, ante a falta de interesse de agir.

Ao apreciar a preliminar de mérito o STF, por decisão não unânime, declarou a nulidade do ato de concessão da condição de refugiado ao extraditando. A Corte considerou haver um completo descompasso entre as razões fáticas motivadoras do ato administrativo e a norma legal permissiva da concessão da condição de refugiado. Tal

consideração levou à declaração de nulidade absoluta do ato administrativo, já que vinculado aos motivos que o justificaram.

A decisão combateu um a um os argumentos motivadores da decisão concessiva de refúgio. Em primeiro lugar, assentou-se que não havia à época dos fatos, como de resto não há, atualmente, qualquer argumento que justifique temor que o Estado Italiano seja arbitrário ou de exceção, daí porque não haver justificativa para temor de represálias por parte do extraditando. Pontuou-se, ainda, que a insinuação da existência de um “poder oculto”, ensejador das condenações que atingiram o extraditando, não guarda consonância com nenhum dado da realidade histórica da República Italiana.

No que tange à alegação do caráter político dos atos praticados pelo extraditando, a Corte esclareceu que somente ao judiciário compete tal análise. Desta forma, foge à competência da autoridade administrativa analisar o mérito da questão, que deve se limitar à verificação objetiva das taxativas hipóteses legais de concessão do refúgio, que são causas extrínsecas de inviabilidade de extradição. Já no que diz respeito às causas intrínsecas é, única e exclusiva, do STF a competência para análise, conforme deflui do disposto nos art. 77, § 2º, do Estatuto do Estrangeiro,<sup>18</sup> cc. art. 102, I, “g” da CF. Tanto é assim, que entre as hipóteses previstas no art. 1º do Estatuto do Refugiado não consta a situação de condenado por crime político.

Estranhamente e incoerentemente, após declarar que somente ao Judiciário caberia analisar a motivação política ou não dos atos que resultaram na condenação do extraditando, o STF entendeu que a sua decisão não acarretaria a vinculação do Presidente da República.

No mais, a Corte desconsiderou por completo a alegação de motivação política dos crimes praticados pelo extraditando. Considerou-se que os crimes foram praticados em nome de organização revolucionária clandestina e *em plena normalidade institucional de Estado Democrático de Direito*, o que impede que se considerem os crimes atos de propósito político imediato ou legítima retaliação a regime totalitário.

Com relação aos fatos ocorridos em França, a Corte não vislumbrou relação com o pedido de extradição da Itália. E isso, porque eventual perseguição política ocorrida em terceiro Estado – no caso a França – em nada deve influir na apreciação da condição pessoal do extraditando em seu país natal, no caso a Itália que é o autor do pedido extradicional.

Não bastassem os argumentos até aqui expendidos, a Corte ainda trouxe à colação as disposições contidas no *manual de procedimentos e critérios para determinar a condição de refugiado político*. Publicado em 2004, pelo Alto Comissariado das Nações

---

<sup>18</sup> Art. 77. Não se concederá a extradição quando:[...] § 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.

Unidas para Refugiados – ACNUR, o manual cuida de diferenciar punição prevista pela prática de delito comum de perseguição, considerando que não serem refugiados aqueles que se furtam à punição pela prática de delitos comuns.<sup>19</sup>

Com isso, a Corte descortinou a viabilidade do exame de mérito do pedido extradicional, julgando-o de acordo com o explanado adiante. A decisão, não unânime, de nulidade da concessão da condição de refugiado ao extraditando influenciou no julgamento de mérito. Dos nove Ministros que voltaram, dois se declaram suspeitos, cinco deferiram o pedido de extradição formulado pela Itália, e os outros quatro votaram pela extinção do pedido, sem julgamento de mérito, em virtude da concessão da condição de refugiado ao extraditando. A decisão de mérito, desta forma, dividiu-se em dois blocos. Baseados nos argumentos adiante explanados sucintamente.

Entre os Ministros que consideram válida a concessão de refúgio ao extraditando e, por via de consequência, julgaram extinto o pedido principal, vários foram os argumentos expendidos.

O Ministro Eros Grau entendeu que o conceito de ato administrativo vinculado adotado na decisão superou os limites legais, chegando à radicalização dos efeitos da vinculação. Assim, a considerar-se tal conceito de ato administrativo vinculado, não restaria qualquer margem de discricionariedade ao Executivo brasileiro, que poderia ver todos os seus atos revistos pelo judiciário, por ato de ofício, inclusive. Votou pela extinção sem julgamento do mérito, portanto, por considerar a inviabilidade de revisão judicial do ato de concessão de refúgio praticado pelo Ministro de Estado da Justiça. E no mérito, acatou a alegação de natureza política dos crimes praticados pelo extraditando, pelo que, votou pelo indeferimento da extradição.

O Ministro Marco Aurélio Melo defendeu que o mandado de segurança, julgado prejudicado, seria a sede adequada para a impugnação da concessão da condição de refúgio ao extraditando. Alertou que o processo de extradição não pode ser transmutado em recurso contra ato administrativo de competência do Ministro de Estado da Justiça, para votar pela extinção do pedido extradicional, sem julgamento de mérito. No mais, considerou o caráter político dos crimes praticados pelo extraditando, para votar, no mérito, pelo indeferimento do pedido.

A Ministra Cármen Lúcia, em voto sucinto, considerou a higidez do ato

---

<sup>19</sup> (b) Perseguições. 51. Não existe uma definição universalmente aceita de "perseguição" e as diversas tentativas de a formular obtiveram pouco sucesso. Do Artigo 33 da Convenção de 1951, pode-se inferir que a ameaça à vida ou à liberdade em virtude da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou por pertencer a um certo grupo social é sempre perseguição. Outras violações graves aos direitos humanos - pelas mesmas razões - constituiriam também perseguição.[...] (d) Punição. 56. Deve-se distinguir perseguição de punição prevista por uma infração de direito comum. As pessoas que fogem de procedimentos judiciais ou à punição por infrações desta natureza não são normalmente refugiados. Convém relembrar que um refugiado é uma vítima - ou uma vítima potencial - da injustiça e não alguém que foge da justiça.[...] Disponível em: <  
<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/3391>>. Acesso em: 29 mar. 2013.

administrativo que concedeu a condição de refugiado ao extraditando e votou pela extinção do pedido extradicional, sem julgamento de mérito.

E, por fim, o Ministro Joaquim Barbosa explorou o caráter diplomático do pedido de extradição. Alertou sobre a limitação da função do judiciário nas questões de soberania e relações internacionais do Brasil. Ao final, votou pela extinção sem julgamento de mérito do pedido, ante a concessão da condição de refugiado ao extraditando.

O que se observa é que a ilegalidade da concessão da condição de refugiado ao extraditando, decidida de forma não unânime, determinou a decisão de mérito do pedido extradicional. Os cinco Ministros que consideram o ato administrativo de concessão da condição de refugiado político ilegal votaram pelo deferimento da extradição de Cesare Battisti para a Itália, uma vez que consideram não haver fundados motivos para temor por qualquer espécie de perseguição contra o extraditando na Itália, assim como, desconsideram a alegação de caráter político dos crimes pelos quais o extraditando foi condenado.

Conforme salientado antes, após a decisão final do STF o Presidente da República acatou parecer elaborado pela Advocacia Geral da União, para indeferir a extradição de Cesare Battisti para a Itália, sob a alegação de que há ponderáveis razões para supor que o extraditando possa ser submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, em virtude do seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante.

O referido parecer, que deu suporte ao ato do Presidente da República para negar a extradição de Cesare Battisti baseou-se, inclusive, na própria decisão do STF. Afinal, conforme salientado antes, por maioria de votos, decidiu-se que o deferimento da extradição não importaria em obrigatoriedade de aceitação da decisão pelo titular do exercício da soberania política do Brasil. Havia obrigação, por outro lado, de cumprimento do Tratado firmado entre os países.

A negativa de extradição originou, por parte da Itália, a Reclamação nº 11.243 endereçada ao STF. O reclamo foi julgado prejudicado, uma vez que a Corte já havia decidido, no pedido de extradição, que o Presidente da República não estaria vinculado à decisão exarada, mercê de seu poder Constitucional de exercício da soberania política do Brasil. No mesmo ato, foi elaborado pedido de relaxamento de prisão preventiva do extraditando, julgado procedente pelo STF, que determinou a expedição de alvará de soltura em favor de Cesare Battisti.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pedido de extradição de Cesare Battisti escancarou divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do instituto da extradição no ordenamento jurídico brasileiro e, primordialmente, acerca do papel do Poder Judiciário na análise do exercício da soberania da Nação. Ao final, prevaleceu o entendimento de que segundo os preceitos constitucionais e ordinários compete ao Presidente da República, exclusivamente, determinar a extradição de estrangeiro submetido a processo penal em seu país de origem, sem prejuízo da manifestação prévia do órgão máximo do judiciário brasileiro. Sem embargo, de se ter discutido, de forma preliminar, acerca da concessão administrativa da condição de refugiado a estrangeiro, de acordo com a legislação pertinente.

O STF, portanto, se colocou na condição de órgão consultivo não-vinculativo no que diz respeito ao exercício da soberania do Brasil, para fins de determinação da extradição de súdito estrangeiro, ainda que haja tratado de extradição firmado entre as Nações.

Tal não se deu, entretantes, de maneira unânime. Em nenhuma das várias questões enfrentadas pela Corte houve consenso entre os Ministros, delineando-se as profundas divergências que pairam sob o tema. Frise-se que, como apenas nove, dos onze Ministros votaram, nenhuma das teses vencedoras alcançou a maioria absoluta de seis votos. Não é possível, portanto, afirmar que o resultado do julgamento da extradição de Cesare Battisti demonstrou a posição da Corte naquele momento, no que diz respeito ao exercício da soberania política nas relações internacionais, e tampouco, no que respeita ao alcance das decisões do Poder Judiciário neste assunto. Não é possível afiançar, por conseguinte, que a decisão do pedido extraditacional em tela tenha contorno de jurisprudência a se consolidar no STF.

Observe-se, ademais, que o STF considerou ilegal a concessão da condição de refugiado ao extraditando, baseada no do art. 1º, inciso I, do Estatuto do Refugiado. As razões utilizadas pelo Ministro de Estado da Justiça para considerar o extraditando refugiado foram amplamente discutidas e rechaçadas, e a Corte afirmou ser competência exclusiva do judiciário decidir acerca das causas intrínsecas da extradição, ou seja, sobre a natureza dos atos praticados pelo extraditando.

Chama atenção o fato de que a negativa da extradição pelo Presidente da República tenha se amparado em parecer com razões similares às expostas no ato de concessão da condição de refugiado ao extraditando, pelo Ministro de Estado da Justiça. Ou seja, a decisão do STF não estabeleceu qualquer controle de legalidade no exercício

da soberania política pelo Presidente da República, que negou a extradição com base nas mesmas razões consideradas ilegais pela Corte.

Injustificadamente, e quiçá incoerentemente, o STF analisou o mérito da concessão, por ato administrativo, da condição de refugiado político ao extraditando, rechaçando, um a um, os argumentos motivadores da decisão. E, por outro lado, não vinculou a declaração de ilegalidade do ato administrativo à análise final do Presidente da República acerca a extradição.

Não se evidencia coerente considerar a concessão do refúgio político como ato administrativo vinculado, sujeito ao controle judicial, e considerar não vinculativa a decisão final de concessão da extradição. Afinal, tanto a concessão do refúgio, quanto a extradição, são decisões afetas ao exercício da soberania Nacional. Mais lógico seria analisar as duas espécies de ato administrativo da mesma maneira e não conferir tratamento diferenciado a ambos.

Verifica-se que o raciocínio que levou à decisão de viabilidade de controle judicial da concessão de refúgio, e inviabilidade desse controle no caso de decisão administrativa de negativa de extradição, ainda que baseada nos mesmos argumentos, deixa transparecer um exercício de subsunção, puro e simples, do caso concreto às normas pertinentes, o que se considera inadequado em termos de argumentação jurídica.<sup>20</sup>

A leitura sistêmica dos preceitos legais e constitucionais relacionados à decisão indica que a melhor opção seria submeter o exercício da soberania, pelo Presidente da República, à vinculação às decisões judiciais relacionadas, de forma que a soberania fosse exercida em consonância com o ordenamento jurídico, otimizando-o. Não por outro motivo, a CF estabeleceu competência ao STF para “processar e julgar” pedido de extradição por Estado estrangeiro, e ainda, competência ao Presidente da República para “manter relações com Estados estrangeiros”. Quisesse transformar a questão da extradição em poder discricionário do Presidente da República, o constituinte não teria determinado a competência do STF para julgar a questão.

Partindo da operação de subsunção, pura e simples, dos preceitos constitucionais ao caso concreto não se obtém uma resposta coerente, já que não se observa a relevância fundamental da dimensão valorativa e justificativa do Direito.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Digamos que los principios (los principios en sentido estricto), por un lado, y las normas de fin, por el otro, ponen de manifiesto que lá argumentación jurídica no puede verse únicamente en términos de subsunción, sino también en términos de ponderación y en términos finalistas. (ATIENZA, 2005).

<sup>21</sup> Regla (2013, p. 671), que se propõe a traçar em poucas linhas as consequências da mudança do paradigma jurídico positivista para o pos-positivista, observa a necessidade de se reconhecer a fundamental relevância da dimensão valorativa e justificativa do Direito, e pontua: “El cambio central está, por tanto, en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque no son sólo manifestaciones de voluntad), sino a sus razones subyacentes, al balance de principios que pretenden reflejar, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos.”

Assim, a adequada análise dos preceitos constitucionais leva, inexoravelmente, à conclusão de que objetivo da CF é impor o respeito à ordem jurídica na questão do exercício da soberania, de forma que a discricionariedade do Presidente da República não se configure em arbitrariedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 10ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

ATIENZA, Manuel. "Argumentación jurídica y Estado Constitucional", en *Derechos, justicia y estado constitucional: un tributo a Miguel C. Miravet*, Miravet Bergón, Pablo; Añón Roig, María José (coords.), 2005, pp. 25-34. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/anjuris/cont/261/pr/pr9.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. 2ª reimpressão. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 jul. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

HÄBERLE, Peter. *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y "procesal" de la Constitución*, Academia: revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, Año 6, Número 11, 2008, pp. 29-61. Disponível em: <[http://www.circulodoxa.org/documentos/H%C3%A4berle,%202009%20\(III\).pdf](http://www.circulodoxa.org/documentos/H%C3%A4berle,%202009%20(III).pdf)>. Acesso em: 29 nov. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Editora RT, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. 3ª ed., rev., atual. ampl. São Paulo: RT, 2012.

REGLA, Josep Aguiló. *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), Espanha. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02427232092031053754491/index.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

# INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA SOBRE A MASSA ASFÁLTICA – CONCRETO BETUMINOSO USINADO A QUENTE (CBUQ)

Paulo Roberto Cordeiro Junior<sup>1</sup>  
Oswaldo Santos de Carvalho<sup>2</sup>

**RESUMO:** Trata-se de uma breve análise acerca da incidência tributária sobre a massa asfáltica –concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ)–, onde pairam discussões sobre a sujeição de recolhimento de ICMS, ou não sobre operações de saída do referido produto. Apresenta-se também, uma breve abordagem do Convênio 145/2014 do CONFAZ.

**Palavras chave:** Incidência Tributária. ICMS. ISSQN. Convênio 145/2014. CONFAZ.

**ABSTRACT:** This is a brief analysis about the tax incidence on the asphalt mass - hot-bituminous concrete (CBUQ) -, where there are discussions about the subjection of ICMS collection, or not on exit operations of said product.

**Keywords:** Tax Incidence. ICMS. ISSQN. Agreement 145/2014. CONFAZ

## 1 INTRODUÇÃO

Trata o presente artigo da incidência de ICMS sobre a massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ).

A referida questão é objeto de debates acalorados, junto ao Tribunal de Impostos e Taxas - TIT, pois os contribuintes vêm se opondo a lavratura de Autos de Infração e Imposição de Multa, onde o entendimento do fisco é pela incidência de ICMS sobre as operações de saída de massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ).

Observa-se que a matéria de incidência tributária em debate recai sobre questão técnica acerca da preparação, transporte e aplicação do concreto betuminoso usinado a quente, uma vez que em suma a tese defendida pelos contribuintes gira em torno do momento da produção da massa asfáltica, sendo este determinante para a

---

<sup>1</sup> Autor do artigo. Pós graduando do curso de Direito Empresarial e Tributário das Faculdades "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP. Bacharel em Direito pela Toledo Presidente Prudente.

<sup>2</sup> Orientador e coautor do artigo. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP; Bacharel em Direito e Ciências Contábeis pela Toledo de Presidente Prudente; Especialista em Direito Empresarial, Administração Financeira e Contábil e Gestão Tributária pela Toledo de Presidente Prudente; Professor dos Cursos de Pós-graduação do IBET, da COGAE/PUC, da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, do Centro Universitário Toledo e do Instituto de Estudios Fiscales – IEF, da Espanha no curso "Maestría Internacional en Administración Tributaria, Dirección y Hacienda Pública"; Autor do livro "O princípio da neutralidade tributária e a não cumulatividade do ICMS" pela Saraiva e de diversos artigos e obras em coautoria. Diretor da Consultoria Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

incidência de ICMS se reconhecida como mercadoria, ou ISSQN no caso de ser entendida como serviço.

Defende-se a tese de que a massa asfáltica a quente, como no caso do concreto, não é produto acabado ao sair da usina e durante o trânsito da mercadoria até a obra, devendo ser enquadrada como prestação de serviço indicado no item 7.02 da Lista de Serviços anexa a Lei Complementar 116/2003.

Entretanto, em contraponto à referida tese, o fisco entende que a massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) - é mercadoria e o fato de ser transportada em veículo especial para manter a temperatura do produto não o caracteriza como serviço e sim mercadoria propriamente dita.

Diante da tal enfrentamento é que se pretende desenvolver o presente artigo.

## **2 DO ENFRENTAMENTO JURIDICO DO PROBLEMA**

Pois bem, algumas empresas que comercializam massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) - deixaram de recolher ICMS nas saídas de referido material, por adotarem posicionamento pautado por analogia ao que foi decidido sobre a saída de concreto.

É certo que está pacificado na jurisprudência pátria que no caso, a saída de concreto é considerada serviço e não de mercadoria propriamente dita, não devendo assim incidir ICMS sobre as operações de saída do referido produto.

Entretanto, com relação à massa asfáltica -concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ)-, no âmbito do processo administrativo fiscal, e no judiciário, ainda as opiniões se encontram divididas acerca da incidência de ICMS sobre as operações de saída do referido material.

Em alguns julgados há de se verificar que a tese adotada pelos contribuintes tem sido acolhida. Porém em contraponto a este entendimento existem julgados proferidos pelo Tribunal de Impostos e Taxas – TIT, que não reconhecem a semelhança entre a saída de concreto e a de massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ).

Assim, como já explanado acima, a divergência em testilha paira sobre questão técnica, acerca da produção e transporte da massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) -, e não somente sobre o fato gerador do imposto, seja ICMS ou ISSQN.

Com todo respeito às opiniões diversas, entendemos que a massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ), ao sair do estabelecimento responsável pela usinagem com destino ao local da obra, não se encontra totalmente fabricada a

ponto de ser considerada mercadoria, de sorte que necessita de transporte especial para que não esfrie e endureça, ademais deverá passar por processo de aplicação para ser considerada propriamente acabada.

Logo, a massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) -, por sua característica, não é produzida de forma acabada na Usina de Asfalto, devendo ser entendida essa etapa como sendo intermediária, pois só se tornará em produto final após sua aplicação no solo através de diversos outros procedimentos próprios; Destarte o referido material só é devidamente acabado no local da obra e não no ato da saída da usina.

Ademais, manter a orientação no sentido da incidência do ICMS sobre o fornecimento de massa asfáltica em conjunto com a prestação de serviços de pavimentação, só gerará incerteza jurídica, em vista do que vem sendo decidido pelo STJ acerca de questões análogas.

Logo, é certo que a prestação de serviço de pavimentação prevista no item 7.02 da Lei Complementar 116/2013, se tornaria inócua sem o fornecimento de massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) -, que é consumida pelo próprio prestador de serviço.

Desta feita, considerar que o fornecimento de massa asfáltica - concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) - deve sujeitar-se a incidência de ICMS implica na exclusão dos valores da base de cálculo de ISSQN, uma vez que é produzida pelo contribuinte prestador de serviços e muitas vezes por ele mesmo utilizada na consecução dos serviços de construção civil. Assim qualquer interpretação em outro sentido contrariaria um dos fundamentos da existência da Lei Complementar 116/2013, que é o de eliminar conflitos entre Estados e Municípios.

Por fim, mesmo diante da limitação imposta pelo Convênio 145/2014 do CONFAZ, que será objeto da análise abaixo, entendemos que não há que se discutir se a empresa fornecedora de massa asfáltica – concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ) - é a mesma que vai executar por administração, empreitada ou sub empreitada os serviços de pavimentação, uma vez que independentemente disso o referido material não deve ser considerado produto acabado apto a incidir ICMS.

### **3 DO CONVÊNIO 145/2014 DO CONFAZ**

Diante de toda a discussão acerca da matéria o Conselho Fazendário por meio de Convênio nº 145 de 26 de dezembro de 2014, decidiu sobre a concessão de isenção nas saídas internas de concreto betuminoso nos seguintes termos:

**CONVÊNIO ICMS 145, DE 26 DE DEZEMBRO DE 2014.**  
*Publicado no DOU de 29.12.14, Seção 1, p. 11, pelo Despacho 238/14 do Secretário-Executivo do CONFAZ. . Ratificação nacional no DOU de 15.01.15, Seção 1, p. 24, pelo Ato Declaratório 2/15.*

*Autoriza a concessão de isenção nas saídas internas com concreto betuminoso, nas hipóteses que especifica. O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 233ª reunião extraordinária, realizada em Brasília, DF, no dia 26 de dezembro de 2014, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, resolve celebrar o seguinte C O N V Ê N I O:*

**Cláusula primeira:** *Fica o Estado de São Paulo autorizado a conceder isenção do ICMS relativo às saídas internas de concreto betuminoso usinado a quente, classificado nos códigos 2714.90.00, 2715.00.00 e 3824.50.00 da NCM/SH, destinado a obras de construção civil promovidas por quem as executa por administração, empreitada ou subempreitada, ainda que preparado fora do local da obra.*

**Cláusula segunda:** *A anuência do Distrito Federal a este convênio tem por objetivo autorizar o Estado de São Paulo a conceder o benefício fiscal indicado na cláusula primeira sem, contudo, vincular o Distrito Federal ao entendimento da incidência do ICMS sobre as saídas de concreto betuminoso usinado a quente.*

**Cláusula terceira:** *Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao da ratificação.*

Assim a de se considerar que diante do referido convênio em muito se avançou na discussão acerca do tema em debate, apesar do Conselho Fazendário restringir as hipóteses de não incidência do imposto Estadual, uma vez que se reconhece apenas a não incidência de ICMS nas operações de saídas internas de massa asfáltica – concreto betuminoso a quente (CBUQ) -, destinado a obras de construção civil promovida por quem as executa, por administração, empreitada ou sub empreitada, ainda que preparado fora do local da obra, a matéria continua aberta a discussões e definições acerca do tema no âmbito de outras fontes do direito, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, nas decisões proferidas tanto nas esferas administrativas com pelo poder judiciário.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como demonstrado ao longo do presente trabalho, a referida questão ainda encontra-se em pleno debate junto ao Tribunal de Imposto e Taxas, bem como ainda não temos posicionamento consolidado do poder judiciário acerca do tema.

Entretanto, é certo que o referido convênio, mesmo tratando apenas de operações sob rubricas específicas, servirá de sobremaneira para auxiliar os contribuintes nas operações de saída de massa asfáltica – concreto betuminoso usinado a quente (CBUQ), e queremos crer que é um grande passo para o esgotamento das incertezas acerca do tema.

## REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 23ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Osvaldo Santos de. **A não cumulatividade do ICMS e o princípio da neutralidade tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Código tributário nacional comentado**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao código tributário nacional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007-2008.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: teoria e prática**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

# ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO: O JUDICIÁRIO VIOLADOR DE GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Júlio César Moreira de Jesus<sup>1</sup>  
Alceu de Oliveira Pinto Junior<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo busca abordar alguns dos estudos a respeito da dogmática penal em face da fenomenologia do ativismo judicial e a necessidade de proteção das garantias fundamentais. As consequências de um ativismo que materializa anseios populares vem de encontro as conquistas históricas sintetizadas pela constituição. O recrudescimento do ativismo judicial em face de garantias penais faz surgir no cenário contemporâneo o direito penal do inimigo. Oposto à limitação da atuação estatal e a fragmentariedade, tal linha de pensamento reduz a figura do cidadão constitucionalmente tutelado para a de inimigo do sistema legal, legitimando a inaplicabilidade de direito e garantias fundamentais de forma peremptória.

**Palavras-chave:** Garantismo. ativismo. penal. inimigo.

**ABSTRACT:** This article seeks to address some of the studies on the criminal dogmatic in the face of judicial activism phenomenology and need protection of fundamental guarantees. The consequences of activism that materializes popular yearnings comes against the historical achievements synthesized by the constitution. The resurgence of judicial activism in the face of criminal guarantees raises the contemporary scene the "feindstrafrecht". Opposed to the limitation of State action and fragmentary, this line of thinking reduces the figure of the citizen constitutionally safeguarded for the enemy of the legal system, legitimizing the inapplicability of law and guarantees of peremptory.

**Key-words:** Guaranteeism. activism. criminal. feindstrafrecht

## 1 INTRODUÇÃO

Ativismo judicial, segurança pública e a supressão de direitos e garantias fundamentais representam a pedra de toque na aplicação da tutela penal no cenário brasileiro moderno, que através das práticas punitivistas visa apresentar uma resposta simbólica à sociedade e transmitir uma falsa sensação de mover estatal.

Ao contrário dos direitos e garantias concretizados nas tintas da lei, o ativismo não advém do debate democrático, sintetizando-se numa debilitada tentativa de arranjo legal, com o fim de materializar ideologias e internalidades anacrônicas.

---

<sup>1</sup> Júlio César Moreira de Jesus. Advogado. Especialista em Processo Civil (UCAM) e Pós-graduando da Escola do Ministério Público de Santa Catarina. E-mail: juliomoreira25@hotmail.com. Telefones: (21) 98886-8740 e (47) 3264-9700.

<sup>2</sup> Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Junior. Diretor Articulador dos Campi Biguaçu e Kobrasol São José Coordenador do Curso de Direito, Campus Kobrasol São José. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Constitucional. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: alceu@univali.br. Telefones: (48) 32112011 - (48) 84118845.

No esteio de uma linha de pensamento pouco virtuosa, o cidadão se vê tolhido de garantias históricas, as quais se frutificaram mediante luta e desenvolvimento político/social.

O protagonista desta singela história é um velho conhecido na caminhada em direção à normatividade dos direitos individuais, taxado como um bárbaro de toga por Voltaire, equiparado à Hercules (DWORKIN, 1999, p. 286), cabeça de uma democracia tribal no Velho Testamento Bíblico, a figura do magistrado está em voga, face a efervescente desventura judicial de políticos brasileiros e o clamor público em acrisolá-los.

No meio desta “dança das cadeiras” nas atribuições constitucionais encontramos conflitos, antinomias e posições doutrinárias, ora permissivas e incentivadoras da criatividade jurisdicional, ora críticas e condenatórias da visão de imbuir ao membro do judiciário uma parcela de capacidade legiferante.

Independentemente da visão que se perquirir, a criatividade judicial encontra um limite perigoso na ablação de direitos e garantias individuais, previstos em texto constitucional, quais sejam: o devido processo legal, o contraditório, a presunção de inocência, o dever de obediência à legalidade pelas autoridades, que sintetizam “o mínimo necessário para a existência da vida humana” (BREGA FILHO, 2002, 66), desta forma devem ser tutelados e protegidos de interpretações reducionistas.

Assim, o presente artigo debruça-se sobre instigante temática, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e documental e tendo por base o método indutivo, com vistas a produção de alguns apontamentos que julga pertinentes sobre referida realidade judicial tão presente e questionável no direito brasileiro contemporâneo.

## **2 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Os direitos e garantias fundamentais resultam, ao óbvio, de centenas de anos de evolução histórica, lutas e avanços, por esta razão figuram quase sempre no corpo e no topo da hierarquia legal das constituições modernas.

O empenho dos constitucionalistas tem escopo dúplice: a uma visa influenciar todo o restante do ordenamento legal irradiando as garantias fundamentais na feita e aplicação da norma regular; a duas, estabelece um paradigma de legalidade soberana, a qual nenhuma outra esfera de poder pode desobedecer, vedando assim o retrocesso social.

Não estranhamente, o caminho brasileiro constitucional superou extremos de textos constitucionais que aboliram direitos e solidificaram ideais privados, liberais e autoritários e avançou rumo à consolidação de direitos e a uma nova visão plural e aberta

da sociedade com o advento da Carta de 1988.

O nexó lógico-moderno em todas as experiências nacionais e transnacionais na consolidação das garantias e direitos fundamentais se resume hodiernamente na limitação do Poder Estatal pela Lei, seja ele representado por um Rei ambicioso desejoso em vilipendiar a burguesia, seja ele um ente estatal, cuja persecução acusatória encontra limites claros em normas de caráter abstrato.

Dentro desta perspectiva histórica, os direitos e garantias individuais se apresentam como regras de ordem constitucional e supralegal, que visam limitar a persecução estatal a fim de garantir a liberdade, vida e bem viver dos cidadãos. Tal conceito se mostra representado reiteradas vezes: no preâmbulo da constituição, no rol do artigo quinto, na vedação ao tribunal de exceção e afins.

A limitação do querer estatal pela lei é mais do que um axioma constitucionalista, representa a pedra de toque que fundamenta as garantias do cidadão, a liberdade e o apelo por uma legalidade isenta de licenças ideológicas.

## **2.1 O Brasil e os Direitos e Garantias do Cidadão**

A constituição brasileira de 1988 representa o marco definitivo e moderno na concretização dos direitos e garantias individuais, com grandes avanços rumo a uma tutela integral dos direitos individuais acortinados por anos de regime totalitário. .

A carta magna do Brasil apresenta os direitos fundamentais do cidadão na estilística de Jellinek, dividindo os direitos em: “direitos de defesa (ou direitos de liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos)” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 157).

Os direitos de defesa se apresentam na imposição negativa do mover estatal, um dever de não interferência na liberdade individual, desde que não se viole a ordem legítima. Tal garantia se estende à propriedade, liberdades individuais, direitos civis e familiares.

Segundo a lição de Gilmar Mendes

[...] esses direitos de defesa estão contidos, em grande medida, no art. 5º da Constituição Federal. A título de exemplo, enquadram-se nessa categoria de direitos fundamentais o de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inc. II), não ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III), a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV), a liberdade de crença e de exercício de culto (inc. VI), a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inc. IX), a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inc. X), o sigilo de comunicações (inc. XII), a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão (inc. XIII), a liberdade de locomoção (inc. XV), a liberdade de associação

A Constituição de 1988, enumera no Título II os direitos e garantias fundamentais, abordando direitos de primeira dimensão, bem como os direitos econômicos e sociais, de segunda dimensão. Já os direitos de terceira e quarta dimensões estão localizados fora do título determinado aos direitos fundamentais, como exemplo, temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito de terceira dimensão e elencado no artigo 225, Título VIII, da “Ordem Social, Capítulo VI, Do Meio Ambiente”.

O direitos e garantias se encontram dispersos dentro da constituição e na ordem legal, constituindo um verdadeiro bloco de constitucionalidade.

Nesta visão de bloco, os direitos elencados na Constituição, não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, como está disposto em seu artigo 5º, § 2º.

Necessário observar-se que os direitos fundamentais constitucionais se irradiam na seara penal e processual penal, estabelecendo limites à persecução penal do Estado, impedindo e orientando a conduta de legisladores na esfera da política criminal, e balizando as decisões judiciais e seus efeitos, a fim de garantir, por exemplo, que os inocentes possam se considerar assim até o trânsito em julgado de qualquer condenação.

Deve-se ressaltar que a maior parte dos direitos e garantias do cidadão, além de cláusulas pétreas, se apresentam como vontade do constituinte originário, incondicionados e fazendo uso da sua natureza de poder de fato - o constituinte estabeleceu proposições estanques que não podem ser alteradas por tribunais, parlamentos e chefes do executivo.

Percebe-se, todavia, que assim como movimentos literários surgem sempre em negativa as escolas antecedentes, a constituição de 1988 surgiu negando toda forma de arbitrariedade comum aos períodos antidemocráticos anteriores.

Em um sistema arbitrário, cuja função é tolher e cercear direitos em função de uma agenda ideológica, o primeiro passo institucional é assumir o controle da cadeira hierárquica legal da nação, tanto é que as ditaduras brasileiras se arvoraram dos chamados atos institucionais: atos administrativos eivados de legitimidade popular, com poderes maiores que a constituição, com fins de suprimir direitos e garantias fundamentais.

Por esta razão, a Constituição Federal de 1988 é classificada como carta de restauração, ou a forma aberta em que a sociedade restabeleceu com peso imutável a

tutela da liberdade individual (MENDES; BRANCO, 2015, 204), a separação de poderes e as limitações do poder estatal.

A nova ordem constitucional preferiu concretar direitos de toda natureza, ingenuamente crendo que o poder de fato poderia impedir o solapar de um novo hiato democrático e ao mesmo tempo estabelecer com caráter imortal os direitos sociais, a defesa da dignidade do trabalho e a prestação dos serviços públicos universais.

Equivocadamente aquilo que poderia se tornar um libelo de direitos e garantias fundamentais, acabou por se fundar em uma enciclopédia de formalidades institucionais, fato que colocou o cidadão como coadjuvante de sua própria história constitucional.

Não por outra razão a estrutura dos órgãos públicos e a constitucionalização das questões de ordem formal consumiram 89 (oitenta e nove) capítulos e 214 artigos, enquanto os direitos e garantias fundamentais do cidadão mereceram apenas 07 (sete) capítulos e 17 (dezesete) artigos na constituição de 1988, tal fato exigiu o enaltecimento de um “órgão de iluminados”, que recebeu a incumbência de interpretar a constituição, ao arrepio até mesmo da vontade dos poderes que a constituíram.

A interpretação das normas constitucionais, *a priori*, foi imaginada como uma forma de garantir a defesa da sociedade contra um governo historicamente repressor, desta forma se esperava que fosse impossível a criação de um novo ato institucional ou a sublimação de um inciso libertário por parte do legislativo ou de um executivo desviado, afinal o poder judiciário seria o atalaia da nova ordem, vigiando sobre os muros da sociedade com a constituição em suas mãos.

Ocorre, todavia, que o atalaia decidiu escrever suas próprias regras, não mais interpretando a lei ao caso concreto para fins de estender princípios e resguardar o cidadão, pelo contrário, os juízes sem eleição decidiram legislar sobre o pobre cidadão, decidindo quem tem direito e quem tem razão.

Na caminhada da nova ordem constitucional, a família formada pelos elementos povo, identidade e território caminharam pela estrada da democracia de mãos dadas com seus filhos, executivo e legislativo, esquecendo porém seu filho mais rebelde no passado, o ativista judiciário.

### **3 O ATIVISMO JUDICIAL**

Controversa e atual, a criatividade judicial suscita debates há décadas. O filósofo e jurista Jeremy Bentham no século XIX condenava a figura do juiz como um criador do direito.

A iniciativa de frear a criatividade do aplicador das leis é antiga e remonta ao Código de Napoleão, que através de uma presunção absoluta de concretude tentou, em

vão, condicionar todas as decisões dos magistrados à lei, sendo estes inimigos do novo regime, o juiz passaria a perder a sua capacidade de cognição, se tornando um mero aplicador de regras (BENTHAM, apud CAPPELETTI, 1993, 17).

Bentham afirmava que nem mesmo a completa codificação teria eliminado aquilo que denominava de “direito judiciário”, modernamente conhecido por direito jurisprudencial, o qual não se enfraqueceu com o “Civil Law” (IDEM, IBIDEM, 18).

A visão positivista não encampa a figura do juiz que cria normas ao caso concreto, extraindo da lei os comandos propositivos e aperfeiçoando-os com seu próprio subsídio pessoal, todavia, como leciona Barwick, citado por Cappeletti “a melhor arte de redação das leis e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz” (IDEM, IBIDEM, 20-21).

O debate se arrasta na seara penal, administrativa e processual, onde a tipicidade cerrada ganha contornos de regra absoluta, em oposição aos princípios jurídicos dotados de natural abstração (ALEXY, 2012, 40).

Noutro ponto, a conduta do julgador em viés criativo é necessária para a perfeita integração das normas ao caso concreto, haja vista que nenhuma atribuição constitucional é estanque, fato notório que advém da riqueza dos fatos naturais e jurídicos e da multiforme dimensão das relações humanas.

Há autores que colocam o judiciário na posição de vítima da exigência de resultados, fato que coloca a inovação e criação legal por parte do juiz no patamar de uma inexigibilidade de conduta diversa (ANDRADE, 2014, 09-26).

A expressão “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos, com conotação negativa até os dias de hoje, referindo-se aos magistrados que imprimem uma visão pessoal e ideológica na aplicação das leis ao caso concreto (VALLE, 2009, 20).

Luis Roberto Barroso leciona que:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (Brown v. Board of Education, 1954), acusados em processo criminal (Miranda v. Arizona, 1966) e mulheres (Richardson v. Frontier, 1973),

assim como no tocante ao direito de privacidade (Griswold v. Connecticut, 1965) e de interrupção da gestação (Roe v. Wade, 1973) (BARROSO, 2012, 26)

Por outro lado, o mesmo movimento que amplia e expande direitos sociais, imprimindo o princípio da máxima eficácia na interpretação de garantias sociais, também reduz direitos, cerceia liberdades, viola a legalidade, bastando para tanto a interpretação restritiva de normas constitucionais.

Dworkin é um dos filósofos que condena o ativismo judicial, segundo o autor:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 1999, 451).

A experiência histórica da democracia sob alicerces republicanos impõe uma série de características aos poderes, a fim de preservar a sociedade de um governo de poucos, por esta razão os poderes ditos republicanos se renovam, são periódicos, eletivos e representativos (CARRAZA, 2011, 92), todavia nenhum desses elementos se manifesta na figura do juiz monocrático e seus pares organicistas.

Não se nega a necessidade do sistema de balanças, com o controle recíproco dos atos de cada poder, contudo se questionam as balizas e limites da invasão atributiva de um poder na esfera de competência de outro em desafia a regras constitucionais.

Em outro marco de experiência, o poder judiciário alemão é comedido em invadir a esfera de influência do poder legislativo, dando oportunidade de interpretação autêntica da norma reputada inadequada, conforme expõe:

O que se percebe das espécies de provimento jurisdicional desenvolvido pela Corte alemã é uma sutil conciliação entre ativismo quanto ao conteúdo do texto constitucional, que busca, no entanto, caminhos de concretização no mundo da vida, que não desconsideram a indispensável intervenção das demais estruturas de poder, como estratégia – também de poder – para garantir o resultado de suas próprias decisões (VALLE, 2009, 21).

Antes de adentrarmos na visão de Mauro Cappelletti e Ferrajoli a despeito deste espinhoso assunto, faz-se necessário compreender sistematicamente o que é ativismo judicial e no que ele se diferencia da mera criatividade judicial.

Utilizando-se da observação, pode-se compreender o ativismo judicial brasileiro como todo ato judicial, que se opõe à vontade da lei e da constituição, reprimindo direitos

e garantias individuais, imbuído de escopo ideológico e sentimento messiânico, com fins a alcançar resultado jurídico imediato, midiático, populista ou simbólico.

Em nada se confunde com criatividade judicial usual, fato necessário para prestação jurisdicional, que necessita de instrumentos hermenêuticos para realização do bem estar comum, o juiz possui a liberdade de equilibrar o sistema, utilizando os postulados legais, ponderando interesses, harmonizando princípios e regras, sem violar a vontade da constituição, promovendo a ampliação de garantias e a máxima eficácia dos princípios constitucionais.

O primeiro se manifesta, em regra, reprimindo direitos pessoais basilares, tal como a intimidade, liberdade, sigilo, em permuta ideológica com um sentimento de satisfação coletiva, a segunda visão, a mera criatividade, preserva direitos, não se abala com a reprovação midiática, preserva o sistema e os direitos constitucionais conquistados.

Como ver-se-á adiante, para alguns a criatividade é imparcial em sua estrutura, obedece balizas e não tem na figura do violador da lei um anti-herói desejado, para outros o ativista é legítimo criador da lei, imbuído de parcela da representação democrática na forma das linhas a seguir.

### **3.1 Juízes Legisladores - a Visão de Mauro Cappelletti**

Citado em “obiter dictum”<sup>3</sup> nos debates entre Ministros do Supremo Tribunal Federal, a obra *Juízes Legisladores?* de Mauro Cappelletti se constitui em um estudo sobre a ingerência judicial na criação das leis, com profundidade e vivez o autor discorre e opina sobre a criatividade judicial com clareza impar.

Segundo Cappelletti (1993, 21), o verdadeiro problema do ativismo não se encontra na oposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito, mas sim no grau de criatividade e nos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais.

A obra se ocupa em perquirir os limites da interpretação legiferante judicial, verificando que o juiz não é um mero aplicador do direito, mas sim um participante da atividade legislativa.

A expansão do papel do judiciário representa “o necessário contrapeso” à expansão dos ramos políticos do estado moderno, todavia, tal razão sociológica faz

---

<sup>3</sup> Palavra latina que significa “dito de passagem”, nos julgamentos coletivos a matéria debatida e julgada, em regra, faz parte do julgado com efeitos vinculantes, exceto se tratar de algo “dito de passagem”, cujo comentário não se traduz em elemento da convicção do julgador em sessão de câmara, turma ou plenário.

falecer de motivações o “ativismo à Cappelletti” no Brasil, país em que o legislativo se encontra em crise há anos, com franca e superlativa expansão da atividade judiciária, até mesmo no campo das políticas públicas.

Em reflexão contraditória, o jurista italiano pondera que o juiz não é um criador livre de vínculos. Na sua atividade judiciária, o juiz se depara com limites substanciais, tais como a opinião dos juriconsultos, precedentes judiciais e códigos, porém também afirma que a obediência aos limites impostos pela lei não constitui um requisito oficial da natureza jurisdicional, mesmo quando tal comando seja emanado pela constituição (CAPPELLETTI, 1993, 23).

Seguindo com sua narrativa: a separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados. Segundo Cappelletti: “A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo forte com um executivo forte e um judiciário forte” (IDEM, IBIDEM, p. 93)

O próprio autor, citando um dos mais ferrenhos críticos de sua obra, não esconde as oposições de sua linha interpretativa, elencando-as em seu livro:

“É grande a tentação de reconhecer o Judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário” (IDEM, 93).

A defesa de uma judicatura legiferante, apesar de brilhantemente defendida pelo autor, encontra pueril adeptos nos sistemas legais estadunidenses e brasileiros mesmo com um direito baseado em precedentes, o direito norte americano tem na lei a expressão máxima de uma democracia representativa, não admitindo o processo jurisdicional e legislativo como forma de criação da lei, duas faces de uma mesma moeda (CAPPELLETTI, 1993, 27)

O equilíbrio dos poderes busca manter a sociedade longe do instinto déspota inerente a condição humana, que tende a criar classes privilegiadas, imbuídas *per si* de poderes, ao preço do cerceamento de liberdade e segurança da maioria da população.

A sociedade busca garantias de que sua liberdade será tutelada e que a injustiça será tratada em bases limpas, sem messianismos ou ideologias. Nesse sentido encontra-se a visão garantista de Ferrajoli, autor que lança outra luz sobre o tema proposto.

### **3.2 O Ativismo Judicial nas Mãos de Ferrajoli**

A Constituição é a expressão fenomenológica da experiência histórica na limitação do poder estatal em favor do homem e da sociedade. Todavia, o resultado da ação legislativa deve ser avaliado de forma hermenêutica pelos diversos ramos do conhecimento jurídico.

Caso contrário, arrisca-se viver um constitucionalismo de aparência e simbólico, cujo topo preveja magnânimos direitos, mas cuja base encontre-se sofrida e sob julgo antidemocrático.

O cenário legal verde e amarelo apresenta esse jogo de luz e sombras, pois traduz em máxima hierarquia uma dezena de direitos, garantias e deveres, porém padece de efetividade na materialização de suas normas programáticas, com a falta de alinhamento constitucional entre as normas penais e processuais penais e sua própria norma fundamental.

Dentro deste cenário contemporâneo de ativismo judicial, com diversos atores, destaca-se o jusfilósofo Luigi Ferrajoli com sua obra *Direito e Razão*, o qual estabelece uma visão daquilo que se denomina por “garantismo penal”. Sua visão é abraçada no Velho Mundo, cujo contexto factual procura não deixar margens para o questionamento da inaplicabilidade de um direito, da desobediência da lei pelo próprio Estado ou da falta de efetividade de garantias e direitos fundamentais e sociais (FERRAJOLLI, 2006).

Ferrajoli divide o princípio da legalidade sob duas óticas: princípio da legalidade ampla e princípio da legalidade estrita. Segundo o autor, o princípio da legalidade ampla funciona “como uma regra de distribuição do poder penal que preceitua ao juiz estabelecer como sendo delito o que está reservado ao legislador predeterminar como tal” (IDEM, 346).

O princípio da estrita legalidade, por seu turno, funciona “como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados verdadeiros dos fatos processualmente comprovados” (FERRAJOLLI, 2006, p. 348).

Na visão de Ferrajoli, a legalidade é a mais desejada e estrita garantia que o cidadão possui, legalidade esta interpretada à luz da constituição, cujas bases iluministas evoluíram e personificaram os princípios da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais. (FERRAJOLLI, 2006, p. 785).

Nesse papel, a Constituição Brasileira é uma protagonista, com a concretização de dezenas de garantias, dentre elas: a vedação ao tratamento desumano e degradante, igualdade perante a lei, a presunção de inocência - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória - sem contar as centenas de normas infraconstitucionais que concretizam princípios e fundamentos.

Ocorre, todavia, que a legalidade estrita não encontra guarida no sistema legal brasileiro, cujos limites de desobediência são extremos, com centenas de violações a dignidade dos presos, prisões ilegais, conduções coercitivas sem fundamento na lei.

As ações acima descritas, ocorrem por mera liberalidade do Estado que se omite ou comissivamente viola a lei através daqueles que deveriam ser seus garantidores, mas que, não raras vezes, violam direitos humanos, civis e públicos.

Um outro ponto a ser destacado é a figura do juiz na matiz garantista, um protagonista que deve ser o garantidor da democracia e da obediência à lei, que encontra contornos inusitados no direito brasileiro, no qual a judicatura se reserva a uma parcela de legitimação democrática, criando, violando e suprimindo direitos individuais - até mesmo na ordem constitucional, ora sob escopo ideológico, ora principiológico.

Esse movimento, assaz intenso no Brasil, se urge de defensor da segurança pública, pondera e reduz direitos e garantias.

As consequências de um ativismo que materializa anseios populares vai de encontro às conquistas históricas sintetizadas pela constituição, a qual sofre interpretações ideológicas, inclusive, do seu máximo intérprete - o Supremo Tribunal Federal.

O STF, em momento de absoluto ativismo, mudou a jurisprudência da Corte, afirmando que é possível a execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância, em aberto conflito com a regra da presunção de inocência inserto no artigo quinto da constituição. (STF, HC 126.292/SP, 2016)

Com o recrudescimento do ativismo judicial em face de garantias penais, emerge no cenário contemporâneo o denominado “direito penal do inimigo”. Oposto à limitação da atuação estatal e à fragmentariedade, tal linha de pensamento reduz a figura do cidadão constitucionalmente tutelado para a de inimigo do sistema legal, legitimando a inaplicabilidade de direito e garantias fundamentais de forma peremptória. (JAKOBS, MELIÁ, 2014, p. 201)

A sanha em violar critérios de formalidade não é uma exclusividade da seara penal, o sistema brasileiro é notório na violação de dogmas transnacionais, vide o exemplo dos contratos de “*royalties*” do pré-sal. Fato este que serviu como declaração velada aos investidores internacionais de que “no Brasil não se respeita contrato, não se garante a legítima expectativa”.

Pouco se pode observar do “garantismo à Ferrajoli” no cenário nacional, fato que em sua complexa, primorosa e humana teoria perde os contornos minimalistas, ora, abolicionistas - como bem representa o instituto dos Juizados Criminais ou Indultos anuais, que servem como instrumentos de política criminal para esvaziamento da máquina carcerária, sem se importarem com uma dimensão formal ou substancial de

democracia ou dos direitos fundamentais.

Dentro do escopo do Estado Minimalista de Ferrajoli, o devido processo brasileiro é totalitário, inquisidor, antidemocrático, violador, cujas penas e processos prisionais são mais cruéis e talvez mais numerosos do que as violências produzidas pelos delitos. Sem previsão futura de uma mitigação extrapenal, pelo contrário, cada vez mais litigante e condenador.

#### **4 O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ATIVISMO JUDICIAL**

Catapultado por uma era de ataques terroristas bem sucedidos, o direito penal do inimigo, inicialmente concebido por Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (JAKOBS, MELIÁ, 2014) se apresentou como o paradigma teórico para a supressão de direitos individuais consolidados por textos transnacionais e constitucionais.

Tal teoria abarca duas visões formais da criminologia, a primeira representada pelo simbolismo do direito penal, a segunda pelo punitivismo expansionista, fato que transforma e desnatura o indivíduo da sua qualidade de cidadão, a fim de autorizar a supressão de direitos e garantias fundamentais (JAKOBS, MELIÁ, 2014, p. 15).

O Direito Penal Simbólico se manifesta através da edição de leis elaboradas no clamor da opinião pública, com a intenção de transmitir à sociedade um sentimento de segurança jurídica, conquanto o punitivismo jurídico caracteriza-se pelo endurecimento das penas (JAKOBS, MELIÁ, 2014, p. 16).

O direito penal que encontra limites no direito constitucional deixa de existir, com o fomento da relativização das garantias individuais. É criado um Estado de exceção, que implanta o terror sob seus protegidos.

Percebe-se que com a adesão à teoria do Direito Penal do Inimigo, o cidadão em desconformidade com a lei vira terrorista, deixa de ser uma pessoa de direito e sofre com o peso de um sistema que não leva em consideração um contraditório substancial, direitos mínimos para a defesa ou a garantia de uma pena adequada.

Nesse ponto, o direito penal do inimigo encontra nexos de resultado com a figura do ativismo judicial no tocante à supressão de direitos e garantias individuais.

A interpretação e criação da norma jurídica pelo juiz no sentido de suprimir direitos históricos em função de uma pseudo-eficiência viola a constituição e caracteriza um exemplo claro de retrocesso social, que desafia o cerne das regras de hermenêutica constitucional.

É salutar vislumbrar que as regras de direito constitucional não admitem a supressão de direitos e garantias individuais, proíbem a restrição das cláusulas pétreas e impõem que a interpretação de uma garantia constitucional ocorra de forma extensiva

e até expansiva.

Todavia, a realidade tem sido outra - os magistrados foram ideologicamente alçados pela mídia tradicional a posição de salvadores da pátria, ante o discurso das mesmas mídias da existência de uma falência dos demais poderes.

Imbuídos de controversa capacidade de aplicação da norma legal e alçados à posição de “santos” do direito, o século XXI ganhou novos reis impingidos de poderes e legitimação midiática.

Os novos reis não admitem amarras: parcialidade, recato e legalidade são considerados empecilhos insignificantes. Ademais, conduções coercitivas ganham contornos de atos legais, escutas telefônicas independem de fundamento ou controle e seus resultados podem ser publicizados em nome da sociedade.

Não obstante a ausência de limites, os novos reis recebem prêmios por suas “estripulias”. Tornam-se capas de livros e reportagens em revistas, afinal, o direito carece de símbolos e o direito penal de mais simbologias.

No universo ativista envolto pela influência do direito penal do inimigo, os criminosos que romperam com o contrato social perdem relação com a tessitura dos direitos individuais. Por esta razão, as prisões cautelares se tornam regra e a necessidade de prova e devido processo legal uma exceção.

Os dois fenômenos: ativismo judicial e o direito penal do inimigo ocorrem concomitantemente no direito brasileiro atual e sua combinação representa um desafio aos tribunais superiores, os quais deverão escolher entre o midiático e o constitucional.

A posição do réu é delicada no direito penal do inimigo, segundo Jakobs, autores como Rousseau lhe conferem base teórica, uma vez que lecionam: “ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão” (JAKOBS, MELIÁ, 2014, p. 24)

Ainda segundo Rousseau (ROUSSEAU, 2016, P. 49):

[...] todo malfeitor, ao atacar o direito social, converte-se com seus delitos em rebelde e traidor da pátria; deixa de ser membro dela ao violar suas leis, e até as combate. Então, a conservação do Estado é incompatível com a sua; é preciso que um dos dois pereça, e quando se mata o culpado, isso é feito em razão de sua condição de inimigo, e não de cidadão. Os procedimentos e o juízo, são as provas e a declaração de que rompeu o pacto social e de que, por conseguinte, já não é membro do Estado. Pois bem, como ele se reconheceu como tal, ao menos no que concerne à residência, deve ser separado daquele mediante o desterro como infrator do pacto ou mediante a morte, como inimigo público, porque um inimigo assim não é uma pessoa moral, é um homem, e então o direito de guerra consiste em matar o vencido.

Asseveram Jakobs e Meliá (IDEM, P. 22):

[...] quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos[...].

A natureza transnacional dos direitos humanos é componente do princípio da dignidade da pessoa humana, materializado em tratados ratificados pelo Brasil, junto a organismos internacionais, tal fato ilustra o dever de coesão entre os poderes constituídos e a ordem de proteção das garantias individuais.

Mediante as proposições de ordem constitucional e internacional, o Brasil é obrigado a nortear seu mover estatal no sentido de preservar direitos e garantias individuais<sup>4</sup>, por esta razão goza-se hoje das audiências de custódia e da abolição da prisão civil dos depositários.

Assim é surpreendente que o direito penal do inimigo apareça de forma constante em decisões judiciais, haja vista a maturidade da experiência constitucional no âmbito nacional.

O ativismo se tornou em um fenômeno punitivista moderno, de natureza simbólica, que promove a inversão do dever garantidor do Estado. O estado-juiz ao invés de lutar pela perpetuação das garantias históricas do cidadão, reprime direitos e impõe excentricidades simbólicas, com o fito de promover uma falsa sensação de segurança na população, conforme se verá a seguir.

### **3.1 O Ativismo Penal do Inimigo em Casos Contemporâneos**

Segundo Moreira Alves (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1034) a presunção de inocência é a ideia/força que justifica uma série de direitos processuais em favor do acusado no processo penal moderno.

Fruto de dura evolução e conquistas das liberdades do cidadão, ela se encontra prevista no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, ratificado no Brasil.

O art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988 estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando, de forma explícita, no direito positivo constitucional, o princípio da não culpabilidade.

Todavia, o STF em ato de Ativismo, contra a literalidade da norma e em afronta

---

<sup>4</sup> A título de exemplo apresenta-se a Resolução Nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 15/12/2015, que inaugurou as Audiências de Custódia no Brasil, em obediência ao Tratado de San José da Costa Rica.

direta a Constituição, se colocou acima do Poder Constituinte Originário e permitiu aos juízes a execução de sentenças condenatórias penais, antes do seu trânsito em julgado, conforme já mencionado em tópico anterior deste artigo.

Na prática, os mais vulneráveis socialmente, em regra, já se encontram encarcerados antes do início da ação penal, mediante prisão cautelar, fato que espanta ao mais comezinho constitucionalista. É uma afronta ao princípio que veda o retrocesso social, que a criatividade de um órgão jurisdicional possa se sobrepor a uma cláusula pétreia, bem como ter efeito vinculante a todos os poderes.

Segundo acentua Odone Sanguiné (2003, p. 445), a não culpabilidade é um limite teleológico da prisão provisória, por esta razão não se antecipa a pena. Leciona o referido autor:

A contradição material consistente em impor uma pena antes de que se condene o processado somente pode prosperar formalmente mediante a consideração de tal privação de liberdade como uma medida cautelar, não como uma pena. A aporia pode ser resolvida somente se logramos estabelecer o ponto de equilíbrio entre exigências opostas, e verificar a base da *ratio* em que a restrição da liberdade pessoal do imputado pode conciliar-se com o princípio da presunção de inocência, que exclui qualquer identificação entre imputado e culpável antes da sentença de condenação definitiva. Mas afirmada a compatibilidade entre a prisão provisória e a presunção de inocência, não se pode perder de vista aquele direito fundamental, que sempre resultará vulnerado quando a medida de privação de liberdade não responder a exigências cautelares, convertendo-se em uma pena antecipada (SANGUINE, 2003, p. 447).

Nesse sentido tem se manifestado o Tribunal Constitucional espanhol, como aponta Sanguiné (2003, p. 447):

“De maneira taxativa, o Tribunal Constitucional rechaça frontalmente, como fim legítimo, a antecipação de pena, declarando que ‘em nenhum caso pode perseguir-se, com a prisão provisória, fins punitivos ou de antecipação de pena’”

O Tribunal Constitucional Alemão, também já se manifestou sobre o tema:

“No instituto da prisão provisória revela-se a tensão entre o direito de liberdade assegurado no art. 2, II, e no art. 104 da Lei Fundamental e a necessidade inafastável de uma persecução criminal efetiva. A rápida e justa persecução de fatos ilícitos graves não seria possível em muitos casos, se as autoridades encarregadas da persecução criminal estivessem impedidas, sem qualquer exceção, de obter a prisão do eventual autor do delito. Por outro lado, a definitiva retirada (volle Entziehung) da liberdade é um mal, que, no Estado de direito, só se aplica, fundamentalmente, àquele que tenha praticado um fato previsto como crime, ou que tenha sido definitivamente condenado.

A aplicação dessa medida contra suspeito da prática de um ato criminoso somente será admissível em casos excepcionais. Daí resulta que, em razão da presunção de inocência, somente poderão ser tomadas medidas de restrição de liberdade, semelhantes à pena de prisão, em casos de presunções fortes e urgentes contra o acusado.

A presunção de inocência não está prevista expressamente na Lei Fundamental [...].”

“Nessa linha, não se pode conceber como compatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade o cumprimento da pena que não esteja fundada em sentença penal condenatória transitada em julgado. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1046)

Ocorre que a tese do princípio da não culpabilidade sofreu um revés ideológico grave, no julgamento do HC 126.292, que discute a legitimidade de ato do TJ/SP que ao negar provimento ao recurso exclusivo da defesa, determinou o início da execução da pena de prisão.

Não obstante a suprema sapiência dos julgadores, resta cabal que um país não deve violar um tratado internacional antes de sua denúncia unilateral, ainda mais quando este se encontra expresso na constituição sob o escopo de cláusula pétreia.

Ademais, o ato do STF em suprimir uma garantia individual, sob o escopo de um punitivismo mais amplo, aviltando a norma constitucional, conduz a Suprema Corte a uma caminhada de mãos dadas com o direito penal do inimigo.

Frise-se, por fim, que normalmente o inimigo é personificado por características de cor, gênero e classe social, sendo amplamente encontrado entre os mais vulneráveis da pirâmide social e econômica do país, trazendo-se, desta forma, a existência de um nefasto precedente para as presentes e futuras gerações.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O processo de evolução da solidificação das garantias constitucionais caminha de forma elástica no tempo, com franca oposição do próprio sistema que deveria promover a sua caminhada segura.

Essa antinomia sistêmica não é uma exclusividade do Brasil, encontrando correspondências em diversos outros países tidos por desenvolvidos, nos quais garantias fundamentais são suprimidas pelo medo ideológico do desconhecido, ou políticas públicas advêm de sentenças judiciais sem legitimidade democrática ou fundamento de sufrágio.

Não obstante a maturidade da experiência democrática nacional, fica visível a incongruência e atraso democrático do Poder Judiciário, em se amoldar no equilíbrio de poder com o legislativo e executivo.

Apesar do entusiasmo de Mauro Cappelletti em conferir poderes legiferantes aos membros do judiciário, o sistema germano-românico brasileiro, não lhe afeta amores e não confere legitimidade popular aos julgadores, que ainda são vinculados em máximo grau a ordem legal brasileira.

Vale lembrar que até a discricionariedade judicial é disciplinada pela lei de introdução das normas do direito brasileiro, que prevê na hipótese de lei omissa o julgamento de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Por óbvio não se pode esperar que o julgador seja dissociado de suas convicções íntimas, todavia, seu julgamento encontra balizas seguras no devido processo substancial e no restante do ordenamento.

O clamor público e a pressa midiática se apresentam como os maiores patrocinadores do mover jurisdicional no cenário tupiniquim, fato que tem promovido uma exacerbada produção de normas de caráter simbólico, sem efeitos concretos de imposição positivas e negativas.

Tais fenômenos representam a roupagem moderna da antiga lei seca estadunidense, o qual ao custo de muito sangue e hipocrisia, pretendia impor a sobriedade e piedade cristã à sociedade norte americana.

O curioso é que a experiência brasileira não para na simbologia de atos legislativos e judiciais, mas transborda para uma grande litigiosidade, recrudescimento na aplicação da norma penal e distanciamento da raiz democrática da lei e dos direitos humanos na aplicação da norma penal.

Em sua face mais perversa, o punitivismo acaba por afastar e reprimir direitos e garantias individuais, ignora a condução parcial do processo judicial e condena de forma azas e implacável o indivíduo comum a viver como um súdito de um país bárbaro, cujos reis vestem togas.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. **Ativismo judicial no ritualismo processual**. Direito Público. Brasília, v. 10, n. 57, maio./jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 01 de setembro de 2016

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de

Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo, noções e críticas**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 4.ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo G. Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. Rev. e Atual. São Paulo: 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 02 de setembro de 2016.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión provisional y derechos fundamentales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

STF. Plenário. HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

VALLE, Vanice Regina Lório do, **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009.

## BANCO E CADASTRO DE DADOS DE CONSUMIDORES: LIMITES E REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Renato Tinti HERBELLA<sup>1</sup>  
Thiago RODOVALHO<sup>2</sup>

**RESUMO:** Em uma sociedade de consumo, organizada sob a perspectiva capitalista é praticamente impossível não considerar a existência de mecanismos que buscam trazer maiores informações para as partes envolvidas nas relações consumeristas. Dentro deste cenário surgem os bancos e cadastros de informações de consumo. Dependendo das informações armazenadas, a possibilidade de lesão a direitos fundamentais é evidente. Desta forma, buscou-se com a presente pesquisa abordar as características destes armazenamentos, bem como estabelecer seus limites, notadamente no tocante à troca de informações entre fornecedores. Para tanto, foi utilizado como fundamento legal além do texto constitucional e o CDC, as novas legislações que buscam garantir maior proteção às informações e às relações de consumo, como o Marco Civil da *Internet* e a Lei do Cadastro Positivo. Por fim, foi destacada a importância na fixação de indenizações proporcionais às violações de direitos fundamentais, demonstrando a necessária e relevante observação do caráter pedagógico destas, evitando-se, assim, novas lesões aos direitos de privacidade e intimidade.

**Palavras-chave:** Banco de Dados de Consumo. Direito à Privacidade. Defesa do Consumidor.

**ABSTRACT:** In a consumer society, organized under the capitalist perspective it is virtually impossible not to consider the existence of mechanisms that seek to bring more information to the parties involved in consumer relations. Within this scenario arise databases and registries of consumer information. However, depending on the information stored, the possibility for the fundamental rights injury is apparent. Thus, this research addressing the characteristics of these stores, as well as establishing their limits, especially regarding the exchange of information between suppliers. Nevertheless, it was used as legal basis in addition to the Constitution and the CDC, it was used the new legislation that aimed to ensuring greater protection to information and consumer relations. Finally, was emphasized the importance of building coherent compensation, with the necessary observation of the pedagogical quality to prevent further injury to the right to privacy.

**Keywords:** Consumer's Database. Right to Privacy. Consumer defense.

---

<sup>1</sup> Professor assistente do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Pós-graduando *latu sensu* em Interesses Difusos e Coletivos pela mesma instituição. Advogado. e-mail: coord.estagio2@toledoprudente.edu.br

<sup>2</sup> Professor Doutor da PUC Campinas. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, com Pós-Doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales aies Privatrecht em Hamburgo, Alemanha. Membro do IASP, do IDP, do IBDP e do IBDFAM. Autor de diversas publicações no Brasil e no exterior. Advogado em SP.

## 1 INTRODUÇÃO

"Sociedade do consumo"<sup>3</sup>, "Era da informação", "publico x privado", "consumismo", enfim, inúmeras designações e questionamentos exsurtem quando se aborda o atual modelo capitalista sistematizado com o (des)necessário consumo pelo consumo.

Evidente que a amplitude da expressão consumo é enorme, pois a todo momento se está consumindo algo, material ou imaterial, sendo inimaginável na atual conjuntura social uma vida sem ele.

Assim, se torna praticamente impossível, apesar de inúmeras tentativas, designar o que seria o *consumo consciente*, vez que o consumo é mais complexo do que a singela análise acerca da finalidade ou destinação dos bens materiais.

Ou seja, o termo vai além do exemplo referente à irracional (?) atitude de comprar uma nova roupa, mesmo tendo outra semelhante, pelo simples fato de estar na promoção ou por "estar na moda".

Consumo consciente, sustentável, entre outras nomenclaturas, são altamente questionáveis e, por isso, há dificuldade em defini-las.

Incontestável que tais informações e questionamentos teriam desdobramentos infinitos e, apesar de não ser o objetivo deste estudo, é sempre proveitoso desvelar algo que nem sempre é óbvio, como a ideia de consumo de bens imateriais, ou a impossibilidade (ou, questionável) tentativa de atribuir um sentido minimamente coerente à expressão "*consumo consciente*".

Sem embargo, o presente trabalho se limita a, despretensiosamente, aproveitando a complexidade já demonstrada das relações consumeristas, refletir sobre a importância dos bancos de dados e cadastros de consumo, ou seja, das informações armazenadas, em especial no tocante à provável lesão de direitos fundamentais por meio destes armazenamentos.

Contudo, ainda na ideia de desvelar obviedades, vale dizer que, geralmente quando se estuda as relações de consumo lembramos apenas da relação consumidor (indivíduo) e fornecedor. Raramente questionamentos são feitos acerca do consumo realizado pelo fornecedor.

---

<sup>3</sup> Referido termo se refere ao sentido dado pelas duas principais correntes teóricas sobre o tema, a do sociólogo polonês Zygmunt Bauman e do francês Jean Baudrillard. A esse respeito, v. Jean Baudrillard. *A sociedade de consumo*, São Paulo: Edições 70, 1981, *passim*.

Isto é, o *consumo produtivo*<sup>4</sup>, o apetite das corporações no crescimento de seus lucros, que geralmente se valem de informações dos consumidores para atingir patamares de rentabilidade nunca antes alcançados.

Por vezes o mencionado armazenamento de informações se destina a facilitar nossas vidas, tornando-as mais eficientes. Mas, infelizmente, como face de uma mesma moeda, também invade a nossa privacidade e intimidade, atingindo direitos fundamentais historicamente - e quase nunca consensualmente - construídos.

Portanto, quais seriam os limites para armazenagem de dados? E a transação comercial destas informações perante fornecedores, seria possível? Caso a resposta seja negativa, tem-se, não obstante, que é inegável que este comércio existe. Então, o que fazer quando ele ocorre? Quem responde pelos danos causados?

Buscando responder a estes e outros questionamentos que o trabalho encontra espaço no campo jurídico.

Sem embargo, ainda com relação ao consumo, em especial quanto a sua importância, vale destacar que é inegável a sua capacidade de servir como espaço de constituição identitária.

Assim como frequentemente ocorre com o emprego, o acesso a determinados bens de consumo acabam por definir o indivíduo. Afinal, os objetos de consumo "agregam" valor social aos seus portadores, identificando-os em qualquer lugar, situação ou momento de vida (COSTA, 2004, p. 80).

Notória, portanto, a importância do consumo, seja em seus aspectos positivos ou negativos.

Neste cenário de identificação identitária, de busca por lucros, de conquistas, enfim, sob a perspectiva do fornecedor, a identificação do tipo de consumidor ou, quais são seus gostos, seus desejos, seus "sonhos de consumo", torna-se tarefa imprescindível para obtenção de maior rentabilidade.

Pois bem, neste emaranhado de desdobramentos ligados ao consumo, do apetite consumista dos indivíduos ao apetite lucrativo das corporações, a questão dos bancos de dados e suas regulações se tornam cada vez mais importantes e necessárias.

Outrossim, não obstante geralmente serem esquecidos, vez que usualmente são lembrados apenas dos registros de inadimplentes, os bancos de dados e os

---

<sup>4</sup> Diferente do conceito marxista de 'consumo produtivo': "*O indivíduo que ao produzir desenvolve suas faculdades, as gasta também, as consome no próprio ato da produção, exatamente com o a reprodução natural é uma espécie de consumo das forças vitais. [...] O próprio ato de produção é, pois, em todos os seus momentos, também um ato de consumo.*" (MARX, 2008, p. 246), aqui, o termo é utilizado como sinônimo de expansão das atividades do fornecedor que visa o aumento dos lucros e a conquista de novos consumidores ou, a fidelização dos já existentes.

cadastros de consumidores ganham enorme relevância quando se trata do consumo produtivo, da amplitude capitalista, ou mesmo do "apetite" das corporações.

Partindo destas premissas, no primeiro tópico, buscou-se realizar uma conceituação e delimitação das expressões banco de dados e cadastro de consumidores, bem como discutir as espécies de dados armazenados, quais sejam, os nominativos (sensíveis) e os não-nominativos (não sensíveis).

Ainda dentro deste contexto, demonstrou-se a existência da proteção dos dados e a regulamentação destes armazenamentos, ainda que tímida, no Código de Defesa do Consumidor.

Noutro momento, adentrou-se na análise das garantias constitucionais, em especial no direito à privacidade, esclarecendo que uma das fontes deste direito se deu através do artigo publicado na *Harvard Law Review*, que discorreu nos idos de 1890, sobre o "*right to be let alone*"<sup>5</sup>.

Algumas críticas foram apontadas sobre o comércio de informações de consumo, usualmente praticado entre os fornecedores, cuja lesão aos direitos fundamentais é evidente, especialmente quando se trata de dados sensíveis.

Ainda sobre esse comércio de bancos e cadastros de consumo, buscou-se demonstrar que a finalidade seria diminuição de gastos dos fornecedores, que almejam conquistar novos clientes, ou fidelizar os já existentes, além de aumentar sua rentabilidade através destas novas relações. Isto é, quando se tem uma análise bem definida e individualizada das características de consumo, as técnicas de vendas serão direcionadas a um alvo certo, gerando mais lucros e menos gastos para tanto.

Além da proteção constitucional dos direitos fundamentais e da defesa do consumidor, existente principalmente no o Código de Defesa do Consumidor, discorreu-se sobre novas legislações, como a Lei nº 12.414 de 9 de junho de 2011 ("Cadastro Positivo") e a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014 ("Marco Civil da *Internet*"), que vieram para garantir outras proteções, reforçando a tutela já existente e estabelecendo novos princípios, garantindo, assim, maior eficácia ao texto constitucional, notadamente no que se refere à proteção das informações de consumo.

Diante deste cenário procuramos destacar os principais dispositivos das novas legislações, além de reforçar a necessidade utilizá-los na proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, considerando toda a fundamentação teórica, concluiu-se que em caso de violações ao direito de privacidade ocasionado pela discricionária e irregular troca de

---

<sup>5</sup> No Brasil, cfr. o pioneiro estudo de Paulo José da Costa Jr. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, *passim*.

informações de dados sensíveis de consumo, haveria necessidade de fixação de indenizações que considerassem a desproporcionalidade existente na relação "consumidor X fornecedor" diante da vulnerabilidade do primeiro e capacidade técnica e econômica do segundo. Ou seja, além da responsabilização objetiva do fornecedor, da possibilidade de inversão do ônus da prova, as fixações de indenizações precisariam considerar com maior relevância seu caráter pedagógico, inibindo, assim, a reiteração de condutas lesivas por parte dos fornecedores.

Para alcançar todas estas informações, utilizou-se como método científico o dedutivo, partindo de levantamentos particulares alcançando conclusões gerais. Por óbvio, com argumentação calcada em uma bibliografia constitucional-consumerista.

Por fim, destaca-se que a amplitude dos institutos e a discussão sobre o tema é complexa, tornando praticamente impossível o esgotamento da matéria. Todavia, almeja-se que o leitor compreenda o raciocínio proposto e se motive para novas pesquisas sobre este intrigante tema.

## **2 BANCO DE DADOS E SUA IMPORTÂNCIA**

Como prelúdio deste tópico e, na introdução deste artigo, constatou-se a relevância atual do consumo nesta quadra da história, bem como a importância que os bancos de dados ganharam.

Mas afinal, o que seriam estes bancos de dados?

Para responder referida questão, algumas premissas precisam ser estabelecidas, como a delimitação e a contemporaneidade do tema, por exemplo.

Cediço que assuntos ligados à tecnologia e informação são de uma efemeridade ímpar e, neste caso, não é diferente. Portanto, não se pretende fazer uma abordagem completa (se é que isso é possível), tampouco prospecções. Almeja-se, todavia, apresentar um panorama a respeito dos bancos de dados de consumidores com suas principais características e, evidentemente, isto se dará neste momento histórico-cultural representado pelo início do século XXI.

Com efeito, não se busca traçar um histórico longínquo, mas algo atual, principalmente no período após a vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Destarte, apesar da interdisciplinaridade inerente ao tema, todos os conceitos aqui abordados estão imbricados com o campo e linguajar jurídicos, bem como os reflexos do tema nos direitos fundamentais. Relegam-se, portanto, os critérios eminentemente técnicos, como os termos da informática.

Posto isto, convém primeiramente apresentar uma definição acerca da expressão "banco de dados".

Para Antônio Herman De Vasconcelos e Benjamin (1997, p. 60):

O vocábulo 'banco de dados' carrega a idéia de informações organizadas, arquivadas de maneira permanente em estabelecimento outro que não o do fornecedor que diretamente lida com o consumidor; ficam ali, de modo latente, à espera de utilização. A abertura do arquivo no banco de dados nunca decorre de solicitação do consumidor. Muito ao revés, é inteiramente feita à sua revelia. Finalmente, não é o arquivista o destinatário das informações armazenadas, mas, sim, terceiros, sendo ele mero veículo para circulação destas.

Antônio Carlos Efig (2002, p. 36), por sua vez, além de trazer uma definição para banco de dados, apresenta também a diferença existente entre ele e o cadastro de consumidores:

[...] pode-se conceituá-los sinteticamente, assim dizendo que os bancos de dados de consumidores seriam sistemas de coleta aleatória de informações, normalmente arquivadas sem requerimento do consumidor, que dispõem de organização mediata, a atender necessidades latentes através de divulgação permanente de dados obrigatoriamente objetivos e não-valorativos, utilizando-se de divulgação a terceiros por motivos exclusivamente econômicos. Diferentemente disto, os cadastros de consumidores seriam sistemas de coleta individualizada de dados objetivos, sejam de consumo ou juízos de valor, obtidos normalmente por informação do próprio consumidor e com objetivo imediato relativo a operações de consumo presentes ou futuras, tendo provisoriamente subordinada aos interesses comerciais subjetivos dos arquivistas, e divulgação interna, o que demonstra a função secundária de seus arquivos.

A primeira importante característica a ser observada é a diferença existente entre o *banco de dados* e o *cadastro*, pois o primeiro se destina ao armazenamento de informações para terceiros, em especial para aqueles interessados na concessão, ou não, de crédito ao consumidor. O segundo, entretanto, refere-se ao cadastro de informações subjetivas, pessoais e personalíssimas, que ficam disponíveis principalmente para os fornecedores, que visam identificar melhor seus consumidores para futuras ou presentes ofertas, bem como novas relações de consumo.

Os bancos de dados de proteção ao crédito, por exemplo, surgiram com a finalidade precípua de proporcionar informações àqueles que pretendiam conceder empréstimos a alguém (BESSA, 2003, p. 25), ou seja, a terceiros alheios às primeiras relações de consumo. Desta forma, são administrados por entidades, constituídas sobre diversas formas com objetivo de coletar, processar e fornecer informações aos fornecedores de produtos ou serviços (Op. cit., 2003, p. 179).

Os cadastros de consumidores, entretanto, são feitos pelos próprios consumidores, para consulta do fornecedor, e visam que o estabelecimento mantenha uma relação mais próxima com o consumidor (GONÇALVES, 2002, p. 45).

Ambos, então, acabam por se revelar como espécies do gênero "arquivos de consumo".

Outra importante característica acerca destas informações de consumo se dá quanto à qualidade dos dados armazenados e a finalidade que se pretende alcançar com eles. Daí a pertinente advertência de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: *"É neste contexto que se situam dois problemas fundamentais relativos ao processamento de dados informáticos: (1) determinação das categorias de dados; (2) gradação das ingerências necessárias à protecção de outros bens constitucionais".*<sup>6</sup>

Justamente por isso, com precisão Renato Afonso Gonçalves (2002, p. 26) leciona que:

Assim, percebemos que existem duas espécies de dados, ou seja, aqueles que são gerais ou estatísticos e que não individualizam a pessoa, não personificando a informação, e aqueles que, ao contrário, identificam a pessoa, o que a lei francesa denomina informações nominativas. Portanto, podemos afirmar que existem dados nominativos e dados não-nominativos.

Referida classificação, tem relevância prática principalmente no tocante aos dados nominativos ou, dados sensíveis, pois estes adentram com maior significância à esfera íntima, enquanto os outros não.

Os dados sensíveis compreendem as informações personalíssimas, como religião, orientação sexual, posicionamentos políticos e ideológicos, etc. (v. art. 3.º § 3.º inc. II da L. 12.414/2011). Estes interferem diretamente na intimidade do consumidor, ampliando, portanto, a possibilidade de lesão e consequente reparação. Por isso, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira pontuam que, *"quanto mais os dados relacionam a dignidade, a personalidade e a autodeterminação das pessoas, tanto mais se impõem restrições quanto à sua utilização e recolha (banco de dados)".*<sup>7</sup>

Já os dados não sensíveis ou, não-nominativos, como numeração dos documentos (CPF, por exemplo), apenas individualizam a pessoa, destinam-se a dados

---

<sup>6</sup> José Joaquim GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v. 1 (artigos 1.º a 107), São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007 (1.ª edição brasileira e 4.ª edição portuguesa), coment. II CF port. 35.º, p. 551.

<sup>7</sup> Idem.

estatísticos, não interferindo a esfera íntima de maneira tão relevante. Reduz, ou quase anula seu potencial lesivo aos direitos da personalidade.

Como demonstrado na introdução do trabalho, na "sociedade de massas" - expressão frequentemente utilizada por sociólogos da Escola de Frankfurt -, os dados ou informações dos consumidores ganharam enorme relevância. Especialmente os sensíveis, vez que ao se definir exatamente o público alvo, isto representaria menor onerosidade para instigá-los na aquisição dos produtos e (consumir), conseqüentemente, traria maior rentabilidade (lucros) aos fornecedores.

Porém, não obstante a adoção do sistema capitalista legitimado pela Constituição Federal de 1988, expresso também no texto constitucional é a opção de a República ser um 'Estado Democrático de Direito'. Nesse contexto, como já tivemos oportunidade de pontuar, nenhum direito é ilimitado ou absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, ainda que as *limitações (restrições) a direitos fundamentais se devam interpretar restritivamente*.<sup>8</sup> Portanto, além de estabelecer direitos, a Carta Maior traz também garantias para o livre exercício destes, especialmente os fundamentais individuais.

Por óbvio, quando a ferocidade capitalista se sobrepõe aos direitos fundamentais estabelecidos, enseja a reparação pelos danos causados, cuja indenização deve também ser constituída pelo seu caráter pedagógico, evitando-se a reiteração de condutas lesivas.

Ainda, guiar-se-á, esta indenização, pela responsabilização objetiva, conforme disposições expressas constantes no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, o tema da responsabilização pelas lesões no comércio ou repasse de dados sensíveis será mais bem abordado nos tópicos que seguem.

## **2.1 Banco de dados no Código de Defesa de Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor, dedicou seção exclusiva para a regulamentação dos bancos de dados, como se vê na seção VI, do capítulo V, nos artigos 43 a 44. Além de normas penais, previstas nos artigos 72 e 73. Estes constituem os principais dispositivos referentes aos institutos aqui delineados.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 44/45.

<sup>9</sup> A esse respeito e sobre os princípios que informam essa proteção no CDC, v. João Carlos ZANON. *Direito à proteção dos dados pessoais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 135/139.

Pois bem, o artigo que inaugura a seção é o 43, cuja amplitude é notória, vez que estabelece que "*o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes*".

Constata-se o aspecto privilegiado do acesso às informações, porquanto abarca a possibilidade de estarem armazenados em diversas espécies de arquivos. E, como leciona Renato Afonso Gonçalves (2002, p. 51), "*as hipóteses não são taxativas e sim exemplificativas, com o intuito de abranger todos os arquivos de consumo, sejam eles complexos e informatizados, ou não*".

No mesmo dispositivo constam previsões sobre a maneira que os dados deverão ser armazenados e qual será o tempo limite para manutenção de informações negativas (§1).

Diz respeito também sobre a necessidade de comunicação por escrito do consumidor sobre seus dados pessoais e de consumo (§2º), a possibilidade de retificação destes registros (§3º), a natureza pública dos bancos e cadastros relativos a consumidores (§4º) e, por fim, traz a impossibilidade de fornecimento de informações negativas cujo débito que originou a inscrição esteja prescrito (§5º).

O artigo 44, por sua vez, elenca uma diferença entre o conteúdo das informações arquivadas existentes nos cadastros até agora estudados e os cadastros de órgãos públicos.

Desta forma, os arquivos referentes ao artigo 44 são exclusivamente do Estado, os outros são de natureza privada. E como bem leciona Renato Afonso Gonçalves, complementando as lições de Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2002, p.60):

Estes armazenam informações relativas aos consumidores, enquanto os arquivos dos órgãos públicos armazenam informações relativas aos fornecedores e seu comportamento no mercado, com o propósito de justamente orientar os consumidores. Exemplo: Decon, Procon, Departamento Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Esses órgãos constituem-se, como diz Luiz Antonio Rizzatto Nunes, no "troco" do CDC aos serviços de proteção ao crédito.

Nos termos do dispositivo mencionado, esses órgãos públicos deverão divulgar anualmente as reclamações dos consumidores, bem como se elas foram ou não atendidas pelo fornecedor.

Com relação às infrações penais, há dois dispositivos na legislação consumerista que regulam diretamente as atividades dos bancos de dados de proteção ao crédito.

Conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor adotou medidas para regulamentar e tentar coibir possíveis abusos decorrentes das informações arquivadas em bancos e cadastros de consumo, ainda que de maneira tímida.

Não obstante o CDC tenha elencado estas normas, nota-se que não foi capaz de regular outros desdobramentos referentes a estas informações, em especial sobre o comércio de banco de dados existente entre os fornecedores, principalmente no que diz respeito aos dados sensíveis.

Mas, como se verá adiante, há outros diplomas legais que visam à proteção da defesa do consumidor nesta matéria.

Garantem, assim, a eficácia dos direitos constitucionais por meio de legislações hierarquicamente inferiores, vez que diante da vulnerabilidade - se comparado com o poderio contido nas mãos das grandes corporações (fornecedores) -, medidas protetivas são sempre benéficas, senão, indispensáveis.

### **3 BANCOS DE DADOS E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O principal problema com relação às informações dos consumidores ocorre quando referidos dados são utilizados de forma abusiva, desviando-se dos fins a que foram inicialmente coletados, ou seja, quando perdem seus critérios estatísticos e informativos.

Nesta perspectiva, irrefutável a relação existente entre as informações dos consumidores e os direitos fundamentais, em especial a privacidade.

Como já ressaltado, o propósito do trabalho não é uma análise profunda histórica ou da natureza dos direitos fundamentais. Contudo, dado o rigorismo metodológico exigido na pesquisa científica, necessário tecer breves comentários sobre estes direitos, o que se faz, inicialmente, pela análise terminológica da expressão.

Conforme bem leciona João Trindade Cavalcante Filho (2010, p. 5):

Há uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina. Podemos registrar, por exemplo, autores que usam nomes tão díspares quanto "direitos humanos", "direitos humanos fundamentais", "liberdades públicas", "direitos dos cidadãos", "direitos da pessoa humana", "direitos do Homem", etc. É preciso, porém, sedimentar uma terminologia adequada, pois se trata de uma questão essencial. Consideramos que, no direito interno, a nomenclatura mais adequada é a que ora utilizamos, ou seja, *direitos fundamentais*. Essa é a posição, também, de Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco e Dimitri Dimoulis/Leonardo Martins. Isso porque a Constituição utiliza essa terminologia (Título II). Ademais, as outras nomenclaturas são inadequadas, por vários motivos. [...] Com

base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

Compartilhando do mesmo entendimento do autor citado, importante lembrar que os direitos fundamentais exsurgiram depois de reiteradas reivindicações sociais e revoluções. Estes visam à limitação da atuação opressora estatal, bem como para fazer valer a dignidade, igualdade e a liberdade dos cidadãos pactuantes do contrato social - segundo as doutrinas contratualistas.

A proteção destes direitos pela positivação constitucional demonstra a sua imprescindibilidade para constituição de um Estado Democrático de Direito.

Considerando o mote do trabalho, a análise referente às informações de consumo armazenadas em cadastros e bancos de dados, em especial no tocante aos dados sensíveis frente aos direitos fundamentais, se torna tarefa fácil a constatação de que estas informações encontram limitações principalmente no direito à privacidade.

Nos termos do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis e, caso sejam atingidas, será assegurado o direito a indenização pelo dano material e ou moral. Desse inciso (e do inc. XII), podem ser extraídos, no tocante à proteção dos dados pessoais, os princípios do *consentimento* e da *proibição de tratamento de dados sensíveis*.<sup>10</sup>

Verifica-se que o preceito normativo do texto constitucional, trouxe uma divisão, pois distinguiu a *intimidade* da *vida privada*, sendo tarefa difícil a interpretação das terminologias utilizadas.

Todavia, segundo José Afonso da Silva (2001, p. 209):

De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou.

Privacidade, portanto, deve de ser interpretada da forma mais abrangente possível, englobando os dados sensíveis (nominativos), cuja escolha de divulgação, ou não, cabe somente ao indivíduo.

Para Antônio Carlos Efig (2002, p. 51):

---

<sup>10</sup> João Carlos ZANON. *Direito à proteção dos dados pessoais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

Privacidade é um neologismo adaptado da expressão norte americana *privacy* que, segundo a doutrina, tomou consistência a partir do ano de 1890 quando, nos Estados Unidos Warren e Brandeis publicaram seu artigo denominado *The right to privacy*, reivindicando o nascimento de um novo direito que tutelasse a esfera privada do ser humano.

A propósito, não obstante a data de publicação de referido artigo ser 1890, a sua contemporaneidade está presente ainda hoje, pois, referida publicação aparenta ter ocorrido há pouco tempo, como se constata nas exatas palavras de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (1890, p. 195-205):

*Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right "to be let alone". Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that "what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops". [...] These considerations lead to the conclusion that the protection afforded to thoughts, sentiments, and emotions, expressed through the medium of writing or of the arts, so far as it consists in preventing publication, is merely an instance of the enforcement of the more general right of the individual to be let alone.*

Isto é, desde aquela época, com a evolução da tecnologia e a expansão - ainda incipiente - da imprensa, o direito à privacidade passou a ser considerado importante, senão, fundamental.

Sobre sua relevância e, conseqüentemente, sua proteção, destaca-se a necessidade de todo homem ter direito à reclusão periódica para a sua própria saúde mental, bem como para o desenvolvimento de sua livre personalidade, pois a constante exposição da observação alheia cria barreiras ao enfrentamento de novos desafios (MENDES et. al., 2010, p. 469/470).

Neste sentido a exposição do consumidor com seus dados, suas informações, preferencias e opiniões, evidentemente caracterizariam uma violação aos direitos de personalidade.

Portanto o comércio de referido dados, notadamente entre os fornecedores e eventuais interessados, caracterizaria, sem dúvidas, violações à privacidade.

Sem embargo, José Alexandre Tavares Guerreiro (1992, p. 143) no início da década de noventa já alertava que:

A extraordinária rapidez com que os bancos de dados podem elaborar perfis de informação do indivíduo (no assim dito 'tempo zero'), a possibilidade de desvio de finalidades na utilização dos próprios dados informativos e a falibilidade dos processos informáticos constituem potencial ameaça aos direitos da personalidade, na medida em que produzem (ou podem produzir) situações constrangedoras, das quais a pessoa só se pode liberar mediante meios modernos de tutela (entre os quais agora previstos), dado que as soluções tradicionais se mostram ineficazes para garantir a sua segurança e tutelar adequadamente seus interesses.

Nota-se que a sociedade de consumo acaba sucumbindo ao extraordinário poder dos bancos de dados em mãos de fornecedores, notadamente aqueles que detêm os dados sensíveis, ou seja, os que visam identificar o consumidor com todas as suas peculiaridades. Assim em um momento oportuno, utilizam todas as "armas" para fazê-los consumir, gerando, portanto, mais lucros.

Um exemplo rotineiro que costuma ocorrer é o histórico de compras registradas nos cartões de crédito, através dos quais as operadoras conseguem identificar e catalogar perfis de consumidores, repassando-os aos fornecedores. Estes, ávidos por novos clientes.

A invasão à privacidade é indiscriminada. Atinge-se a privacidade sem que o consumidor sequer tenha conhecimento de tal abuso, isto é, acaba tendo suas informações postas em circulação num mercado paralelo com pouca regulação sem seu consentimento. Este mercado é do comércio de banco de dados.

Atento a esta "transação comercial" o parlamento recentemente aprovou novas legislações sobre a matéria, as quais possuem características específicas sobre proteção da defesa do consumidor e o sigilo de seus dados.

Diante destas inovações legislativas, imprescindível uma análise detalhada, o que se faz no tópico que segue.

#### **4 DOS NOVOS DIPLOMAS LEGAIS QUE RESGUARDAM OS DIREITOS DO CONSUMIDOR E A RESPONSABILIDADE PELAS VIOLAÇÕES**

Com todas as considerações realizadas até o momento, como as características do banco de dados, os seus reflexos no Código de Defesa do Consumidor e a quase inevitável invasão de privacidade, relevante neste momento mencionar os novos diplomas legais que, entre outras finalidades, visam à proteção dos direitos dos consumidores.

Afora os dispositivos já mencionados, existem outras legislações que abordam o tema, entre elas as que mais se destacam é a Lei nº 12.414 de 9 de junho de 2011,

que disciplina a formação e consulta a banco de dados de adimplemento para formação de histórico de crédito, que se popularizou como "Lei do Cadastro Positivo" - posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.829/2012 - e a Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, que ficou conhecida como "Marco Civil da Internet".

Evidente que as primeiras legislações mencionadas abordam de maneira específica o tratamento dos bancos de dados, pois se referem exclusivamente à criação e regulação do armazenamento de "dados positivos", ou seja, dados que facilitam o acesso ao crédito para as pessoas físicas ou jurídicas cujo histórico de consumo seja positivo.

Apesar de críticas geralmente feitas às legislações que se propõem a estabelecer conceitos, válido destacar que a Lei nº 12.414/2011 estabelece em seu artigo 2º inciso I uma definição sobre banco de dados, dispondo que é o "*conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro*".

Nota-se a proximidade dos conceitos doutrinários mencionados no tópico 2 do presente trabalho e o conceito trazido pela legislação.

Sem embargo, como a proposta desta pesquisa é a relação das informações dos consumidores e os direitos fundamentais, insta salientar o disposto no artigo 3º, parágrafo 3º e seus incisos:

Art. 3º. Os bancos de dados poderão conter informações de adimplemento do cadastrado, para a formação do histórico de crédito, nas condições estabelecidas nesta Lei.

[...]

§ 3º Ficam proibidas as anotações de:

I - informações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito ao consumidor; e

II - informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas.

De fácil constatação a proteção legal dos dados sensíveis ou nominativos, isto é, aqueles inerentes às características pessoais do consumidor, cuja probabilidade de lesão a direitos é maior.

Percebe-se assim, a coerência do sistema de proteção das relações consumeristas.

Demais disso, o popular "Marco Civil da Internet" (Lei nº 12.695/2014), também adotando princípios constitucionais da defesa do consumidor, trouxe em seu bojo que o

uso da internet no Brasil tem, entre outros fundamentos, "a defesa do consumidor", como se vê no artigo 2º, inciso V. Reforçando, portanto, o texto constitucional, demonstrando e impondo barreiras as violações nas relações de consumo.

Ainda, na mesma linha de raciocínio, define como princípio "a proteção da privacidade" (Art. 3º, inciso II) e, evidente, que o consumidor também se insere nesta proteção.

Como bem afirmou Fábio Caldas de Araújo (2014, s.p), "*a aprovação do marco civil é tardia, mas bem-vinda, pois revela a quebra da indiferença de nosso sistema com o mundo virtual*", ou seja, evidente que a novel legislação trará inúmeros questionamentos, porém, a aprovação pelo parlamento confere a legitimidade necessária para sua aplicação, além de preencher uma lacuna que enfrentava grandes divergências nas decisões judiciais.

O capítulo II da lei estabelece 'Direitos e Garantias dos Usuários'. Neste tópico há previsão expressa da proteção do consumidor e de seus dados sensíveis.

A legislação além de reforçar matérias tratadas de forma abstrata em outros diplomas, ainda trouxe novos direitos. Entre eles, interessante destacar:

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

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

- a) justifiquem sua coleta;
- b) não sejam vedadas pela legislação; e
- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

[...]

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

[...]

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Ressalva-se que apesar de incomum a colação de textos normativos em artigos científicos, a matéria aqui abordada faz com que transcrições desta natureza

ocorram com maior frequência, seja pelo caráter recente da legislação, ou mesmo pela precisão do texto legal na proteção de determinados direitos.

Há que se fazer uma ressalva específica para os incisos IX e XIII de referido artigo, vez que estes incisos abordam exatamente a questão da proteção do consumidor e do sigilo de seus dados.

Posto isto, diante dos dispositivos mencionados, conclui-se que há no ordenamento jurídico uma (em alguma medida) satisfatória proteção do sigilo dos dados de consumo, em especial aqueles referentes às características pessoais, ideológicas, enfim, os dados sensíveis, ainda que aprimoramentos sempre possam ocorrer.

Nesse sentido, a proteção legal não se mostra suficiente ante as constantes violações, pois o comércio e o registro destes dados ocorrem diariamente na rede mundial de computadores, gerando infinitas violações. Ainda estamos diante de um *direito a construir*, para uma melhor disciplina da proteção dos dados pessoais no país.<sup>11</sup>

Necessária se faz a efetiva punição daqueles que praticam os atos lesivos, bem como a fixação adequada de indenização às vítimas.

Como regra geral prevista no Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde objetivamente pelos danos causados. Ademais o consumidor conta com a possibilidade de ter o ônus da prova redistribuído, nos termos do artigo 6º, inciso VIII. Isto é, caso haja violação de direitos fundamentais diante da circulação de informações pessoais, cabe ao fornecedor comprovar que ele não foi o responsável por aquela conduta, sob pena de ser responsabilizado objetivamente.

Por fim, caso haja responsabilização, traduzida na forma de indenização na maioria dos casos, esta deverá respeitar o caráter pedagógico, pois em eventual fixação de valores indenizatórios irrisórios, o autor da conduta lesiva (fornecedor) não se inibirá em cometer novos atos.

Desta forma, a proporcionalidade estabelecida entre a vulnerabilidade do consumidor e o poder técnico e econômico do fornecedor deverá ser considerada quando da fixação de indenizações.

## 6 CONCLUSÃO

Embora limitado em razão da sua forma, o presente trabalho pôde concluir pelas seguintes proposições:

---

<sup>11</sup> João Carlos ZANON. *Direito à proteção dos dados pessoais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 170/177.

1. As transformações sociais são inevitáveis e no atual momento histórico nos encontramos organizados em uma sociedade capitalista fundada no consumo. Porém, este consumo deve ser observado em seu espectro mais amplo possível, vez que além de ser complexa a sua conceituação é evidente a infinidade de desdobramentos abarcados pelo termo.

2. Diante deste cenário, além de crescer o acesso ao consumo por parte dos consumidores, também é crescente a disputa entre os fornecedores para angariar novos clientes ou fidelizar os já conquistados. Com isso, as informações sobre o consumo e os dados personificados se tornam essenciais para continuidade deste processo.

3. Os bancos de dados e os cadastros de informações ganharam notoriedade nestas relações consumeristas, mas, como face de uma mesma moeda, apesar de terem trazido segurança e credibilidade às relações, também proporcionaram a possibilidade de lesão a direito fundamental, notadamente à privacidade.

4. O texto constitucional de 1988 estabeleceu como direito fundamental a defesa do consumidor e, posteriormente, o Código de Defesa do Consumidor efetivou esta proteção. Todavia, diante das rotineiras transformações tecnológicas, foi necessária a criação de novas legislações para garantir uma proteção maior, especialmente no que se refere às informações de consumo armazenadas em bancos e cadastros.

5. Apesar de normas um pouco abstratas, constata-se que a transação de dados sensíveis entre fornecedores é medida atentatória ao direito de privacidade, dando ensejo à reparação pelos danos causados com fundamento nos dispositivos vigentes no ordenamento.

6. Por fim, diante destas premissas e, valendo-se dos dispositivos elencados no CDC, como a responsabilização objetiva e possibilidade de inversão do ônus da prova, a alternativa viável para minoração dos abusos perpetrados pelos fornecedores, que se valem de meios obscuros para obter estas informações, seria a fixação de indenização em valores que de uma só vez proporcionem a reparação do dano, mas também atribuam caráter pedagógico à indenização, ou sejam, que façam com que a reiteração de condutas lesivas sejam evitadas.

Há enorme dificuldade em regular e limitar matérias relacionadas à área da tecnologia e da informação. Entretanto, parece óbvio que a evolução tecnológica e o apetite capitalista jamais poderá se sobrepor aos direitos fundamentais. Assim, a proteção referente às informações dos consumidores, notadamente seus dados sensíveis, deverão ser tuteladas com os textos normativos já vigentes no país com o rigor e cautela necessária.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **Reflexões sobre o Marco Civil da internet**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-04/fabio-caldas-araujo-reflexoes-marco-civil-internet>>. Acesso em: 18 de jul. de 2015.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. São Paulo: Edições 70, 1981.

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.  
BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. **Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1997.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**, v. 1 (artigos 1.º a 107), São Paulo/Coimbra: Revista dos Tribunais/Coimbra Editora, 2007 (1.ª edição brasileira e 4.ª edição portuguesa), coment. II CF port. 35.º.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EFING, Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2010. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 19 de jul. de 2015.

FREIRE COSTA, Jurandir. **Perspectivas da Juventude na Sociedade de Mercado**. *In*: Novaes, Regina & Vannuchi, Paulo (Org.). *Juventude e Sociedade: trabalho, educação, cultura e participação*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

GONÇALVES, Renato Afonso. **Banco de dados nas relações de consumo**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares et al. **Comentários ao código de do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Trad. E int. Florestan Fernandes. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira.; COELHO, Inocêncio Mártires.; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis. **The right to privacy**. Harvard Law Review, n. 5, 1890.

ZANON, João Carlos. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

# LEGISLAÇÕES DE COMBATE A INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA: ANÁLISE DE TEXTOS NORMATIVOS DO SUL DO BRASIL E DO PROGRAMA DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA

Rafael José Nadim de Lazari <sup>1</sup>  
Ricardo Bispo Razaboni Junior <sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho, de cunho hipotético-dedutivo, aborda todas as concepções do problema social nomeado pelo legislador contemporâneo como Intimidação Sistemática, ou seja, "Bullying", conceituando este fenômeno e evidenciando sua ocorrência diante dos principais estudos efetuados dentro do território nacional. Aborda legislações nacionais acerca deste assunto, contemplando, de forma especial, a nova lei de combate a intimidação sistemática, demonstrando todos seus aspectos, com base ao texto normativo, bem como seus possíveis efeitos e impactos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bullying. Violência. Intimidação Sistemática.

**ABSTRACT:** This hypothetical-deductive work deals with all the conceptions of the social problem named by the contemporary legislator as Systematic Intimidation, that is, "Bullying", conceptualizing this phenomenon and evidencing its occurrence in front of the main studies carried out within the national territory. It addresses national legislation on this subject, especially contemplating the new law to combat systematic intimidation, showing all its aspects, based on the normative text, as well as its possible effects and impacts.

**KEYWORDS:** Bullying. Violence. Systematic intimidation.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo abordar e delimitar a intimidação sistemática, compreendida pelo fenômeno Bullying, utilizando para isto conceitos e a análise legislativa das principais leis vigentes nos estados do sul do Brasil.

Abordaremos também a nova legislação nacional acerca deste fenômeno e buscaremos evidenciar este problema social por meio de pesquisas realizadas em

---

<sup>1</sup> Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Professor do Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha", de Marília/SP. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. Palestrante no Brasil e no exterior. Advogado e consultor jurídico. Email: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

<sup>2</sup> Advogado. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Membro do Grupo de Pesquisa REI (Relações Institucionais) – Todos os lados do art. 2º da Constituição Federal, cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Email: razabonijr@gmail.com. Domiciliado à Avenida Sebastião Mendes de Brito, nº 1657, Jd. Europa-Assisp/SP (CEP 19815-140).

âmbito nacional, as quais demonstram a alta quantidade de violências praticadas em ambientes escolares.

Como princípio, ressalta-se que Bullying se trata de um termo de origem inglesa, do qual, procura cognominar todas as várias espécies de intimidação, violência e agressões físicas e psicológicas que são praticadas por uma ou mais pessoas em desfavor de quem, aparentemente, encontra-se em condição de subalternidade.

No Brasil, a prática do Bullying não é recente, porém a regulamentação nacional surgiu apenas com a Lei nº 13.185/2015, qual entrou em vigor na data de 07 de fevereiro de 2016 e instituiu o Programa de Combate ao Bullying, ou como o legislador trasladou para a língua portuguesa como o Programa de Combate à “Intimidação Sistemática”.

## **2 CONCEITO DE “BULLYING”**

Apesar das diversas dificuldades encontradas em delimitar um conceito específico para o fenômeno Bullying, Cleo Fante, especialista em Bullying, leciona que:

Bullying é uma palavra inglesa, sem tradução em nossa língua. Bully pode ser traduzido como valentão, tirano, brigão. Os valentões da escola elegem como alvos colegas que apresentam dificuldade de defesa. Colocam apelidos constrangedores, intimidam, isolam, chantageiam, rejeitam, difamam, zoam, humilham, batem, perseguem (FANTE; PEDRA, 2008, p. 132).

Ainda na procura de uma definição ideal para o fenômeno Bullying, vale ressaltar os ensinamentos de Alessandro Constantini, no qual diz que:

Trata-se de um comportamento ligado à agressividade física, verbal ou psicológica. É uma ação de transgressão individual ou de grupo, que é exercida de maneira continuada, por parte de um indivíduo ou de um grupo de jovens definidos como intimidadores nos confrontos com uma vítima predestinada (CONSTANTINI, 2004).

No que se refere às ações realizadas por meio do bullying, temos que são verdadeiros atos preconcebidos, ameaças e violências, que por sua vez são constantemente impostas a indivíduos vulneráveis e incapazes de se defenderem, o que os levam a condição de sujeição, sofrimento, angústia, isolamento e marginalização.

Em plano contínuo, considerando que este fenômeno ocorre na maioria das vezes em âmbito escolar e que o presente trabalho retratará o bullying dentro das entidades de ensino, Diogo Dreyer expõe:

Todos os dias, alunos no mundo todo sofrem com um tipo de violência que vem mascarada na forma de "brincadeira". Estudos recentes revelam que esse comportamento, que até bem pouco tempo era considerado inofensivo e que recebe o nome de bullying, pode acarretar sérias conseqüências ao desenvolvimento psíquico dos alunos, gerando desde queda na auto-estima até, em casos mais extremos, o suicídio e outras tragédias (DREYER, 2010).

Nesse sentido, para uma ideal definição de violência, as quais podem ser dadas de muitos modos, cabe ressaltar a lição de Michaud, que diz:

Há violência quando, em uma situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou mais pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, em suas posses ou em suas participações simbólicas e culturais. (MICHAUD, 1989).

O fenômeno Bullying, encontra-se subdividido em duas espécies, sendo elas, como a violência, dividida em Bullying direto, o qual é realizado por meio de agressões físicas e humilhações como empurrões, socos, chutes, na qual se atinge de maneira imediata a vítima; e Bullying indireto, o qual realizado por meio de intimidação psicológica, suscitando o isolamento da vítima, por meios de calúnias, injúrias, difamações, pilhérias e outros meios de atemorizamento.

Destaca-se que o Bullying em sua forma indireta encontra grande dificuldade de percepção dos pais, responsáveis e educadores, já que não causam lesões aparentes. Neste sentido se mostra necessário a implantação de profissionais (psicólogos e assistentes sociais) em todas as unidades de ensino, a fim de delimitar as ocorrências, combatê-las e tratar as vítimas e agressores.

Farrington (1993) revela que o bullying é uma "opressão repetida, de natureza física ou psíquica, de uma pessoa com menos poder, por outra com mais poder". Prosseguindo seu pensamento, definiu elementos centrais para o reconhecimento deste fenômeno, os quais compreendem em: 1) Prática de agressão física, verbal ou psicológica (intimidação); 2) O agressor é mais poderoso ou, pelo menos, assim é visto pela vítima; 3) Há a intenção de causar medo e/ou dor à vítima; 4) A agressão não é provocada pela vítima; 5) As agressões são repetidas e 6) Os agressores alcançam o resultado desejado.

Neste sentido, podemos concluir que ainda há duas características subjetivas para este fenômeno, as quais são: a satisfação do agressor ao impor sofrimento e a sensação da vítima de estar sendo oprimida. (RIGBY, 2006).

Além do fenômeno chamado Bullying, tivemos, com o avanço da tecnologia, a criação e o crescimento do Cyberbullying, o qual é tratado como:

(...) uso da tecnologia da informação e comunicação (e-mails, telefones celulares, mensagens por pagers ou celulares, fotos digitais, sites pessoais difamatórios, ações difamatórias online) como recurso para a adoção de comportamentos deliberados, repetidos e hostis, de um indivíduo ou grupo, que pretende causar danos a outro(s). (LOPES NETO, 2005, p.166).

Ressalta-se que com o avanço da tecnologia, além da criação e da evolução do Cyberbullying, obtivemos também o crescimento da violência, gerado pela exposição diária de programas e notícias televisivas e da rede mundial de computadores, que exteriorizam sentimentos de hostilidade, ferocidade, agressividade, impetuosidade, repassando, por sua vez, para crianças e adolescentes, as quais passam a entender como “normais” tais sentimentos.

### **3 ESTUDOS NACIONAIS ACERCA DO FENÔMENO BULLYING.**

Aprofundando a análise acerca do ambiente escolar, como muito bem preceituado por Guilherme Domingos de Luca e Fernanda Milina de Carvalho Stança:

Dentro desse cenário conflituoso onde deveria imperar o ensino, bons modos e costumes, além dos valores éticos e morais, acaba-se gerando conflitos que muitas vezes nem a filosofia, psicologia ou qualquer outra área do saber, em especial o Direito, é capaz de entender. (LUCA; STANÇA, 2015, p. 72).

Nessa senda, preceituam:

As relações escolares devem ser pautadas de respeito mútuo, por meio de atitudes que levassem à harmonia entre as pessoas (...) os índices de violência e demais estatísticas comprovam que tais abusos têm-se tornado cada vez mais comum num local que em tese, deveria ser pautado da ética, dos bons costumes e da moral. (LUCA; STANÇA, 2015, 67/68).

Diversos estudos realizados apontam os altos índices de ocorrência do fenômeno Bullying como forma de violência em ambiente escolar, dentre os quais, vale ressaltar, “*in verbis*”, o estudo realizado pela Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência, qual expõe que:

(...) foi realizada com alunos de escolas de Ensino Fundamental do Rio de Janeiro, apresenta dados como o número de crianças e adolescentes que já foram vítimas de alguma modalidade de *bullying*, que inclui, além das condutas descritas anteriormente, discriminação, difamação e isolamento. O

objetivo do estudo é ensinar e debater com professores, pais e alunos formas de evitar que essas situações aconteçam.(DREYER, 2010).

O estudo envolvendo 5.500 alunos, sendo esses da quinta à oitava série do ensino fundamental, apresentou, em seus dados iniciais, que:

(...) 40,5% dos alunos admitiram estar diretamente envolvidos em atos de bullying, sendo 16,9% como alvos, 12,7% como autores e 10,9% ora como alvos, ora como autores; • 60,2% dos alunos afirmaram que o bullying ocorre mais freqüentemente dentro das salas de aula; • 80% dos estudantes manifestaram sentimentos contrários aos atos de bullying, como medo, pena, tristeza, etc. • 41,6% dos que admitiram ser alvos de bullying disseram não ter solicitado ajuda aos colegas, professores ou família; • entre aqueles que pediram auxílio para reduzir ou cessar seu sofrimento, o objetivo só foi atingido em 23,7% dos casos; 69,3% dos jovens admitiram não saber as razões que levam à ocorrência de bullying ou acreditam tratar-se de uma forma de brincadeira; • entre os alunos autores de bullying, 51,8% afirmaram que não receberam nenhum tipo de orientação ou advertência quanto à incorreção de seus atos. (LOPES, 2005).

Em sua avaliação final, após trabalho realizado em menos de um ano, a Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência, detectarão satisfatórias alterações:

(...) 79,9% dos alunos admitem saber o que é bullying; • redução de 6,6% de alunos alvos; • redução de 12,3% de alunos autores de bullying; • a indicação da sala de aula como local de maior incidência de atos de bullying caiu de 60,2% para 39,3%, representando uma queda de 24,7%; • o número de alunos que admitia gostar de ver o colega sofrer bullying reduziu-se em 46,1%; • entre os alunos alvos que buscaram ajuda, o sucesso das intervenções para a redução ou cessação do bullying teve um crescimento de 75,9%; • o desconhecimento sobre o entendimento das razões que levam à prática de bullying reduziu-se em 49,1%; • aqueles que admitiram o bullying como um ato de maldade passou de 4,4% para 25,2% das respostas, representando um aumento de 472,7%; • o número de alunos autores de bullying que admitiu ter recebido orientações e advertências quanto à incorreção de seus atos passou de 45,6% para 68%, representando um crescimento de 33,4%. (LOPES, 2005).

A Comissão criada pela OAB/SC, chamada de OAB Vai à Escola, também realizou estudos com as escolas da grande Florianópolis-SC, qual apontou que:

(...) quase a totalidade dos alunos de oito escolas públicas da Grande Florianópolis convive com *bullying*, drogas e violência doméstica, que há pouca participação dos pais na vida escolar dos filhos e que falta uma política pública em prol dos alunos. O perfil resultou de questionário realizado com 680 alunos e 97

professores de 11 escolas de Florianópolis, Biguaçu, Palhoça e São José, aplicado durante palestras da comissão nas escolas. (OAB/SC, 2013).

Acerca dos resultados alcançados pelo estudo da Comissão da OAB/SC, em bases estatísticas tem-se que:

A pesquisa revelou que 82% dos alunos convivem com *bullying* e que grande parte já foi ou ainda é vítima da agressão. Em 52% dos casos a atitude é tomada pelos colegas, em 24% na comunidade, 21% na família e 11% pelos professores. Os principais motivadores da agressão apontados pelos alunos, na comunidade escolar, foram: físicos (41%), sexuais (30%), culturais (13%), religiosos (11%), familiares e intelectuais (8%), e econômicos e étnicos (5%). (OAB/SC, 2013).

Deste modo, resta evidenciado que a ocorrência deste fenômeno se encontra inserido e enalacrado dentro do cotidiano escolar, porém, como demonstrado pela Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência, podemos diminuí-los, desde que com apoio dos profissionais da educação, pais ou responsáveis e com o devido tratamento de combate as intimidações.

#### **4 PROGRAMA DE COMBATE AO BULLYING DO ESTADO DE SANTA CATARINA.**

Como uma das primeiras leis vigentes tratando do tema *Bullying*, nasce em 2009, o Programa de Combate ao *Bullying*, de ação interdisciplinar e de participação comunitária nas escolas públicas e privadas do Estado de Santa Catarina, por meio da lei nº 14.651/2009.

Na busca de um combate efetivo nos ambientes escolares, o legislador Catarinense, traçou conceitos normativo para o *Bullying*, o qual se compreendia como atitudes agressivas, intencionais e repetitivas, adotadas por um indivíduo (*bully*) ou grupo de indivíduos contra outro(s), sem motivação evidente, causando dor, angústia e sofrimento e, executadas em uma relação desigual de poder, o que possibilita a vitimização. (SANTA CATARINA, 2009).

De modo simplório, porém até então praticamente inédito, o legislador trouxe no bojo do artigo 2º da lei supracitada meios pelos quais se evidenciam o *bullying*, como insultos pessoais, apelidos, ataques físicos, grafites, ameaças e pilhérias. (SANTA CATARINA, 2009).

Em seu artigo terceiro, classificou ainda o *bullying* por ações praticas, divididas em:

I - verbal: apelidar, xingar, insultar; II - moral: difamar, disseminar rumores, caluniar; III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar; IV - psicológico: ignorar, excluir, perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, tyrannizar, chantagear e manipular; V - material: destroçar, estragar, furtar, roubar os pertences; VI - físico: empurrar, socar, chutar, beliscar, bater; e VII - virtual: divulgar imagens, criar comunidades, enviar mensagens, invadir a privacidade. (SANTA CATARINA, 2009).

Além dos objetivos do programa, de forma correta, a fim de solucionar o problema e tratar os danos, apresentou a norma a possibilidade de encaminhar vítimas e agressores aos serviços de assistência médica, social, psicológica e jurídica, que poderão ser oferecidos por meio de parcerias e convênios.

Por fim, vale ressaltar que recentemente, semeado pelos grandes índices de Bullying, surgiu também no Estado de Santa Catarina, mais especificamente na capital de Florianópolis, a lei 16.441/2015, que instituiu o mês de março como o mês de combate ao Bullying escolar.

## **5 COMBATE DA PRÁTICA DE “BULLYING” DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.**

Em 2010, um ano após o programa sugerido por pelo Estado de Santa Catarina, surgiu o combate da prática de “bullying” por instituições de ensino e de educação infantil, públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos.

No mesmo esteio da Lei Catarinense, a Lei do Rio Grande do Sul lança um conceito mais amplo, o qual fora disposto na lei 13.474/2010. Este é apresentado como a prática de qualquer ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitiva, entre pares, que ocorra sem motivação evidente, praticada por um indivíduo ou grupo de indivíduos, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidar, agredir fisicamente, isolar, humilhar, ou ambos, causando dano emocional e/ou físico à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

O artigo 1º da Lei 13.474/2010 traz de modo praticamente idêntico o artigo 3º da Lei Catarinense alusiva acima, porém acentuando que o envio de mensagens, fotos ou vídeos por meio de computador, celular ou assemelhado, bem como sua postagem em “blogs” ou “sites”, cujo conteúdo resulte em exposição física e/ou psicológica a outrem, também seriam conhecidos como Cyberbullying.

Os objetivos traçados pelo programa compreenderam, de forma objetiva, a iniciativa e intenção de:

- I - reduzir a prática de violência dentro e fora das instituições de que trata esta Lei e melhorar o desempenho escolar; II - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito aos

demais; III - disseminar conhecimento sobre o fenômeno “bullying” nos meios de comunicação e nas instituições de que trata esta Lei, entre os responsáveis legais pelas crianças e adolescentes nelas matriculados; IV - identificar concretamente, em cada instituição de que trata esta Lei, a incidência e a natureza das práticas de “bullying”; V - desenvolver planos locais para a prevenção e o combate às práticas de “bullying” nas instituições de que trata esta Lei; VI - capacitar os docentes e as equipes pedagógicas para o diagnóstico do “bullying” e para o desenvolvimento de abordagens específicas de caráter preventivo; VII - orientar as vítimas de “bullying” e seus familiares, oferecendo-lhes os necessários apoios técnico e psicológico, de modo a garantir a recuperação da autoestima das vítimas e a minimização dos eventuais prejuízos em seu desenvolvimento escolar; VIII - orientar os agressores e seus familiares, a partir de levantamentos específicos, caso a caso, sobre os valores, as condições e as experiências prévias, dentro e fora das instituições de que trata esta Lei, correlacionadas à prática do “bullying”, de modo a conscientizá-los a respeito das consequências de seus atos e a garantir o compromisso dos agressores com um convívio respeitoso e solidário com seus pares; IX - evitar tanto quanto possível a punição dos agressores, privilegiando mecanismos alternativos como, por exemplo, os “círculos restaurativos”, a fim de promover sua efetiva responsabilização e mudança de comportamento; X - envolver as famílias no processo de percepção, acompanhamento e formulação de soluções concretas; e XI - incluir a política “antibullying” adequada ao regimento de cada instituição. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Por fim, o texto normativo, como forma de incentivo ao combate do Bullying, acentuou a realização de palestras e debates, procurando com isto a adequada orientação de pais, alunos e educadores, sendo que as despesas decorrentes da execução desta Lei seriam por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

## **6 LEIS PARANAENSES ACERCA DO BULLYING.**

No mesmo ano de 2010, originou-se na cidade de Curitiba, capital do estado do Paraná, a Lei Municipal 13.632/2010, que dispõe sobre a política “antibullying” nas instituições de ensino do município de Curitiba.

No esteio do artigo 2º, o legislado municipal delimitou conceito para o Bullying, que se compreende como:

Qualquer prática de violência física ou psicológica, intencional e repetitiva, entre pares, que ocorra sem motivação evidente, praticada por um indivíduo ou grupo

de indivíduos, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidar, agredir fisicamente, isolar, humilhar, ou ambos, causando dano emocional e/ou físico à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. (CURITIBA, 2010).

Em quadro de ações que caracterizam o fenômeno Bullying, a legislação municipal trouxe, em seu artigo 2º, § 1º, de forma taxativa os meios pelo qual o Bullying pode ser compreendidos, como, *in verbis*, ameaças e agressões verbais e/ou físicas, submissão a outrem de condição humilhante e constrangedora, furto, roubo, vandalismo e destruição de bens alheios, extorsões forçadas, insultos, apelidos, comentários xenofóbicos e racistas bem como isolamento proposital de vítimas.

Com o aspecto tecnológico em alta, a lei impôs que a postagem e o envio de mensagens, fotos ou vídeos, por meio eletrônico, cujo resulte em exposição física e psicológica de crianças e adolescentes.

Sob a égide do artigo 3º, a Lei "antibullying" instituiu como principais objetivos:

I - reduzir a prática de violência dentro e fora das instituições de que trata esta Lei e melhorar o desempenho escolar; II - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito aos demais; III - disseminar conhecimento sobre o fenômeno "bullying" nos meios de comunicação e nas instituições de que trata esta Lei, entre os responsáveis legais pelas crianças e adolescentes nela matriculados; IV - identificar concretamente, em cada instituição de que trata esta Lei, a incidência e a natureza das práticas de "bullying"; V - desenvolver planos locais para a prevenção e o combate às práticas de "bullying" nas instituições de que trata esta Lei; VI - capacitar os docentes e as equipes pedagógicas para o diagnóstico do "bullying" e para o desenvolvimento de abordagens específicas de caráter preventivo; VII - orientar as vítimas de "bullying" e seus familiares, oferecendo-lhes os necessários apoios técnico e psicológico, de modo a garantir a recuperação da autoestima das vítimas e a minimização dos eventuais prejuízos em seu desenvolvimento escolar; VIII - orientar os agressores e seus familiares, a partir de levantamentos específicos, caso a caso, sobre os valores, as condições e as experiências prévias - dentro e fora das instituições de que trata esta Lei - correlacionadas à prática do "bullying", de modo a conscientizá-los a respeito das consequências de seus atos e a garantir o compromisso dos agressores com um convívio respeitoso e solidário com seus pares; IX - evitar tanto quanto possível a punição dos agressores, privilegiando mecanismos alternativos como, por exemplo, os "círculos restaurativos", a fim de promover sua efetiva responsabilização e mudança de comportamento; X - envolver as famílias no processo de percepção, acompanhamento e formulação de soluções concretas; e

XI - incluir no regimento a política "antibullying" adequada ao âmbito de cada instituição. (CURITIBA, 2010).

Por fim, insta observar que, em seu artigo 4º, a Lei impôs as escolas municipais o dever de manter registradas todas as ocorrências de bullying.

Em caráter estadual, influenciada pela lei municipal curitibana, surgiu em 2012 a Lei Estadual nº 17.335/2012, que Instituiu o Programa de Combate ao Bullying, de ação interdisciplinar e de participação comunitária, nas Escolas Públicas e Privadas do Estado do Paraná.

Com estrutura semelhante, porém não idêntica, a lei trouxe em seu texto normativo um novo conceito para Bullying. Cabe ressaltar que trouxe também as ações que o caracterizam, os objetivos do programa implantada e de forma inaudita classificações pelo qual o Bullying se concretiza.

Com efeito, no que consiste ao conceito, a norma estadual trouxe em seu artigo 1º, § único, dispositivo que considera pratica de Bullying:

Atitudes de violência física ou psicológica, intencionais e repetitivas, que ocorrem sem motivação evidente, praticadas por um indivíduo (bully) ou grupos de indivíduos, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. (PARANÁ, 2012).

No que se refere às ações praticadas por crianças e adolescentes em ambiente escolar, o Bullying se faz por meio de violências como:

I - insultos pessoais; II - comentários pejorativos; III - ataques físicos; IV - grafitagens depreciativas; V - expressões ameaçadoras e preconceituosas; VI - isolamento social; VII - ameaças; VIII - pilhérias. (PARANÁ, 2012).

Previsto pela primeira vez em forma de legislação, o artigo 3º da Lei estadual positiva a classificação dos casos de Bullying, divididos por:

I - sexual: assediar, induzir e/ou abusar; II - exclusão social: ignorar, isolar e excluir; III - exclusão social: ignorar, isolar e excluir; III - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, infernizar, tyrannizar, chantagear e manipular; IV - verbal: apelidar, xingar, insultar; V - moral: difamar, disseminar rumores, caluniar; VI - material: destroçar, estragar, furtar e ou roubar os pertences; VII - físico: empurrar, socar, chutar, beliscar,

bater; VIII - virtual: divulgar e ou enviar imagens, criar comunidades, invadindo a privacidade. (PARANÁ, 2012).

Como forma de objetivos traçados pelo legislador estadual, a regra do artigo 5º traz de forma contundente e aperfeiçoada, em vista da lei curitibana, dezesseis desígnios, quais são:

I - prevenir e combater a prática de bullying nas escolas; II - capacitar docentes e equipe pedagógica para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema; III - incluir, no Regime Escolar, após ampla discussão no Conselho de Escola, regras normativas contra o bullying; IV - esclarecer sobre os aspectos éticos e legais que envolvem o bullying; V - observar, analisar e identificar eventuais praticantes e vítimas de bullying nas escolas; VI - discernir, de forma clara e objetiva, o que é brincadeira e o que é bullying; VII - desenvolver campanhas educativas, informativas e de conscientização com a utilização de cartazes e de recursos de áudio e audiovisual; VIII - valorizar as individualidades, canalizando as diferenças para a melhoria da autoestima dos estudantes; IX - integrar a comunidade, as organizações da sociedade, as políticas setoriais públicas e os meios de comunicação nas ações interdisciplinares de combate ao bullying; X - coibir atos de agressão, discriminação, humilhação e qualquer outro comportamento de intimidação, constrangimento ou violência; XI - realizar debates e reflexos a respeito do assunto, com ensinamentos que visem à convivência harmônica na Escola e na comunidade; XII - promover um ambiente escolar seguro e sadio, incentivando a tolerância e o respeito mútuo; XIII - propor dinâmicas de integração entre alunos, professores, demais profissionais da educação e da comunidade; XIV - estimular a amizade, a solidariedade, a cooperação e o companheirismo no ambiente escolar. XV - orientar pais e familiares sobre como proceder diante da prática de bullying; XVI - auxiliar vítimas e agressores, orientando-os e encaminhando-os para a rede de serviços sociais, sempre que necessário. (PARANÁ, 2012).

Por fim, a lei ainda preceitua a elaboração de plano de ações, por parte da instituição de ensino, para a concretização dos objetivos e implementação das medidas previstas no programa (art. 6º); a possibilidade de encaminhamento de vítimas e agressores a serviços de assistência médica, psicológica, social e/ou jurídica (art. 8º) e também a possibilidade de criação de órgão público específico para este particular (art. 9º). (PARANÁ, 2012).

## **7 ANÁLISE DO PROGRAMA DE COMBATE À INTIMIDAÇÃO SISTEMÁTICA.**

Influenciada pela criação das Leis estaduais, tais como as Lei criadas pelos estados do sul, bem como apelo popular de participantes em audiência pública realizada

perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), nasce, com sete anos de tramitação, originada em junho de 2009, como projeto de lei nº 5369/2009, e posteriormente transformada em Lei Ordinária 13.185/2015, o Programa de Combate a Intimidação Sistemática, consistente na primeira norma de âmbito nacional que dispõe sobre este fenômeno Bullying, ou como o legislador preferiu chamar como Intimidação Sistemática.

Apresenta por sua vez, em seu artigo 1º, § 1º, conceito enunciado agora pelo legislador nacional, dispondo que todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

No que diz a respeito às ações violentas praticadas nas escolas, a lei determina que seja considerada como intimidações sistemáticas:

I - ataques físicos; II - insultos pessoais; III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos; IV - ameaças por quaisquer meios; V - grafites depreciativos; VI - expressões preconceituosas; VII - isolamento social consciente e premeditado; VIII – pilhérias. (BRASIL, 2015).

De forma insólita na legislação pátria, o legislador reconheceu a existência da intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), a qual ocorre quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

A lei trouxe também, a exemplo da lei curitibana e paranaense, de forma taxativa, todos os meios pelos quais este fenômeno se perfaz, quais estão dispostos nos incisos do artigo 3º desta forma:

Art. 3º: A intimidação sistemática (bullying) pode ser classificada, conforme as ações praticadas, como:  
I - verbal: insultar, xingar e apelidar pejorativamente; II - moral: difamar, caluniar, disseminar rumores; III - sexual: assediar, induzir e/ou abusar; IV - social: ignorar, isolar e excluir; V - psicológica: perseguir, amedrontar, aterrorizar, intimidar, dominar, manipular, chantagear e infernizar; VI - físico: socar, chutar, bater; VII - material: furtar, roubar, destruir pertences de outrem; VIII - virtual: depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social. (BRASIL, 2015).

Na égide do artigo 4º, surgiram os principais objetivos do programa, quais são em primeiros traços combater e prevenir o Bullying, capacitando os profissionais da área da

educação, a fim de orientá-los a solucionar os problemas caso a caso originados pelo Bullying.

A Lei ainda programa a intenção de campanhas de educação, conscientização e informação, com práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores, disponibilizando assistência psicológica, social e jurídica tanto a vítima quanto ao agressor.

Integra os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como meio de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo.

E por fim, dispõe que, evitará, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e mudança de comportamento hostil.

Além dos objetivos e da tradução da palavra inglesa para "intimidação sistemática", a Lei de Combate ao Bullying estabelece que será dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática e bem como serão produzidos e publicados relatórios bimestrais das ocorrências de intimidação sistemática nos Estados e Municípios para planejamento das ações.

## **8 CONCLUSÕES**

A violência, em todas suas derivações, causam danos, muitas das vezes irreparáveis. Quando esta se encontra ligada ao Bullying, principalmente na fase infanto-juvenil, podem gerar graves consequências psicológicas e sociais às vítimas, de modo que se não debeladas, pode se tornar um dano insanável.

Sustentáculos, amparo e apoio, são medidas necessárias a fim de reprimir condutas agressivas, pois um sentimento de inferioridade pode comprometer o desenvolvimento de uma pessoa, trazendo sentimentos de insegurança, carência, frustração, dificuldades, pouca auto-estima, sentimento de incompetência etc..

Aparentemente, tanto as Leis dos estados do sul do Brasil, quanto o Programa Brasileiro de Combate a Intimidação Sistemática, isto é "Bullying", cumpri bem o papel de traçar os primeiros passos para a prevenção deste problema social em âmbito nacional, facilitando o diagnóstico do que é o Bullying, como este se perfaz e como as autoridades e os responsáveis devem agir em face deste.

Nessa ótica, é possível de se perceber que a inserção de textos normativos no cotidiano educacional, se mostra como medida essencial para o combate aos altos índices de violência existente.

Porém, tais leis e principalmente o novo Programa de Combate à Intimidação Sistemática não serão a solução do Bullying nos ambientes escolares.

Encontramos-nos ainda em um enorme lapso temporal para, quem sabe um dia, com a ampliação e criação de outros meios de combate, extinguir, ou, ao menos diminuir a um plano satisfatório a ocorrência deste problema social, onde essas pequenas ocorrências não passarão de fatos ínfimos e esparsos perante a sociedade, bem como, na vida das vítimas, não afetando assim de forma direta a existência, o desenvolvimento e a dignidade destas.

A paz, a exemplo dos objetivos traçados pelas legislações “antibullying”, pode ser auferida, para isto tornar-se claro a necessidade de utilizar o caminho do respeito mútuo, devendo ser tolerada todas as diferenças, proporcionando assim um ambiente escolar digno e saudável para as crianças e os adolescentes, futuros da Nação.

## 9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Miriam (Org.). **Cotidiano das escolas: entre violências**. Brasília: Unesco, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990

\_\_\_\_\_. **Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying)**. Lei nº 13.185 de 6 de novembro de 2015.

COSTANTINI, Alessandro. **Bullying: como combatê-lo? Prevenir e enfrentar a violência entre jovens**. São Paulo: Itália Nova, 2004.

CURITIBA. **Política “antibullying” nas instituições de ensino do município de Curitiba**. Lei nº 13.632/2010 de 18 de novembro de 2010.

DREYER, Diogo. **A brincadeira que não tem graça**. Página 1. Disponível em: <<http://www.educacional.com.br/reportagens/bullying/>>. Acessado em 22 de maio de 2016.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. **Bullying escolar: perguntas e respostas**. Porto Alegre: Artmed, 2008.

FARRINGTON, D.P. *Understangind and preventing bullying*. In: TONNY, M; Morris, N. (eds.) **Crime and Justice**. Chicago: University of Chicago Press, v. 17, p. 381-458, 1993.

\_\_\_\_\_. *Developmental Criminology and Risk-Focused Prevention*. In: **The Oxford Handbook of Criminology**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LOPES NETO, Aramis. A. **Bullying – comportamento agressivo entre estudantes.** Jornal de Pediatria (Rio de Janeiro). 2005.

LUCA, Guilherme Domingos de; STANÇA, Fernanda Molina de Carvalho. Violência no ambiente educacional e o papel pacificador do direito. **Revista Espaço Acadêmico**, Maringá, v. 173, p.63-74, out. 2015. Mensal.

MICHAUD, Yves. **A violência.** São Paulo: Atica, 1989.

MORRISON, Brenda. **Bullying Escolar e Justiça Restaurativa:** Compreensão Teórica do Papel do Respeito, Orgulho e Vergonha. Justiça para o Século 21. Instituindo Práticas Restaurativas, p. 4. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=356&pg=0#.V0c26PkrLIU>> . Acesso em: 22 de maio de 2016.

NUNES, Taiana da Silva. **O professor e o bullying escolar:** significados e estratégias de ação. 2011. 145 f. Tese (mestrado) - Curso de Psicologia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p.80. Disponível em: <[http://www.pospsi.ufba.br/Taiana\\_Nunes.pdf](http://www.pospsi.ufba.br/Taiana_Nunes.pdf)>. Acessado em: 23 de maio de 2016.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na escola:** O bullying na relação aluno-professor e a responsabilidade jurídica, 2010, p.1 Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3776.pdf>>. Acesso em: 22 de maio de 2016.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos na sociedade contemporânea : O Bullying como ato infracional.** Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro5/Grasielle%20Augusta%20Ferreira%20Nascimento%20e%20Maria%20Aparecida%20Alkimin.pdf>>. Acessado em 23 de maio de 2016.

OAB/SC. **Comissão OAB Vai à Escola.** Disponível em: <<http://www1.oab-sc.org.br/noticias/oabsc-traca-perfil-escolas-publicas-grande-florianopolis/8595>>. Acessado em 23 de maio de 2016.

PARANÁ. **Programa de Combate ao Bullying, de ação interdisciplinar e de participação comunitária, nas Escolas Públicas e Privadas do Estado do Paraná.** Lei nº 17.335/2012 de 10 de Outubro de 2012.

RIGBY, Ken. **What is bullying. Defining bullying: a new look at na old concept,** 2006. Disponível em: <<http://www.education.unisa.edu.au/~bullying/>>. Acesso em 22 de maio de 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Combate da prática de “bullying” por instituições de ensino e de educação infantil, públicas ou privadas, com ou sem fins lucrativos.** Lei nº 13.474/2010.

TIERNO, Barnabé. **Ajudar os filhos em seus problemas.** 1. ed. São Paulo: Paulinas, 1996.

SANTA CATARINA. **Programa de Combate ao Bullying, de ação interdisciplinar e de participação comunitária nas escolas públicas e privadas do Estado de Santa Catarina.** Lei nº 14.651/2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SPOSITO, Marília Pontes. (2001). **Um breve balanço da pesquisa sobre violência escolar no Brasil**. Educação e Pesquisa, São Paulo.

## O ABORTO CULPOSO NOS CASOS DE ABORTO PRETERDOLOSO E VULNERANDI ANIMUS

Gabrielle Stoco Fabio<sup>1</sup>  
José Roque Nunes Marques<sup>2</sup>  
Dorinethe dos Santos Bentes<sup>3</sup>  
Nasser Abraham Nasser Neto<sup>4</sup>

**RESUMO:** Com a evolução da medicina e ciências atualmente, percebe-se uma maior necessidade de novos conhecimentos a respeito do estudo da bioética e do biodireito, ciências estas ligadas à vida humana, animal e ao meio ambiente. É possível notar, através do grande desenvolvimento da medicina e tecnologia, a migração de experimentos antes encontrados na esfera da ficção para a esfera da realidade de nossa sociedade. Estando estritamente ligados ao cotidiano de nossa sociedade. O Direito, por ser uma ciência ligada à atualidade, estando em constante evolução, não deve ficar atrás diante tantas descobertas, sendo assim, faz-se necessária a pesquisa por novas teorias para enriquecimento desta bela ciência. O Biodireito, novo ramo do Direito Público, resulta-se da intercessão entre o Direito e a Bioética, tendo como princípio basilar a Dignidade da Pessoa Humana, presente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. O Biodireito, segundo doutrinadores, tem por objeto principal a vida, formulando suas relações e questões entre a ética na instância prática e o direito na expressão positivada da ética. Cabe ressaltar que o objetivo deste projeto não é avaliar a legalização ou não do aborto, questão que causa polêmica onde é discutida. Pelo contrário, o que se pretende é mostrar, através de argumentos juridicamente sustentados, a existência de uma modalidade abortiva não prevista em nosso Código Penal vigente. A interrupção da gravidez na forma é trata nos artigos 125 à 128 do código de proteção aos réus, porém, nenhum destes dispositivos prevê a existência de uma modalidade culposa para tal prática. Portanto, ao estudarmos a prática abortiva, verificaremos suas possibilidades culposas e a consequência da não tipificação das mesmas no Código Penal, destacando sua importância e benefício à incorporação de nosso ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Aborto, Código Penal, Culpa, Bioética, Biodireito, Vida, Dignidade da Pessoa Humana, Medicina, Atualidade;

**ABSTRACT:** With the evolution of medicine and science today, we perceive a greater need for new knowledge about the bioethics and biolaw studies, sciences related to human, animal and the environment. We can see through the great development of medicine and technology, the migration experiments before found in the realm of fiction into the realm of reality of our society. Being closely linked to daily life in our society. The law, as it is a science linked to the present, being in constant evolution, should not lag behind on so many discoveries, so it is necessary to search for new theories to enrich this beautiful science. The Biolaw, new branch of public law, resulting from the intersection between law and bioethics, whose basic principle Dignity of the Human Person, the present Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988. Biolaw The second scholars, has main purpose is the life, formulating questions and their relationships between ethics in practice proceedings and the right expression positively valued ethics. Note that the goal of this project is not to assess whether or not the

---

<sup>1</sup> Gabrielle Stoco Fabio. Acadêmica de Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Contato: stoco.g@hotmail.com

<sup>2</sup> Professor Doutor da Universidade Federal do Amazonas, orientador.

<sup>3</sup> Professora Mestre Professor Doutor da Universidade Federal do Amazonas, co-orientadora.

<sup>4</sup> Professor pela Universidade Federal do Amazonas, *in memoriam*.

legalization of abortion, an issue that causes controversy where it is discussed. Rather, the aim is to show, through legally sustained arguments, the existence of an abortive form not provided for in our Penal Code. The termination of pregnancy as it comes in Articles 125 to 128 of the code protection to defendants, however, none of these devices requires the existence of a culpable form for such practice. Therefore, by studying the abortive practice, we find their wrongful possibilities and not the consequence of classification of the same Penal Code, highlighting its importance and benefit to the incorporation of our legal system.

**Keywords:** Abortion, Criminal Code, Guilt, Bioethics, Biolaw, Life, Human Dignity, Medicine, Current;

## 1 INTRODUÇÃO

Religiosos, políticos e profissionais da medicina condenaram ou defenderam sobre o controverso tema do aborto tomando diferentes pontos de vista ao longo da história da humanidade. Nem as maiores figuras públicas mais influentes foram capazes de por fim a divergência acarretada pelas discussões sobre o aborto através da história.

Na Grécia, o tema já possuía discrepância entre grandes pensadores da época. Na antiga e renomada obra de Aristóteles “A Política”, argui-se sobre múltiplos assuntos, entre eles, a sociedade, a educação, os tipos de governo e etc. Aristóteles, em sua obra, escreve sobre o crescimento descomedido da população, no qual o autor discursa “se deve fixar o número máximo de procriações e, se alguns casais forem férteis para além do limite, é necessário recorrer ao aborto” (ARISTÓTELES, 1255).

Enquanto a questão sobre a aprovação ou reprovação do aborto era discutida, a população não esperava a conclusão que até hoje não veio. Em tempos antigos, as mulheres abortavam e seguiam com suas vidas normalmente, sem a preocupação das discussões trazidas ao longo da história. Tais discussões, entretanto, remetiam a uma grande questão: “Quando começa a vida do ser humano?”

Naquela época, só era possível ter-se a confirmação da gravidez ao perceber o primeiro movimento do bebê no útero materno. No século II, aborto passa a ser punido com exílio pois ofendia o interesse masculino de obter um herdeiro, evidenciando o caráter paternalista que tomou conta do conceito familiar da época.

Com o passar do tempo, novas visões e interpretações apareceram para o homem. Com o advento do cristianismo e sua grande aceitação por parte da sociedade romana, haviam insistentes condenações do aborto e da contracepção pelo clero, o sexo passou a ser um símbolo de moralidade, ao contrário do paganismo pregado anteriormente, onde a noção de pecado sequer existia para os que seguiam a religião.

Com a descoberta de outras tecnologias no âmbito da medicina e ascensão de novas visões econômicas e ideológicas, a prática do aborto passou a necessitar de

uma legislação que correspondesse à satisfação de alguns ideais. No Século XIX, o feto passa a se tornar um ser com potencial militar, intelectual e força braçal, ou seja, um possível trabalhador, cientista ou soldado, o que gerou os primeiros conflitos com os movimentos feministas primordiais.

O aborto, interrupção da gravidez antes de seu termo normal podendo ser ela espontânea ou intencional, é uma prática usada há tempos, tendo-se registros dela desde a Antiguidade. Suas modalidades e métodos abortivos, ordinariamente, são tratados detalhadamente pelo Direito Brasileiro, sendo o aborto criminoso suscetível de punição, dependendo de sua prática conforme disposto pelo Código Penal brasileiro. Ao longo da história, a prática abortiva foi criminalizada ao longo dos anos a partir da influência do Cristianismo na história, o aborto criminoso apareceu, primeiramente, na *Constutio Bamberguensis* (1507) e na *Constutio Criminalis* (1532) já sendo distinguidas as punições para os fetos animados e inanimados, caracterizadas como as primeiras evidências do Direito acompanhando a evolução científica sobre a prática abortiva.

Tanto o aborto preterintencional quanto o aborto *vulnerandi animus* são modalidades abortivas as quais é possível ter-se a caracterização da existência do aborto culposo como realidade dentro do tipo penal do aborto. A falta de legislação específica que preveja a modalidade culposa é fator que contribui para salientar um dos casos de não proteção ao réu presentes no atual Código Penal. Ao passo em que se pode apontar no caso concreto a existência de uma modalidade abortiva culposa, é possível que se abra uma nova visão doutrinária para a análise do aborto nos casos concretos.

A importância de uma nova visão sobre a análise do elemento subjetivo do tipo de aborto dá-se pela característica de constante evolução da ciência do Direito. Sem novas discussões e novas visões, não é possível que a ciência evolua e encontre novas formas de interpretação dos Códigos. Ao avocar para discussão este novo tema, procurou-se trazer para o âmbito do Direito Penal, uma nova visão da realidade comprovada nos casos concretos a respeito da existência do elemento subjetivo culposo no delito de aborto.

## **2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DO DIREITO PENAL**

Insculpido no inciso XXXIX do art 5º da Constituição Federal de 1988, o art 1º do Código Penal diz: “Anterioridade da lei. Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940)

Sendo um dos princípios mais importantes do Direito Penal, a lei é a única fonte a que se recorre quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção

no ordenamento jurídico. No Direito Penal, tudo o que não for proibido, é considerado lícito. Tal princípio, segundo alguns doutrinadores, teve origem sob a influência da Magna Carta Inglesa, passando pela influência do movimento da Revolução Francesa, atingindo os moldes exigidos pelo Direito Penal.

O princípio da legalidade tem como principais funções a proibição da retroatividade da lei penal (salvo os casos em que o réu possa ser beneficiado), proibição de crimes e penas pelos costumes, impedindo o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas e não permitir incriminações vagas ou indeterminadas.

Dentro do conceito da legalidade formal, está o conceito de vigência da lei. O ordenamento jurídico pode editar uma lei penal formalmente, mas apenas a sua vigência não é suficiente, necessitando-se que haja uma validade dessa lei. Validade esta ligada diretamente a legalidade material do Princípio da Legalidade. Somente depois que a lei possuir sua validade, é que ela poderá ser aplicada plenamente no ordenamento jurídico. Nesse sentido, explica o professor Mirabete, “Exige o princípio ora em estudo que a lei defina abstratamente um fato, ou seja, uma conduta determinada de modo que se possa reconhecer qual o comportamento considerado como ilícito. Infringe, assim, o princípio da legalidade a descrição penal vaga e indeterminada que não possibilita com isso o arbítrio do julgador.” (MIRABETE, 2013)

É neste viés que analisamos o aborto culposo como uma possível hipótese a compor o Código Penal futuramente, mas nunca como uma modalidade já existente no ordenamento jurídico, tudo em face do Princípio da Legalidade e dos demais princípios que compõem o viés da Legalidade. Não se pode falar em aplicar a modalidade culposa do aborto sem uma lei anterior que o ampare e não é possível que se afirme que há modalidade culposa se crime sem uma prévia cominação legal. Entretanto, para fins de estudo, é possível apontar os elementos de um crime culposo tomando como base o aborto preterdoloso e o aborto *vulnerandi animus*, mesmo que ainda não tipificado em nosso ordenamento jurídico.

### **3 O CÓDIGO PENAL E A MODALIDADE CULPOSA DOS TIPOS PENAI**

Segundo o professor Mirabete, o conceito de crime culposo dá-se como “a conduta humana voluntária que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado” (MIRABETE, 2013). Ressalta-se, portanto, que o delito culposo se caracteriza por um conjunto de vários elementos: conduta humana, inobservância de dever jurídico, resultado que lesione a vítima não querido pelo agente, nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, tipicidade e previsibilidade.

Ao passo que se estuda a modalidade culposa dos crimes, é preciso que se faça uma conceituação dos elementos trazidos no inciso II do art 18 do Código Penal: a imprudência, a imperícia e a negligência. Explanar essas três condutas significa dizer que, na falta da observância ao simples dever de cuidado, pode gerar a conduta culposa.

A imprudência seria uma conduta praticada por agente que, não observando seu dever de cuidado, causa um resultado lesivo à vítima que pode ser previsível. Um exemplo de imprudência seria o motorista que excede a velocidade ou desrespeita medida de segurança no trânsito e causa acidente. Neste caso, o motorista, ao não observar as regras de trânsito, podendo prever que haverá algum acidente, opta por agir com imprudência.

A negligência, diferentemente da imprudência, é a omissão ante aquilo que se devia fazer. A negligência é a falta de cuidado, incúria, descuido. O agente que deixa de fiscalizar serviço alheio, sendo o profissional encarregado de tal fiscalização, age dentro da conduta negligente apontada pelo Código Penal. O agente dever fazer algo, mas opta por não fazer. O mesmo se aplica ao agente que deixa de verificar os freios do carro dentro do prazo recomendado e causa acidente de trânsito. O resultado não é querido pelo agente, porém, é possível que seja previsto.

Por último, dentro do estudo das condutas, fala-se da imperícia. A imperícia é a inaptidão do agente, momentânea ou não, para exercício de profissão, arte ou ofício. Doutrinadores afirmam que a imperícia está ligada estritamente ao exercício de uma profissão. Nestes casos, age com imperícia o cirurgião médico que pratica atos excessivos que caracterizem essa conduta.

## **4 O ABORTO E SEUS ASPECTOS**

### **4.1 Histórico**

Tem-se registro de que a prática do aborto surgiu desde a antiguidade, sendo mencionada no Código de Hamurabi, famoso código criado pela civilização babilônica no século V a.C.. Segundo historiadores, também há menções ao aborto nos escritos Egípcios sobre contracepção que datam de 1850 a 1550 a.C., cujos escritos se falava de receitas com ervas, de propriedades químicas que poderiam ser contraceptivas ou causar à mulher aborto e infertilidade, sendo depois comprovadas as substâncias abortivas das ervas com o avanço da medicina para com assuntos que dizem respeito à gravidez.

Apesar de as civilizações Gregas e Romanas permitirem a prática do aborto, esta poderia ser considerada crime quando ferisse o direito de propriedade do pai sobre

um potencial herdeiro, ou seja, quando o homem desejava o filho para se tornar seu herdeiro e a mulher, mesmo tendo consciência da vontade do homem, abortava a criança. Isso acontecia porque tais civilizações eram patriarcais e o homem detinha o poder absoluto sob a vida da mulher e da criança a ser gerada em seu ventre, havendo uma necessidade e importância de um herdeiro para a sucessão do poder patriarcal. Nesse sentido, o aborto era considerado crime devido a um interesse político e social, não havendo um viés que se preocupasse com o direito do feto à vida ou o direito da mulher de controlar a vida do feto sem permissão ou prévia autorização do homem.

No Brasil, o aborto seguiu o panorama mundial e tem-se registro dessa prática desde a colonização. A prática abortiva já era realizada no Brasil pelas mulheres indígenas, como também em Portugal, embora por razões diferentes. No início da colonização, Freyre narra que os índios costumavam fugir das missões jesuítas devido à segregação em que viviam, pela violência que sofriam dos missionários e pela miséria. Diante dessa falta de base e apoio econômico, muitas famílias se dissolveram, o que fez aumentar a mortalidade infantil e diminuir a taxa de natalidade, sendo esta também ocasionada pelos abortos praticados pelas mulheres indígenas na falta de maridos e pais que lhes dessem apoio.

As práticas abortivas no Brasil colonial variavam desde chás e poções até golpes na barriga, saltos, levantamento de peso, indução de vômitos e diarreias, também como a introdução de objetos cortantes no útero, sendo as gestantes orientadas, na maioria das vezes, por parteiras e benzedeiras. Eram comuns tais práticas causarem a morte da mãe devido a falta de observância de higiene e imperícia médica.

#### **4.2 Conceito**

Segundo a Organização Mundial da Saúde, o abortamento define-se sendo a interrupção da gestação antes de 20 a 22 semanas ou de feto com peso inferior a 500 gramas. Quando o tempo da gravidez é desconhecido, o abortamento se dá pela consideração do peso ou ainda pelo limite de 16cm de comprimento. A Medicina subclassifica o aborto entre aborto precoce, ocorrido em até 12 semanas, e tardio, entre 12 e 20 a 22 semanas de gestação.

O professor Croce, em seu Manual de Medicina Legal conceitua o aborto nos seguintes termos, "Abortamento é o ato de abortar. É o conjunto de meios e manobras empregados com o fito de interromper a gravidez. À Medicina Legal interessa apenas o aborto desamparado pela lei, criminoso, ou a sua tentativa, quando, a despeito do abortamento, o conceito não morre por circunstâncias alheias à vontade do sujeito." (CROCE, 2012)

#### 4.3 Início e Término da Proteção Penal pelo Tipo de Aborto

Segundo tribunais e jurisprudências, a vida tem início a partir da concepção, ou fecundação. Porém, para o Direito Penal, o início da proteção ao feto dá-se pela condição da chamada nidação, ou seja, da implantação do óvulo já fecundado no útero. Sendo assim, enquanto a nidação não se concretizar, não há possibilidade de proteção ao bem jurídico por meio da lei penal.

Para fins penais, o término de proteção penal ao aborto dá-se pelo início do parto, marcado pelo período de dilatação do colo do útero. A partir da caracterização do término da proteção penal ao tipo do aborto, o nascente passa a ser protegido juridicamente no viés do homicídio ou infanticídio, dependendo de como a conduta se encaixará dentro dos tipos penais.

### 5 ABORTO CRIMINOSO

O aborto criminoso constitui-se de um delito contra a vida, consistente na intencional ou não intencional interrupção da gestação, proibida legalmente pelo instrumento penal, pouco importando o período da evolução fetal em que se encontra o produto da concepção e a pessoa que pratica o delito em questão, desde que haja a morte do produto da concepção, seguida ou não de sua expulsão do ventre materno.

Nesse mesmo teor de ideias, haverá aborto mesmo que não haja expulsão do conceito, que poderá, dependendo do caso, ser absorvido ou conservado pelo organismo materno. Além disso, também haverá a possibilidade de ocorrência do óbito da gestante antes que se dê a expulsão do feto, seja por infecção, seja por eventual complicação durante o abortamento.

Várias são as espécies de aborto criminoso previstas na legislação penal brasileira, nosso objetivo ao explaná-las será apontar seus aspectos que as caracterizem ou não como possíveis modalidades que admitam o aborto culposo. (DINIZ, 2007)

*Auto-aborto:* é o abortamento provocado pela própria gestante em si mesma tirando a vida do feto, intencionalmente, mesmo se instigada ou auxiliada por outro agente. Cabe aqui ressaltar que apenas a gestante pode responder pelo crime de auto-aborto, seu partícipe responderá pelo delito do art 125. Também comete a tentativa de aborto a gestante que atenta contra a própria vida, conseqüentemente atentando contra a vida do feto. Caso o feto venha a óbito por tentativa de suicídio da gestante, a mesma terá cometido o delito de aborto consumado.

*Aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante:* é o abortamento praticado por terceiro, este podendo exercer a função médica ou não, com o consentimento, ou seja, a autorização da gestante para tal conduta. Esta modalidade de aborto é punida pelo Código Penal, no art. 126, caput, com reclusão de 1 a 4 anos.

*Aborto sofrido:* ou também conhecido como aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante. O terceiro, desde que conhecedor do estado gravídico da mulher, será punido, segundo dispõe o art. 125 do Código Penal, com reclusão de 3 a 10 anos. Nessa hipótese, não será preciso que haja a recusa expressa da gestante, bastando que os meios abortivos sejam empregados à sua insubmissão. Se o agente empregar violência, fraude ou grave ameaça para valer-se do uso de técnicas abortivas, haverá configuração do delito de constrangimento ilegal e aborto sofrido, ante o dissentimento da gestante.

*Aborto preterintencional:* existem duas hipóteses para esta modalidade de aborto. A primeira delas consiste no aborto dolosamente provocado e caracterizado pelo resultado culposo, que pode ser a morte da gestante ou lesão corporal de natureza grave causados na mesma. Haverá essa figura delituosa quando, com ou sem o consenso da gestante, houver provocação de abortamento por terceiro, em consequência das técnicas abortivas empregadas do qual ela venha a óbito, ou na hipótese de emprego de técnica abortiva, mas o aborto não ocorre em vias de fato, causando o óbito da gestante ou lesão corporal de natureza grave na mesma.

*Aborto vulnerandi animus:* o aborto preterintencional e o aborto vulnerandi animus estão estritamente ligados, ambos possuindo características que se completam ao serem examinados na presente pesquisa. Tal modalidade de aborto dá-se pela interrupção da gravidez, sem que o agente queira o resultado culposo, gerada por lesão corporal dolosa ou culposa que o agente causou na gestante.

## **6 O ABORTO CULPOSO E OS CASOS CONCRETOS**

A modalidade culposa do aborto não tem previsão expressa no Código Penal brasileiro, portanto, sem tal previsão dentro do dispositivo penal, não é possível que se configure, oficialmente, o elemento subjetivo culposo nos casos de aborto.

Todavia, para fins de estudo, onde hipóteses podem ser levantadas sem vinculação direta da lei penal, pode-se cogitar a existência da modalidade culposa do aborto. Tais hipóteses a serem levantadas, foram analisadas e estudadas para que se possa trazer uma visão diferente ao que a jurisprudência decide sobre o crime de aborto.

A primeira hipótese a ser discutida remete a acidente de trânsito causado por terceiro que infringe regra de trânsito e vem a colidir contra o carro de uma gestante, por

consequência, a gestante é levada a hospital, onde vem a óbito devido aos ferimentos causados no acidente de trânsito, o feto, sem possibilidades de viver fora do útero da mãe por crescimento incompleto também vem a óbito.

É possível identificar que, o motorista, ao infringir regra de trânsito, assume o risco de não colidir com ninguém, visto que as circunstâncias do crime mostram que o réu causou acidente em horário onde o trânsito é cheio e o resultado de uma colisão é previsto. Sabendo o motorista que, no horário em que ele estava dirigindo seu carro, poderia vir a colidir com outro veículo, o mesmo assume o risco de que nada irá acontecer, portanto, agindo com dolo eventual.

A partir destas circunstâncias, podemos dizer que o réu assumiu a possibilidade de que viria a colidir com outra pessoa, porém, é possível que seja afirmado o mesmo em relação à criança? É possível afirmar que o motorista agiu com dolo de causar aborto em sua vítima? Seria, então, possível afirmar que a morte do feto ocorreu de forma culposa pelo réu?

A assunção de risco tomada pelo causador do acidente é quanto ao risco de colidir com outro veículo, mas, não é possível que o mesmo preveja que sua vítima esteja grávida e, que devido ao acidente, cause o abortamento da criança. Trata-se, neste caso, de um preterdolo, ou seja, o réu agiu com dolo no antecedente e culpa na consequência das ações.

Ressalta-se que, sem uma legislação específica quanto ao aborto culposo, o réu está sujeito a responder por homicídio, art 121, em concurso com aborto causado por terceiro, art 125, ambos dolosos, o que, claramente, não corresponde com o real elemento subjetivo do caso concreto. Ademais, é possível notar que, o réu, ao ser condenado erroneamente, tem seus direitos, garantidos pela Constituição de 88, feridos. O que resultara num ato gravíssimo por parte do sistema judiciário, ao mesmo tempo, verifica-se que, se o réu não for condenado pelo resultado culposo do crime, tem-se uma inversão de valores ao aceitar que a conduta não resulta em crime.

Observa-se que, para esta primeira hipótese retratada no tópico, não há o que se falar na possibilidade de delitos em concurso caso a conduta do agente seja lesão corporal. Isto se dá ao fato de que o próprio ordenamento jurídico tratou da situação referente a lesões corporais, vide art 129, §2º do Código Penal. Para a conduta de lesão corporal, caso resulte aborto da mesma, a pena cominada é de reclusão de quatro a doze anos, conforme a própria doutrina e jurisprudência apontam.

Ao passo em que se fala sobre acidentes de trânsito, o autor Rogério Greco, em seu Código Penal Comentado, traz a possibilidade, já mencionada anteriormente, de gestante que dirige veículo e vem a colidir, causando acidente de trânsito e, consequentemente, causa o abortamento de seu próprio filho. Neste caso, a gestante

que causa acidente, tem, em sua consequência, um auto aborto culposo. Para Greco, a gestante não pode ser responsabilizada no âmbito criminal, haja vista que não há previsão legal para a modalidade culposa do delito.

Na hipótese levantada por Greco, seu olhar perpassa pela situação da falta de previsão expressa de modalidade culposa em situação concreta: “Pode acontecer que a própria gestante, estando na direção de seu veículo automotor, venha, por exemplo, culposamente, a colidir com um poste, causando, em virtude do impacto sofrido, o aborto. Nesse caso, não deverá ser responsabilizada criminalmente, haja vista a inexistência de previsão legal para a modalidade culposa de aborto. De outro lado, pode ser que a gestante tenha sido vítima de acidente de trânsito, tendo sido seu veículo atingido por terceiro que, agindo de forma imprudente, dirigindo em velocidade excessiva, com ela colidiu, causando-lhe, também, em virtude do impacto, o aborto. Aqui, ao contrário do raciocínio anterior, o agente causador do aborto, embora não possa ser responsabilizado penalmente por esse resultado, poderá responder pelas lesões corporais de natureza culposa produzidas na gestante em virtude da expulsão prematura do produto da concepção” (GRECO, 2013)

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É possível provar a existência de modalidade culposa do aborto nos casos concretos. Durante a pesquisa, ao embasar a teoria de existência do aborto culposo, verificou-se que existem doutrinadores que reconhecem a visão de tal modalidade presente nas situações particularizadas do cotidiano do homem.

O aborto, como tema do presente projeto de iniciação científica, permitiu a fixação de novos conhecimentos sobre suas modalidades e sobre os parâmetros os quais o Direito toma como base para seu estudo. O conhecimento advindo da pesquisa científica enriquece o leque de possibilidades as quais o pesquisador pode escolher.

Ao passo em que se pode desenvolver e mudar a visão sobre delitos, visto que o Direito é uma ciência que se encontra em constante evolução, a pesquisa torna-se importante ferramenta para que se chegue a novas conclusões. O aborto em sua modalidade culposa, existe de fato, apesar de não previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico. Porém, suas circunstâncias e características estão presentes e podem ser apontadas em casos reais.

A leitura de dispositivos legais à luz da Constituição e Controle de Constitucionalidade, ideia trazida ao ordenamento por Kelsen, traz à discussão sobre qualquer âmbito do Direito, se o dispositivo está sendo recepcionado ou não pela Constituição de 1988.

Ao passo em que estudou-se os casos existentes de aborto culposo, há o que se falar de uma não punibilidade e, em discussão mais grave, em uma punibilidade errônea por delito que não possui previsão legal corretamente estipulada. Neste caso, o princípio da legalidade, como segurança do Código Penal, torna-se ferramenta que assegura uma situação de impunidade.

A falta de tipicidade do elemento subjetivo culposo no delito de aborto, pode tanto beneficiar completamente o praticante do delito, como também estabelecer pena indevida a réu condenado. Há o que se falar, já que é possível caracterizar a modalidade culposa do abortamento, de uma revisão do Código Penal de 1940.

O Direito, por ser uma ciência em constante aperfeiçoamento, está sujeita a revisões, bem como o surgimento de novas discussões para uma nova forma de interpretação dos objetos estudados no âmbito do Direito. Iniciar a discussão a respeito do aborto culposo, foi, inicialmente, o objetivo proposto pela pesquisa de iniciação científica. Ao despertar uma nova possibilidade de visão doutrinária, é preciso que se busque por cada vez mais conhecimentos que embasem a nova visão. A oportunidade de iniciar tal discussão no contexto de uma graduação, mostra a busca por experiências que incitem novas referências sobre temas já estudados.

É com grande satisfação que se encerra o projeto de com a certeza de que, por trás desta iniciação, há um universo de possibilidades a serem exploradas para aprimoramento da pesquisa e resultados.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15ª Edição. Editora Saraiva. 2010

CROCE, Delton. *Manual de Medicina Legal*. 8ª Edição. Editora Saraiva. 2012

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 4ª Edição. Editora Saraiva. 2007

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6ª Edição. Editora Impetus. 2012

JESUS, Damásio E. *Direito Penal – Parte Geral*. 30ª Edição. Editora Saraiva. 2009

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 29ª Edição. Editora Atlas. 2013

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 28ª Edição. Editora Atlas. 2014

## O APLICATIVO “UBER” E A DEFESA DO CONSUMIDOR

Américo Ribeiro MAGRO <sup>1</sup>  
Landolfo Andrade de SOUZA <sup>2</sup>

**RESUMO:** Pretende este artigo demonstrar a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações decorrentes do uso do aplicativo móvel “Uber”, esclarecendo que são autênticas relações jurídicas de consumo e, pois, que o usuário de tal plataforma eletrônica é consumidor para todos os fins de uma prestação de serviço remunerada.

**Palavras-chave:** Código de Defesa do Consumidor. Direito do Consumidor. Aplicabilidade. Relação de Consumo. Uber. Aplicativo. Direito Eletrônico.

**ABSTRACT:** This article intends to demonstrate the full applicability of the Consumer Defense Code to the relations arising from the use of the mobile application "Uber", clarifying that they are authentic consumer legal relationships and, therefore, that the user of such electronic platform is consumer for all purposes Of a paid service.

**Keywords:** Code of Consumer Protection. Consumer Law. Applicability. Consumer relationship. Uber. App. Electronic Rights.

### 1 INTRODUÇÃO

Propõe este breve artigo esclarecer, singelamente, a plena aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações decorrentes do uso do aplicativo móvel “Uber”, que, recente, inaugurou uma nova forma de transporte individual remunerado, cuja validade ainda há de ser devidamente verificada.

Para tanto, tratou inicialmente de esclarecer a disciplina consumerista em relação aos contratos firmados por meio eletrônico, para então abordar o citado software em si, especialmente sua origem e métodos de funcionamento e, por fim, visou demonstrar que ocorrem ao caso todos os elementos de uma relação jurídica de consumo, explicando, singelamente, cada um deles.

### 2 PRELIMINARMENTE: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUÍDAS POR MEIO ELETRÔNICO

---

<sup>1</sup> Advogado. Bacharel em Direito e Pós-graduando em Interesses Difusos e Coletivos pela Toledo Prudente Centro Universitário. Pós-graduando em Direito Eleitoral pela Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: americomagro@hotmail.com.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Coordenador Regional da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor do curso de curso de Pós-Graduação em Interesses Difusos da Toledo Prudente Centro Universitário. E-mail: landolfoandrade@gmail.com.

Como cediço, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) é, verdadeiramente, um “microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar”, visto que “ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista”, relaciona-se ainda com outros ramos do Direito, “ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos” (FILOMENO et al, 2011, p. 11).

Trata-se, sobretudo, de uma lei autenticamente principiológica – no que foi, aliás, vanguarda no Sistema Jurídico nacional –, de modo que, ao ingressar no Ordenamento fez uma espécie de corte horizontal, atingindo “[...] toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional” (NUNES, 2005, p. 66).

Desse modo, resta inevitável que as disposições protetivas do Código de Defesa do Consumidor são plenamente aplicáveis também aos contratos firmados em ambiente virtual, porquanto

“o contrato eletrônico [...] não indica um novo tipo de contrato, apenas o meio pelo qual é celebrado, então aplicam-se ao comércio eletrônico as normas do Código Civil pertinentes aos contratos em geral e a cada espécie, bem como os princípios do Código do Consumidor sempre que houver relação de consumo” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 236).

Em resumo: as regras previstas pelo Código do Consumidor aplicam-se tanto ao mundo real como ao virtual, visto que tal diploma consumerista “[...] tem princípios e artigos válidos inclusive para as relações eletrônicas e não presenciais, seja na Internet, seja no celular, ou em qualquer outro meio que se invente” (PINHEIRO, 2012, p. 35).

Na lição de Tarcísio Teixeira (2014, p. 205):

“[...] o contrato celebrado na internet entre o usuário e o proprietário do provedor ou do site (seja o provedor de acesso ou site de compras de produtos e serviços) configura uma relação de consumo. Portanto, o usuário deve ser considerado consumidor e o proprietário do provedor/site fornecedor para todos os efeitos, até porque não há nenhuma incompatibilidade entre tais figuras e os conceitos trazidos pela lei”.

Dado o caráter amplo do regramento do Código do Consumidor, entendemos que sua aplicabilidade se estende além dos contratos virtuais celebrados pela internet, atingindo também as relações advindas da aquisição, onerosa ou gratuita, de aplicativos e outros programas utilizáveis em plataformas móveis, especialmente “smartphones”. Desse modo, ao baixar e instalar um determinado aplicativo em seu aparelho celular, o

usuário é efetivamente um consumidor, e mantém com o proprietário do software uma autêntica relação de consumo, que como tal demanda proteção correspondente.

### 3 O APLICATIVO UBER: ORIGEM DA DISCUSSÃO

Já dizia o velho adágio latino que “onde está a sociedade, aí está o direito”. Mais que isso, a própria ideia de convívio social traz ínsita a existência de regulamentos normativos, postos ou pressupostos, que disciplinam a relação entre indivíduos de modo a manter um estado de paz social. Sucede, porém, que nem sempre é o direito ágil e dúctil o suficiente para acompanhar as bruscas mudanças da sociedade de informação, especialmente nesta pós-modernidade de vertiginoso avanço tecnológico.

Os aparelhos celulares, por exemplo, se antes eram concebidos como mero instrumento para realização de chamadas telefônicas, converteram-se hoje na mais importante plataforma de comunicação, visto que, integrados com a internet, despertaram para inúmeras utilidades. É nessa nova concepção de plataforma que surgiram os tão populares “smartphones”, isto é, aparelhos celulares com um avançado *sistema operacional móvel*<sup>3</sup>, geralmente integrados pela funcionalidade típica de um celular com as de outros dispositivos móveis, como executor de mídia, navegação em GPS<sup>4</sup>, *assistente pessoal digital* (PDA), editores de texto e inúmeros programas adaptados<sup>5</sup>.

Aí entram os “aplicativos móveis”, mais conhecidos pela designação sintetizada de “app” (abreviatura para “application software”), que são programas destinados a executar tarefas específicas em dispositivos móveis como “smartphones” e “tablets”. Tais aplicativos são a rigor funcionalizados pela proprietária do sistema operacional móvel, mediante serviço próprio (v.g., “Google Play”, “Apple App Store”, “Windows Phone Store” e afins), de forma gratuita ou onerosa e mediante download direto (da plataforma digital da operadora do sistema operacional para o dispositivo móvel) ou através de outras plataformas intermediárias, como laptops e computadores desktop.

É nesse cenário que surge, envolto de controvérsia, o aplicativo móvel “Uber” – “app” desenvolvido em 2009 pela companhia homônima “Uber Technologies Inc.”,

---

<sup>3</sup> Sistema operacional é o nome que se dá ao programa de computador que controla a parte de hardware (coleção de elementos físicos que compõem um sistema computadorizado) e software (conjunto de instrução que determinam ao processador de um computador como realizar uma operação específica) de um dado sistema. No caso das plataformas móveis como “smartphones” e “tablets”, os sistemas operacionais mais comuns são o “Android”, da Google Inc., e o “iOS”, da Apple Inc..

<sup>4</sup> Sistema de Posicionamento Global (“*Global Positioning System*”): Sistema de navegação e localização baseado em satélite.

<sup>5</sup> Em 2014, as vendas de “smartphones” no mundo todo aumentaram em 28% comparativamente ao ano anterior, atingindo a espantosa cifra de 1,2 bilhão de unidades vendidas (Disponível em: <http://www.usatoday.com/story/tech/2015/03/03/apple-samsung-smartphones/24320385/>. Acesso em: 20/07/15).

sediada nos Estados Unidos. Basicamente, o tal aplicativo é uma plataforma digital, acessível pela internet, que conecta consumidores com “smartphones” a motoristas particulares previamente cadastrados, tudo mediante o sistema de localização de GPS do aparelho de ambos.

A lógica do sistema do “Uber” é a seguinte: um indivíduo que pretende oferecer seus serviços como motorista pela plataforma deve efetuar um cadastro prévio no site do aplicativo, no que observará uma série de requisitos. Acaso seu cadastro seja aprovado, o veículo do motorista licenciado pela plataforma estará disponível para solicitação de uso; assim, quando um usuário (que também deve se cadastrar no sistema do aplicativo) solicitar um transporte por seu aparelho smartphone, o próprio aplicativo, pelo sistema GPS, determinará qual o motorista mais próximo na localidade e direcionará para ele a corrida <sup>6</sup> ().

Toda a transação envolvida no custeio do transporte é processada pelo próprio aplicativo, que debita o custo da corrida no cartão de crédito do usuário, no que desconta uma taxa de 5% a 20% do valor total e deposita o restante na conta do motorista, sem qualquer transmissão em pecúnia (idem).

Em regra, qualquer pessoa pode se registrar como motorista particular (chamado “colaborador Uber”), mas a “Uber” exige o cumprimento de várias exigências para tanto, dentre as quais se destacam as seguintes: (I) portar registro de EAR (“Exerce Atividade Remunerada”) na Carteira Nacional de Habilitação; (II) verificação de antecedentes criminais nas esferas estadual e federal; (III) possuir carro próprio, em modelo, cor e ano específicos; e (IV) contratar seguro de acidentes com cobertura para passageiro e motorista <sup>7</sup>.

Feito o cadastro, o motorista em potencial será ainda submetido a uma entrevista individual com a equipe do “Uber” e só então, acaso se julgue preenchidas todas as exigências, ficará autorizado a transportar passageiros cadastrados na plataforma. Contudo, a permanência de seu cadastro está condicionada à boa avaliação pelos usuários: a cada corrida, tanto os passageiros quanto os motoristas são avaliados com nota de 01 a 05; assim, a nota média de cada motorista deve ser igual ou superior a 4,2, sob pena de exclusão do serviço <sup>8</sup>.

A vantagem do serviço oferecido pelo aplicativo, além da comodidade da cobrança com débito em cartão, é que a frota de veículos cadastrada deve, obrigatoriamente, estar em boas condições de uso e apresentar funcionalidades diversas

---

<sup>6</sup> Disponível: <http://time.com/3556741/uber/>. Acesso em: 20/07/15.

<sup>7</sup> Disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/giz-explica-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-guerra-entre-taxistas-e-uber/>. Acesso em: 20/07/15.

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.businessinsider.com/i-drove-for-uber-for-a-week-heres-what-its-really-like-2015-2>. Acesso em: 20/07/15.

(ar-condicionado e afins), bem como não apresentar mais que três anos de fabricação. Quanto à cobrança, nesta, ao contrário do sistema dos táxis, o valor da corrida é calculada conforme distância e tempo percorrido, com tabela de valor fixa para cada categoria e cidade operada – na cidade de São Paulo, por exemplo, a categoria “UberBlack” (a mais popular, composta por sedãs de luxo) cobra uma taxa base de R\$ 5,00, acrescidos de R\$ 0,40 por minuto e R\$ 2,42 por quilômetro.

Malgrado os benefícios do aplicativo “Uber”, é forte o entendimento no sentido de que o modelo adotado pela plataforma está em descompasso com o que prevê a Lei nº 12.468/2011, em cujo art. 2º consta que “é atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 07 (sete) passageiros”.

O transporte individual e oneroso de passageiro é reputado como serviço público e, como tal, está condicionado à autorização do Poder Público, via alvará; daí que, carente de permissão da Administração, o serviço oferecido pelo “Uber” seria clandestino – este é justamente o entendimento da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), cuja Resolução nº 4.287/2014 é bem clara ao dispor que “considera-se serviço clandestino o transporte remunerado de pessoas, realizado por pessoa física ou jurídica, sem autorização ou permissão do Poder Público competente” (art. 1º, parágrafo único).

Apesar disso, pesa em contrário posição segundo a qual o serviço oferecido pelo aplicativo destoa absolutamente do sistema de táxi, dado que o transporte está condicionado a um prévio cadastro na plataforma do programa, que não está aberto, pois, a uso indistinto. Assim, o transporte viabilizado pelo “Uber” não se afiguraria serviço público no termo estrito da palavra por falta de previsão legal que assim o caracterizasse; de modo que, havendo um hiato legal (isto é, falta de regramento específico), seu funcionamento estaria desembaraçado – em suma, onde a lei não proíbe, a lei permite.

Vê-se, enfim, que o funcionamento do aplicativo dá azo a toda sorte de controvérsias que ainda pendem insolvidas em face do Ordenamento – veja-se que em 15 de julho último, a 29ª câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça negou provimento a recurso interposto pelo Sindicato das Empresas de Táxi e Locação de Táxi do Estado de São Paulo e outras entidades representativas da categoria, que pediam a suspensão do funcionamento do programa; a relatora. Desembargadora Sílvia Rocha, reputou ausentes os pressupostos de prova inequívoca do direito invocado ou verossimilhança nas alegações e tampouco risco de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, CPC), visto que a seu ver,

“não é razoável concluir que todos os usuários do aplicativo deixaram de andar de táxi, desde o primeiro semestre de 2014, e que a proibição da plataforma promoveria ganho equivalente aos associados dos autores. É provável, por exemplo, que parte dos usuários do ‘Uber’ tenha aderido ao programa em substituição do próprio veículo, ou do transporte público, e isso, evidentemente, não traduz prejuízo direto aos taxistas” (TJ-SP, AI 2128660-56.2015.8.26.0000, j. em 15/07/15).

Apesar da relevância do tema, é de se ter em mente que as várias questões suscitadas pelo funcionamento do aplicativo “Uber” ainda merecem tratamento adequado pela doutrina e pela jurisprudência, dado, aliás, o caráter recente de suas repercussões no mundo dos fatos. Limitaremos-nos, por isso, a tratar da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em face das relações jurídicas construídas com base do uso da referida plataforma, já que se tratam, como demonstraremos, de autênticas relações de consumo.

#### **4 “UBER” E USUÁRIO: AUTÊNTICA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO**

Como dito, o Código de Defesa do Consumidor – lei principiológica por vocação – goza, objetivamente, de um campo de aplicação difuso, mas, a teor de seu art. 1º<sup>9</sup>, não deixa de ter uma importante limitação *ratione personae*, visto que aplicável apenas aos contratos onde está presente um consumidor ante um fornecedor de produtos ou serviços.

Assim, “subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, regulando a relação de consumo (arts. 4º e 5º)”; mais que isso, trata-se de “um código para agentes diferentes da sociedade ou consumidores em relação entre *diferentes* (um vulnerável – o consumidor – e um *expert* – o fornecedor)” (MARQUES, 2003, p. 31).

Portanto, como já é bem sabido, o CDC incide em toda relação jurídica que puder ser caracterizada como de consumo, havendo esta “[...] sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços” (NUNES, 2005, p. 71).

Assim, o caso será de aplicação do Código de Defesa do Consumidor sempre que entre duas pessoas se estabelecer uma relação jurídica de consumo<sup>10</sup>, a qual é identificada pelos elementos que a compõem, classificados em: a) *subjetivos*:

---

<sup>9</sup> Art. 1º. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

<sup>10</sup> Na clássica lição de Friedrich Carl Von Savigny, relação jurídica é “um vínculo entre pessoas, em virtude do que uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada. Toda relação jurídica apresenta um elemento material, constituído pela relação social, e outro formal, que é a determinação jurídica do fato, mediante regras do direito” (NADER, 2004, p. 297).

relacionados aos sujeitos dessa relação jurídica, isto é, fornecedor e consumidor; e b) *objetivos*: relacionados ao objeto das prestações ali surgidas, que são os produtos e os serviços (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 49).

No tema em foco, temos que há plena aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação entre, de um lado, usuários do “Uber” e, do outro, a empresa que administra o aplicativo e os respectivos motoristas, porquanto ali estão presentes todos os elementos que a qualificam como sendo de consumo. É o que adiante demonstraremos, ao tratar, breve e especificamente, de cada um destes componentes.

#### **4.1 Elementos subjetivos: Consumidor e Fornecedor**

##### **4.1.1 Consumidor**

Além da forte carga principiológica, o Código de Defesa do Consumidor é permeado de definições talhadas pelo próprio legislador, malgrado estas geralmente sejam causa de problemas de interpretação dada sua rigidez como lei posta. Assim é que o art. 2º do Código já delimita que consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Vê-se que o conceito legal de consumidor traz em si um elemento teleológico, que consiste na “exigência de que o produto ou o serviço, ao ser utilizado pelo consumidor, seja recolhido do mercado de consumo de maneira definitiva para a satisfação de uma necessidade própria”; de modo que, *a contrario sensu*, não é assim considerado aquele que emprega o produto ou o serviço à criação ou formulação de outros produtos ou serviços, ou seja, “o reintrojeta no mercado de consumo, ainda que com outras características ou distinções” (OLIVEIRA, 2009, p. 05).

Portanto, para figurar como “destinatário final” é necessário que o contratante, seja pessoa física ou jurídica, disponha fática e economicamente do bem ou serviço, isto é, não o adquira para revenda, uso profissional, “pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu” (BENJAMIN et al, 2010, p. 105).

Ainda assim, persiste relevante cisão na doutrina acerca do real significado do vocábulo “consumidor”, no que se destacam duas correntes agudamente divergentes: a maximalista (ou objetiva) e a finalista (ou objetiva). Como explicam **Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 38)**:

“Visando solucionar questões relativas à ampla conceituação trazida pela lei, formaram-se, basicamente, duas correntes de

entendimento. Uma delas – denominada finalista – alberga o entendimento de que se deve proceder ‘in casu’ a uma interpretação restrita do que se tem por consumidor, diminuindo sobremaneira a protetiva incidência do Código, afeta, apenas, aos casos de real existência de um polo hipossuficiente inferior. A outra, conhecida por maximalista, entende, ao revés, que a ‘ratio legis’ foi trazer ao ordenamento, com a Lei n. 8.078/90, normas de regência de tudo quanto se refere a consumo, normas gerais, envolvendo todos os entes participantes do mercado econômico, oferecendo uma interpretação literal da norma sob comento”.

Apesar da divergência entre tais entendimentos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – a que competiria solver a controvérsia – tem se inclinado em endossar a teoria finalista ou objetiva (vide, nesse sentido, REsp 208.793/MT, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp. 329.587/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp 286.441/RS, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro; REsp. 488.274/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi; REsp. 468.148/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp. 445.845/MS, Rel. Min. Castro Filho; REsp 263.229, Rel. Min. José Delgado), embora tenha precedentes a adotar a corrente subjetivista (nesse sentido, REsp 541.867, Rel. Min. Barros Monteiro).

Enfim, pelo conceito estampado na lei, observado o indispensável elemento teleológico, temos que o usuário de “smartphone” cadastrado como tal no aplicativo “Uber”, devidamente instalado em seu aparelho, se enquadra como autêntico consumidor de serviço, porquanto, ao se utilizar de tal plataforma para obter transporte motorizado e oneroso, o faz de maneira definitiva para a satisfação de uma necessidade própria.

#### **4.1.2 Fornecedor**

Conforme o art. 3º do CDC, “fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Na didática, e sucinta, definição de José Geraldo Brito Filomeno (2002, p. 46), são compreendidos como fornecedores

“[...] todos quantos propiciem a oferta de bens e serviços no mercado de consumo, de molde a atender às suas necessidades, pouco importando a que título, tendo relevância a distinção, apenas [...] quando se cuidar da responsabilidade de

cada 'fornecedor' em casos de danos aos consumidores, ou então para os próprios fornecedores, na via regressiva e em cadeia dessas responsabilidades, eis que vital a solidariedade para a obtenção efetiva da proteção que se almeja para os consumidores”.

Note-se que, diversamente do que ocorre em relação ao consumidor, o conceito de fornecedor é bastante amplo e decorre de uma estratégia do legislador para considerar como tal “todos aqueles que, mesmo sem personalidade jurídica ('entes despersonalizados'), atuam nas diversas etapas do processo produtivo [...], antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final”, de modo que estão incluídos “não apenas o fabricante ou o produtor originário, mas, também, todos os intermediários (intervenientes, transformadores, distribuidores) e, ainda, o comerciante, desde que façam disso as suas atividades principais ou profissões” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 61).

No nosso caso, resta que tanto a “Uber Technologies Inc.”, criadora e administradora do aplicativo homônimo, quanto os motoristas profissionais que da plataforma se utilizem (os chamados “colaboradores Uber”) são um e ambos fornecedores de serviços em relação ao usuário: a primeira, porque fornece e mantém a plataforma de acesso que conecta usuário e motorista, bem como por assumir a logística de pagamento do serviço, mediante débito no cartão de crédito do consumidor cadastrado (no que retém desconto de 20%, a título de “taxa”); e o segundo, porque presta diretamente o serviço contratado, ou seja, o transporte individual e remunerado de passageiros, o que faz pelos próprios meios e com requinte profissional.

#### **4.1.2.1 Responsabilidade**

Dado que tanto a “Uber” quanto o motorista que dele se utiliza são, como dito, fornecedores para os fins do art. 3º do CDC, é decorrência lógica que ambos poderão ser responsabilizados por eventual vício na prestação de serviço: a plataforma em relação ao sistema de cadastro e ao procedimento para adimplemento do transporte (v.g., débito maior que o constituído, vazamento de dados do usuário, etc.) e o motorista que do aplicativo se utiliza em relação ao transporte do passageiro em si (v.g., acidente de trânsito, não renovação do seguro automativo, etc.).

A princípio, não se poderia falar em regra de responsabilidade solidária por relação de emprego ou preposição, porquanto o contrato firmado entre a “Uber” e os motoristas cadastrados na plataforma indica que “não há qualquer relação de

empreendimento conjunto, parceria, emprego ou agenciamento entre ambos ou uma terceira parte”<sup>11</sup>.

Contudo, além do que já consta art. 7º, parágrafo único do CDC, o art. 34 do Código é explícito ao indicar que “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”.

Vê-se que o legislador foi além da mera responsabilização do empregador pelos atos de seus prepostos (art. 932, III, Código Civil) ao conceber uma “cadeia de fornecimento solidariamente responsável” (todos e cada um por todos) entre o preposto (com vínculo trabalhista) ou o representante (sem vínculo trabalhista) e o fornecedor principal ou o organizador da cadeia de fornecimento de produtos e serviços; de modo que “impõe solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço” (MARQUES et al, 2010, p. 708).

No caso do aplicativo “Uber”, a despeito de não haver entre a empresa que o mantém e o motorista cadastrado uma formal relação de emprego, é certo que o último atua como representante autônomo da primeira (exatamente como consta no art. 34 do CDC) e ambos estão em cooperação finalística para a prestação do serviço de transporte; de sorte que existe entre eles autêntica responsabilidade solidária relativamente aos danos que sobrevier ao consumidor, podendo este acionar um, outro ou ambos.

Além disso, acresce que a “Uber”, ainda que não se encarregue diretamente do transporte e afirme se limitar a conectar um motorista autônomo a um usuário cadastrado, de todo modo se beneficia economicamente com o serviço prestado (como dito, o aplicativo desconta, a título de “taxa”, o equivalente a 20% sobre cada corrida, como contraprestação pela plataforma que mantém), o que também reforça o liame de solidariedade para fins de responsabilização.

Registre-se por fim que carece de validade a cláusula de não responsabilidade prevista no contrato de termos e serviços da “Uber” (Seção 5, “Limitation of Liability”), pela qual alega que “não será responsável danos indiretos, incidentais, especiais, exemplares, punitivos ou consequentes, inclusive perda de lucros, perda de dados, danos pessoais, ou danos materiais relacionados a, em conexão com ou de qualquer

---

<sup>11</sup> Na seção “General” dos termos e condições estipulados pela “Uber” com seus usuários, consta o seguinte: “No joint venture, partnership, employment, or agency relationship exists between you, Uber or any Third Party Provider as a result of this Agreement or use of the Services” (Disponível em: <https://www.uber.com/pt/legal/usa/terms>. Acesso em: 20/07/15).

modo resultante do uso dos serviços, mesmo que tenha sido informada sobre a possibilidade de tais danos”<sup>12</sup>.

Referida disposição, como é natural, é nula de pleno direito por expressa disposição do art. 51, I do Código de Defesa do Consumidor, que taxa como proscrita as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

#### 4.2 Elemento objetivo: Serviço

A definição legal de “serviço” se encontra no art. 3º, § 2º do CDC, pela qual seria “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Serviços são, portanto, “atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos à venda”, nos quais não inserem tributos em geral, ou taxas e contribuições de melhoria – com exceção dos tributos definidos como “tarifas”, inseridas no contexto de serviços prestados diretamente pelo Poder Público ou por concessão ou autorização à iniciativa privada (GRINOVER et al, 2011, p. 53).

Uma leitura superficial da lei permitiria concluir, açodadamente que estariam excluídas da tutela consumerista as atividades prestadas a título gratuito; porém, mesmo em relação serviços aparentemente gratuitos, incluem-se na disciplina do CDC aqueles em que haja alguma remuneração indireta, pois com o proveito econômico constituiu-se o elemento objetivo da relação de consumo.

Aliás, como observa Cláudia Lima Marques (2008, p. 81), a expressão “remunerado” inclui os serviços que, ao invés de custeados individualmente, são

---

<sup>12</sup> Eis o teor integral da cláusula, no original em Inglês: “Uber shall not be liable for indirect, incidental, special, exemplary, punitive, or consequential damages, including lost profits, lost data, personal injury, or property damage related to, in connection with, or otherwise resulting from any use of the services, even if uber has been advised of the possibility of such damages. Uber shall not be liable for any damages, liability or losses arising out of: (i) your use of or reliance on the services or your inability to access or use the services; or (ii) any transaction or relationship between you and any third party provider, even if uber has been advised of the possibility of such damages. uber shall not be liable for delay or failure in performance resulting from causes beyond Uber’s reasonable control. You acknowledge that third party transportation providers providing transportation services requested through some request brands may offer ridesharing or peer-to-peer transportation services and may not be professionally licensed or permitted. In no event shall uber’s total liability to you in connection with the services for all damages, losses and causes of action exceed five hundred u.s. dollars (us \$500)” (Disponível em: <https://www.uber.com/pt/legal/usa/terms>. Acesso em: 20/07/15).

suportados pela coletividade (v.g., transporte gratuito de idosos), bem como aqueles em se paga indiretamente um “benefício gratuito”, como é o caso dos bancos de dados positivos de preferências de consumo e de marketing direcionado, “que significam as milhas, os cartões de cliente preferencial, descontos e prêmios se indicar um ‘amigo’ ou preencher um formulário”.

No caso do aplicativo “Uber” é evidente que existe efetivamente a prestação de serviços: a primeiro de cadastro, identificação via localização GPS e triagem entre usuários e motoristas, bem como, obviamente de transporte individual. Tais serviços, que no todo compõem uma só finalidade, são visivelmente onerosos, dado que resultam em proveito econômico tanto para a plataforma (que retém 20% do valor de todas as corridas), como para o motorista e justamente por isso se enquadram na definição insculpida no art. 3º, § 3º do CDC.

## **5 CONCLUSÃO**

Pelo quadro que acima se procurou expor, resta que o uso do aplicativo móvel chamado “Uber” resulta, inefavelmente, em uma autêntica relação jurídica de consumo, visto que nela ocorrem todos os elementos que a lei prevê para sua constituição, quais sejam, sujeitos (consumidor e fornecedor) e objetos (prestação direta ou indiretamente remunerada de serviços).

Descontadas as polêmicas sobre a validade do funcionamento de tal plataforma, especialmente em relação à reserva que a Lei nº 12.468/2011 estabelece para o transporte individual de passageiros – o que certamente se imporá ao Judiciário para solução –, a impressão que fica é a de que sistemas como o do aplicativo (assim como as demais tecnologias digitais a que o cidadão comum faz uso cada vez maior) inauguraram um novo capítulo no debate do Direito do Consumidor, a demandar maior atenção maior da literatura especializada, malgrado esta ainda trate do assunto com vagar que não se admite.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BUSINESS INSIDER. “I drove for Uber for a week, and here's what it was like”. Disponível na internet”: <<http://www.businessinsider.com/i-drove-for-uber-for-a-week-heres-what-its-really-like-2015-2>>. Acesso em: 20/07/15

CANUT, Leticia. Proteção do consumidor no comércio eletrônico: uma questão de inteligência coletiva que ultrapassa o direito tradicional. Curitiba: Juruá, 2007-2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2008.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (Coord.). Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 6ª Ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

GIZMODO BRASIL. “Tudo o que você precisa saber sobre a guerra entre taxistas e Uber”. Disponível na internet: <<http://gizmodo.uol.com.br/giz-explica-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-guerra-entre-taxistas-e-uber/>>. Acesso em: 20/07/15

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed., rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MARQUES, Christiani; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 2003).

MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2008.

NADER, PAULO. Introdução ao estudo do Direito. 24ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. Código de defesa do consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 2. ed., rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, James Eduardo. Código de defesa do consumidor: anotado e comentado: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 5ª Ed. Rev. e Ampl.. São Paulo: Saraiva, 2013.

TIME. Everything “You Need to Know About Uber”. Disponível na internet: <<http://time.com/3556741/uber/>>. Acesso em: 20/07/15.

TEIXEIRA, Tarcísio. Curso de Direito e Processo Eletrônico: Doutrina, jurisprudência e prática. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

UBER. “Terms and Conditions”. Disponível na internet: <<https://www.uber.com/pt/legal/usa/terms>>. Acesso em: 20/07/15.

USA TODAY. “Apple beats Samsung in Q4 smartphone Sales”. Disponível na internet: <<http://www.usatoday.com/story/tech/2015/03/03/apple-samsung-smartphones/24320385/>>. Acesso em: 20/07/15.

## O DIREITO À CIDADANIA: HISTÓRIAS E MEMÓRIAS DA ESCRAVIDÃO – RIO CLARO/SP, SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX

Cleyton Rodrigues dos SANTOS<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo busca enfatizar, o processo de transformação, especialmente na perspectiva econômica e das relações de trabalho na cidade de Rio Claro, na segunda metade do século XIX, bem como a economia e o processo de alocação de força de trabalho escrava naquela localidade. Nesse período, buscar-se-á, também, através das narrativas do descendente de escravos Paulino da Mata, ilustrar a sua experiência *in loco* da escravidão. O objetivo principal é observar as dificuldades de se consolidar a sobrevivência dos indivíduos egressos do cativeiro aos padrões impostos pela elite cafeicultora rio-clarense durante a segunda metade do século XIX, bem como o direito ao acesso desses indivíduos à cidadania.

**PALAVRAS-CHAVE:** Memória. Escravidão. Trabalho. Cidadania.

**ABSTRACT:** This article seeks to focus on the transformation process, especially in the economic outlook and labor relations in the city of Rio Claro, in the second half of the nineteenth century as well as the economy and the process of allocation of slave labor force in that locality. During this period, it will be sought, too, through the descendant of the narratives of Paulino da Mata slaves, illustrate their experience in place of slavery. The main objective is to observe the difficulties of consolidating the survival of individuals graduating from captivity to the standards imposed by the elite coffee-growing rio-clarense during the second half of the nineteenth century, as well as the right to access of these individuals to citizenship.

**KEY WORDS:** Memory, Slavery, Work, Citizenship.

### A HISTÓRIA, O CONTEXTO...

Aquela fruta foi o maior pecado que Deus deixou em cima da Terra. (...) é o café. O café foi a maior maldição que já existiu. Que no Brasil... Que no Mundo inteiro... Desse Mundo acho né (*PAULINO DA MATA. Entrevista ao jornalista Paulo Rodrigues. 1973*).

O depoimento acima citado é de um filho de escravo, Paulino da Mata. Foi retirado de uma entrevista concedida no ano de 1973, ao jornalista Paulo Rodrigues, permanecendo inédita até o presente momento. Mostra um grande rancor de um descendente de escravos em relação ao café. Segundo ele os males da escravidão se devem, principalmente, à economia cafeeira.

---

<sup>1</sup> Graduação em Ciências Econômicas – Toledo/Presidente Prudente. Mestre em História Social - PUC/SP. Doutor em História Econômica - FFLCH/USP. Professor da Faculdade La Salle de Lucas do Rio Verde – MT. Email: cleyton14santos@gmail.com.

Foi a partir da década de 1850 que o café começou a suplantar o açúcar em Rio Claro. Desde essa data o ciclo da cana-de-açúcar em Rio Claro foi claramente sendo subcapitalizado e tornando-se especulativo. De acordo com o historiador Warren Dean os fazendeiros de Rio Claro financiavam a produção local com o que ganhavam nas propriedades de Campinas e Itu. A exaustão das florestas e do solo em regiões mais antigas teria, com o tempo, transformaria a região numa área canaveira importante, mas então já o café substituiria a cana (DEAN, 1977, p. 41).

Certamente, os males advindos do sistema escravo, principalmente para os indivíduos que vivenciaram o sistema na condição de cativos, não se devem necessariamente ao café. Porém, foi uma maneira desse indivíduo que viveu a escravidão expressar a sua experiência. A ascensão do café em Rio Claro coincidiu com o aumento do número de escravos na cidade, conforme mostra a tabela a seguir:

**População Escrava em Rio Claro, 1856-1888.**

Ano	Número de escravos	Porcentagem da população total
1856	1.426	-
1872	3.935	26,2
1874	4.182	-
1875	4.429	-
1876	4.467	-
1882	4.852	-
1883	4.866	-
1884	4.980	-
1885 (Junho)	4.709	20,5
1887 (Março)	3.304	14,7
1888 (Março)	1.663	-

FONTE: 1856: PESTANA, Paulo. *O café em São Paulo*, p. 13. 1872: Recenseamento. 1876: Brazil, Directoria Geral de Estatística, *Relatório*, 1878. 1874-88: Escravos 1, 2 e SP (P), Presidente da Província, *Relatório*, 1883-89. Apud. DEAN, Warren. *Rio Claro: um sistema brasileiro de grande lavoura, 1820-1920*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 63.

Concomitante ao aumento significativo de escravos, a produção de café dá um salto entre os anos 1835 e 1857-59. Enquanto que nesse primeiro ano a produção de café era ínfima chegando a 0,5 tonelada métrica com apenas 2 plantadores, em 1857-59 alcança uma produção de 1.764 toneladas métricas com 44 plantadores. Este avanço continuou e chegou a 2.557 toneladas métricas em 1862 e 6.000 em 1876 com 91

plantadores (DEAN, 1977, p. 41). Enquanto isso, em 1862, a produção açucareira apresentava um declínio absoluto com uma produção de 264 toneladas métricas e uma produção de 145 quilolitros de aguardente com o total de 8 plantadores de cana-de-açúcar e 6 usinas em funcionamento, chegando, Rio Claro, em 1873, a ponto de não produzir nem para suas próprias necessidades (DEAN, 1977, p. 52).

Foi na esteira dos cafezais que as ferrovias paulistas emergiram e se ampliaram, em completa dependência dos interesses dos produtores, administradores e comerciantes de café (SAES, 1981, p. 63). Em 11 de agosto de 1876 foi inaugurada a estação ferroviária de Rio Claro, que mudou o panorama econômico e social da cidade. Porém, como nos mostra Dean:

A Companhia Paulista de Estradas de Ferro não estava disposta a continuar a linha até Campinas e Rio Claro, um grupo de fazendeiros assumiu o encargo. Entre eles haviam 22 com lavouras em Rio Claro, inclusive o Conde de Três Rios, a família Vergueiro e o Visconde do Rio Claro. O levantamento do capital foi atrasado pela Guerra do Paraguai, mas a Companhia Paulista de Estradas de Ferro trouxe a linha até Campinas em 1872. Forte pressão de políticos de Rio Claro e Limeira forçaram a Companhia a estender seus trilhos até Rio Claro, e a seção completou-se em agosto de 1876, ao custo de 5,8 milhões de mil-réis (DEAN, 1977, p. 54).



Frente da estação ferroviária inaugurada em 11 de agosto de 1876.  
Foto: anônimo. Museu Histórico e Pedagógico "Amador Bueno da Veiga".

Rio Claro nas últimas décadas do século XIX respirava progresso e modernidade. Tentara-se implantar em 1887 uma linha de bondes que circularia até a divisa de Piracicaba, porém o projeto não se concretizou.

Nas últimas décadas dos oitocentos, as autoridades se preocupavam com questões envolvendo o abastecimento de água, - que teve seu primeiro contrato firmado no dia 11 de novembro de 1884 -, e com o estabelecimento de normas para o arruamento da cidade. Mas, após a inauguração da via férrea, o fato de maior importância para a cidade de São João Baptista do Rio Claro, posteriormente apenas Rio Claro, foi a concretização de um dos maiores empreendimentos da época: Rio Claro foi a primeira cidade na Província de São Paulo a receber luz elétrica, que foi inaugurada no dia 7 de setembro de 1885. Nas bases do contrato constava:

Os contractantes Real e Portela se obrigam pelo presente contracto nesta cidade nos lugares designados pela Camara, representada pelo seo Presidente em questão ... dez focos de luz do Systema de arco Weston, collocados sobre postes de madeira de dez metros de altura;

Estes focos serão accesos durante as noites em que não houver lua cheia, das seis horas da tarde ás cinco da manhã nos meses de abril a setembro das sete horas ás cinco da manhã dos meses de outubro á março;

Cada foco de luz custará anualmente a Camara a quantia de sete centos e trinta mil reis, pagos em prestações mensais;

Os contractantes se obrigarão a assentar os machinismos para funcionar a iluminação até o dia sete de setembro de mil oitocentos e oitenta e cinco;

A Camara prestará parte da Caza do mercado para o ajuntamento das machinas e apparatus da iluminação e depósito de combustível, se os contractantes não encontrarem outra caza que mais conveniente seja ao estabelecimento da planta electrica;

A Camara se obriga a solicitar da Assembleia Provincial um privilégio por vinte annos em favor do contractante para que se tenham estes direitos exclusivo de contracto a iluminação por meio de luz electrica nas cazas particulares desta cidade, pelo systema incandescente de arco (*Livro nº 1 de Contractos e Arrematações da Prefeitura de Rio Claro: 55 a 58. 1890*).

Casarões erguiam-se do chão, fruto da opulência gerada pelo café. Era uma terra de contrastes, como todas as importantes cidades do Brasil em fins de Império e do sistema de trabalho escravista. As construções eram, de início, erguidas por mão-de-obra escrava e depois pelos imigrantes. A “modernização” começou a surgir a partir de sua antítese, o “antigo”. Assim Rio Claro irrompeu a década de 1870 como a terceira cidade da Província de São Paulo.



Fruto da opulência do café, casarões erguíam-se nas áreas centrais da cidade.  
Foto: anônimo. Museu Histórico e Pedagógico “Amador Bueno da Veiga”.

Essas transformações ocorridas na cidade coincidiram com as transformações a nível global. O mundo estava vivendo o impacto da Revolução Científico-Tecnológica que alterou, consideravelmente, tanto os hábitos e costumes do cotidiano, quanto o ritmo e intensidade dos transportes, comunicação e, também, do trabalho (SEVCENKO, 1998, p. 11).

A idéia de progresso já era, então, urbana, porém apoiada pelos recursos advindos do campo. Sergio Buarque de Holanda, em sua obra *Raízes do Brasil*, observa que o desenvolvimento das comunicações, sobretudo das vias férreas, que procuravam de preferência as zonas produtoras de café, acentuaram e facilitaram a relação de dependência entre essas áreas rurais e as cidades (HOLANDA, 1995, p. 175). As regiões cafeeiras começaram a ter feições típicas daqueles centros industriais onde, o fazendeiro tornou-se um tipo cidadão, mais do que rural, e um indivíduo para quem a propriedade agrícola constituía, em primeiro plano, meio de vida e só ocasionalmente local de residência ou recreio (HOLANDA, 1995, p. 175).

A imigração de trabalhadores estrangeiros, a partir de 1870, teve um fluxo contínuo. É bem verdade que, em 1845, o Senador Nicolau de Campos Vergueiro antevendo o gradual declínio de abastecimento da força de trabalho escrava, se a proibição do tráfico de escravos africanos se confirmasse<sup>2</sup>, decidiu importar trabalhadores livres europeus. Segundo o historiador norte-americano Warren Dean, a primeira leva, formada por 64 famílias alemãs, num total de 432 pessoas, vindas da Prússia, Baviera e Holstein, chegaram à fazenda Ibicaba, em Limeira, em 1847,

---

<sup>2</sup> Como de fato ocorreu com a promulgação da Lei Eusébio de Queiroz que proibiu definitivamente o tráfico de escravos provenientes do mercado africano.

juntamente quando sua plantação de café estava começando a produzir. Porém, ainda em 1852, ele não eliminara o trabalho escravo: uma força de 250 escravos continuava a tratar de outros lotes em Ibicaba (DEAN, 1977, p. 95).

A partir da década de 1880, os imigrantes, que começavam a chegar em grande quantidade, já vinham sendo favorecidos por contratos que os beneficiavam. É importante salientar, que, em muitas fazendas os ex-escravos foram perdendo espaço no mercado de trabalho em Rio Claro, em razão do privilégio que tiveram os trabalhadores europeus, uma vez que a elite brasileira se achava imbuída do projeto de branqueamento do povo e modernização do país, pela construção de uma “nação branca”<sup>3</sup>.

Após 1890, ocorreu um “boom” na entrada de imigrantes no Brasil, principalmente em São Paulo, onde, como nos mostra o historiador Thomas Holloway (1984, p. 90), somente entre os anos de 1893 e 1895 as entradas na Hospedaria de Imigrantes de São Paulo chegaram a 202.409. Sabe-se, perfeitamente que grande parte desse contingente de pessoas seria aproveitada nas lavouras cafeeiras; tal fato coincidiu com a introdução, a partir de 1870 e ganhando maior fôlego da década de 1880 em diante, de teorias de pensamento até então pouco conhecidas no cenário pensante brasileiro, como o positivismo, o darwinismo e o evolucionismo.

Assim, libertos, emancipados, trabalhadores nacionais ou quaisquer outras categorias sociais cujos referenciais estavam associados a cor ou raça ficaram excluídos do mercado de trabalho e dos projetos do governo brasileiro da pequena propriedade familiar, destinada à imigração branca e ao trabalho livre, devido aos critérios de civilização dos adeptos da seleção natural de Darwin (SEYFERTH, 2007, p. 79)<sup>4</sup>.

Porém, como argumentou a historiadora Maria Odila Leite da Silva Dias, no momento da passagem da escravidão para o trabalho livre, se desencadeou um processo de formação das classes trabalhadoras nas diferentes regiões do país, que representou um impasse para as classes dominantes, provocando processos políticos para fortalecer a hegemonia das classes dominantes (DIAS, 2001, p. 57).

Dentro da desigualdade do processo de crescimento econômico se faz necessário realçar a resistência que ofereceram os grupos sociais não determinantes à política de dominação dos grupos no poder. Trata-se de observar que os indivíduos pertencentes a grupos sociais não hegemônicos tinham suas funções bem determinadas dentro da sociedade brasileira oitocentista, tipicamente agrária e escravista.

---

<sup>3</sup> Para uma melhor reflexão sobre o tema ver, principalmente: SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006.

<sup>4</sup> Mas, como argumenta Giralda Seyferth, o privilégio concedido aos imigrantes europeus no contexto da colonização não teve a contrapartida de seu reconhecimento como cidadãos plenos, dada a sua categorização como alienígenas ou estrangeiros, nem sempre coerente com os dispositivos legais.

Até a abolição não havia lavouras de homens plenamente livres em Rio Claro. Para conseguir a manutenção da produção de café, que se encontrava em seu auge, a utilização da força de trabalho do cativo se fazia necessária. De acordo com Warren Dean, em 1885 a população escrava em Rio Claro era da ordem de 4.709 cativos, equivalente a 20,5% da população total do município, decrescendo nos anos subseqüentes, sendo 3.304 o número de escravos no ano de 1887 e 1.663 para o ano de 1888 até o mês de março, respectivamente equivalente a 14,7% e 7,4% da população total, dois meses antes da abolição (DEAN, 1977, p. 63).

Rio Claro – que se localiza na chamada região do Oeste Histórico Paulista, tem sua gênese em Campinas, chegando até o município de Ribeirão Preto – foi caracterizado como um município no qual a utilização da força de trabalho cativa foi fundamental para a economia local.

A população de São João Baptista do Rio Claro cresceu vertiginosamente após 11 de agosto de 1876, data da inauguração da linha férrea. Segundo Warren Dean, em 1872 a população total de São João Baptista do Rio Claro era da ordem de 15.035 almas, crescendo para 20.133 em 1886 e 24.584 no ano de 1890 (DEAN, 1977, p. 155).

A ferrovia transformou, consideravelmente, a vida das pessoas na cidade, além de acelerar o processo de urbanização. A cidade apresentava um aspecto bastante agradável, com as casas bem construídas e mais juntas umas das outras, do que em Campinas, onde as ruas poeirentas deixavam os transeuntes bastante incomodados (SANTOS, 2000, p. 59).

Durante esse período, a primeira impressão que ressalta no cenário urbano são as novas construções, que quebram a monotonia da paisagem urbana, como o prédio da Cadeia e da Câmara, construídos em meados da década de 1870, abrigando a Cadeia no térreo e a Câmara no andar superior; o prédio do Teatro São João; e os diversos casarões construídos pelos fazendeiros-negociantes na cidade, como o sobrado de José Luiz Borges, o Barão de Dourados (SANTOS, 2000, p. 59).

A chegada da ferrovia não mudou apenas a paisagem urbana, mas também o cenário econômico. A ferrovia também era mesclada quanto ao seu uso. A poderosa linha férrea não transportava apenas o valioso café, que antes era escoado para o Porto de Santos no lombo de mulas e burros, enfrentando longos percursos de estradas esburacadas. Transportava, também, pessoas dos mais diferentes grupos sociais. Escravos fujões chegavam a utilizarem-se dos seus serviços para se refugiarem em Santos ou na Capital. Também as informações passaram a circular com maior rapidez.

Observando Rio Claro a partir, principalmente, das três últimas décadas do século XIX, particularmente as décadas de 1870 e 1880, percebe-se uma cidade multifacetada, onde concomitantemente ao processo de modernização de alguns setores

da economia local, outros setores continuavam a operar com precariedade e rusticidade, afirmando o que alguns economistas chamaram de dualismo econômico no desenvolvimento do Brasil. Rio Claro, certamente, não fugiu a essa regra.

### **... E AS MEMÓRIAS**

No início da década de 1970, mais precisamente em 1973, o Professor Paulo Rodrigues, jornalista na cidade de Rio Claro produziu um vídeo em que entrevistou descendentes de escravos daquela cidade. Foram duas as entrevistas de pouco mais de nove minutos cada uma, onde tratou principalmente da questão da terra que os envolvia e a qual não é meu propósito tratar aqui neste artigo.

O vídeo que foi a nós disponibilizado pelo Professor Paulo Rodrigues não é o original gravado na década de 1970. O que utilizamos foi uma cópia produzida para divulgação na década de 1990, já digitalizada e que, portanto, sofreu influência tecnológica. O objetivo da gravação do vídeo era documentar o longo processo envolvendo as terras que foram doadas aos escravos por Dona Maria Tereza de Jesus, viúva do Senhor Ubaldino Leite Penteado, e que foram subtraídas por políticos e empresários locais em meados do século XX.

Paulino da Mata era filho de João da Mata escravo de Ubaldino Leite Penteado. Não foi mencionado, durante a entrevista, a sua idade, nem o local de seu nascimento. Segundo seu depoimento seu pai “conduzia os escravos”. Acreditamos que João da Mata tinha alguns privilégios e trabalhava como feitor na fazenda de Ubaldino Leite Penteado.

A violência e o sofrimento são recorrentes nas narrativas do entrevistado e, a partir disso, ele formula uma hipótese genérica em que todos os senhores seriam maus. Paulino da Mata tenta mostrar o caráter cruel que teve a escravidão, sendo os castigos físicos e o trabalho um fardo que o escravo carregou até o fim do cativeiro.

Entrevistador: O Senhor lembra-se dos fazendeiros baterem nos escravos?

Paulino da Mata: Batia. Na roça, na roça, metia a cabada de enxada. Meu avô [uuu] chorava.

Entrevistador: Como o Senhor lembra disso? Tinha lugar para amarrar, pra bater, alguma coisa assim?

Paulino da Mata: Tinha lugar sim, tinha a cheringa. Amarrava e metia o coro. Cabada de enxada.

Entrevistador: Eles batiam nos escravos então?

Paulino da Mata: [ooo]. Eles batia. Os escravos foi a classe de gente mais ordinária que já existiu nessa terra. Isso é um povo que não tá vigorando muito bem devido a judiação que fizeram com os escravos. O Senhor precisava ver. O Senhor precisava ver o que o tal dos escravos... Que nem eu falei um dia desses:

não era preciso escravo. Pra que fazê essa judiação. Metia o pau. Cabada de enxada (PAULINO DA MATA. *Entrevista ao jornalista Paulo Rodrigues*. 1973).

Paulino da Mata à medida que relata sua vida e sua experiência do período em que viveu o ambiente do cativo, mesmo não sendo cativo – pois acreditamos que tenha nascido após a promulgação da Lei do Ventre Livre em 1871 -, projeta sua leitura e seu conhecimento do passado através da história oral que, de acordo com Paul Thompson, é uma história construída em torno de pessoas (THOMPSON, 1992, p. 44).

Paulino da Mata projeta, na memória individual, a memória coletiva, uma vez que as lembranças permanecem coletivas e são lembradas por outros, ainda que se trate de eventos que envolveram somente um indivíduo e objetos que somente esse indivíduo viu. Maurice Halbwachs lembra que não é preciso que os outros estejam presentes, materialmente distintos de nós, porque sempre levamos conosco e em nós, certa quantidade de pessoas que não se confundem (HALBWACHS, 2006, p. 30).

Há, portanto, nas narrativas de Paulino da Mata a construção da memória coletiva a partir da memória individual. Contribui para essa construção o fato de Paulino ter vivido e presenciado determinados fatos que marcaram suas lembranças – como os castigos físicos aos escravos. Na sua identificação entre escravidão e violência, a vertente que mais se nota é a que o relaciona aos castigos impostos e à violência física e moral. Ao contrário daqueles descendentes que não tiveram a “oportunidade” de presenciar esses mesmos fatos.

Hebe Mattos e Ana Rios (2005, p. 54) argumentam que

A recorrente informação de que o avô ou a avó, ex-escravos, simplesmente se recusavam a falar do tempo do cativo configura-se, de fato, como mais uma coincidência narrativa a ser considerada. A ausência da memória genealógica da escravidão da maioria das famílias negras brasileiras e os silêncios voluntários, relatados por muitos daqueles que se referiram diretamente a um antepassado escravo, possuem um significado óbvio que não pode ser negligenciado – evidenciam as dificuldades de construir uma identidade positiva com base na vivência da escravidão.

Nas narrativas de Paulino da Mata o trabalho vem, genericamente, associado a castigos físicos e às revoltas.

Entrevistador: Trabalhavam de que hora a que hora?

Paulino da Mata: Não tinha hora não.

Entrevistador: o dia inteiro, de sol a sol.

Paulino da Mata: O dia inteiro. Não tinha regra, não tinha nada.

Entrevistador: Não tinha as folgas? Domingo?

Paulino da Mata: Nada, nada. Domingo, vai descascar milho pro porco. Domingo, vai fazer tal coisa. E cala a boca. Psiu, psiu. Sem vergonha.

Entrevistador: alguns se revoltavam ou não?

Paulino da Mata: Se revoltava... mas morria.

Entrevistador: Eles matavam.

Paulino da Mata: [ooo] se matava? Matava sim. Quantos deles não morreu aí (*PAULINO DA MATA. Entrevista ao jornalista Paulo Rodrigues. 1973*).

Mesmo sendo levado pelas perguntas do entrevistador, Paulino da Mata toca em um ponto crucial: a questão do tempo do trabalho. Muitos dos escravos que estavam, não só em Rio Claro, mas em toda a Província de São Paulo, eram provenientes do tráfico interprovincial, principalmente oriundos das províncias do Nordeste<sup>5</sup>, onde já tinham adquirido determinados “direitos”, como a utilização dos domingos e feriados religiosos para descanso, ou, os escravos poderiam utilizar esses dias para suplementar a dieta com a produção de suas próprias hortas das quais podiam vender o excedente nos mercados locais ou ao proprietário, e guardar o dinheiro para fazer compras ou poupar para acabar comprando a sua liberdade ou a de um ente querido (SCHWARTZ, 2001, p. 99). Talvez muitas das revoltas ocorridas nas fazendas em São Paulo se dessem, principalmente, ao tempo de trabalho e às reivindicações dos escravos buscando garantir algum dia de descanso semanal.

O pólo a partir do qual se definiam os ritmos do trabalho e do descanso, o sistema de exploração do trabalho, com suas cadências transitórias, determinava as margens de tempo livre e, por conseguinte, as atividades autônomas dos escravos (MACHADO, 1994, p. 21). De acordo com Maria Helena Toledo Machado, o sistema de exploração do trabalho com seus ritmos alternativos e as margens da autonomia escrava

---

<sup>5</sup> Importante lembrar que os mercados, tanto interno como externo, influíam na demanda por mão-de-obra entre grandes proprietários. As condições climáticas também tinham impacto significativo na economia de determinadas regiões do País. Barickman revela que a seca de 1857-61 coincidiu com a queda de mais de 50% das exportações de açúcar da Província da Bahia, coincidiu, também com o início do ciclo do café em Rio Claro. O esvaziamento de mão-de-obra escrava se deu, principalmente, nas áreas mais afetadas por fatores responsáveis pelo declínio econômico. Muitos proprietários do sertão nordestino tinham como única mercadoria para comercializar o próprio escravo, e principalmente dessas áreas o fluxo de saída de mão-de-obra escrava foi mais intenso. Em outras áreas como o Recôncavo e a Zona da Mata, menos afetadas pelas secas, o trabalho escravo insistia em permanecer. Segundo Barickman, numa análise retrospectiva, os senhores de engenho baianos, por continuarem a empregar a mão-de-obra escrava e por não se prepararem para o fim inevitável da escravidão, talvez pareçam irracionais, ou totalmente míopes. Mas um juízo desse tipo feito a partir da perspectiva do presente, deixa de levar em conta que, mesmo na década de 1870 e início de 1880, os senhores da zona canavieira tradicional do Recôncavo ainda contavam com um número significativo de trabalhadores escravizados. Tal juízo também deixa de levar em conta aquilo que os senhores de engenho baianos não podiam prever: a seca de 1888-91, a queda forte dos preços internacionais do açúcar, a partir de mais ou menos 1880, e a perda do mercado norte-americano no final da década de 1890. Nem tampouco podiam antecipar a rapidez com que as condições políticas no Brasil sofreriam mudanças na década de 1870 e mais ainda na de 1880 - mudanças essas que permitiram a abolição imediata da escravidão em 1888. Na verdade, ainda em 1881, os proprietários de escravos, não só na Bahia, tinham motivos racionais para esperar que o regime servil ainda se mantivesse no Brasil até o fim do século e talvez, até 1910. Ou seja, erraram em seu cálculo da longevidade política da escravidão. Mas seu erro não demonstra sua irracionalidade; atesta, antes, sua incapacidade de prever o futuro com certeza absoluta. BARICKMAN, B. J. *Até a véspera: o trabalho escravo e a produção de açúcar nos engenhos do Recôncavo baiano. (1850-1881)*. Afro-Ásia, v. 21-22, 1998-99, pp. 177-237, p. 229.

estiveram fortemente entrelaçados, levando para o dia-a-dia das fazendas os mais ferozes conflitos entre os escravos e seus senhores (MACHADO, 1994, p. 22).

Ainda segundo essa historiadora

O sistema disciplinar das fazendas, na medida em que exigia ritmos de trabalho cada vez mais concentrados, sobretudo nas áreas em que a cafeicultura se expandia, como as novas regiões à Oeste, tendia a engolir as margens de autonomia dos plantéis. De outro, porém, os grupos de escravos passavam a reivindicar, mais e mais abertamente, o cumprimento daquilo que se percebia como obrigações senhoriais. Um ritmo de trabalho próprio ao grupo, a injustiça dos castigos, os direitos à folga semanal, a alimentação e o vestuário, o recebimento de estipêndios pelo trabalho realizado a mais e a manutenção de uma economia independente na forma das roças e do pequeno comércio foram, muitas vezes, os argumentos que em seu conjunto justificavam os ataques violentos dos plantéis contra senhores e seus feitores (MACHADO, 1994, p. 25).

As fugas, os suicídios e a feitiçaria aparecem nas narrativas de Paulino dentro de um mesmo contexto: eram estratégias de resistência, ou para se livrarem do sofrimento do cativeiro, ou pelo menos, amenizar aquele sofrimento.

Entrevistador: E os escravos fugiam ou não?

Paulino da Mata: Alguns fugia, alguns se matava.

Entrevistador: Se matavam?

Paulino da Mata: É. Alguns se matava.

Entrevistador: Se matavam com o que?

Paulino da Mata: É, com, com... enforcava... outros...

(...)

Entrevistador: E o Senhor lembra de alguma dessas feitiçarias?

Paulino da Mata: Feitiçaria? Claro que me lembro. Queimava póvora [pólvora].

Tratava de queimar póvora [pólvora].

Entrevistador: Aonde queimava pólvora?

Paulino da Mata: Qualquer lugar assim. Dentro de casa. Na sexta-feira maior. Na sexta-feira maior assim.

Entrevistador: Mas queimava para que a pólvora?

Paulino da Mata: Rebatendo, rebatendo pra vê se acalmava aquela judiação (PAULINO DA MATA. *Entrevista ao jornalista Paulo Rodrigues*. 1973).

O suicídio e as fugas encontram-se aqui como mecanismo de resistência e negociação utilizado por vários escravos para obter alguma autonomia ou até mesmo a liberdade; optavam pelo suicídio, mesmo que os benefícios não fossem para si, que fossem para seus pares, além de deixar a vida e o sofrimento causado pelos males do cativeiro.

As feitiçarias e as mandingas estavam presentes durante o período colonial e imperial; tinham fortes relações com as tentativas dos escravos se protegerem contra a violência excessiva dos senhores e tantas outras humilhações da escravidão (SAMPAIO, 2003, p. 403). A forma de feitiçaria mais comum no Brasil, durante o período colonial era a bolsa de mandinga, ou simplesmente mandinga, ou patuá (SOUZA, 1986). Essas feitiçarias ou mandingas eram quase sempre feitas de pano branco e continham as mais

variadas combinações de elementos, como orações escritas em pedaços de papel, lascas de pedra d'ara e outros tipos de pedra, raízes, ervas, enxofre, pólvora, balas de chumbo, ossos de defunto, cabelos, unhas, grãos, hóstias. Os motivos alegados para o uso das bolsas de mandinga eram, em geral, a proteção contra os malefícios, ou garantia do “corpo fechado”, isto é, protegido contra doenças e acidentes (SAMPAIO, 2003, p. 401-402).

O suicídio e as feitiçarias passam, necessariamente, por questões que permeiam a cultura africana. Uma melhor compreensão do suicídio praticado por escravos se beneficia não apenas das novas discussões sobre a escravidão, mas, também, dos estudos sobre temas correlatos, tais como as atitudes diante da morte e as concepções culturais africanas<sup>6</sup>. As mandingas, assim como os calundus foram os predecessores do candomblé no Brasil (SAMPAIO, 2003, p. 402). Assim, Gabriela dos Reis Sampaio lembra muito bem que

Para melhor entender a formação dessa religião no Brasil, deve-se investigar a importância de certas orientações tradicionais africanas, que permaneceram em grande medida com os cativos, apesar das diferenças e especificidades dessas orientações em cada contexto e das transformações que ocorreram com a mudança forçada para as Américas. [...] A presença dessas orientações de origem africana nas bolsas de mandinga tinha um sentido muito específico, no contexto da escravidão colonial, ligados às tentativas dos negros de sobreviver em um ambiente hostil e violento como o que enfrentavam no Brasil (SAMPAIO, 2003, p. 402).

A África aparece nas narrativas de Paulino da Mata não apenas como referência de ancestralidade, mas também de identidade. Ele busca, através de novas tecnologias – como o cinema -, saber/conhecer resquícios de seu passado africano. Ao final da entrevista Paulino da Mata relata com tristeza o não conhecimento de seu passado africano.

Já tive no cinema. Nunca pude conseguir pra saber o mundo da África mais direito. Todo sábado ia no cinema. Todo sábado ia no cinema. Mas a África é uma coisa, um lado perdido pra mim (PAULINO DA MATA. *Entrevista ao jornalista Paulo Rodrigues*. 1973).

Não se sabe a data do falecimento de Paulino da Mata. Mas ele deixou para nós, pesquisadores do século XXI, uma “imagem” que poderia representar muitos descendentes de escravos no Brasil que viveram e tiveram a experiência *in loco* de ser um “observador” da sociedade e sistema de trabalho baseado no escravismo. Quanto ao

---

<sup>6</sup> Ver, entre outros, FERREIRA, Jackson. *Por hoje se acaba a lida: suicídio escravo na Bahia (1850-1888)*. Salvador: Afro-Ásia, v. 31, 2004, p. 197-234. Também: VENÂNCIO, Renato Pinto. *A última fuga: suicídio de escravos no Rio de Janeiro (1870-1888)*. In: *Revista de História*, nº 1, 1990, p. 80-89. GOULART, José Olímpio, *Da fuga ao suicídio: aspecto de rebeldia dos escravos no Brasil*. Rio de Janeiro: Conquista, 1972.

passado africano dele? Ele morreu com a frustração de não ter conhecido parte de si. Uma identidade perdida e jamais alcançada. Um brasileiro morreu, vítima da escravidão, sem ter o direito de reconhecer-se como cidadão, muito menos conhecer a si mesmo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O progresso e a modernidade trazidos para Rio Claro pelo café foram, indubitavelmente, fruto da opulência desse produto que transformou não só a economia local, mas o cenário urbano da cidade.

A inauguração da estação ferroviária em 11 de agosto de 1876 veio a beneficiar e dar impulso à economia e a acumulação cafeeira; onde antes se escoava o café para a Capital da Província de São Paulo e para o Porto de Santos através de mulas, durando cerca de três dias, reduziu-se esse tempo drasticamente com a substituição das mulas pelo trem. O cenário urbano transformava-se. Casarões que se erguiam do chão eram mostras da riqueza dos fazendeiros cafeicultores rio-clarenses.

Mas, os pilares dessa riqueza foram erguidos por mãos escravas, que com os mercados favoráveis ao café o seu número, na cidade, aumentava a cada ano; mesmo com a elite, política e letrada da época, associando as idéias de progresso, modernização e civilização às transformações urbanas e populacionais, permanecia o silêncio sobre questões étnicas ante os trabalhadores. Silenciamento, que se fazia, por vezes, de forma politizada.

Tentou-se, portanto, nas últimas décadas do século XIX, impor uma nova ordem social a partir dos projetos de modernização e civilização idealizados pelas elites urbanas da cidade de Rio Claro, onde estavam no centro das atenções as reformas urbanísticas o desenvolvimento econômico e a inserção de trabalhadores estrangeiros provenientes da Europa. Paralelamente a isso, houve a tentativa de se resistir a essa imposição a partir da articulação dos mais diversos grupos sociais; particularmente, os escravos, os forros e os ex-escravos.

Paulino da Mata nasceu e viveu dentro desse ambiente de transformações econômicas e sociais por quais passavam a cidade de Rio Claro. Os anos que antecederam a abolição institucional na escravidão na cidade foram permeados por conflitos e embates entre senhores e escravos. Para análise dessas relações sociais durante esse período utilizamos as narrativas de Paulino da Mata que descrevem as tensões, conflitos e solidariedades na rede de relações sociais escravistas, abordando essas mesmas relações como consequências das ações de senhores e escravos enquanto sujeitos históricos, e que foi fruto dessas mesmas ações o domínio do primeiro sobre o segundo.

## BIBLIOGRAFIA

- AZEVEDO, Célia Marinho de. *Onda negra, medo branco: o negro do imaginário das elites - século XIX*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- AZEVEDO, Elciene. *O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionistas na Província de São Paulo na segunda metade do século XIX*. Campinas: UNICAMP, Tese [doutorado em História Social], 2003.
- BARICKMAN, B. J. *Até a véspera: o trabalho escravo e a produção de açúcar nos engenhos do Recôncavo baiano. (1850-1881)*. Afro-Ásia, v. 21-22, 1998-99, p. 177-237.
- BERTIN, Enidelce. *Alforrias na São Paulo do século XIX: liberdade e dominação*. São Paulo: Humanitas/FFLCH/USP, 2004.
- CHALHOUB, Sidney; et al. (org.) *Artes e ofício de curar no Brasil: capítulos de história social*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Visões da liberdade. Uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.
- DEAN, Warren. *Rio Claro: um sistema brasileiro de grande lavoura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- DIAS, Maria Odila Leite da Silva. *Quotidiano e poder em São Paulo no século XIX*. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Sociabilidades sem história: votantes pobres no império, 1824-1881*. IN: *Historiografia brasileira em perspectiva*. São Paulo: Contexto, 2001.
- FERREIRA, Jackson. *Por hoje se acaba a lida: suicídio escravo na Bahia (1850-1888)*. Salvador: Afro-Ásia, v. 31, 2004.
- GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- GOMES, Flavio dos Santos; CUNHA, Olivia Maria Gomes da. *Que cidadão? Retóricas da igualdade, cotidiano da diferença* IN: *Quase-cidadão: histórias e antropologias da pós-emancipação no Brasil*. Org. Flavio dos Santos Gomes e Olivia Maria Gomes da Cunha. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- GOULART, José Olimpio, *Da fuga ao suicídio: aspecto de rebeldia dos escravos no Brasil*. Rio de Janeiro: Conquista, 1972.
- HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Centauro, 2006.
- HOFBAUER, Andreas. *Uma história de branqueamento ou o negro em questão*. São Paulo: Editora da UNESP, 2006.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLLOWAY, Thomas H. *Imigrantes para o café: café e sociedade em São Paulo, 1886-1934*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

LARA, Sílvia Hunold. *Escravidão, cidadania e história do trabalho no Brasil*. IN: Projeto História – Revista do Programa de Estudos Pós Graduaados em História da PUC/SP. São Paulo: nº 16, fev. 1998.

\_\_\_\_\_. *Blowin' in the Wind*: E.P. Thompson e a experiência negra no Brasil. IN: Revista Projeto História. São Paulo, nº 12, out. 1995.

MACHADO, Maria Helena P. T. *Crime e escravidão. Trabalho, luta e resistência nas lavouras paulistas, 1830-1888*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

\_\_\_\_\_. *O plano e o pânico. Os movimentos sociais na década da Abolição*. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora da UFRJ/EDUSP, 1994.

MATTOS, Hebe Maria; RIOS, Ana Maria. Para além das senzalas: campesinato, política e trabalho rural no Rio de Janeiro pós-abolição. IN: *Quase-cidadão: histórias e antropologias da pós-emancipação no Brasil*. Org. Flavio dos Santos Gomes e Olivia Maria Gomes da Cunha. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MATTOS, Hebe Maria. *Das cores do silêncio: o significado da liberdade no sudeste escravista – Brasil, século XIX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

\_\_\_\_\_. *Ao sul da história: lavradores pobres na crise do trabalho escravo*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

RIOS, Ana Lugão; MATTOS, Hebe. *Memórias do cativo: família, trabalho e cidadania no pós-abolição*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SAMPAIO, Gabriela dos Reis. *Tenebrosos mistérios: Juca Rosa e as relações entre crença e cura no Rio de Janeiro Imperial*. IN: CHALHOUB, Sidney; et al. (org.) *Artes e ofício de curar no Brasil: capítulos de história social*. Campinas: Editora da UNICAMP, 2003.

SANTOS, Fábio Alexandre dos. *Rio Claro: uma cidade em transformação, 1850-1906*. Campinas: Dissertação (mestrado em História Econômica). IE-UNICAMP, 2000.

SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARTZ, Stuart. *Escravos, roceiros e rebeldes*. Bauru-SP: EDUSC, 2001.

SEVCENKO, Nicolau. Introdução. *O prelúdio republicano, astúcias da ordem e ilusões do progresso*. IN: SEVCENKO, Nicolau (org.). *História da vida privada – vol. 3*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SEYFERTH, Giralda. *Imigração, ocupação territorial e cidadania: o Vale do Itajaí e a política de colonização na Primeira República*. IN: *Quase-cidadão: histórias e antropologias da pós-emancipação no Brasil*. Org. Flavio dos Santos Gomes e Olivia Maria Gomes da Cunha. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SHARPE, Jim. *A História vista de baixo*. In: BURKE, Peter. (org.). *A escrita da História: novas perspectivas*. São Paulo: Ed. UNESP, 1992.

SOUZA, Laura de Mello e. *O Diabo e a Terra de Santa Cruz: feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colonial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.

THOMPSON, Edward P. *A formação da classe operária inglesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 3 volumes, 1987.

\_\_\_\_\_. *Costumes em comum*. Cia. das Letras, 1998.

THOMPSON, Paul. *A voz do passado: história oral*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

VELLASCO, Ivan de Andrade. *As redes de solidariedade da cor: o caso dos compadres Manoel e Laurindo*. In: *Revista História*, São Paulo, v. 25, nº1, p. 147-169, 2006.

VENÂNCIO, Renato Pinto. *A última fuga: suicídio de escravos no Rio de Janeiro (1870-1888)*. In: *Revista de História*, nº 1, 1990, p. 80-89.

WISSENBACH, Maria Cristina Cortez. *Da escravidão à liberdade: dimensões de uma privacidade possível*. In: *História da Vida Privada no Brasil*. V. 3. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

## SELO VERDE E A SUA IMPORTÂNCIA PARA O PANTANAL

Ana Flávia TREVIZAN<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este artigo tem por escopo esclarecer alguns conceitos sobre como a rotulagem pode auxiliar o meio ambiente nessa sociedade de massa capitalista, a qual tem como cultura arraigada o consumo desenfreado. Após o surgimento da preocupação global em vivenciar o termo estampado no Relatório de Brundtland, qual seja, *desenvolvimento sustentável*, ainda que embrionariamente, nasce o selo verde. E aqui reside o objeto do artigo em voga: analisar os benefícios de tal rotulagem dos produtos provenientes do Pantanal.

**Palavras chave:** Selo verde. Pantanal. Benefícios. Selo ecológico.

**ABSTRACT:** This article aims to clarify some concepts about how labeling can help the environment in this capitalist mass society, which has as its ingrained culture the unbridled consumption. After the emergence of global concern to experience the term stamped in the Brundtland Report, that is, sustainable development, even if embryonic, the green seal is born. And here lies the object of the article in vogue: analyze the benefits of such labeling of products from the Pantanal.

**Keywords:** Green seal. Pantanal. Benefits. Ecological seal.

### 1 INTRODUÇÃO

A finalidade deste estudo é suscitar, ainda que de forma tímida, a possível rotulagem dos produtos provenientes do Pantanal e de que maneira os operadores dos direitos poderiam auxiliar nessa tarefa. Para tanto o artigo foi seccionado em quatro partes, a saber: I - breve esboço do consumismo e seus reflexos ambientais; II – selo verde e sua relevância frente ao mercado consumidor; III – o patrimônio nacional brasileiro – Pantanal - e o selo verde; e IV – as benesses do selo verde para o Pantanal.

A primeira parte se destina a parte à avaliação da parte histórica para melhor compreensão do surgimento da ideia de proteção ao meio ambiente e qual peso o consumismo teve diante desse cenário ecológico protecionista.

Na parte II é apresentado o conceito de selo verde, bem como suas classificações. Também se confere enfoque ao modo como tal rotulagem é vista perante o mercado consumidor.

Na parte conseguinte, fez-se um breve estudo sobre o Pantanal, suas particularidades, apontando a real importância em tutelar legalmente esse macrohabitat. Derradeiramente, no quarto tópico, abordaram-se os pontos positivos em se rotular os produtos advindos do Pantanal.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direito e Processo Civil pela Faculdade Toledo – Presidente Prudente. Advogada militante na área cível e ambiental. Professora da Faculdade Cândido Rondon – Cuiabá – MT.

## 2 BREVE ESCORÇO DO CONSUMISMO E SEUS REFLEXOS AMBIENTAIS

Antes de se adentrar o tema em voga, necessário se faz uma releitura do consumo, postulado este que teve como ponto de partida, no século XVIII, a Revolução Industrial, que trouxe a sociedade o sistema de produção mecanizado, a vinda do homem camponês para a cidade, a mudança nos meios de transportes, dentre tantas outras mudanças.

Nota-se que, nesse período, de forma bastante intensa, eram produzidos produtos de consumo e, com o advento das máquinas e seu conseqüente aprimoramento tecnológico, com a rapidez e a redução com os custos em se produzir novos objetos de consumo, a busca por bens dessa natureza aumentavam. Desse modo, o consumismo ocupava mais e mais espaço na vida dos cidadãos.

Como parte dessa evolução, surge a maquinofatura, relegando a mão de obra de artesanal, conferindo notoriedade a produção em série e robustecendo o capitalismo. Aquele trabalhador que antes era responsável por toda a feitura de um bem, desde o início até seu término, com a industrialização fica adstrito a apenas uma das etapas. Nas palavras de Alcântara:

O capitalista aliena o trabalhador ao promover a divisão do trabalho social e a especialização de funções, impedindo-o de perceber o que de fato o seu trabalho produziu, deixando-o apto a ser convencido de que seu trabalho vale menos do que o valor real.<sup>2</sup>

Ocorre então a inferiorização do trabalho humano e da utilização dos recursos naturais na feitura dos bens, podendo se exemplificar tal fato com a máquina a vapor, na qual se eram utilizados carvões com fonte de energia para seu funcionamento.

No transcorrer do tempo a sociedade foi se adequando aos novos parâmetros de consumo, os meios de comunicação se expandiam, permitindo a veiculação de anúncios propagandistas intimamente atrelados e voltados ao mercado consumidor.

Aqui começa o fortalecimento pelas bases consumistas, rompendo paradigmas, amoldando e criando pessoas aptas ao consumo, pessoas consumidoras em sua essência.

É por meio do consumismo que o capitalismo se nutre, tornando como elemento da cultura o ato de adquirir produtos. Inicia-se a figura, ainda que embrionária,

---

<sup>2</sup>ALCÂNTARA, Fernanda Henrique Cupertino. Os clássicos no cotidiano: Augusto Comte, Karl Marx, Aléxis de Tocqueville, Émile Durkeim; Max Weber. São Paulo: Arte e Ciência, 2008, p. 68.

da sociedade de massa, sociedade essa que tem arraigada em seu âmago cultural o espírito consumista.

Para tanto, necessário foi moldar essa cidadão e embutir em seu pensamento a ideia que relaciona a conduta de comprar com algo prazeroso, sendo o verdadeiro significado da palavra felicidade.

Assim, somente é feliz quem consome, de acordo com conceitos entabulados pela massificação da sociedade.

Nesta senda, percebe-se o caráter efêmero dos produtos, que de fato são feitos com prazo de validade, para que o mercado esteja em constante modificação e novação, fomentando ainda mais o consumo.

Tamanha é a proporção dada à esta sociedade capitalista consumista que até mesmo a inclusão ou exclusão social tem como parâmetro o “ter”. A título de exemplificação, para se adentrar em um determinado grupo de pessoas tidas como “socialite”, imprescindível se faz possuir bens de altos valores, bens de alta notoriedade social. Com isso, depreende-se que o consumo é um modo de inserção social.

A globalização entra nesse contexto para promover ainda mais o consumismo e estabelecer a estes novos parâmetros, novas visões de tantos outros bens passíveis de aquisição.

Na medida em que o consumismo desenfreado foi se espalhando mundialmente, a produção de bens sem limites foi tomando grandes proporções, as quais tiveram incidência direto no meio ambiente.

Sintetizando essa ideia, prescreve-se abaixo um trecho da obra “O mal limpo”:

Novo argumento favorável à minha tese: a poluição cresce com a produção e o consumo de bens, ou seja, com o número de ricos dos quais, abundantemente, transbordam as lixeiras, duras, e os alto-falantes, suaves. O crescimento paralelo da propriedade, do dinheiro e do lixo demonstra a concordância entre eles; por meio dos dois últimos nos tornamos proprietários. O vocábulo anglo-saxônico *dumping* designa uma prática comercial em que o despejo de mercadorias a preço baixo em mercados externos evoca, com precisão, uma descarga pública.<sup>3</sup>

A transcrição supracitada faz referência ao consumismo sem limites que imperam nas sociedades atuais e, de maneira direta, degradam o ambiente.

### **3 SELO VERDE E SUA RELEVÂNCIA FRENTE AO MERCADO CONSUMIDOR**

---

<sup>3</sup> SERRES, Michel, O mal limpo: poluir para se apropriar?. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

Com o advento dos anos 70 e a percepção dos abalos causados pelo consumismo, ao explorar de forma ilimitada os mais diversos recursos naturais, vez que os impactos se tornam claramente visíveis.

A preocupação começa a se estender. Prova viva é o relatório Brundtland, publicado em 1987. O referido documento foi intitulado Nosso Futuro Comum e abriu a discussão no âmbito internacional para a importância de se manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, pensando também nas futuras gerações.

Aponta o desenvolvimento sustentável como uma possível solução na esfera do consumo e recursos naturais, de modo a conciliá-los, na busca de um equilíbrio. Para tanto, o Relatório preleciona o seguinte:

A humanidade é capaz de tornar o desenvolvimento sustentável – de garantir que ele atenda as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as gerações futuras atenderem também às suas. O conceito de desenvolvimento sustentável tem, é claro, limites – não limites absolutos, mas limitações impostas pelo estágio atual da tecnologia e da organização social, no tocante aos recursos ambientais, e pela capacidade da biosfera de absorver os efeitos da atividade humana.<sup>4</sup>

Posteriormente veio a Conferencia Mundial das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, mais comumente conhecida como Rio 92. Neste viés, é lançada a Carta de Compromisso dos Empresários, Estimulando as empresas a integrarem às suas atividades noções de sustentabilidade e preocupação ambientais.

Um dos escopos retratados nesse novo panorama é a utilização sustentável dos recursos ambientais, evitar a poluição, dentre outros.

É dado início ao seguimento das Empresas Responsáveis, empresas essas que atuam dentro dos parâmetros éticos de sustentabilidade ambiental. Também começa a ser exigência para alguns contratos internacionais o respeito aos princípios ecológicos.

O acolhimento de tais preceitos permeará todo o processo produtivo de dado bem, assim como acabará por atingir companhias grandes e pequenos empresários, que para viverem no mercado de consumo, deverão se adaptar aos novos ditames tuteladores do meio ambiente sadio.

Inseridas nessa gestão ambiental, encontra-se uma esfera direcionada as propagandas e divulgações do produto ecologicamente elaborado, fazendo com que algumas empresas ganhem maior destaque no ramo comercial. Há, sobretudo, uma

---

<sup>4</sup> RELATÓRIO DE BRUNDTLAND, ONU, 1987.

valorização daquelas que se preocupam e se atentam ao regramento ambiental, repassando uma imagem positiva aos consumidores.

Foram surgindo mecanismo para que o referido reconhecimento fosse exercido. Dentre eles a certificação ISO 14000, que nada mais é do que uma certificação digital elaborada por diretrizes que visam a prática da gestão ambiental, seja por empresas privadas ou públicas. A normatização é preconizada pelo Sistema de Gestão Ambiental - SGA- que por sua vez traz a definição emanada pela ISO (International Organization for Standardization).

A primordial finalidade da ISO 14000 é resguardar o meio ambiente de práticas poluidoras e degradadoras. Logo, a empresa que detiver essa certificação possui o compromisso com a tutela ecológica e, conseqüentemente, tem a valorização de seu produto frente a um mercado de trabalho, o qual, ainda que embrionariamente, vem adotando uma consciência ambiental.

Nas palavras de Celestina e Amália:

Em decorrência da maior consciência ecológica dos consumidores, os atributos ambientais tornaram-se um dos diferenciadores na escolha de produtos. Em resposta, proliferam, em número cada vez maior, os rótulos ambientais (selos verdes), pois estes são o elo de comunicação entre o fabricante e o consumidor.

Os rótulos ambientais são selos de comunicação que visam dar informações ao consumidor a respeito do produto. A rotulagem ambiental caracteriza-se por um processo de seleção de matérias primas produzidas de acordo com especificações ambientais. O selo verde identifica os produtos que causam menos impacto ao meio ambiente em relação aos seus similares.<sup>5</sup>

Deste modo, pretende-se com o selo verde o reconhecimento de certa empresa sobre sua responsabilidade ambiental frente à produção de seus bens de consumo.

Há que se ter o devido cuidado com a origem das emissões dos certificados. Se o próprio produtor é o emitente, não raras vezes, tal informação poderá estar equivocada, pois produzida unilateralmente. Estes são chamados rótulos de primeira parte.

Sendo a certificação provinda de organismos especializados e fiscalizadores das normativas existentes, a confiabilidade é majorada. Recebem o nome de terceira parte.

---

<sup>5</sup> BIAZIN, Celestina C. e GODOY, Amalia M G - O Selo Verde; uma nova exigência internacional para as organizações, Anais do XX Encontro Nacional de Engenharia da Produção e VI International Conference on Industrial Engineering and Operations Management, São Paulo, p. 1-8, 30 de outubro a 01 de novembro de 2000

Nesta toada, no âmbito internacional, foram surgindo certificações próprias, criada pelos países, a exemplo da Alemanha, que criou o Blue Angel em 1977, Estados Unidos com o Green Seal, de 1989.

O aumento das certificações levou ao estabelecimento de normas pela ISSO 14000. No Brasil quem dita às referidas regras é a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). De acordo com Celestina e Amália:

Os objetivos e metas da ABNT-Qualidade Ambiental são: Certificar os produtos disponíveis no mercado, que efetivamente demonstrem ter Qualidade Ambiental, através de critérios elaborados de forma transparente e participativa, considerando o seu ciclo de vida; Dinamizar a criação de novos Programas de Certificação Ambiental de Produtos para os setores onde seja percebida a sua necessidade, em articulação com as entidades setoriais e demais partes interessadas; Divulgar o rótulo ecológico ABNT - Qualidade Ambiental, ressaltando a sua credibilidade e relevância para o mercado; Atuar na certificação ambiental dos produtos de forma positiva, segundo as regras e práticas internacionais; tornar-se um instrumento útil para os consumidores, as empresas e a sociedade em geral, na promoção do fornecimento de produtos melhores do ponto de vista ambiental; ser reconhecido como "o rótulo ecológico brasileiro", sendo uma efetiva ferramenta de promoção dos produtos que apresentem a Qualidade Ambiental exigida nos critérios para concessão da Marca; atingir a auto sustentabilidade financeira do Programa; conseguir o reconhecimento internacional.<sup>6</sup>

Existem variadas nomenclaturas no tocante as rotulagens dos produtos ecologicamente elaborados. Os rotineiramente chamados "selos verdes" são rótulos conferidos em razão da respeito ao meio ambiente. A diferença frente à "certificação ambiental" reside no fato de que esta última deve obedecer a uma série de requisições para obter o certificado.

O presente trabalho terá como foco os rótulos de terceira classe voluntários, que são aqueles buscados pelos donos das empresas que tem interesse na obtenção de um certificado idôneo. Para tanto, os produtos obrigatoriamente deverão passar por análises e cumprimento de certos critérios.

Pelo fato de serem rótulos idôneos e que, de uma carta maneira, conquistaram o respeito do consumidor, a obtenção deste acaba por atuar como um mecanismo de marketing.

Ao adquirir o produto, o consumidor tem a consciência de que a linha de produção do mesmo respeitou o meio ambiente.

---

<sup>6</sup> BIAZIN, Celestina Crocetta; GODOY, Amália Maria G. A rotulagem ambiental no comércio internacional. 2001.

## 4 O PATRIMÔNIO NACIONAL BRASILEIRO E O SELO VERDE

A terceira parte deste estudo visa à análise do Pantanal e qual seria a relevância do selo verde neste cenário. Para tanto, será realizado um esboço no tocante ao Pantanal, revelando a sua real importância.

Pantanal, em conformidade com a conceituação da bióloga Catia Nunes:

O Pantanal Mato-grossense é uma grande Área Úmida (AU) de cerca de 150.000 km<sup>2</sup> de extensão, situada na Bacia do Alto Paraguai no centro do continente Sul-americano. É formado por um delta interno composto por vários cones aluviais acumulados pelo rio Paraguai e seus tributários. A região passou por diferentes épocas paleoclimáticas que resultaram em períodos mais secos e outros mais úmidos com taxas variáveis de deposição de sedimentos. Estes períodos imprimiram traços hidromorfológicos e formaram uma paisagem de alta heterogeneidade apesar do fato, que as diferenças em relevo sejam pouco expressivas. O Pantanal encontra-se no Domínio do Cerrado e sua vegetação expressa este domínio e por isso é também denominado savana hipsazonal. O clima é quente com um período chuvoso e seco bem definido durante o ciclo anual, o que resulta em uma fase seca e uma fase de inundação rasa que se alternam anualmente. (...)

A maioria das plantas superiores mostra alta tolerância ao estresse de seca e de inundação, entretanto algumas espécies tem preferência por um dos dois extremos. Adicionado ao estresse da seca e de inundação as plantas passam por estresse de fogo que pode modificar a vegetação em grande escala de forma devastadora e provocar estímulos aos processos de sucessão. As múltiplas combinações dos diferentes unidades hidro morfológicas com as diferentes comunidades de plantas herbáceas e lenhosas resultam em um grande número de macrohabitats. Este número foi aumentado devido o manejo dos fazendeiros que criam gado na região há mais de 200 anos e modificaram a vegetação de forma complexa. Dentro do sistema hierárquico de classificação das AUs brasileiras, o Pantanal Mato-grossense ocupa a posição de classe. (...)

A classificação dos macrohabitats tem grande importância para o manejo sustentável porque permite a elaboração e implementação de regulamentos de proteção aos macrohabitats chaves, que são indispensáveis para a manutenção da biodiversidade da região.<sup>7</sup>

Por meio desta fala apreendem-se as particularidades desse macrohabitat e sua alta relevância ao ecossistema global.

Apesar de todas essas características que fazem do Pantanal um lugar único e incomparável, a proteção legislativa do mesmo é praticamente inexistente.

O Código Florestal de 2012 estabelece que:

---

<sup>7</sup> CUNHA, Catia Nunes. Classificação e delimitação das áreas úmidas brasileiras de seus macrohabitats. Cuiabá. EdUFMT, 2014.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:  
XXV - áreas úmidas: pantanais e superfícies terrestres cobertas de forma periódica por águas, cobertas originalmente por florestas ou outras formas de vegetação adaptadas à inundação.

O doutrinador Irigaray, ao tratar do tema preleciona:

A necessidade de um conceito que contemple a diversidade de ecossistemas abrangidos pelas áreas úmidas remanesce; contudo, ainda mais relevante e premente é a necessidade de uma proteção legal e efetiva para essas áreas que estão sendo irresponsavelmente degradadas. No ordenamento infraconstitucional, a norma geral que disciplinava, ainda que parcialmente, as áreas úmidas estava contida no Código Florestal (com redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989) que as considerava áreas de preservação permanente, portanto submetidas a um regime jurídico de interesse público com imposição de preservação integral e permanente da flora, vedada sua supressão. Embora não houvesse, na citada norma, a expressa referência a essas áreas, a mesma estabelecia a chamada APP ciliar como a faixa marginal ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto, o que abrangia grande parte das áreas úmidas existentes no país (aquelas que ocorrem com a inundação periódica causada pelo transbordamento lateral de rios). Ocorre que mesmo essa tímida proteção, frequentemente ignorada, foi suprimida com a redação em vigor do art. 4º, I da Lei 12.651/2012, que define a APP ciliar como a faixa marginal ao longo de qualquer curso d'água desde a borda da calha do leito regular, o que exclui dessa proteção as áreas periodicamente alagáveis.<sup>8</sup>

Mais adiante, o mesmo diploma florestal estabelece em seu artigo 10º que:

Art. 10. Nos pantanais e planícies pantaneiras, é permitida a exploração ecologicamente sustentável, devendo-se considerar as recomendações técnicas dos órgãos oficiais de pesquisa, ficando novas supressões de vegetação nativa para uso alternativo do solo condicionadas à autorização do órgão estadual do meio ambiente, com base nas recomendações mencionadas neste artigo.

Nota-se a desproteção ao Pantanal, diante da ausência de leis regulando tais recomendações técnicas, existindo inclusive chances dessas áreas úmidas serem reduzidas por meros caprichos capitalistas.

Neste sentido, ao comentar sobre o dispositivo acima transcrito, Irigaray dita:

Obviamente que essa norma, meramente retórica, não tem o alcance necessário e tampouco se presta a assegurar uma proteção efetiva para a áreas úmidas; primeiro porque não existem tais recomendações técnicas; segundo porque não

---

<sup>8</sup> IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. Áreas Úmidas especialmente "des" protegidas no direito brasileiro: o caso do pantanal mato-grossense e os desafios e perspectivas para sua conservação. 3º Congresso Amazônico de Desenvolvimento Sustentável. Cuiabá-MT, 2014.

temos sequer um Plano Nacional de Zonas Úmidas e tampouco uma sistematização de pesquisas que possam embasar a atuação das agências estaduais de meio ambiente; terceiro porque há uma notória pressão no parlamento brasileiro para reduzir as áreas protegidas e abrir espaço para expansão do agronegócio, com a flexibilização da legislação ambiental brasileira.<sup>9</sup>

Indubitável é a importância em se tutelar esse patrimônio nacional. Ainda que essa questão gere intensos debates, não é esse o enfoque do estudo em voga.

Ressalta-se, então, que o Pantanal é um macrohabitat que por razões diversas não detém a proteção legislativa necessária.

E assim também ocorre no atinente a rotulação.

Enquanto o Estado do Rio de Janeiro tem projeto de lei no tocante ao selo verde, ao menos fora encontrado, nesse estudo, evidências de uma discussão sobre o assunto no âmbito do Pantanal, o qual, diante de todos os argumentos até aqui elencados, deveria ter uma lei específica, tamanha sua individualidade e até mesmo pelo fato de se estender ao longo de mais de um estado.

No Rio de Janeiro há a Lei nº 3220 de 07 de junho de 1999, em Alagoas é regido pela recente lei nº 7772/2016. Esta última traz em sua redação:

Art. 1º Fica instituído o certificado de qualidade ambiental denominado "Selo Verde Ambiental" a ser concedido pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos - SEMARH juntamente com o Instituto do Meio Ambiente do Estado de Alagoas - IMA, na forma desta Lei, a instituições públicas e privadas que adotem medidas de preservação, proteção e recuperação do meio ambiente em suas atividades, bem como pratiquem ações que tenham por objetivo o desenvolvimento sustentável do Estado e a consequente melhoria da qualidade de vida da população.

Parágrafo único. O "Selo Verde Ambiental" será concedido a instituições públicas e privadas de qualquer natureza, instaladas no Estado de Alagoas, que atenderem ao disposto nesta Lei.<sup>10</sup>

Demonstra-se por meios desses exemplos que o tema já está positivado em muitos estados. Contudo, quando o assunto é Pantanal, uma zona nebulosa e de difícil discussão recai sobre o tema, vez que o país, possui muitos elementos (tais como econômicos e influências das bancadas ruralistas) que atingem diretamente as possibilidades em se obter uma legislação garantista e eficaz perante esse macrohabitat.

## 5 AS BENESSES DO SELO VERDE PARA O PANTANAL

---

<sup>9</sup> IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueneu. *op. cit.*

<sup>10</sup> ALAGOAS. Lei Nº 7772 DE 13/01/2016. Publicado no DOE em 14 jan 2016.

Algumas pontuações merecem destaque quanto à aplicação do selo verde aos produtos provenientes do Pantanal.

Conforme anteriormente falado, quando um bem é certificado ecologicamente, isso lhe confere maior reconhecimento no mercado consumidor, não só a nível nacional, como também internacional.

Um desdobramento dessa notoriedade se dá com a valorização do produto. Um selo verde internacionalmente visualizado agrega valor ao bem de consumo, fato que gera reflexos diretos na economia.

Em virtude de uma série de critérios que devem ser obedecidos para obtenção de um certificado reconhecido, dentre eles o registro e o rastreamento, acaba por implicar numa maior fiscalização na linha de produção daquele produto.

Ressalta-se que o registro e rastreamento são elementos fundamentais da certificação, vez que tem por escopo garantir ao consumidor a veracidade e a qualidade daquele bem certificado.

Havendo essa fiscalização, ainda mais em produtos extraídos e fabricados no Pantanal, estaria a se proteger – mesmo que minimamente- esse patrimônio nacional brasileiro. Então, o selo ecológico teria como caráter mediato a preservação ambiental do Pantanal, por meio da fiscalização dos bens ali confeccionados.

Um exemplo é o mel produzido no Pantanal, o qual, recentemente, ganhou certificação de origem. Em reportagem do site Embrapa:

Segundo Menegazzo, a Indicação Geográfica protege os consumidores contra falsas indicações de origem (mel sendo comercializado como obtido no Pantanal e que não foi produzido nessa região) e de produtos de qualidade desconhecida (mel produzido na região, mas de qualidade duvidosa que não segue o protocolo de autenticidade da IG Mel do Pantanal). Além disso, espera-se que com o advento da IG ocorra uma agregação de valor ao produto e uma melhora de qualidade nas ações da cadeia produtiva, valorizando o território e o saber fazer local ao promover um produto com tipicidade específica facilitando o seu marketing e o acesso a novos mercados.

As vantagens se estendem também aos consumidores quanto à confiança na autenticidade dos produtos que têm uma história particular, uma forma tradicional de produção e seguem um caderno de normas para a produção e elaboração disciplinado por um conselho regulador garantindo esta qualidade vinculada à origem, segundo Menegazzo.

(...)

Segundo o presidente da Federação de Apicultura e Meliponicultura de Mato Grosso do Sul (Feams), o médico veterinário Gustavo Nadeu Bijos, proteger e incentivar a conservação da natureza por meio do trabalho com abelhas nativas e africanizadas no Pantanal foi o principal objetivo para a busca desta certificação, além da possibilidade de agregar valor ao mel produzido em apiários dessa região. "Além disso, o objetivo da IG é proteger o Pantanal por meio das abelhas, que

cumprem um papel importante de polinização e perpetuação de espécies vegetais com muita eficiência".

(...)

A expectativa dos apicultores da região é que, em breve, com o aumento do número de interessados em investir na atividade, a produção possa atingir um estágio comercialmente mais competitivo, já que a apicultura vem se mostrando uma potencial geradora de renda.

Segundo o presidente da Feams, a expectativa é que a valorização do mel aumente o interesse de apicultores por obter esse produto no Pantanal, além de fazer com que sejam repensadas as ações realizadas na propriedade, visando proteger o meio ambiente para manter essa fonte de renda.<sup>11</sup>

Para que ações como essas continuem surtindo efeitos positivos, necessário se faz o incentivo a projeto de pesquisas multidisciplinares e auxílio do poder público.

Assim, o selo verde estará cumprindo sua função em realizar a conservação do meio ambiente em um território que atualmente não conta com leis garantidoras.

## 6 CONCLUSÃO

Ante todo exposto, pode-se vislumbrar a clara importância do selo verde e todos os aspectos que o integram. Seguindo tais preceitos, consegue-se aliar o consumo consciente ao equilíbrio ecológico, obedecendo assim o postulado estatuído pelo Relatório de Brundtland, ou seja, o desenvolvimento sustentável.

Ainda que a sociedade capitalista tenha como arraigado em sua cultura o consumismo, diante da conscientização dos cidadãos e da implementação de medidas pró-ambientalista, há total possibilidade em se começar a mudar os paradigmas até aqui estabelecidos.

O selo verde se insere nesse aspecto e vem dar suporte à proteção do meio ambiente, vez que, diante de uma série de requisitos a serem cumpridos para sua obtenção, há de ser fiscalizada a proveniência do produto e toda sua linha de produção deve obedecer aos regramentos protecionistas ecológicos estabelecidos por lei internacionais, como no caso da ISO.

Ao se analisar o Pantanal, nota-se a lacuna normativa existente e a desproteção desse organismo natural diante das leis internas. Críticas são feitas em relação a esse fato.

Assim, o selo verde vem agregar, ainda que de forma mínima, alguma proteção ao macrohabitat pantaneiro. Por conta do seguimento de rígidos critérios, a rotulagem

---

<sup>11</sup> EMBRAPA, Mel do Pantanal é o primeiro do Brasil a receber selo de Indicação de Origem. 01/12/15. Disponível em [<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/7693620/mel-do-pantanal-e-o-primeiro-do-brasil-a-receber-selo-de-indicacao-de-origem>].

acabará por fiscalizar o Pantanal, agregando valor aos seus produtos, realizado o reconhecimento externo dos mesmos, o que acaba por fortalecer a economia regional e, mediatamente, protege o meio ambiente desse patrimônio nacional, tutela pela Magna Carta de 1988, em seu artigo 225, parágrafo quarto.

Depreende-se que o operador do direito tem um papel fundamental no auxílio à fomentação e elaboração de uma lei que garanta o selo verde ao Pantanal. Esforços serão exigidos não somente do poder público, em discutir e formalizar a lei, mas também de áreas estranhas ao direito, como biologia, por exemplo.

Deseja-se, desse modo, que haja uma proteção legal sobre o selo verde no Pantanal, proteção esse que terá como fim imediato o reconhecimento dos produtos feitos e extraídos dessa região, e como fim mediato a fiscalização e proteção ambiental, diante dos critérios que deverão ser seguidos para obtenção dessa rotulagem.

A proteção do Pantanal é medida de urgência e imprescindível para manutenção desse macrohabitat e o selo verde pode influir positivamente nesse seara.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCÂNTARA, Fernanda Henrique Cupertino. Os clássicos no cotidiano: Augusto Comte, Karl Marx, Aléxis de Tocqueville, Émile Durkeim; Max Weber. São Paulo: Arte e Ciência, 2008.

BIAZIN, Celestina Crocetta; GODOY, Amália Maria G. A rotulagem ambiental no comércio internacional. 2001.

\_\_\_\_\_. - O Brasil frente às questões ambientais: a criação do selo verde brasileiro, Maringá: UEM, p. 185, Anais do Workshop 2000, 16 a 19 de maio/2000: a produção integrada do centro de Ciências Sociais Aplicadas frente ao novo milênio, 2000

\_\_\_\_\_. - O Selo Verde; uma nova exigência internacional para as organizações, Anais do XX Encontro Nacional de Engenharia da Produção e VI International Conference on Industrial Engineering and Operations Management, São Paulo, p. 1-8, 30 de outubro a 01 de novembro de 2000

BRASIL. Alagoas. Lei Nº 7772 DE 13/01/2016. Publicado no DOE em 14 jan 2016.

CERTIFICAÇÃO ABNT. Disponível na Internet em <http://www.abnt.org/certific/index.htm>. Acesso em 27 de fevereiro de 2016.

CUNHA, Catia Nunes. Classificação e delineamento das áreas úmidas brasileiras de seus macrohabitats. Cuiabá. EdUFMT, 2014.

EMBRAPA, Mel do Pantanal é o primeiro do Brasil a receber selo de Indicação de Origem. 01/12/15. Disponível em [<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/7693620/mel-do-pantanal-e-o-primeiro-do-brasil-a-receber-selo-de-indicacao-de-origem>]. Acesso em 27 de fevereiro de 2016.

IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney. Áreas Úmidas especialmente “des” protegidas no direito brasileiro: o caso do pantanal mato-grossense e os desafios e

perspectivas para sua conservação. 3º Congresso Amazônico de Desenvolvimento Sustentável. Cuiabá-MT, 2014.

ISO 14000, disponível no site [www.iso.org](http://www.iso.org). Acesso em 27 de fevereiro de 2016.

RELATÓRIO BRUNDTLAND. Nosso futuro comum. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 2ª ed., 1991.

SERRES, Michel, O mal limpo: poluir para se apropriar?. Tradução de Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

# A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA

SILVIA ARAÚJO DETTMER<sup>1</sup>

**RESUMO:** Este trabalho pretende analisar a distinção entre regras e princípios da teoria dos direitos fundamentais de Alexy no direito à liberdade religiosa. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e vem ganhando relevância no meio jurídico nos últimos tempos. Dentre os critérios adotados nesta teoria, as normas podem ser diferenciadas em regras e princípios, sendo os últimos, denominados como mandamentos de otimização. Neste contexto, a laicidade do Estado é um princípio constitucional que deve ser cumprido na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, e que pode eventualmente ceder em hipóteses específicas, diante de uma ponderação com outro princípio constitucional contraposto. Há muitas dúvidas quanto ao caráter laico estatal e as relações com o fator religioso e, conseqüentemente, identificam-se dificuldades perante a colisão de princípios inerentes à questão religiosa. A menção à teoria permite uma abordagem estrutural para a análise da liberdade religiosa como princípio. Buscou na doutrina Alexy (2011), Sarmiento (2008) e Silva (2009) sedimentar o posicionamento de que o direito fundamental à liberdade religiosa é proposto como princípio fundamental na fixação do regime jurídico das relações entre as confissões religiosas e o Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal, laicidade, direitos fundamentais, liberdade religiosa, princípio

**ABSTRACT:** This study aims to examine the distinction between rules and principles of the theory of fundamental rights from Alexy on the right to religious freedom. This distinction is the basis of the grounds of the theory in the context of fundamental rights and is gaining importance in the legal environment in recent times. Among the criteria adopted in this theory, the rules can be differentiated between rules and principles, the latter being, known as optimization commands. In this context, the secular nature of the state is a constitutional principle that must be met to the extent of its factual and legal possibilities of the case, and that may eventually give way in specific cases, on a balance with other constitutional principle opposed. There are many doubts about the state secular character and relations with the religious factor and hence are identified difficulties before the collision principles inherent in the religious question. The mention of the theory allows a structural approach to the analysis of religious freedom as a principle. Alexy sought in doctrine (2011), Sarmiento (2008) and Silva (2009) sedimentary the position that the fundamental right to religious freedom is proposed as a fundamental principle in setting the legal framework for relations between religious denominations and the state.

**KEYWORDS:** Federal Constitution, secularism, fundamental rights, religious freedom, a fundamental principle

## 1 APRECIÇÃO PRELIMINAR

---

<sup>1</sup>Doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP. Profª Adjunto do curso de Direito da UFMS, Campus de Três Lagoas/MS. Email: silvia.dettmer@ufms.br

Cabe mencionar que este artigo não é um trabalho específico sobre a teoria dos direitos fundamentais, mas a sua análise contribui diretamente para a delimitação do conteúdo essencial do direito fundamental à liberdade religiosa inserido no Brasil.

Por sua vez, a afirmação dos direitos fundamentais do homem no direito constitucional positivo reveste-se de transcendental importância, mas, como notara Hauriou, não basta que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo porque virão ocasiões em que será discutido e violado (SILVA, 2010, p. 186)

Dentre os direitos fundamentais arrolados no texto constitucional de 1988, o art. 5º denomina os direitos e deveres individuais e coletivos e inicia enunciando o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Embora seja uma declaração formal, não deixa de ter sentido especial essa primazia ao direito de igualdade, e servirá de orientação ao intérprete, que necessitará de ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais do homem (SILVA, 2010, p. 190).

Para tanto, concebem-se como direitos fundamentais<sup>2</sup> do homem-indivíduo aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Nesse contexto, a regra da separação entre Estado e Igreja prevista na Constituição Federal estabelece diretrizes que norteiam as situações concretas que enlaçam as questões problemáticas referentes ao exercício da liberdade religiosa.

Diante dos elementos caracterizadores inseridos no texto da Constituição brasileira,

A problemática não é destituída de relevância prática, visto que do seu enfrentamento decorrem consequências diretas, com reflexo na seara hermenêutica, bem como a compreensão da concepção dos direitos fundamentais consagrada pelo Constituinte de 1988 (...). A ideia de que os direitos fundamentais integram um sistema no âmbito da Constituição foi objeto de recente referência na doutrina pátria, com base no argumento de que os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental (SARLET, 2011, p. 70).

Assim, sem adentrar na ampla discussão dos elementos apresentados pela doutrina e na hermenêutica constitucional, busca-se tomar como parâmetro o direito positivo pátrio, que elenca diversos princípios fundamentais integrados a um sistema aberto de regras e princípios.

---

<sup>2</sup> Sobre o tema, vale referir a lembrança de Habermas: os direitos fundamentais, que se manifestam como direitos positivos de matriz constitucional (...). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 32.

Dentre eles, destacam-se a democracia, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a laicidade do Estado e a liberdade, citando-se a liberdade religiosa e outros incisos decorrentes do art. 5º que explicitam formalmente o tratamento ao tema em estudo. Infere-se também que, ao conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, consagrado pelo art. 5º, §2º da Constituição Federal<sup>3</sup>, aponta-se para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais.

Aborda-se também, nesse sentido, a relação de sintonia e a consequente vinculação entre os direitos atinentes à liberdade religiosa e os princípios fundamentais. Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2011, p. 94).

Diante do rol analítico do art. 5º e de cunho não taxativo, o texto constitucional permite a (re)construção e abrangência dos direitos fundamentais dirigidos *prima facie* à esfera de proteção do indivíduo contra a intervenção do Estado.

É nesse contexto jurídico-constitucional de abertura, previsto em um rol exemplificativo e acolhido como norma inclusiva, que se faz a análise do direito à liberdade religiosa. Reais dificuldades são, entretanto, enfrentadas na identificação dos direitos fundamentais e dos critérios referenciais quando da colisão de princípios inerentes à questão religiosa.

Na esteira dessa argumentação, cita-se HUACO,

Poucas são as constituições que, de maneira explícita, não deixam lugar a dúvidas sobre o caráter laico do Estado e do pluralismo religioso e ideológico, dando preferência a fórmulas ambíguas e pouco claras sobre as relações entre o Estado e o fator religioso (2008, p. 60).

Complementa que, sem embargo, a existência de normatividade legal que amplie os supostos exercícios dos direitos da liberdade religiosa, de consciência e de pensamento é, sem dúvida, um indicador do grau de laicidade instaurado em um

---

<sup>3</sup> A regra do art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988 segue a tradição do nosso direito constitucional republicano desde a Constituição de 1891, com alguma variação, mais no que diz com a expressão literal do texto do que com a sua efetiva *ratioe seute/los*. Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911, art. 4º), a citada norma traduz o entendimento de que se vai além do conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1), assim como nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50), apenas para citar algumas das ordens constitucionais mais próximas de nós. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 79.

determinado país, pois implica que se reconhece juridicamente o pluralismo religioso e ideológico existente na sociedade.

A laicidade permite a convivência de diferentes formas de conceber o mundo, sem necessidade de que elas tenham que sacrificar sua identidade distintiva em prol de um igualitarismo uniformizador que ignora as peculiaridades próprias, mas sem que isso signifique irromper em um caótico concerto de vozes discrepantes e concepções antagonônicas incapazes de coexistir socialmente com base em pressupostos comuns mínimos de convivência (HUACO, 2008, p. 45, 61).

Não se pretende, entretanto, apresentar um artigo exaustivo da laicidade como princípio constitucional na Constituição Federal de 1988, e sim, neste momento, atentar para a teoria dos direitos fundamentais no direito à liberdade religiosa. E, para isso, serão apresentados aspectos concernentes à teoria constitucional dos princípios, com ênfase na distinção entre regras e princípios.

## **2 FONTES DE INSPIRAÇÃO**

A análise da origem e das fontes dos direitos fundamentais é um tema fascinante. O objetivo, neste tópico, é mencionar alguns aspectos relevantes a respeito desse tema, especialmente para propiciar uma adequada compreensão da importância e da função dos direitos fundamentais. É necessário frisar a circunstância de que a história dos direitos fundamentais é uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2011, p. 36).

A doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações de direitos. Em relação ao tema, SILVA (2014, p. 443) aponta, porém, a necessidade de ampliação dessa visão do problema para admitir outras fontes de inspiração das declarações de direitos, sem deixar de reconhecer que as primeiras abeberaram no cristianismo e no jusnaturalismo a ideia do homem abstrato. Para isso, acrescenta as condições históricas objetivas que, a rigor, constituem sua fundamentação primeira.

Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais, SARLET (2011, p. 37) menciona que K. Stern destaca três etapas: uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; e a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

Nesta etapa desse artigo, cabe destacar as concepções doutrinárias inseridas na Teoria do Conhecimento Constitucional de SILVA (2014, p. 444-446), que ordenaram uma compreensão ideológica coerente em tais momentos agudos da evolução social para a superação de situações caducas pelo despontar de algo novo.

De acordo com o seu ensinamento, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E, quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas para a sua formulação.

Entre essas condições, citam-se, primeiramente, as reais ou históricas, objetivas ou materiais, e, em seguida, as condições subjetivas ou ideais, ou lógicas, que consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa. É sobre as segundas que se tecem algumas considerações.

Consideram-se ainda três fatos para a compreensão das condições subjetivas como inspiração dos direitos fundamentais: o pensamento cristão<sup>4</sup>; a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, de natureza racionalista, fundada na natureza racional do homem; e o pensamento iluminista<sup>5</sup> e sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais, firmando o individualismo que exala dessas primeiras declarações dos direitos do homem.

Dentre esses, como fonte remota, Silva cita o pensamento cristão na acepção do cristianismo primitivo, pois continha uma mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana. Em sendo o homem uma criatura formada à imagem de Deus, essa dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles.

Novas relações objetivas surgiram como fundamentos com o desenvolvimento industrial e o aparecimento do proletariado. Outros direitos fundamentais foram fundados, dentre eles os direitos econômicos e sociais. Daí, novas doutrinas sociais fundamentaram-se em novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais, tais como: o Manifesto Comunista e as doutrinas marxistas, postulando liberdade e igualdade materiais num regime socialista; a doutrina social da Igreja, a partir do Papa Leão XIII; o intervencionismo estatal, que reconhece que o Estado deve atuar no meio econômico e

---

<sup>4</sup> Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana e no pensamento cristão. Da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 38.

<sup>5</sup> Kant é um dos representantes mais influentes do iluminismo de inspiração junsnaturalista, e, segundo Bobbio, a teoria de Kant pode ser considerada como a conclusão dessa primeira fase da história dos direitos do homem, que culmina nas primeiras Declarações dos Direitos (...): o homem natural tem um único direito, o direito de liberdade, entendida a liberdade como "independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro", já que todos os demais direitos, incluído o direito à igualdade estão compreendidos nele. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73-74.

social, a fim de cumprir uma missão protetora das classes menos favorecidas mediante prestações positivas.

Por fim, aponta-se para a circunstância de que, na ordem do direito constitucional brasileiro vigente, essa evolução corresponde à efetivação dos direitos fundamentais representada pelo reconhecimento do processo qualitativamente cumulativo e aberto.

Assim, SARLET (2011, p. 58-59) acrescenta que os direitos fundamentais integram, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.

Salienta ainda que é íntima e indissociável vinculação, o nexo de interdependência, entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito. Assim, acompanhando as palavras de K. Stern pode-se afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.

Por fim, um rápido olhar pelo mundo, que se torna cada vez mais multicultural, verifica-se que a religião desempenha um papel bastante significativo na vida social e política de todas as partes do globo (GAARDER, HELLERN, NOTAKER, 2005, p. 16), retratando toda a dificuldade em torno da liberdade religiosa.

### **3 REGRAS E PRINCÍPIOS: DOS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO E DEFINIÇÃO**

A questão da distinção entre regras e princípios vem ganhando relevância no meio jurídico nos últimos tempos.

As indagações sobre quais direitos o indivíduo possui na condição de ser humano e na condição de cidadão de uma comunidade, sobre quais princípios vinculam a legislação estatal e o que a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade exige expressam pontos centrais e tornam-se problemas jurídicos associados ao exercício de direitos.

O catálogo de direitos fundamentais regula de forma extremamente aberta questões em grande parte muito controversas acerca da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Com isso, surgem dificuldades de identificação desses direitos e dos princípios norteadores acerca de determinados direitos fundamentais positivos

vigentes, dentre ele a liberdade religiosa. Essas questões problemáticas passaram para a esfera da teoria dogmática.<sup>6</sup>

No âmbito dogmático, afigura-se, no entanto, a dimensão analítica conforme elucida SILVA (2009, p. 37-38)<sup>7</sup>, que diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente. Assim, os inúmeros problemas sistemático-conceituais dos direitos fundamentais demonstram o importante papel da dimensão analítica no âmbito de uma ciência prática dos direitos fundamentais que pretenda cumprir a sua tarefa de maneira racional (ALEXY, 2006, p. 38, 46).

Para ALEXY (2006, p. 43) esse caminho da Teoria dos Direitos Fundamentais passa por uma teoria estrutural desses direitos, que, primariamente, é uma teoria analítica quando investiga estruturas como a dos conceitos de direitos fundamentais e suas influências no sistema jurídico e na fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

A propósito, dentre a imensa quantidade de problemas ligados aos direitos fundamentais, busca-se tratar daqueles que tenham ponto de conexão com a reflexão aqui proposta e que possam colaborar no desenvolvimento de questões tão imbricadas como as vinculadas ao direito à liberdade religiosa.

Assim, na análise da estrutura das normas de direitos fundamentais, há diversas e diferentes teorias. Há autores que sustentam que, entre regras e princípios, há uma diferença de grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Entende SILVA (2009, p. 44) que outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis.

Diante da diversidade de teorias existentes, optou-se pela utilização, neste trabalho, dos critérios de distinção e definição de ALEXY (2006, p. 87, 90): as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e, entre ambos, não existe apenas uma

---

<sup>6</sup> O que faz uma teoria ser dogmática e, em decorrência disso, jurídica é algo pouco claro. É natural orientar-se, de início, por aquilo que, de fato, é praticado como Ciência do Direito e designado como dogmática jurídica ou ciência jurídica, ou seja, pela Ciência do Direito em sentido estrito e próprio. Se isso é feito, é possível distinguir três dimensões da dogmática jurídica: uma analítica, uma empírica e uma normativa. A dimensão empírica da dogmática jurídica trata da validade e aplicação do direito; a dimensão normativa diz respeito à elucidação e à crítica da práxis jurídica. A dogmática não é a única face da Ciência do Direito, mas é uma delas. A tarefa científica da dogmática de um determinado direito positivo consiste na construção de institutos jurídicos, na remissão dos enunciados jurídicos particulares a conceitos mais gerais e, também, na dedução das consequências que decorrem de tais conceitos. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32-35, 46.

<sup>7</sup> Ao método analítico, é muitas vezes imputado certo formalismo, certo exagero nas análises conceituais ou, por fim, certa distância da realidade. É possível que esses riscos existam (...), porém os ganhos analíticos têm sempre implicações muito reais e concretas na atividade de proteção aos direitos fundamentais. Isso porque o método analítico tende a trazer à luz diversas pré-compreensões quase mal esclarecidas, que, em geral, acabam por escamotear restrições a direitos fundamentais como se tratasse de meras delimitações conceituais sem qualquer ligação com o grau de proteção e de realização desses direitos.

diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.<sup>8</sup> Para isso, expõe-se, de forma breve e sucinta, essa distinção.

Entende ALEXY (2006, p. 29, 85-87) que, para a teoria dos direitos fundamentais, o mais importante é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais; constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais.<sup>9</sup>

Para a sua teoria, regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

Dentre esses diversos critérios<sup>10</sup>, há aqueles que são considerados tradicionais para a distinção de regras e princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade.

Ainda com base nesses critérios e nas teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios, destaca-se a que sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que, entre ambos, existe uma diferença gradual e qualitativa, como mencionado.

O ponto decisivo para ALEXY (2006, p. 90) na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Entende, assim, que esses princípios podem ser caracterizados pela realização ou satisfação em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

---

<sup>8</sup> Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87, 90.

<sup>9</sup> É oportuno destacar que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, publicada em 1985, foi o trabalho apresentado para sua habilitação na Faculdade de Direito da Universidade Georg August em Gotinga, Alemanha. Sua teoria é uma teoria jurídica, a saber, uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. O que dela se pode esperar pode ser caracterizado como uma parte da dogmática dos direitos fundamentais. Sua base é constituída pela teoria dos princípios e pela teoria das posições jurídicas fundamentais. Um dos objetivos apresentados é a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais. Neste sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. A distinção entre regras e princípios não é nova, mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização frequente, a seu respeito imperam falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos; a delimitação em relação a outras coisas, como os valores, é obscura; e a terminologia, vacilante.

<sup>10</sup> Dada a sedimentação, no vocabulário jurídico brasileiro, do uso do termo "princípio" como "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele", é necessário deixar claro que, aqui neste trabalho, quando a dicotomia regra/princípio for utilizada, os critérios de distinção de que se parte não são esses, mas os apresentados a seguir. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

Isso significa, entre outras coisas, que, ao contrário do que ocorre com as regras jurídicas, os princípios podem ser realizados em diversos graus. A ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis conforme posicionamento de SILVA (2009, p. 46).

O autor ao tratar do elemento central da teoria dos princípios de Alexy, que são os princípios como mandamentos de otimização, acrescenta que dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios, ainda que se limite apenas às condições jurídicas.

Não se pretende, no desenvolvimento deste trabalho, aprofundar esse tema, entretanto a diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito conforme se verifica na teoria de ALEXY (2006, p. 92).

Com essas considerações sobre a distinção entre princípio e regra, cabe esclarecer que a menção à teoriapermite uma abordagem estrutural para a análise da liberdade religiosa como princípio, pois tende a fortalecer a sua proteção à medida que requer maior fundamentação a qualquer restrição de seu conteúdo.

O conceito de liberdade religiosa no direito brasileiro está inserido na regra da separação entre Estado e Igreja, porém tem campo semântico específico quanto aos desdobramentos relacionados à definição de princípio como mandamento de otimização cuja regra remete-se a um Estado imparcial em matéria religiosa.

Nesse sentido, a laicidade do Estado não é um comando definitivo, mas um mandamento constitucional *prima facie*. Trata-se de um típico princípio constitucional, de acordo com a definição de Alexy: um mandamento de otimização que deve ser cumprido na medida de suas possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, e que pode eventualmente ceder em hipóteses específicas, diante de uma ponderação com algum outro princípio constitucional contraposto, realizada de forma cuidadosa, de acordo com as máximas do princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2008, p. 199-200).

#### **4 CONFLITOS ENTRE REGRAS E COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS**

ALEXY (2006, p. 92-93) entende que, comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras, é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-serjurídico contraditórios.

Com base em sua teoria, as regras e princípios conflitantes ou colidentes apresentam formas de solução diferenciada. O conflito entre regras somente poderá ser

solucionado por meio de uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Se esse tipo de solução não for possível, aplica-se que uma das regras seja declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Neste caso, o conceito de validade jurídica não é graduável. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Consta-se que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida porque o fundamental é a decisão sobre validade (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 203).<sup>11</sup>

Diante dessas duas técnicas para a solução dos conflitos entre regras, cabe esclarecer que, ao ser constatada, em determinado caso, a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção porque uma das regras deve ser declarada inválida.

Cabe lembrar que as regras, como uma das espécies de normas, garantem direitos ou impõem deveres definitivos, e segundo o critério da generalidade que distingue regras e princípios, as regras são normas com grau de generalidade relativamente baixo em relação aos princípios.

SILVA (2009, p. 47-48) entende que se isso é assim, e se existe a possibilidade de conflitos entre regras, é preciso que se encontre uma solução que não relativize essa definitividade. Se duas regras preveem consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida. Caso contrário não apenas haveria um problema de coerência no ordenamento, como também o próprio critério de classificação das regras, o dever-ser definitivo, cairia por terra.

Dessa forma, a escolha da norma a ser aplicada não deverá ser feita com base nas circunstâncias particulares do caso concreto, como na colisão entre princípios. Nesse caso, a escolha ocorre de modo abstrato, com base em critérios pré-definidos, como a sucessão cronológica, a superioridade hierárquica ou a relação de especialidade entre as normas conflitantes (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 60).

Para ALEXY (2009, p. 93-94), esse problema pode ser solucionado por meio de regras como a *lex posterior derogatlegi priori* e *lexspecialisderogatlegigenerali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito.<sup>12</sup>

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma diversa. SILVA, (2009, p. 50) explica que se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser

---

<sup>11</sup> Validade é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e consequente integração no sistema.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

resolvida nos casos concretos “quando dois princípios colidem, ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica”.

Afirma-se então que nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios, visto que só princípios válidos podem colidir, ocorrem na dimensão do peso.

A solução de colisões entre princípios encontra numerosos sopesamentos de interesses. A análise que contribui para essa compreensão da estrutura dessas soluções é uma “lei de colisão”<sup>13</sup>, resumida por ALEXY (2006, p. 99). No que concerne a essa lei, importa tecer algumas considerações sem a pretensão de priorizar outras fontes.

A lei de colisão caracteriza-se, a princípio, por uma relação de tensão que não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta. A colisão deve ser resolvida por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. O objetivo do sopesamento é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível, tem maior peso no caso concreto.

Por fim, é oportuno retomar, para melhor esclarecer, que, dentre as diversas teorias vigentes sobre a questão, optou-se, neste artigo, pelos critérios de distinção e definição de Alexy.

SILVA (2009, p. 51-56) faz, no entanto, considerações sobre o que seja talvez o ponto mais complexo e menos explorado da teoria dos princípios: a colisão entre regras e princípios.

Segundo ele, se as normas jurídicas podem ser regras ou princípios e se existem conflitos entre regras e colisões entre princípios, é intuitivo que se imagine que possam também existir colisões entre uma regra e um princípio. Isso porque, para uma eventual colisão nesses termos, haveria duas respostas possíveis baseadas nas duas formas de solucionar o caso concreto com base na distinção entre eles. Ambas são soluções problemáticas.

O autor complementa ainda que é uma solução problemática porque passa ao largo de um ponto central e dá a entender que o aplicador do direito está sempre livre, em qualquer caso e em qualquer situação, para afastar a aplicação de uma regra por entender que há um princípio mais importante que justifica esse afastamento. Isso teria como consequência um alto grau de insegurança jurídica. Um dos papéis mais importantes das regras no ordenamento jurídico é justamente aumentar o grau de

---

<sup>13</sup> Essa lei, conforme a entende Alexy, é um dos fundamentos da teoria dos princípios por ele defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.

segurança na aplicação do direito. Essa segurança é garantida quando uma instância tem a competência de definir uma determinada linha. Essa instância, em um Estado constitucional, é o legislador, e essa linha é definida pelas regras que ele cria; mas há, de fato, casos em que esse cenário pode se complicar e o mais simples é a existência de dúvidas quanto à constitucionalidade da regra. Nesse caso, compete ao juiz controlar essa constitucionalidade.

Para Alexy, nesse conflito deve haver um sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, já que as regras não são sopesáveis, mas um direito ou dever definitivo.

Nessa perspectiva, as considerações apresentadas conduzem à aplicação da teoria dos princípios à teoria das normas de direitos fundamentais cujo campo de análise especifica-se no direito à liberdade religiosa. Não se buscou neste item uma investigação aprofundada da teoria dos princípios ou abordar objeções, e sim considerar, mesmo que brevemente, as características básicas da distinção entre regras e princípios<sup>14</sup> e os diferentes comportamentos decorrentes de conflitos e colisões.

## 5 O DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA COMO PRINCÍPIO

ADRAGÃO (2002, p. 432) adota a posição de que a distinção entre regras e princípios é importante na sede de direitos fundamentais como categoria dogmática à medida que fornece instrumentos de trabalho para a compreensão do direito fundamental à liberdade religiosa como princípio.

Cabe mencionar SILVA (2014, p. 634-637), para quem o principalismo constitucional proveio da exacerbação das doutrinas de Dworkin e de Alexy sobre regras, princípio e norma. Essa doutrina influenciou os juristas em geral, mas de modo mais intenso os constitucionalistas. Os direitos fundamentais não foram apreciados do ponto de vista do direito constitucional, mas do ponto de vista das especulações da Filosofia do Direito. É claro que, vinculando sua teoria dos direitos fundamentais ao disposto numa constituição positiva, a Constituição alemã, buscou ele um fundamento dogmático para sua construção, evitando fazer filosofia abstrata do Direito. Não obstante, a teoria proporcionou o surgimento de novos constitucionalistas que têm contribuído para a renovação do direito constitucional; mas isso porque houve uma feliz coincidência, que foi a renovação constitucional do Brasil, com a Constituição de 1988, que, sendo uma ordem de valores, está igualmente impregnada de princípios.

---

<sup>14</sup> No desenvolvimento deste tópico não se adentrou na crítica que Virgílio Afonso da Silva faz às teses sustentadas por Humberto Ávila sobre a distinção entre regras e princípios publicada, no ano de 2008, com o título "Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos". Sobre o tema, ver SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56-62.

Neste contexto, destaca-se o entendimento de ARAUJO e SERRANO:

Os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade). Note-se, nesse aspecto, que os Direitos Fundamentais passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece. (...). Assim sendo, porém, o Estado que os proclama e protege assume uma formulação específica, ditada pela pauta de Direitos Fundamentais que encampa. (2010, p. 133)

Infere-se que esses direitos são positivados no texto constitucional e reconhecidos como normas constitucionais com consequências relevantes no ordenamento jurídico. No tocante ao conteúdo, BARROSO (2009, p. 198) entende que muitas normas constitucionais em sentido material têm, entretanto, estrutura, objeto e finalidade específicos, que incluem preceitos que definem direitos fundamentais de diferentes graus, cuja aplicação envolve ponderações e sutilezas.

Acrescenta também que o reconhecimento da distinção qualitativa entre essas duas categorias, regras e princípios e a atribuição de normatividade aos princípios são considerados como elementos essenciais do pensamento jurídico contemporâneo. Os princípios constitucionais são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico e são denominados “normas constitucionais”.

Assim, diante da teoria de Alexy, o direito à liberdade religiosa deve ser entendido como um mandamento de otimização, ou seja, previsto na Constituição Federal de 1988 como norma constitucional classificada como princípio, com peso diferente, que se concretiza dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso concreto.

Infere-se também com ADRAGÃO (2002, p. 432) em que “a liberdade religiosa, direito fundamental, pode também, como os restantes direitos fundamentais, funcionar como princípio”. Dessa forma, a liberdade religiosa qualifica-se, assim, como princípio fundamental.

Em face dessas constatações, CANOTILHO apresenta a sua contribuição doutrinária:

Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fática ou jurídica. (2003, p. 1255)

Esse pressuposto retoma a definição de princípios que embasa este artigo: princípios são normas porque dizem o que deve ser segundo o critério da generalidade e constituem-se, por conseguinte, mandamentos de otimização. Dessa forma, realizam-se em graus diversos, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Observa-se então que os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, conforme o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

Quanto aos direitos inerentes à liberdade religiosa previstos na Constituição Federal de 1988 destaca-se que, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, compreende a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual.<sup>15</sup>

Essa menção remete à jurisprudência constitucional alemã, que cita a dupla dimensão dos direitos fundamentais que ANDRADE (1987, p. 144-145) considera como dimensão subjetiva e dimensão objetiva. A primeira pode ser considerada como faculdades ou poderes dos indivíduos; a segunda, como valores ou fins que a comunidade se propõe alcançar ou manter, que constituem bases de ordenação da vida social.

Aduz ainda que a dimensão objetiva funciona em dois planos distintos: o plano valorativo ou funcional, que influencia e integra o próprio conteúdo de sentido da liberdade religiosa, e o plano jurídico estrutural. Na perspectiva do plano jurídico estrutural, a dimensão objetiva, em lugar de comprimir, reforça a imperatividade dos

---

<sup>15</sup> Importante salientar, em sede de liberdade religiosa, a decisão histórica da Suprema Corte Americana, no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319, U.S. 624 (1943): provocada por adeptos da seita Testemunha de Jeová, foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que exigia a saudação compulsória à bandeira sob pena de expulsão do colégio. Os requerentes alegavam que, por motivos de convicções religiosas, era-lhes vedado esse gesto, pois contrariava a proibição bíblica de adoração a imagens gravadas. Neste caso, salientou o relator Juiz Jackson: "Quem começa a eliminar coercitivamente as discordâncias logo a seguir está exterminando os que discordam. A unificação compulsória de opiniões só consegue a unanimidade do túmulo... O caso atual torna-se difícil não porque os princípios de sua decisão sejam obscuros, mas porque a bandeira em questão é a nossa. Aplicamos, porém, as limitações da Constituição sem recear desintegrem a liberdade de ser diferente, intelectual e espiritualmente, ou até heterodoxo, nossa organização social. Acreditar que o patriotismo não florescerá se as cerimônias patrióticas forem voluntárias e espontâneas, em vez de uma rotina compulsória, é avaliar pobremente a sedução exercida sobre os espíritos livres pelas nossas instituições. Se há alguma estrela fixa em nossa constelação constitucional, é a de que nenhum funcionário, de alta ou baixa categoria, pode prescrever o que será ortodoxo em política, nacionalismo, religião ou outras questões de opinião, ou forçar cidadãos a confessar, por palavras ou atos, sua fé nos mesmos. A ação das autoridades locais obrigando à saudação da bandeira transcende, a nosso ver, as limitações constitucionais ao seu poder e invade a esfera da inteligência e espírito, que a Primeira Emenda à nossa Constituição quis preservar do controle oficial." MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2011, p. 127.

direitos individuais e alarga o uso da influência no ordenamento jurídico e na vida social (1987, p. 147-161).

Assim, a dimensão objetiva da liberdade religiosa “manifesta-se na integração da rede de princípios e normas de organização que regulamentam a realidade em torno do direito fundamental de liberdade religiosa”(ADRAGÃO, 2002, p. 433). Consequentemente, verifica-se “a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjetivos fundamentais, dimensão subjetiva, e a existência de princípios e regras meramente objetivos, dimensão objetiva” (CANOTILHO, 2003, p. 1256).

Com fundamento em ALEXY (2011, p. 116), os princípios referem-se a direitos individuais e possuem uma amplitude de conceito, entretanto, não é adequado vincular o conceito de princípio ao conceito de direito individual. O autor esclarece citando Dworkin, para quem “princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais”.

O direito fundamental de liberdade religiosa é proposto como princípio fundamental na fixação do regime jurídico das relações entre as confissões religiosas e o Estado. Referindo-se às exigências da liberdade religiosa que interessam ao Estado, aponta-se um duplo aspecto que se reconduz, essencialmente, às dimensões subjetiva e objetiva já apontadas (ADRAGÃO, 2002, p. 433-434).

Tecidas essas considerações, assume relevo a conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade sob a essência dos direitos fundamentais. Porém, não se pretende arrolar aspectos relacionados ao tema, contudo reconhece-se a problemática para melhor enquadramento do âmbito da liberdade religiosa como princípio.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presença do debate sobre a liberdade religiosa tem sido uma crescente em várias esferas acadêmicas e sociais, porém, estabelecer a concretude jurídica na realidade fática ainda é um grande desafio.

Na análise da teoria dos princípios, a distinção entre regras e princípios é uma coluna-mestra da teoria dos direitos fundamentais e desempenha um importante papel nesse contexto.

É preciso atentar que a relação entre Estado e Igreja deve ser baseada na fundamentação democrática legitimada pelo povo e não pelo sagrado ou divino. Entretanto, deve ser garantida a igualdade entre as várias confissões religiosas para o livre exercício da fé.

Com base nos elementos constitucionais e democráticos, a proibição definitiva do art. 19, inc. I da Constituição Federal de 1988, é classificada como uma regra que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los ou embaraçar-lhes o funcionamento. Essa regra constitucional traz a sua própria exceção somente aplicada nos casos de colaboração de interesse público previstos na forma da lei.

A vedação à associação entre Estado e Igreja é uma regra que deve ser aplicada quando houver condições para o seu suporte fático. A liberdade religiosa é um princípio, no entanto, há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade<sup>16</sup> em sentido estrito.

A proporcionalidade consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos e tem como função principal justamente evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar (SILVA, 2009, p. 175).

Na linha proposta por Alexy a proporcionalidade seria um tipo de regra, mas não uma regra comum, e sim uma regra acerca da aplicação de outras regras.

Assim, mencionou-se a distinção entre regra e princípio para pontuar que a estrutura normativa do art. 19, inc. I, do texto constitucional de 1988 é uma regra e o direito à liberdade religiosa é um princípio. Acrescenta-se também que na teoria de Alexy, uma regra tem um princípio como base que orienta o seu conteúdo (SILVA, 2009, p. 52).

Essa consideração fundamenta que o princípio da laicidade está implícito na regra do art. 19, inc. I da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a liberdade religiosa é um princípio nos termos definidos por Alexy: um mandamento de otimização cuja realização é exigida na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Esse entendimento é fundamental para o fortalecimento da sua proteção jurídica porque afasta a crença largamente difundida de que a aplicabilidade do princípio da laicidade do Estado resulta de sua interpretação meramente literal.

## BIBLIOGRAFIA

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A liberdade religiosa e o Estado**. Coimbra: Almedina, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

---

<sup>16</sup> “Máxima da proporcionalidade” é a tradução direta do termo alemão. O problema dessa denominação reside no fato de que, na linguagem jurídica brasileira, “máxima” não é um termo utilizado com frequência e, mais que isso, pode às vezes dar a impressão de se tratar não de um dever, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, mas de uma mera recomendação. Opta-se por chamar de “regra da proporcionalidade”. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 167-168.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. Trad. Isa Mara Laudo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arruda (Org.). **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado**. In: Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. Tese de doutorado. Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). São Paulo, 2012.

## **A PROTEÇÃO À IMAGEM DAS CRIANÇAS EM REDES SOCIAIS: DIÁLOGOS ENTRE A PROTEÇÃO INTEGRAL, A LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS E O DEVER DE COLABORAÇÃO DA SOCIEDADE EM GERAL**

Bruna Barbieri Waquim<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente estudo intenta debater os desafios do cumprimento da Doutrina da Proteção Integral sob o enfoque da utilização da imagem de crianças nas redes sociais, por seus próprios pais e por terceiros na confecção dos chamados memes. A partir de três diferentes notícias divulgadas recentemente que tratam transversalmente da proteção da imagem de crianças na internet, busca-se debater pontos de conexão entre os direitos de personalidade titularizados por crianças, a liberdade de expressão de pais e sociedade em geral e os limites do exercício da autoridade parental. Por meio das ferramentas da revisão bibliográfica e da análise documental, serão tecidas considerações teóricas e práticas sobre os seguintes questionamentos: os pais são proprietários da imagem dos filhos? A sociedade pode fazer uso não autorizado dessas imagens? O uso não autorizado da imagem de crianças nas redes sociais pode dar ensejo à reparação civil, ainda que esse uso tenha sido praticado pelos próprios genitores do infante, ou em decorrência de postagens destes? As respostas encontradas demonstram a necessidade de priorizar o melhor interesse das crianças e a conscientização dos atores supracitados quanto aos danos que podem ser provocados ao seu desenvolvimento psicossocial pelo uso abusivo ou ilícito da imagem destas.

**Palavras-chave:** Imagem. Privacidade. Proteção Integral. Liberdade de expressão. Criança.

**ABSTRACT:** The present study tries to discuss the challenges of compliance with the Doctrine of Integral Protection under the approach of using the image of children in social networks, by their own parents and by third parties in the making of so-called memes. Based on three different recently published articles dealing with the protection of the image of children on the Internet, the aim is to discuss points of connection between the rights of personality of children, the freedom of expression of parents and society in general and the limits of exercise of parental authority. Through the tools of bibliographic review and documentary analysis, theoretical and practical considerations will be woven into the following questions: Are the parents the owners of the children's image? Can the society make unauthorized use of these images? The unauthorized use of the image of children in social networks can give rise to civil reparation, even if this use has been practiced by the child's own parents or as a result of their postings? The answers found demonstrate the need to prioritize the best interest of the children and the awareness of the above mentioned actors about the damages that can be caused to their psychosocial development by the abusive or illicit use of their image.

**Key-words:** Image. Privacy. Integral Protection. Freedom of expression. Child.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Mestre em Direito e Instituições do Sistema da Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Assessora Jurídica no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – Seção do Estado do Maranhão. E-mail: <bu\_barbieri@yahoo.com.br>. Endereço: Av. Luis Eduardo Magalhães, Cd. Jardins de Provence, T. Cerejeira, apt 603, Calhau, São Luís/MA, CEP 65071-415.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo surgiu das inquietações provocadas por três notícias recentes envolvendo o direito à imagem de crianças: a primeira, publicada em 01/02/106 no site Correio Braziliense (2016), intitulada “Mãe luta para banir memes na internet com foto do filho deficiente”; a segunda, titulada “ ‘Sequestro virtual’ de bebês vira moda e assusta famílias”, publicada em 08/08/2016 pela Revista Crescer online (2016); e a terceira, publicada em 28/03/2016 no site BBC Brasil (2016), intitulada “Filhos poderão processar pais por divulgação de fotos na internet, diz pesquisador”.

A notícia publicada no site Correio Braziliense (MÃE LUTA [...], 2016) relata o pedido da australiana A. M.<sup>2</sup> para que os internautas deixem de usar a foto do seu filho J. em memes. A criança apresenta compleição física diferenciada em virtude de possuir a Síndrome de Pfeiffer. Uma de suas fotos, publicada no blog da mãe em 2014, passou a ser utilizada em diversas montagens pela internet, levando a mãe a buscar junto ao Facebook, Instagram, Twitter, Tumblr e 9Gag a retirada das publicações.

A segunda notícia, divulgada pela Revista Crescer online (“SEQUESTRO VIRTUAL” [...], 2016), relata a ocorrência dos chamados “digital kidnapping” (sequestros virtuais) que têm sido realizados principalmente por adolescentes que se apropriam das imagens de bebês e as publicam nas redes sociais como se fossem seus filhos, utilizando o termo “adoption role play”, que equivale a “brincando de adotar”.

Em um dos casos relatados pela revista, uma foto foi utilizada em um post mal-intencionado, que dizia que a criança sofria de câncer e tinha problemas mentais (REVISTA CRESCER ONLINE, 2016).

A terceira notícia, publicada no site BBC Brasil (FILHOS PODERÃO [...], 2016), divulga entrevista do especialista francês em redes sociais e identidade digital Eric Delcroix, coautor do livro “As redes sociais são nossas amigas?”, em que este afirma que a publicação das fotos de menores de idade na internet pelos pais pode acarretar futuros processos de indenização por parte dos filhos que se sintam constrangidos pela exposição de sua imagem.

Na entrevista, Delcroix discute os direitos que os genitores possuem, na França e em outros países, de autorizar a fotografia e divulgação da imagem de seus filhos, mas que, quando estes crescerem, poderão avaliar se os genitores deram causa à violação de suas vidas privadas e exigirem o pagamento de indenizações, além de

---

<sup>2</sup> Os nomes foram abreviados em virtude do caráter científico da pesquisa e para não fomentar a violação à privacidade dos envolvidos.

advertir o especialista para o risco de que as imagens sejam utilizadas por pedófilos (BBC, 2016).

O teor de tais notícias, que discutem, ainda que de forma transversal, a dificuldade de concretização da proteção à imagem de crianças, se torna ainda mais preocupante quando se observa, empiricamente, o comportamento de genitores e da sociedade em geral nas redes sociais, com flagrante superexposição e abuso na veiculação das imagens de infantes sob o pretexto de homenagem ou comicidade.

Aliada à inquietação provocada pelo próprio conteúdo das notícias, foi realizada pesquisa exploratória nas bases de dados Scielo<sup>3</sup> e Portal de Periódicos da CAPES<sup>4</sup> com os termos “direito à imagem” e “criança”, em que surpreendentemente não foram encontrados resultados na forma de artigos jurídicos, tendo a busca apenas fornecido artigos científicos das áreas de Ciências da Saúde, Linguística, Letras e Artes, o que também incentivou a realização do presente estudo.

Assim, o presente artigo intenta refletir sobre as possíveis interlocuções entre o Direito da Criança e do Adolescente (na perspectiva da Doutrina da Proteção Integral), do Direito Constitucional (com fulcro nos direitos da personalidade), do Direito de Família (consoante o entendimento jurídico quanto ao poder familiar) e da Memética (enquanto estudo teórico dos chamados “memes”), quanto à tutela dos direitos de personalidade da criança, em especial, à imagem, intimidade e vida privada, conceitos que serão melhor distinguidos em momento oportuno.

Movimentando as ferramentas de levantamento bibliográfico e análise documental, serão debatidos os principais argumentos jurídicos que podem ser levantados a partir de cada colisão de direitos vislumbrada nas notícias narradas, tendo por guia os seguintes questionamentos:

Os pais são proprietários da imagem dos filhos? Podem os genitores dispor livremente da privacidade de seus filhos, em benefício da sua própria liberdade de expressão?

a) A sociedade em geral pode fazer uso não autorizado da imagem de crianças, ou é possível considerar como autorização suficiente a “cessão” promovida pela postagem de fotografias nas redes sociais pelos respectivos pais?

b) O uso não autorizado da imagem de crianças nas redes sociais pode dar ensejo à reparação civil, ainda que esse uso tenha sido praticado pelos próprios genitores do infante, ou em decorrência de postagens destes?

Importante frisar que a presente análise é limitada à categoria jurídica das crianças, assim entendidas conforme o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente

---

<sup>3</sup> Consulta realizada por meio do link <<http://www.scielo.org/php/index.php>> com acesso em 16 de setembro de 2016.

<sup>4</sup> Consulta realizada por meio do link <<http://www.periodicos.capes.gov.br/>> com acesso em 16 de setembro de 2016.

como as pessoas em desenvolvimento com idade entre zero e 12 anos de idade incompletos, em virtude da menor autonomia de acesso destas às redes sociais e maior submissão à autoridade e representação parental do que o público dos adolescentes.

Sem pretensão de esgotar o tema, serão aqui levantadas questões que tentam movimentar a comunidade jurídica e a sociedade como um todo para refletir sobre a concretização da prioridade absoluta dos direitos de imagem, intimidade e privacidade assegurados ao público infantil, cuja garantia, muitas vezes, está a apenas um clique de distância.

## **2 A RECENTE CONQUISTA DA CONDIÇÃO DE SUJEITOS DE DIREITOS PELAS CRIANÇAS**

Reconhecer em crianças e adolescentes a qualidade de sujeitos de direitos, assim entendidos como credores de garantias que lhes devem família, Estado e sociedade, é resultado de um longo processo histórico de reconhecimento da sua própria condição de pessoas em desenvolvimento.

Se elaborarmos uma retrospectiva histórica do tratamento sócio jurídico conferido às crianças, foco especial deste trabalho, encontraremos nos relatos de Philippe Ariès (2011, pp.18-21) que a “infância” só foi descoberta a partir da Idade Média, por influência do Cristianismo, posto que anteriormente as crianças eram tratadas como coisas, submetidas ao poder dominial de seus pais, que detinham a prerrogativa inclusive de escolher entre a vida e a morte dos seus filhos.

Ariès (2011, pp.99-105) também relata que faltava à sociedade ocidental o chamado “sentimento de infância”, expressão cunhada por ele para representar a falta da consciência sobre o estágio de desenvolvimento que o ser humano atravessa durante a primeira idade, daí porque, da Antiguidade Clássica à Idade Média, inexistia a preocupação com o cuidado biopsicossocial das crianças, as quais eram tratadas como adultos em miniatura, ingressando nos trabalhos, divertimentos e obrigações do universo adulto logo que alcançavam os sete anos de idade.

A literatura relata que foi a partir do século XIX que os poderes públicos começaram a refletir sobre o estado de vulnerabilidade de crianças, considerada vítima tanto da família quanto da sociedade. O caso da menina Mary Hellen, encontrada em 1874 na cidade estadunidense de Nova Iorque acorrentada a uma cama, vítima de agressões físicas por parte dos pais e alimentada somente a pão e água, causou grande comoção pelo seu desfecho. A trabalhadora social que tomou conhecimento do caso, ao buscar o socorro estatal para garantir a proteção da menina, viu-se obrigada a recorrer à legislação de proteção dos animais para conseguir prestar queixa contra os pais, pois

inexistia à época legislação que pudesse garantir os direitos de filhos menores de idade contra os próprios genitores (MONTEIRO, 2002, pp.92-93).

No Brasil, somente a partir da Constituição Federal é que as crianças foram legalmente reconhecidas como titulares de direitos fundamentais; antes, as legislações existentes só cuidavam da infância como um problema social a ser resolvido por medidas de institucionalização, diante do alto número de meninos de rua e/ou praticando infrações.

Imperava a chamada Doutrina do Direito do Menor ou da Situação Irregular, fundada no binômio carência-delinquência, em que a infância pobre era criminalizada, sendo consenso jurídico que o Estado teria dever de proteger os menores de idade, mesmo que suprimindo suas garantias. Esta foi a tônica dos Códigos de Menores editados no Brasil (AMIN, 2009, p.6).

Promulgada a Carta Magna de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro afastou-se da Doutrina da Situação Irregular e passou a assegurar direitos fundamentais à criança, tendo por regras basilares do recém-criado “Direito da Infância e da Juventude” a Doutrina da Proteção Integral, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos ao público infante-juvenil, e o Princípio do Melhor Interesse da Criança, prescrevendo que todas as medidas concernentes às crianças devem atender ao seu melhor interesse, ou seja, à melhor consequência diante do caso concreto (ISHIDA, 2014, pp.02-03).

A proteção à infância, em sentido amplo, torna-se com a Constituição de 1988 um direito social amparado pelo artigo 6º da Carta Maior, exigindo o artigo 227 a responsabilidade conjunta da família, Estado e da sociedade: a família, para se responsabilizar quanto a manutenção da integridade física e psíquica; a sociedade, pela convivência coletiva harmônica; e o Estado, pelo constante incentivo à criação de políticas públicas de atendimento à infância e juventude (ROSSATO *et al*, 2016, p.62).

Como bem recorda Lamenza (2011, p.22), a fase da infância representa o estágio de desenvolvimento humano de estruturação da personalidade, com reflexos diretos na psique do ser que irão durar por toda a existência da pessoa, período em que também se processa o desenvolvimento físico da criança (e do adolescente), e somente com o atendimento integral dos seus direitos é que se garante a passagem para a vida adulta com um mínimo de qualidade, eliminando-se riscos desnecessários para o corpo físico e para a esfera psíquica.

Por isso, a preocupação do constituinte em estabelecer, no artigo 227 da Constituição, os direitos fundamentais específicos da infância, que devem ser garantidos “com absoluta prioridade”: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência

familiar e comunitária, além de evitar toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra as crianças.

E, a fim de concretizar o mandamento constitucional de proteger as crianças de toda e qualquer forma de maus tratos, é que o legislador ordinário tem sido pródigo em editar leis que buscam combater espaços de naturalização de violências contra as crianças, como ocorreu com a promulgação da Lei nº 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), Lei nº 13.010/2014 (Lei da Palmada) e Lei nº 13.185/2015 (Lei do Bullying).

Tais disposições legais, entre outras, intentam conscientizar a família e a sociedade em geral sobre a necessidade de concretizar a dignidade da pessoa humana criança, rompendo, assim, com tratamentos maléficos que representavam construções culturais, como é o caso do castigo físico e da prática de alienação parental.

Quanto a estes exemplos, apesar de tais atos terem sido incorporados à prática social como legitimados pelo exercício do poder familiar, houve o avanço no reconhecimento de que tais comportamentos, por parte dos pais e demais familiares, representam violação a direitos fundamentais das crianças, merecendo, assim, reprimenda jurídica específica como forma de desnaturalizar tais formas de violência.

Por isso, necessário se torna tecer algumas notas sobre como as crianças titularizam direitos à personalidade para prosseguir nos objetivos do presente artigo, de conscientizar sobre a necessidade de repensar o comportamento tradicional de livre disposição sobre a imagem de crianças, como forma de também combater mais esta forma de naturalização de violência.

### **3 BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A TITULARIDADE DE DIREITOS DA PERSONALIDADE PELA CRIANÇA E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO DOS PAIS**

Os chamados “direitos da personalidade” representam um conjunto de caracteres próprios da pessoa, direitos inerentes à condição humana e que garantem ao indivíduo a defesa daquilo que lhe seja próprio: a identidade, a liberdade, a reputação, a autoria, entre outros (TORRES, 1998, p.10).

São tradicionalmente caracterizados como direitos absolutos (oponíveis *erga omnes*), extrapatrimoniais (não possuindo conteúdo monetário imediato), intransmissíveis e, por conseguinte, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, inalienáveis e imprescritíveis (SILVA, 1998, p.23).

Concentrando a presente análise nos direitos de personalidade que interessam a este estudo, tem-se que apesar da Constituição da República nominar individualmente os atributos da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas no inciso X do seu artigo 5º, como se indicasse que cada categoria teria seu próprio

conteúdo jurídico, a efetiva distinção entre o que seria cada um destes direitos de personalidade é objeto de muita controvérsia na doutrina brasileira.

Tomando-se como parâmetro inicial a “privacidade”, a ausência de um conceito unitário não é um problema doutrinário isolado, sendo recorrente em diversos países. De um modo geral, pode-se enquadrar o direito à privacidade em quatro aspectos: o direito a ser deixado só, o direito contra interferências alheias, o segredo ou sigilo e, por fim, o controle a informações e dados pessoais (LEONARDI, 2012, p.52).

E, no âmbito da ideia de privacidade como segredo ou sigilo, aponta Leonardi (2012, pp.65-66) como exemplo clássico a privacidade nas relações familiares: a expectativa legítima de que as informações privadas compartilhadas com um grupo selecionado de pessoas não serão divulgadas a terceiros fora desse círculo de confiança.

A imagem, por sua vez, seria uma das projeções ou emanações do ente humano para o mundo exterior, interessando ao Direito como sendo toda e qualquer forma de representação da figura humana, qualquer que seja o meio técnico pelo qual ela se apresenta, sendo fator de identificação da pessoa (AFFORNALLI, 2003, p.19;22;46).

E, por fim, por direito à intimidade recorre-se à definição tecida por Silva (1998, pp.38-39), que corresponde ao poder jurídico de subtrair ao conhecimento alheio e de impedir qualquer forma de divulgação de aspectos da vida privada, que segundo um sentimento comum, detectável em cada época e lugar, interessa manter sob reserva. Tem a ver com o sentimento das pessoas, a respeito das questões que elas não se incomodam de participar aos outros e daquelas outras que preferem manter sobre certa reserva.

Como se observa, as categorias ora apresentadas possuem notas de conexão entre seus elementos de definição.

Por isso, não é rara a escolha de alguns autores pátrios em abarcarem no gênero “privacidade” as espécies intimidade, vida privada, honra e imagem, como o faz Guerra (2004, p.31).

Tais considerações são pertinentes pois o objeto de pesquisa deste estudo, que é o direito à imagem, também se comunica com os demais bens jurídicos da intimidade e privacidade, não sendo raro que a violação à imagem de uma criança também signifique a violação à sua intimidade e privacidade.

Ao lado destas categoriais de direitos da personalidade, importa também destacar o conteúdo do direito à liberdade de expressão, eis que, nos casos que norteiam o presente artigo, vislumbra-se o confronto entre a “privacidade” (como “gênero” acima

referenciado) de crianças e a liberdade de expressão dos respectivos genitores ou membros da sociedade, ao fazer uso não autorizado de sua imagem.

Marmelstein (2014, p.124) recorda que o constituinte de 1988 foi bastante enfático quanto à necessidade de se preservar a livre circulação de ideias em virtude do trauma causado pelo regime militar, o que fez com que o texto constitucional se preocupasse em assegurar a liberdade de expressão de múltiplas formas, como nos discursos falados, escritos, desenhos, manifestações artísticas, entre outras modalidades.

A liberdade de expressão compreende faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, ideias, informações e até expressões não verbais, como por meio da música e da imagem. No direito de expressão cabe toda mensagem, tudo o que se pode comunicar: juízos, propaganda de ideias e notícias sobre fatos (BRANCO, 2012, pp.298-299).

Com o advento da internet, a liberdade de expressão ganhou nova perspectiva. Antes dessa ferramenta tecnológica, apenas a expressão de pessoas ligadas às grandes empresas de comunicação social tinha alcance nacional; para os demais, a liberdade de expressão se restringia ao seu meio social. Agora, porém, a comunicação social passou a ter maior abrangência, tornando cada cidadão um provedor de informação em potencial (MARQUES, 2015).

Nesse contexto, a postagem de fotos do cotidiano familiar tem sido uma realidade na alimentação de perfis de usuários de redes sociais. Várias motivações podem ser pressupostas: ou como uma forma de comunicação daquele cotidiano a pessoas próximas, ou como estratégia de marketing, ou ainda como uma forma moderna de autoafirmação nos papéis parentais.

Porém, como uma pedra no caminho do exercício da liberdade de representação imagética destes pais, é necessário debater se seus filhos não devem ter sua imagem, intimidade e privacidade protegidas, já que um dos problemas das redes sociais é a perda do controle quanto aos conteúdos postados.

As três notícias que inspiram a confecção do presente trabalho ilustram com propriedade a relevância de tais preocupações.

Na notícia “Mãe luta para banir memes na internet com foto do filho deficiente” (2016), temos o cenário de postagens de boa-fé da mãe, que fez publicar as fotos de seu filho deficiente como tentativa de sensibilizar a comunidade para a síndrome por ele sofrida, mas que deu azo à elaboração de memes que denegriam a imagem do infante, causando graves violações à imagem e à intimidade deste.

Cabe aqui ressaltar o alerta de Marques (2015), de que a imprevisibilidade da internet é um viés preocupante da facilitação da comunicação social na rede mundial de

computadores, já que existe toda uma aleatoriedade com que as informações ganham importância e notoriedade.

Na notícia “ ‘Sequestro virtual’ de bebês vira moda e assusta famílias” (2016), o cenário de postagens também realizadas de boa-fé por parte dos genitores tornou possível com que as fotos do cotidiano dos bebês fossem utilizadas por terceiros.

No caso da citada reportagem, o uso foi “inocente”, em uma brincadeira de “apropriação” da imagem daquele filho como se filho fosse dos participantes do game. Porém, serve de ponto de partida para refletir como o fornecimento de imagens diversas pode servir para alimentar a sanha de pedófilos ou estelionatários que possam usar as fotos para promover golpes, como as correntes solicitando doações para falsos custeios de tratamentos.

Na reportagem “Filhos poderão processar pais por divulgação de fotos na internet, diz pesquisador” (2016), o elemento da boa-fé nas postagens realizadas pelos pais passa a ser discutível, diante da natureza humilhante ou vexatória que as fotos podem conter, a ponto de provocar o constrangimento futuro dos filhos – e o futuro pedido de reparação civil pelos danos morais eventualmente provocados.

O relato dessas três situações permite levantar algumas questões: é legítimo reduzir ou flexibilizar às crianças a titularidade de direitos da personalidade, em virtude da autoridade parental? É legítimo estabelecer a não oposição dos direitos à imagem e à privacidade dos filhos menores de idade diante da liberdade de expressão dos seus pais?

Este raciocínio nos parece perigoso, considerando a advertência de Affornalli (2003, p.17) de que na hipótese de ausência dos direitos da personalidade, a própria noção de pessoa estaria ameaçada, assim como os seus direitos subjetivos.

E, por fim, será se o princípio da cooperação pode exigir da sociedade e da família a proibição da criação e compartilhamento de memes que possam violar a imagem ou a privacidade de crianças?

São estas, pois, as questões a serem enfrentadas no próximo tópico.

#### **4 PROBLEMATIZANDO A EXPOSIÇÃO DA IMAGEM DE CRIANÇAS NAS REDES SOCIAIS**

Como bem aponta Affornalli (2003, p.34), um dos principais fatores de provocação para o desenvolvimento do direito à imagem foi e ainda é o constante avanço tecnológico, pois “a evolução dos meios de fixação e a propagação da imagem trouxeram a lume questões antes inusitadas e tão frequentes no mundo atual”.

Esta evolução, porém, não pode representar impunidade ou descaso quanto aos danos que possam ser provocados a direitos fundamentais, muito menos quando se trata da categoria especial e prioritária das crianças.

Como bem recorda Torres (1998, p.121), o artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que o direito ao respeito, devido à criança, abrange a preservação da imagem e da identidade pessoais, e tal particularização decorre do reconhecimento de que a criança merece uma maior proteção, no âmbito dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devido a sua personalidade em formação, sendo, por isso, titular de um direito de personalidade peculiar.

Porém, a autora entende que quando o legislador fala em preservação da imagem, refere-se apenas à limitação do uso da imagem da criança nas eventuais necessidades de justiça e de polícia, por meio da imprensa, como tratam as hipóteses dos artigos 143 e 247 do Estatuto (TORRES, 1998, p.123).

Esta, no entanto, não é a posição jurídica a que se alinha o presente artigo, após a revisão bibliográfica que tem sido realizada.

Por isso, cabe tecer algumas considerações quando à colisão dos direitos já enunciados pelos itens anteriores.

#### **4.1 Direito à Imagem do Filhos *Versus* o Exercício do Poder Familiar dos Pais**

O poder familiar é um instituto do Direito de Família que apresenta interessante transformação de conceito e finalidade ao longo da história da sociedade ocidental, mas que, em virtude do reduzido espaço deste trabalho, não será aqui abordada.

Por isso, esta pesquisa se concentrará na atual noção de poder familiar, entendida como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e seus bens” (VENOSA, 2013, p. 313).

Não se configura direito subjetivo dos pais em relação aos filhos, mas simplesmente poder de gerir a sua vida e educação, enquanto estes não se apresentam em condições de fazê-lo com discernimento (NADER, 2013, p.350).

Lamenza (2011, p.65) entende que pode haver restrição ao direito ao respeito e à intimidade da criança, pois esta não teria o livre exercício de sua autonomia. Por autonomia, entende o autor o respeito à condução de sua vida e de seu destino da maneira que melhor lhe aprouver, contudo, defende ele existirem fatores de ordem pública que impedem que essa autonomia se dê de forma plena, e o autor aponta justamente a hipótese do zelo manifestado como forma de exercício do poder familiar.

Porém, o exercício desse múnus público não acarreta o direito de livre disposição sobre os interesses do filho, tanto o é que o Código Civil autoriza a suspensão ou perda do poder familiar no caso de abuso da autoridade pelos pais, ou de reiteradas faltas aos deveres a eles inerentes (artigo 1.637).

Isso demonstra que o exercício da autoridade parental deve ser acompanhado da devida noção de responsabilidade, conjugada aos princípios do Direito da Criança encontrados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, como os princípios da condição de sujeito de direitos da criança, da oitiva obrigatória, do melhor interesse<sup>5</sup>, entre outros.

O direito decorrente do poder familiar não é algo absoluto, porque encontra limite no direito filial, pois o propósito da lei, ao se referir que compete aos genitores dirigir a educação da prole (artigo 1.634, Código Civil), não foi outro, senão o de assegurar a proteção dos menores, inclusive quanto ao eventual abuso praticado pelos próprios genitores, como se extrai do teor dos artigos 22 e 98, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente (CURRY JUNIOR, 2006).

Por isso, é legítimo concluir que, no exercício do poder familiar, os pais não são proprietários da imagem dos filhos, devendo apenas exercer a representação necessária para os atos da vida civil que a vivência da criança atrair e tornar necessária, como no caso das autorizações para trabalhos artísticos.

E, ainda assim, a partir da adoção do princípio do interesse superior da criança e do adolescente pelo ordenamento pátrio, cessou o caráter estritamente privado das relações entre pais e filhos, passando o poder familiar a se concentrar no interesse primordial do infante (CURRY JUNIOR, 2006), o que significa que a veiculação da imagem da criança, sejam em canais privados, seja em canais comerciais, deve atender ao seu melhor interesse, e não apenas aos interesses dos pais.

#### **4.2 Direito à Privacidade dos Filhos *Versus* Liberdade de Expressão Dos Pais**

Além de delimitar o alcance do sadio – e legítimo - exercício do poder familiar pelos pais, também cabe questionar sobre a possibilidade de restrição ou não da sua liberdade de expressão quanto às postagens contendo a imagem de seus filhos, nessa condição.

---

<sup>5</sup> Rossato *et al* (2016, pp.67-70) fornecem um interessante rol de princípios derivados, presentes especialmente no artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que representam os fundamentos do próprio Direito da Criança e do Adolescente, como os princípios supracitados. O princípio da condição de sujeitos de direito orienta para o reconhecimento de que as pessoas em desenvolvimento são titulares dos direitos previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária; o princípio da oitiva obrigatória exige que seja ouvida a criança, para que sua opinião também seja considerada na definição das medidas de promoção dos seus direitos e proteção; e o princípio do melhor interesse (entendido como postulado normativo pelos autores) orienta que toda intervenção deve atender prioritariamente aos interesses da pessoa em desenvolvimento.

Nesse sentido, torna-se relevante apontar que ao direito à imagem são reconhecidos dois conteúdos: um positivo, representando pelo direito que a pessoa tem de aparecer se e quando desejar, ou seja, a forma de exercício da própria personalidade; já o aspecto negativo consistiria na faculdade da pessoa de impedir a divulgação de sua imagem (AFFORNALLI, 2003, p.39).

Assim, em um primeiro plano, tem-se que, de acordo com a menor ou maior idade da criança, a possibilidade de usufruir dos conteúdos positivo e negativo se torna factualmente reduzida pelo seu reduzido discernimento e desenvolvimento. Em tenra idade, não é possível à criança sequer se expressar para fins de autorizar ou não a utilização de sua imagem.

E uma vez que são os próprios pais – aqueles que deveriam autorizar o uso – os questionados sobre o abuso ao direito à imagem das crianças, torna-se relevante apontar a necessidade de uma forma de controle “externo”, seja pela via do Conselho Tutelar<sup>6</sup>, seja pela via do Ministério Público<sup>7</sup>, para acompanhar a proteção à imagem das crianças nas redes sociais.

Até porque não se pode resumir a análise à defesa da liberdade de expressão dos pais, diante dos riscos que a disponibilização excessiva das imagens possa provocar: como já apontado, para movimentar o mercado da pornografia infantil ou dos estelionatos por meio de falsas campanhas.

Por isso, a disposição da imagem e da privacidade dos filhos pelos pais deve ser temperada pela prudência na forma, frequência e finalidade com que as imagens sejam postadas, recomendando-se que permitam o mínimo de identificação possível da criança, caso aos pais não seja possível refrearem o desejo de incluí-las nas postagens.

Silva (1998, p.44) entende que só será ofensivo à intimidade o desvelamento que exponha a pessoa a uma situação de embaraço, constrangimento ou menoscabo perante o meio social.

No entanto, uma vez que as crianças só poderão, no futuro, compreender a repercussão da exposição de sua própria imagem nas redes sociais, quando enfim desenvolverem a noção de *self* e do que significa a convivência comunitária, o filtro para reconhecer o que será ou não embaraçoso deve partir de um exercício de alteridade, colocando-se no lugar dessa criança no futuro.

---

<sup>6</sup> Considerando o teor do artigo 131 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O Conselho Tutelar é órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei.”

<sup>7</sup> Considerando o teor do artigo 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que trata das atribuições do Ministério Público na tutela da infância e juventude, em especial, do conteúdo do inciso VIII: “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”.

Porque, afinal, o direito à imagem é de vital importância às pessoas, pois consiste no seu direito à projeção de sua personalidade física ou moral diante da sociedade, incidindo em um conjunto de caracteres que a identificarão no meio social (GUERRA, 2004, p.57).

Não é demais relembrar que a Constituição Federal busca a coexistência harmônica entre os princípios e as garantias fundamentais. É exatamente neste sentido o parágrafo primeiro do artigo 220, no qual a liberdade de expressão deve estar limitada ao respeito à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas (MARQUES, 2015).

#### **4.3 Direito à Imagem De Crianças Versus Liberdade De Expressão em Memes**

A Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República, no estudo “Pesquisa brasileira de mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira” (2015), revela que praticamente metade da população brasileira (48%) usa internet e, destes, cerca de 72% a acessam diariamente, sendo que 66% o fazem por meio do celular, estando 92% dos usuários conectados a alguma rede social.

Diante de tais números, torna-se ainda mais relevante debater de que forma o público conectado, sejam genitores ou terceiros (sociedade em geral), tem naturalizado a violência aos direitos de personalidade de crianças no ambiente virtual das redes sociais.

Repisando as notícias que servem de mote ao presente estudo, a primeira notícia de relevo foi publicada em 01/02/2016 no site Correio Braziliense (2016), intitulada “Mãe luta para banir memes na internet com foto do filho deficiente”.

Aqui, é possível vislumbrar que uma mãe, de boa-fé, promoveu a publicação das imagens de seu filho, sem conotação humorística ou qualquer veio constrangedor, mas terceiros, fazendo uso dessas imagens livremente disponibilizadas na rede mundial de computadores, elaboraram memes denegrindo a imagem da criança, a pretexto de conferir comicidade à sua apresentação facial.

Inicialmente, é importante definir o que seriam os “memes”, termo que tem sido utilizado para definir conteúdos cômicos reproduzidos em larga escala nas redes sociais.

Gustavo Leal-Toledo (2013) esclarece que o conceito de memes surgiu em 1976 com Richard Dawkins, como um análogo cultural dos genes. Tendo por inspiração os trabalhos evolucionistas de Darwin, Dawkins aproximou a chamada “ciência memética” a um algoritmo de evolução por seleção natural aplicada diretamente à cultura, por acreditar que seria possível estudar a cultura por meio do processo de evolução por seleção natural de memes – ou seja, de comportamentos, ideias e conceitos.

Para Dawkins, um meme pode ser concebido como “uma unidade de cultura, um comportamento ou uma ideia que pode ser passada de pessoa para pessoa”, ou ainda “padrões de comportamento” a serem imitados, sendo os exemplos mais recorrentes a moda no vestuário, músicas, slogans, costumes, linguagem, entre outros (LEAL-TOLEDO, 2013).

O termo “meme” veio da redução de “Mimeme”, palavra grega associada a “imitação” e a que Dawkins buscou conferir a ideia de “replicador” ou “substantivo que transmite a ideia de uma unidade de transmissão cultural, ou uma unidade de imitação” (*apud* LEAL-TOLEDO, 2013).

Ainda que nem todo indivíduo que crie “memes” na rede mundial de computadores compreenda o sentido da memética, é certo que a reprodução e compartilhamento indiscriminados das montagens nas redes sociais acarreta a reprodução também da finalidade e/ou do comportamento inerente à montagem: gracejo, humilhação, constrangimento.

Branco (2012, pp.307-308) ressalta que da fórmula constitucional do artigo 227 resulta que o balanço dos interesses da liberdade de informações com o valor da dignidade do jovem deve ser lido à luz do dever de absoluta prioridade. Por isso, a liberdade de expressão poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo o ser humano. Por isso, defende que a liberdade de expressão tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência.

Para que leitor tenha maior clareza da gravidade da situação aqui exposta, sugere-se breve exercício de pesquisa empírica: o ato de digitar, na seção “Imagem” de um canal de buscas da internet, os termos “meme” e “criança” em conjunto. Serão encontradas, como resultados, imagens de crianças em situações várias: desde inocentes gracejos a montagens cruéis e pornográficas, o que coloca em pauta a conscientização da sociedade em geral sobre o significado do princípio constitucional da cooperação na proteção à infância.

Tanto o artigo 227 da Constituição Federal quanto o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem como premissa fundamental que o dever de garantir os direitos fundamentais do público infante-juvenil cabe tanto à família quanto ao Estado e à sociedade, o que significa que devem tais atores atuar em coparticipação na defesa dos melhores interesses das crianças e dos adolescentes.

O dever da sociedade de também assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes está embasado no princípio da solidariedade, presente no artigo 3º, inciso I da Carta da República, por meio do qual há o dever de que todos se ajudem, pois a sociedade é um instrumento de promoção da pessoa humana, devendo os

particulares adotarem comportamento proativo e comprometido com o restante da sociedade (ROSSATO *et al*, 2016, p.83).

Fora dos meios publicitários e nas situações em que não se objetiva obter retorno financeiro com o uso de determinada imagem, a forma de consentimento mais usual é a tácita, em que o modelo demonstra através de seus atos não se opor à representação de sua imagem. E, para a verificação desse consentimento tácito, deve-se considerá-lo no contexto que compreende a pessoa retratada, suas qualidades e características pessoais, a finalidade da captação da imagem, modo, situação em que se ela se encontrava, entre outros aspectos (AFFORNALLI, 2003, p.56).

Surge, assim, a exigência de bom-senso que deve o terceiro fazer uso ao se apropriar de uma imagem postada por pais ou familiares em redes sociais, diante do consentimento tácito presente no ato de tornar pública tal imagem, ou, ainda, ao compartilhar material produzido com tais imagens, a fim de não contribuir com a cultura de naturalização de violência contra as crianças, que são sujeitos de direitos tal como qualquer adulto.

#### **4.4 A Reparação Civil Pela Violação Do Direito à Imagem de Crianças**

A responsabilidade civil, no direito brasileiro, está calcada na noção de reparação de um dano provocado, independente da vontade ou não de prejudicar.

Como causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar, a doutrina pátria aponta múltiplas fontes, como a lesão promovida por ato ilícito, por inadimplemento contratual, por violação de deveres especiais de segurança, por obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, por violação a deveres especiais impostos pela lei a quem se encontre em determinada relação jurídica, ou, ainda, em decorrência de ato que mesmo lícito enseje a obrigação de indenizar nos termos da legislação vigente (CAVALIERI FILHO, 2009, p.5).

Como visto, tanto os pais quanto a sociedade em geral possuem o dever de colaboração na tutela dos interesses do público infante-juvenil. E, em especial, os genitores exercem o múnus público de cuidar das crianças e assegurar-lhes a integridade física e psicológica, como consectário do poder familiar.

E, no tocante à proteção à imagem e à privacidade, é relevante resgatar as palavras de Cantali (2009, p.197) de que, com a internet, a privacidade passa a ser compreendida também como um poder de controle sobre a circulação de informações pessoais, o que ofusca as fronteiras entre o direito à privacidade e o direito à intimidade.

Daí a lição de Leonardi (2012, p.121) de que:

A privacidade (...) tem valor social: ela molda as comunidades sociais e fornece a proteção necessária aos indivíduos contra diversos tipos de danos e intromissões, possibilitando que desenvolvam sua personalidade e devolvam à sociedade novas contribuições. Evidentemente, nem todas essas contribuições serão úteis; sem privacidade, porém, nenhuma poderá florescer. Isso significa que a individualidade da pessoa deve ser incorporada ao conceito de bem comum, e não entendida como seu contraponto.

Em se tratando da possibilidade de que crianças sejam indenizadas por danos provocados em decorrência de violação a sua imagem, intimidade ou privacidade, a jurisprudência nacional já se consolidou no sentido de que mesmo crianças de tenra idade, por serem titulares de direitos da personalidade independente do maior ou menor grau de consciência e auto referência, merecem ser reparadas pelos danos que lhe forem provocados.

Nesse sentido, é o aresto abaixo colacionado:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DESAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes

- As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança.

- Recurso especial provido. (STJ, T3 - Terceira Turma, REsp 1037759 RJ 2008/0051031-5, Relatora Ministra Nancy Andrighi, J. 23 de fevereiro de 2010, DJe 05 de março de 2010).

Que terceiros, fazendo uso não autorizado da imagem de crianças, possam ser chamados judicialmente a responder pelos danos de ordem moral provocados, não parece haver qualquer objeção, diante dos pressupostos já consolidados na doutrina quanto à reparação de tais atos ilícitos.

A reflexão que ora se apresenta é se os pais, na condição de responsáveis pela divulgação de imagens consideradas vexatórias pelos filhos, possam ser da mesma forma responsabilizados, entendendo-se essas postagens como ato ilícito propriamente dito (artigo 186 do Código Civil) ou como abuso de direito (artigo 187 do Código Civil).

Como representantes civis dos seus filhos, os genitores são incumbidos da prática de atos da vida civil que deveriam atender aos melhores interesses da prole; aqui, estão inclusos não só o gerenciamento do patrimônio material quanto do patrimônio imaterial também, pois são os pais diretamente responsáveis pelo cuidado com a imagem e a vida privada das pessoas em desenvolvimento que lhe foram confiadas – seja pelo nascimento, seja pela via da adoção.

Nesse cenário, deve a liberdade de expressão dos pais, no exercício de sua autoafirmação destes papéis nas redes sociais, observar o fato de que as crianças irão crescer e tomar conhecimento da repercussão de tais atos de postagens, assim como eventualmente seus colegas de escola e de espaços de lazer. Por isso, a preocupação deve ser reforçada quanto ao conteúdo que futuramente poderá representar, aos filhos, situações de constrangimento e humilhação.

É interessante também questionar se o terceiro chamado a responder pelos danos de ordem moral poderia alegar a culpa concorrente dos genitores, ou, ainda, a autorização tácita demonstrada pela postagem de foto em situação indecorosa ou vexatória como excludente de ilicitude, já que se o pai, guardião dos melhores interesses dos filhos, autorizou que a foto fosse tornada pública, não poderia posteriormente exigir a vedação à sua reprodução.

O tema, como se pode perceber, comporta várias nuances e possibilidades, sendo imprescindível fomentar-se o debate com a correta ótica de enfoque: a proteção integral da criança envolvida nas postagens, em posição superior à própria liberdade de expressão dos genitores ou terceiros, pois o risco de prejuízo sócio emocional se torna mais preocupante pela natureza de pessoa em desenvolvimento.

Por isso, defendem Naves e Gazoni (2010, p.69):

A preservação da imagem da criança e do adolescente indica que esta não sofrerá, em hipótese alguma, uma distorção daquilo que é. Entende-se, assim, a pretensão da lei em assegurar que as crianças e os adolescentes não sejam atingidos em sua integridade moral, ou que não sejam submetidos a tratamento que lhes diminua a condição de seres em pé de igualdade. As crianças e adolescentes não devem ser

expostos a situações que lhes causem qualquer tipo de ofensa, seja moral, espiritual ou física. A imagem da criança e do adolescente não pode ser utilizada sem sua autorização. A proteção à imagem liga-se a coibição de “*exposição abusiva ou publicação, mesmo que não se ofenda o decoro ou a reputação*”. (grifos no original)

## 5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida moderna ainda possui diversos desafios à concretização do melhor interesse de crianças. Ainda surgem temas e fatos que obrigam o operador do direito a desbravar as fronteiras da proteção integral e navegar em águas de constructos sociais que demandam uma releitura.

A questão dos limites da exposição dos filhos, pelos pais, nas redes sociais é um destes espaços de ressignificação social e jurídica sobre o que significa a condição de sujeitos de direitos das crianças, abordado nas notas iniciais da pesquisa, pois exige um novo modelo de comportamento – quase como uma etiqueta – dos genitores em redes sociais.

Mas não se trata só do reconhecimento de que os genitores devem submeter sua liberdade de expressão aos princípios da Proteção Integral: também a sociedade, como usuária dos conteúdos postados e elaborados nas redes sociais, em especial sob a forma de memes, também compartilha do mesmo dever de colocar as crianças “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (p.u. do artigo 227 da Constituição Federal).

Com o presente artigo, buscou-se fomentar o debate sobre a necessidade de romper com a naturalização da violência contra a criança e do adolescente, relacionado à desconsideração dos seus direitos à imagem, intimidade e privacidade, bem como conscientizar a comunidade jurídica sobre a lacuna quanto a estudos que melhor desenvolvam a proteção da imagem de crianças nas redes sociais.

## REFERÊNCIAS

AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. **Direito à própria imagem**. Curitiba: Juruá, 2003.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. *In* **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2015**: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Brasília: SECOM, 2014. Disponível em: <[www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf](http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

CURRY JUNIOR, David. A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente. 2006. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: < <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/7338>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

FERREIRA, Ronney. Quem não curte, compartilha: a participação política de crianças e adolescentes e os sites de redes sociais. *In* **Liberdade de expressão e os direitos de crianças e adolescentes** / organização : Alessandra Xavier Nunes Macedo, David Ulisses Brasil Simões Pires, Fernanda Alves dos Anjos. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, 2014. Disponível em: < [http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/volume\\_4.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/volume_4.pdf) >. Acesso em: 19 nov. 2016.

FILHOS PODERÃO processar pais por divulgação de fotos na internet, diz pesquisador. **BBC Seção Brasil**. 28/03/2016. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160323\\_filhos\\_processam\\_pais\\_df](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160323_filhos_processam_pais_df)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. **O direito à privacidade na internet**: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEAL-TOLEADO, Gustavo. Em busca de uma fundamentação para a Memética. **Trans/Form/Ação**, Marília, v.36, n.1, p.187-210, Abril 2013. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732013000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732013000100011) >. Acesso em: 30 jun. 2016.

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do Estado**. Barueri, SP: Minha Editora, 2011.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MÃE LUTA para banir memes na internet com foto do filho deficiente. **Correio Braziliense**. 01/06/2016. Disponível em: < [http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2016/02/01/interna\\_mundo,516149/mae-luta-para-banir-memes-na-internet-com-foto-do-filho-deficiente.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2016/02/01/interna_mundo,516149/mae-luta-para-banir-memes-na-internet-com-foto-do-filho-deficiente.shtml)>. Acesso em: 30 jun. 2016.

MARQUES, Paula Cristina Mariano. Proteção ao direito de imagem da criança e do adolescente na internet. *In* **III Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**, 2015. *Anais...* Disponível em: < <http://www.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/2-11.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2016.

MONTEIRO, A. Reis. **A revolução dos direitos da criança**. 1ª ed. Porto: Campo das Letras, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, v.5: direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NAVES, Rubens. GAZONI, Carolina. **Direito ao futuro**: desafios para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

ROSSATO, Luciano Alves. LEPORE, Paulo Eduardo. CUNHAS, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

“SEQUESTRO VIRTUAL” de bebês vira moda e assusta famílias: os criminosos roubam fotos das crianças e publicam nas redes sociais como se fossem seus filhos. **Revista Crescer ONLINE** 09/08/2016. Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Curiosidades/noticia/2016/08/sequestro-virtual-de-bebes-vira-moda-e-assusta-familias.html>>. Acesso em: 27 set. 2016.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade**: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

TORRES, Patrícia de Almeida. **Direito à própria imagem**. São Paulo: LTr, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8.ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

# ENTRAVES ÉTICOS E JURÍDICOS À MANIPULAÇÃO GENÉTICA DE EMBRIÕES HUMANOS

Ana Flávia Terra Alves Mortati<sup>1</sup>  
Daniela Braga Paiano<sup>2</sup>  
Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador<sup>3</sup>

**RESUMO:** O desenvolvimento científico, sobretudo na área da biotecnologia, trouxe benefícios e prejuízos ao ser humano de forma concomitante. Estes últimos podem ser verificados quando determinadas experiências são realizadas sem o necessário respaldo ético e jurídico, isto é, ao arbítrio do pesquisador por ela responsável. Neste aspecto, destaca-se a manipulação genética de embriões humanos que, em determinados locais mundo afora, deu ensejo até mesmo às condutas eugênicas. Sendo assim, diante da necessidade de se estabelecer limites ao desenvolvimento biotecnológico, pretende-se demonstrar não só os entraves éticos e jurídicos havidos em decorrência das práticas mencionadas, mas principalmente a importância da Bioética e do Biodireito enquanto balizadores dos interesses havidos pela Ciência e pela sociedade. Para tanto, buscou-se na doutrina os diferentes posicionamentos adotados, a fim de demonstrar o que se tem debatido sobre o tema e, ainda, as diferentes críticas que corroboram para o cenário científico atual.

**PALAVRAS-CHAVE:** Biodireito. Bioética. Manipulação Genética.

**ABSTRACT:** Scientific development, especially in the area of biotechnology, has brought benefits and losses to the human being at the same time. Damage can be verified when certain experiments are carried out without the necessary ethical and legal support, that is, at the discretion of the researcher responsible for it. In this aspect, the genetic manipulation of human embryos is highlighted, which in some places in the world has even given rise to eugenic conducts. Therefore, in view of the need to establish limits to biotechnological development, it is intended to demonstrate not only the ethical and legal obstacles caused by the above mentioned practices, but mainly the importance of Bioethics and Bio-right as a catalyst for the interests of Science and society. In this way, a search was made in the doctrine about the different positions adopted, in order to demonstrate what has been debated on the subject and also the different criticisms that corroborate for the current scientific scenario.

**KEY-WORDS:** Bio-right. Bioethics. Genetic Manipulation.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o avanço das técnicas científicas o homem deparou-se com situações nunca antes enfrentadas que desafiam preceitos éticos e morais construídos pela

---

<sup>1</sup> Graduanda do 5º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina – PR. E-mail: [ana\\_mortati@hotmail.com](mailto:ana_mortati@hotmail.com). Endereço: Av. Gil de Abreu e Souza, 1770 – Casa 62, Esperança, 86-058-100, Londrina-PR.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Professora Universitária na Universidade Estadual de Londrina - UEL. Email: [danielapaiano@hotmail.com](mailto:danielapaiano@hotmail.com) Av. Paul Harris, 88, bl. 7, ap. 104, Nossa Senhora de Lourdes, cep. 86039-280. Londrina – Pr.

<sup>3</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora Universitária na Universidade Estadual de Londrina - UEL. Email: [rita.tarifa@gmail.com](mailto:rita.tarifa@gmail.com) Alameda Angelin, 123, ondrina – Pr.

sociedade no decorrer da história. Isso fica ainda mais evidente quando dos desdobramentos advindos do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida que ao mesmo tempo em que viabilizam o direito constitucional ao planejamento familiar e à procriação, ensejam diversos conflitos no âmbito jurídico, mormente no que diz respeito à manipulação genética de embriões humanos. Menciona LEITE que a inseminação artificial desencadeia reações às quais o homem não estava preparado, nem material nem espiritualmente falando (1999, p. 146).

Nesse contexto, há de se destacar a preocupação global havida quanto à possibilidade de a manipulação genética ser utilizada na tentativa de prevenir prejuízos advindos de determinismos genéticos preexistentes. A problemática insere-se, justamente, no receio de que a interferência humana supere o processo de seleção natural, fazendo com que os cientistas detenham a faculdade de definir as gerações futuras de indivíduos sob argumentos desprovidos – até então – da coerência ética e jurídica necessária.

A discussão proposta leva em consideração o fato de existirem, atualmente, práticas eugênicas travestidas de discursos que pretendem solucionar determinado problema orgânico do ser humano quando, na realidade, possuem o fim de atender interesses econômicos e políticos. Neste aspecto, demonstra-se a importância da análise proposta, haja vista a latente afronta aos direitos da personalidade, bem como o possível desequilíbrio biológico e social a ser gerado.

A princípio, sob uma análise superficial e introdutória, entende-se que a eugenia negativa, por possuir potenciais terapêuticos relevantes, seria ética e juridicamente justificada. A eugenia positiva, por sua vez, seria incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que se apresenta enquanto risco para a autocompreensão da ética humana. No entanto, ambos os posicionamentos devem ser repensados à luz da Bioética e do Biodireito, mesmo porque as práticas lesivas ao ser humano apenas podem ser evitadas quando o desenvolvimento científico não se adequa à sociedade de consumo que artificializa, evidentemente, a natureza humana.

Neste aspecto, faz-se mister lançar mão dos institutos da Bioética e do Biodireito enquanto instrumentos regulamentadores da nova realidade científica que se desenvolve a fim de coibir práticas abusivas que refletem negativamente nos avanços até então alcançados. Em razão disso, por serem ciências informadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, importa analisar sua incidência no que atine à manipulação genética de embriões humanos.

Ademais, considerando a ressalva que se deve ter quanto ao desenvolvimento biotecnológico a fim de que esse não cause a instrumentalização da vida, minando a proteção constitucional conferida a ela, importa compreender como a análise ética e

jurídica deve influenciar o atual contexto de enaltecimento da era do conhecimento científico. E assim porque importa ao Direito não frear os avanços imprescindíveis e inevitáveis do ser humano, mas antes, legitimar sua prática, desde que calçada em preceitos éticos e ontologicamente admissíveis.

Assim, e diante da insuficiência de normas e da ausência de análises médicas satisfatórias, busca-se, pelo presente, perquirir o respaldo conferido pela Bioética e pelo Biodireito às práticas de manipulação genética que têm corrido atualmente, a fim de verificar a legitimidade de sua ocorrência numa perspectiva ética e jurídica.

## **2 OS AVANÇOS BIOTECNOLÓGICOS E A MANIPULAÇÃO GENÉTICA DE EMBRIÕES HUMANOS**

Ao longo do tempo, o ser humano viu-se diante de novas necessidades – vitais ou não – para as quais logrou buscar soluções em diversos campos da Ciência a fim de aprimorar seu estilo de vida em sociedade. Assim, se antes as descobertas se davam de forma isolada e esporadicamente, como é o caso da eletricidade ou da máquina a vapor, hoje a humanidade insere-se numa miríade de novas tecnologias em constante desenvolvimento e superação.

Também no campo das Ciências Biológicas e Médicas a realidade não destoa das circunstâncias descritas no parágrafo anterior. Por esse motivo, igualmente a sociedade passou a se deparar com situações ainda não experimentadas, para as quais debates morais e éticos antes nunca travados passaram a integrar o contexto do desenvolvimento biotecnológico, aliando-se à latente tutela jurídica que passou existir. Nesse sentido, cumpre destacar que:

Os progressos da biologia e da medicina levam questões novas, com variadas consequências no direito e na ética. Nos últimos anos a medicina evoluiu, de maneira acelerada, com maior velocidade do que a ocorrida em épocas precedentes. A revolução terapêutica, iniciada em 1936, com antibióticos e a revolução biológica, deu grande impulso à medicina. Outra das alterações é ilustrada pela descoberta do código genético, que propiciou o conhecimento das leis que presidem a formação da vida. Essas modificações (...) transformaram o destino do homem, ao mesmo tempo em que situaram problemas morais novos e ignorados. (BARACHO In LEITE, 2004, p. 170-171)

Diante desse cenário, mostra-se imperiosa a análise do que consiste o desenvolvimento biotecnológico – principalmente no que diz respeito às técnicas manipulação genética – bem como suas implicações e qual a necessidade do estabelecimento de paradigmas capazes de balizar os interesses da sociedade com os princípios e valores que a sustentam através de institutos como a Bioética e o Biodireito.

Nesse âmbito, salienta George Leite Salomão (In SARLET; *et. al.*, 2008, p. 45-46):

O avanço no setor biotecnológico reclama da sociedade uma rediscussão de natureza axiológica, de modo que devemos estar cômicos do bem ou do mal que pode advir desta nova revolução tecnológica. Deste modo, a sociedade deve estar sempre atenta a esta nova realidade, buscando sempre a efetivação e o aprimoramento de um instrumental político-jurídico que permita adequada proteção a uma série de direitos tidos como fundamentais, que dimanam de um paradigma valorativo denominado dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a relevância do estudo integrado dos avanços biotecnológicos com os paradigmas defendidos pela Bioética e pelo Biodireito se dá, justamente, porque as consequências de técnicas como a manipulação genética devem ser repensadas tendo em vista que “nem tudo que é tecnicamente possível é ético” (SEGUIN, 2001, p. 44). Assim, deve-se levar em conta que o ímpeto de curar ou de satisfazer desejos humanos como o de procriar ou prolongar a vida, superando doenças, não pode ser subordinado apenas ao aspecto científico. Isso porque a Ciência necessita de freios e limites impostos por valores e princípios. Ademais, entende-se que “os homens são tecnicamente seres livres, dotados de arbítrio para usar a tecnologia em proveito da dignidade humana. Negar o avanço da ciência é negar o óbvio, mas jurar vassalagem a ela é inadmissível” (SEGUIN, 2001, p. 44).

Neste aspecto, importa destacar que, segundo Roberto Andorno (In COSTA; *et. al.*, 2009, p. 78), a Ciência constitui uma das expressões mais elevadas no conhecimento humano, motivo pelo qual deve ter liberdade suficiente para avançar nos diversos campos em que atua. De acordo com o autor, a melhoria da qualidade de vida da população na sociedade moderna está em grande medida ligada à promoção dos progressos científicos e técnico.

Ainda sobre o tema, atesta-se que “o acúmulo de descobertas feitas pelo ser humano gera o progresso científico, tendo em vista que uma descoberta em determinada área do conhecimento, necessariamente interfere nas demais” (SILVA In MARCETTO, 2012, p. 34). Dessa forma, verifica-se que a realidade social encontra-se em constante transformação de acordo com as necessidades apresentadas e as soluções buscadas para saná-las, o que é feito como desdobramento da Ciência.

No que tange à manipulação genética, cumpre retomar brevemente a origem das pesquisas desenvolvidas com o material genético humano. Nesse ínterim, destaca-se que o que até então era denominado como fator por Gregor Mendel – expoente da genética moderna – passou a ser tido como gene, conforme anunciado em 1909 por Wilhelm Johanssen (BARTH, 2005, p. 01). O Ácido Desoxirribonucléico (DNA) foi

descoberto em 1944, sabendo-se que hoje é a substância responsável por conter o material genético de determinado indivíduo. Em seguida, no ano de 1953, a biologia molecular foi fundada.

Todavia, foi no ano de 1973 que S. Cohen e H. Boyer anunciaram a possibilidade de cortar e recolar a cadeia do DNA, o que culminou no início da engenharia genética (BARTH, 2005, p. 01). Com o desenvolver das experiências realizadas até então, concluiu-se o Projeto Genoma Humano em 2000, por meio do qual decodificou-se os três bilhões de pares básicos do genoma humano.

Em termos técnicos, sabe-se atualmente que:

[...] o DNA (...) humano é composto por aproximadamente 30 mil genes, dispostos ao longo de 23 pares de cromossomos (46 cromossomos humanos), compostos por quatro bases químicas: Adenina (A), Guanina (G), Citosina (C) e Timina (T), responsáveis pelas informações genéticas do DNA. Da maneira como essas quatro bases se agrupam, resulta a identidade genética de cada indivíduo. (BARTH, 2005, p. 02)

Essas descobertas foram responsáveis por impulsionar a prática de uma técnica há muito empregada, ainda que veladamente: a eugenia. Esta última foi originalmente proposta por Galton enquanto estudo e manipulação de traços da hereditariedade humana, no intuito de melhorá-los (SANTOS, 2014, p. 982). Em síntese, os indivíduos detentores de qualquer deficiência deveriam ser impedidos de reproduzirem-se.

Posteriormente, no início do século XX, diferenciou-se as práticas de eugenia positiva e negativa, sendo a primeira responsável por estimular a boa reprodução em humanos e a segunda consistente em ações necessárias para limitar a má reprodução (SANTOS, 2014, p. 982). A partir do século XXI, por sua vez, destaca-se a origem da eugenética negativa, enquanto forma de prevenir doenças genéticas e, ainda, da eugenética positiva, consistente na especulação "sobre criar ou melhorar características físicas e mentais do futuro ser" (MAI, 2006, p. 257).

Ocorre que a origem de práticas como as que a eugenia pretende adotar encontra guarida na superioridade de determinadas características humanas como forma de solucionar problemas sociais, o que culminou até mesmo em genocídios ao longo da História. Como plano de fundo, verifica-se que a prática pauta-se na defesa de que os indivíduos superiores devem ter suas características perpetuadas, sendo que os inferiores devem, de alguma forma, serem impossibilitados de passar sua herança genética para as gerações futuras (SANTOS, 2014, p. 983).

Como exemplo recente de pesquisas realizadas no âmbito da manipulação genética, destaca-se o artigo científico vinculado por pesquisadores chineses no início de 2016, no qual se descreve como se deu a manipulação de embriões humanos na

tentativa de corrigir o defeito genético responsável pela bela-talassemia, doença havida no sangue e potencialmente fatal (VEJA, 2015). O experimento foi realizado com 81 embriões considerados inviáveis, sendo posteriormente interrompido já que apenas 4 dos embriões utilizados conseguiram atingir o objetivo pretendido.

Dentre os apontamentos feitos acerca da experiência, destaca-se o do biomédico americano George Daley no seguinte sentido: "(...) ainda não se sabe se o esforço humano em controlar seu destino genético causará benefícios ou danos" (VEJA, 2015).

Neste aspecto, cumpre ainda destacar que em razão dos rumores havidos quanto à possível manipulação genética de embriões humanos realizadas por laboratórios na China, duas equipes de pesquisadores reconhecidos internacionalmente solicitou à comunidade científica internacional uma moratória contra referidos experimentos (VEJA, 2015).

Outrossim, a técnica utilizada, chamada de CRISPR/Cas9, também foi responsável por levantar polêmicas já que possibilita que partes do genoma sejam recortadas, deletadas e substituídas, a semelhança do que se faz com arquivos digitais de computadores. Neste tocante, imperioso destacar que:

[...] as pesquisas em modelos animais sugerem que usar o método nesses tipos de células levaria a mutações inesperadas em várias outros trechos do genoma – o que foi comprovado pelo estudo chinês. A CRISPR/Cas9 ainda não é tão segura ou eficiente a ponto de ser testada de forma ampla. Além disso, há a preocupação ética de que intervir em estágios iniciais do desenvolvimento do homem possa trazer consequências desconhecidas para as gerações futuras. (VEJA, 2015)

Segundo o biomédico Michael Werner, os efeitos das modificações feitas no embrião seriam conhecidas tão somente após o nascimento deste, podendo, ainda, tornarem-se conhecidos apenas nas gerações seguintes. O biomédico destaca que a técnica pode ser utilizada para fins não terapêuticos e, inclusive, que poderia ser utilizada apenas por uma camada da sociedade com condições financeiras elevadas, de forma a criar uma casta privilegiada de humanos geneticamente modificados (VEJA, 2015).

Merece destaque, ainda, o fato de o Reino Unido ter aprovado no início de 2016 a manipulação genética de embriões humanos em pesquisas sobre as causas dos abortos espontâneos (CANÇÃO NOVA, 2016), valendo-se da mesma técnica utilizada no experimento assinalado acima. Segundo o médico especializado em Bioética e então membro relator do Comitê de Ética em Pesquisa da Unifesp, Valdir Reginato, a técnica deve observar também critérios morais e éticos, tendo em vista que quem a opera é um ser humano no papel de cientista.

Ainda no ano de 2016, vinculou-se a notícia do nascimento do primeiro ser humano com DNA de três pessoas diferentes. A técnica foi empregada para prevenir doenças mitocondriais provocada por defeitos genéticos transmitidos pela mãe. Para tanto, combinou-se o DNA de três pessoas diferentes, utilizando-se o espermatozoide do pai, o óvulo da mãe e a mitocôndria de uma doadora (VEJA, 2016).

Evidente, portanto, que o entusiasmo científico concretiza-se velozmente quando da prática de inúmeros experimentos que trazem à baila situações sociais inusitadas sem, ainda, o respaldo ético e jurídico necessário. É de se notar que, mesmo na área estritamente biológica, não há consenso entre os profissionais que em muito questionam a legitimidade das experiências realizadas, motivo pelo qual se faz imprescindível tecer um enfoque Bioético sobre a forma por meio da qual a manipulação genética deve ser utilizada.

### **3 DAS CONSEQUÊNCIAS DA MANIPULAÇÃO GENÉTICA: ENTRAVES ÉTICOS E JURÍDICOS**

Em que pese os apontamentos feito alhures, importa, em primeiro lugar, compreender que são vários os benefícios apontados como resultantes da engenharia genética, esta última vista de forma abrangente. Dentre eles, Wilmar Luiz Barth (2005, p. 04) destaca a medicina preditiva, consistente na possibilidade de saber o futuro estado de saúde de determinado indivíduo por meio da decodificação dos genes presentes na molécula de DNA. Dessa forma, em tese, algumas doenças ou pré disposições genéticas poderiam ser eliminadas, já que as funções fisiológicas e morfológicas dependem dos genes de determinado ser humano. Neste aspecto, para Barth, é possível falar na prevenção e no emprego de cautelas para evitar fatores desencadeantes de doenças, de forma a retardar seu aparecimento ou mesmo falar em sua cura.

Outro benefício elencado por Barth (2005, p. 05) seria o planejamento privado e público, mormente no que tange à possibilidade de os programas de saúde pública poderem mapear o número de doenças e doentes a fim de elaborar políticas públicas compatíveis.

O autor menciona, ainda, a terapia celular somática ou genética, por meio da qual destaca a realização de tratamentos hormonais ou correções genéticas nas células reprodutivas, a fim de eliminar determinado defeito genético, o que perduraria indefinidamente. Barth (2005, p. 06) ressalva, inclusive, a realização da geneterapia, técnica consistente na introdução em determinada célula de um gene que realizada corretamente sua função, em razão da presença de outro que é defeituoso.

Além dos benefícios, Barth elenca as principais preocupações éticas resultantes da engenharia genética, dentre as quais elenca, a princípio, o reducionismo

genético. Este consiste na prática de reduzir determinada pessoa a seus genes e mapa genético, fazendo com que perca sua autonomia ou responsabilidade.

Outrossim, destaca-se o determinismo genético (também compreendido como fatalismo genético), de forma que a genética seria responsável por explicar o indivíduo como um todo, eliminando-se sua liberdade pessoal.

Ainda, Barth assinala a realização de discriminação genética a ser realizada em razão da predisposição genética de determinada pessoa, o que poderia levar à perda de determinado vínculo empregatício ou mesmo a elevação dos valores pagos à título de plano de saúde.

É de se notar, quanto aos prejuízos potenciais, que o autor assinala a possibilidade de embriões ou fetos com defeitos genéticos virem a serem rejeitados ou descartados. Neste aspecto, verifica-se que no ano de 2004 a Autoridade de Fertilização e Embriologia Humana autorizou, na Inglaterra, a seleção de embriões obtidos *in vitro*, já que alguns deles teria a predisposição para o desenvolvimento de algum tipo de câncer (BARTH, 2005, p. 11).

Ainda quanto às consequências e entraves enfrentados pela manipulação genética, Ivana de Oliveira Fraga e Mônica Neves Aguiar (2010, p. 121) analisam as repercussões da medicina preditiva, bem como da discriminação genética, tendo em vista os possíveis erros ocasionados pela adoção das práticas até então realizadas. Neste aspecto, as autoras destacam a neoeugenia enquanto prática seletiva da espécie humana, realizada mediante manipulação gênica.

O estudo realizado por Fraga e Aguiar (2010, p. 121) aponta:

[...] a necessidade de fixar critérios para determinar o início da existência dos direitos individuais, garantir sua observância e viabilizar o respeito à liberdade, identidade e intimidade genéticas, de forma que o genótipo humano (manipulado ou não) não venha a ser fator impeditivo ao gozo dos direitos fundamentais já assegurados.

Dessa forma, faz-se mister identificar a zona limítrofe que diferencia as práticas meramente terapêuticas ou reprodutivas daquelas que possuem finalidades eugênicas, a fim de atenderem interesses econômicos e políticos (FRAGA; AGUIAR, 2010, p. 122).

Sobre o tema, Lilian Denise Mai e Emília Luígia Saporiti Angerami (2006, p. 253) destacam que a intervenção direta realizada sobre o patrimônio genético não só traz novos significados, mas também contradições ao uso da eugenia, conforme já mencionado alhures. A mesma realidade aplica-se à eugenia, termo que representa a forma contemporânea de eugenia, já que consiste em “uma tecnociência nascida nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética”.

Para as autoras:

[...] essas contradições dizem respeito à discriminação e eliminação de muitas pessoas frente à configuração de um ideal de homem, a um movimento de biologização de fatores eminentemente sociais, à defesa de uma pretensa neutralidade científica e ao uso indiscriminado do direito de escolha reprodutiva. (MAI, 2006, p. 257)

Neste aspecto, destacam ainda que:

Há aqueles que apenas almejam a perfeição para a sua própria descendência, ignorando a relação desse desejo pessoal a fatos de natureza coletiva e excludente. Há quem defenda a adoção de novos programas eugênicos sobre a população, que não nos moldes do nazismo. Será possível conciliar todos esses interesses, sem desconsiderar nem os avanços e benefícios diretos da ciência, nem o impacto das contradições produzidas ao longo do processo? O caminho não parece estar traçado. (MAI, 2006, p. 257)

Importa, nesse contexto em que os limites naturais foram transpostos, ponderar sob uma perspectiva da Bioética e do Biodireito as formas de manipulação genética e seus limites. E assim porque defende-se, por exemplo, que a prática eugênica:

[...] como instrumento de melhorando genético, provoca a violação dos Direitos humanos e do princípio da solidariedade partindo do pressuposto de que a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana é direito fundamental inerente à humanidade e, essa prática, por sua vez, pode comprometer a diversidade humana, colocando em risco a existência da humanidade. (SANTOS, 2014, p. 983).

Evidente, portanto, que o avanço do conhecimento científico, sobretudo nas áreas circunscritas à engenharia genética, possibilitou ao homem transpor as barreiras biológicas em uma velocidade superior aos limites impostos na seara jurídica, sem o ponderamento ético necessário. Em razão disso, importa analisar, sobre o prisma da Bioética e do Biodireito as possíveis implicações decorrentes da manipulação genética, mormente no que diz respeito a práticas eugenias, como as elencadas alhures.

Nesse interim, no cenário das primeiras preocupações com o desenvolvimento da Biologia e da Medicina, nota-se que após Hipócrates a moral médica limitou-se por algumas regras simples que, muito embora não fossem constantemente respeitadas, merecem alguma ênfase<sup>4</sup>. São elas a generosidade, compaixão e devotamento desinteressado (BARACHO In LEITE, 2004, p. 170). Explica CASCAIS que a tradição da autorregulação da biomedicina remonta à Hipócrates, nos sentido em que, mediante da

---

<sup>4</sup> Hipócrates foi pesquisador do campo da saúde, tendo nascido na Grécia, em 460 a.C. Viveu na mesma época que os filósofos gregos Sócrates e Platão. Sua atuação marca o fim da medicina místico-teúrgica e o início da observação científica dos fatos clínicos. Seus escritos foram reunidos no que se convencionou chamar Corpus Hippocraticum, vasta e heterogênea compilação que inclui textos de vários autores, incluindo alunos de Hipócrates. Extraído de: UOL. Biografias: Hipócrates. <Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/biografias/hipocrates.htm>>. Acesso em 03 de jan. 2017.

fórmula negativa do *primum non nocere* – não prejudicar acima de tudo – seu juramento consagra o princípio da beneficência (2011, p. 27).

No entanto, o progresso científico ampliou o significado do que se entende por fazer bom uso de seu desenvolvimento, fazendo surgir uma diversidade inédita de situações nas quais se insere a necessidade de estudos doutrinários, decisões judiciais e aprimoramento das legislações existentes para tratar de suas consequências.

É, nesse contexto, que “a Bioética e o Biodireito geram discussões sobre as fronteiras da biomedicina, resguardando as questões sobre o homem e as possibilidades da ciência e da técnica” (BARACHO In LEITE, 2004, p. 192). Isso porque, como já salientado, o desenvolvimento da pesquisa científica e da aplicação tecnológica no âmbito biomédico tem gerado várias possibilidades sobre a intervenção artificial na vida humana.

Como bem salienta José Baracho (In LEITE, 2004, p. 193), “o nascimento da Bioética e do Biodireito levam à compreensão das exigências práticas e sociais de delimitar o âmbito do lícito e do ilícito provenientes das inovações técnico-científicas”. Desde já se demonstra, então, a importância e necessidade dos dois institutos que, segundo Angela Marinho (2010, p. 143), constituem instrumentos reguladores da ação humana na área da Ciência “a fim se assegurar a ordem social e o futuro das próximas gerações”.

O nascimento da bioética surge do respeito ao princípio da autonomia, com a necessidade de obtenção do consentimento livre e informado, após o julgamento dos médicos nazis e o Código de Nuremberg, que culminaram na crise da autorregulação paritária das atividades biomédicas (CASCAIS, p. 35).

Sendo assim, faz-se mister analisar como o Biodireito e a Bioética, através de seus valores e princípios, repercutem em argumentos utilizados para justificar práticas decorrentes do progresso científico, bem como para, em sentido contrário, afastar sua licitude. Dessa forma, ambos instrumentos merecem estudo mais aprofundado, pelo que se passa, agora, à sua perquirição.

#### **4 BIOÉTICA E DO BIODIREITO ENQUANTO INSTRUMENTOS REGULAMENTADORES NO ÂMBITO DO DESENVOLVIMENTO BIOTECNOLÓGICO**

A preocupação com a vida, bem como com as condutas que com ela se relacionam fez surgir a Bioética. Referido termo foi utilizado pela primeira vez por Van Rensselear Potter em 1970 (LEITE In SARLET; *et. al.*, 2008, p. 46). No ano seguinte, Potter publicou uma obra na qual apresentou a Bioética como uma ética interdisciplinar, preocupada com a relação e preservação dos seres humanos com o ecossistema e a

própria vida do planeta. Defendeu que o progresso tecnocientífico não deve prescindir dos valores culturais e éticos da sociedade sob pena de pôr em risco sua sobrevivência.

Dessa forma, Ivo Dantas (In SARLET; *et. al.*, 2008, p. 111) salienta que:

[...] ao nos referirmos à Bioética, temos de destacar o seguinte: a biologia (*bios* = vida; *logos* = estudo), enquanto estudo da vida, pode ser encarada no sentido de ciência, ou seja, de estudo científico; contudo, quando se parte deste conhecimento para uma aplicação eticamente correta, portanto, valorativa, não se há de falar em ciência, mas, sim, de um conjunto de normas ou técnicas que devem ser respeitadas, especialmente, levando-se em conta o valor (ou princípio) da dignidade da pessoa humana, o que, no caso brasileiro, é, inclusive, imperativo constitucional (CF/1988, art. 1º, III).

Diante disso, o mesmo autor defende que os estudos relacionados à Bioética possuem caráter valorativo, por serem epistemológicos (DANTAS In SARLET; *et. al.*, 2008, p. 112). Por esse motivo, posiciona-se no sentido de que a atualidade é circunscrita e orientada por princípios, os quais se encontram em todos os ramos do conhecimento constituindo sua base na qual devem ser assentadas as regras daquilo que se estuda.

Ademais, é possível vislumbrar o caráter solidário da Bioética, na medida em que, agindo de acordo com seus preceitos, é inevitável que se assumam uma postura íntegra frente às pessoas e à sociedade. Nesse peculiar, é que Roberto Goldim (In COSTA; *et. al.*, 2009, p. 68) define a Bioética como “uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver”.

O conceito desenvolvido por Cláudia Loureiro (2009, p. 03) não destoia dos posicionamentos elencados alhures. Para a autora, a Bioética:

(...) é um ramo da ética que estuda como as descobertas científicas devem ser utilizadas com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. (...) Pode ser concebida como o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais. Indica o conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnociências biomédicas tem provocado. Seu estudo ultrapassa a área da medicina abrangendo a sociologia, a teologia, a filosofia, dentre tantos outros ramos do conhecimento humano.

Em suma, nota-se que a Bioética procura convergir o saber ético e o saber tecnocientífico. Para tanto, almeja que as múltiplas formas de saber, antes conflitantes, complementem-se através do respeito da especificidade e identidade de cada uma. Isso, no entanto, só encontra aplicabilidade quando da compreensão e observância dos princípios que a informam e dos elementos jurídicos que a efetivam.

Como bem salienta George Leite (In SARLET; *et. al.*, 2008, p. 53), “questões bioéticas são, sim, questões jurídicas. São problemas que envolvem a Constituição. A liberdade científica encontra limites no momento em que pode causar lesão a outros bens constitucionalmente tutelados”.

Partindo-se desse pressuposto, é imprescindível não olvidar que o ser humano constitui o ponto de partida de qualquer reflexão na esfera jurídica, na medida em que as questões Bioéticas, considerados os princípios de valorização e preservação da vida humana, “para ele convergirão, na relação espaço e tempo compreendida entre seu princípio e fim, vale dizer, entre o seu nascimento e morte” (LOUREIRO, 2009, p. 08).

Dessa forma, cumpre destacar ainda que:

Por um lado, a bioética tenta abrir novos caminhos para a discussão e a tomada de decisão numa sociedade pluralista e secular, na qual os referenciais religiosos e as escalas de valor não são mais objeto de consenso. Por outro lado, o direito implica valores dominantes na sociedade, por isso a lei sempre é invocada para organizar a conduta humana, no respeito e promoção dos valores que servem como base para a civilização. (LOUREIRO, 2009, p. 08-09).

Em razão do exposto, mostra-se, portanto, necessário associar os ideais e valores defendidos pela Bioética a fim de que se dê legitimidade e efetividade às normas vinculadas pelo ordenamento jurídico, protegendo-se direitos fundamentais como a vida sem preterir os avanços biotecnológicos. E isso ocorre justamente porque é o Direito que detém a coercibilidade necessária para coibir abusos e práticas que minem os princípios jurídicos e bioéticos estipulados.

É, nesse sentido, inclusive, que se defende ter a Bioética surgido como a dimensão moral da Medicina, tendo esta, posteriormente, se transformado em Biodireito a medida em que começaram a surgir os princípios e as regras jurídicas a ela vinculados (SEGUIN, 2001, p. 43).

No entanto, sabe-se que:

(...) muitas das questões jurídicas aventadas pela Bioética não possuem um tratamento jurídico específico, apontando, portanto, para uma lacuna legislativa. Entretanto, o ordenamento jurídico na sua unidade/totalidade não possui vazios jurídicos, de modo que sempre deve fornecer uma resposta juridicamente adequada a problemas sociais relevantes. O lugar ideal para obtermos uma reposta jurídica em situações lacunosas é a Constituição, haja vista o caráter aberto das normas principiológicas integrantes de sua estrutura. Devemos frisar, todavia, que estamos tratando de problemas bioéticos, que têm a vida e a dignidade humana como panos de fundo. (LEITE In SARLET; *et. al.*, 2008, p. 53)

Sendo assim, tem-se que na falta de instrumentos da Bioética, esta deve ser auxiliada pelos paradigmas já alcançados pelo Direito. E, simultaneamente, sendo o

Direito insuficiente para acompanhar as transformações e consequências científicas, deve-se apoiar naquilo que já alcançou a Bioética e seus preceitos.

Ambos, porém, devem ter em conta que “uma ciência que acolhe a reflexão ética é (...) uma ciência com consciência” (MOLLER In COSTA; *et. al.*, 2009, p. 29). E por ser assim, referida Ciência revela-se capaz de conceber o enraizamento dos valores em uma determinada cultura e sociedade, e trilhar o caminho da comunicação entre fatos e valores, ao invés de provocar seu mútuo distanciamento.

Neste aspecto cumpre salientar que o Direito, em qualquer sociedade, refere-se ao homem o que, a seu turno, pressupõe a vida deste último. Nesse ínterim, é que se consagra o vocábulo Biodireito, no sentido de ser o conjunto de leis que regulamenta a prática de técnicas científicas que envolvam a vida (LOUREIRO, 2009, p. 08).

Claúdia Loureiro (2009, p. 08) afirma, nesse contexto, que o Biodireito “é uma área nova do direito que tem o compromisso de, com a normatização adequada, manter a real validade da principal divisão do Código Civil: direito das pessoas e das coisas”. Dessa forma, o instrumento permite que o Direito intervenha no campo das técnicas biomédicas, estimulando o desenvolvimento da Ciência dentro de suas fronteiras humanas e desestimulando-a quando esta avançar a patamares desumanos.

Sendo assim, fica claro que ao Direito não é permitido ficar alheio aos desafios levantados pela biomedicina. Isso porque:

Se a liberdade da atividade científica é um dos direitos fundamentais, como proclama a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso IX, essa liberdade não é absoluta. Ela tem limites, uma vez que há outros valores jurídicos reconhecidos pela mesma Constituição que poderiam ser afetados pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. (BETIOLI, 2013, p. 37)

Em outras palavras, isso quer significar que muito embora a Ciência seja autônoma em seus métodos e conclusões, o mesmo não se aplica a seus produtos e resultados. Estes, ao contrário, devem ser entregues à sociedade política para que ela, através de seus institutos jurídicos, decida ética e coerentemente sobre seu uso. No que, frise-se, insere-se o Biodireito.

No mesmo sentido, expressa-se Reinaldo Silva (2003, p. 163):

Inspirado pela natureza hologramática da reflexão ecológico-jurídica, o biodireito incorpora mais propriamente uma função pragmática, que se expressa no compromisso profissional com a dimensão operacional do direito. (...) Como corolário da ecologia jurídica e como uma de suas causas pragmáticas, a originalidade do biodireito está no reconhecimento de que a dimensão operacional do direito não deve se nortear, pura e simplesmente, pelo critério da validade formal; o biodireito

expressa o compromisso operacional com a validade material, isto é, com a validade ética.

O mesmo autor salienta que ao mesmo tempo em que direitos são garantidos pelo ordenamento (face jurídica) a uma determinada pessoa, esta se vincula aos respectivos deveres para consigo mesma e para com os seus semelhantes (face ética) (SILVA, 2003, p. 163). Exemplificativamente, tem-se que o direito à existência corresponde ao dever de conservar-se em vida.

Reinaldo (2003, p. 163) afirma, também, que enquanto expressão do compromisso operacional com a “validade ética”, o Biodireito “deve levar às últimas consequências a ‘atividade criadora do espírito’, com o propósito de concretizar, dentre as muitas possibilidades de significação da norma jurídica, a que melhor se coaduna com a ética”.

É justamente pelos motivos expostos alhures, bem como a fim de garantir efetividade ao instituto ora analisado, que o objeto do Biodireito encontra-se estampado na Constituição Federal Pátria. Nela constam valores primordiais da sociedade brasileira. Valores esses que traduzem os direitos fundamentais do ser humano, motivo pelo qual, defende-se que os princípios constitucionais devem constituir também os princípios do Biodireito (LEITE In MAGNO, 2005, p. 152).

Frise-se, aqui, que entre os valores fundamentais estão a vida, a dignidade humana, a liberdade e a solidariedade com a sua conseqüente proteção. Ademais, vislumbra-se que os mesmos direitos e deveres tornaram-se as pedras angulares do Biodireito e da Bioética

Dessa forma, questões controversas como a manipulação genética de embriões humanos – que ainda não encontram soluções claras na doutrina ou prática jurídica – devem ser analisadas à luz dos princípios que norteiam o Direito e a Bioética, buscando não seu embate, mas sua otimização. Isso só acontece, no entanto, quando da observância dos preceitos fundamentais com toda a problemática que lhe é própria.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelo exposto, fica evidente que os avanços biotecnológicos propiciaram ao homem superar os limites naturais que lhe são impostos, fazendo com que as técnicas desenvolvidas possibilitassem melhorar diversos fatores relacionados à sua saúde. No entanto, paulatinamente, essas mesmas técnicas avançaram por cenários cujas conseqüências são ainda desconhecidas, a exemplo da manipulação genética de embriões humanos.

A engenharia genética, mormente no que diz respeito às práticas eugênicas, desperta diversas críticas, dada a possibilidade de domínio do homem de algo indisponível, sua própria vida. Neste aspecto, verifica-se que muitas das práticas adotadas são eivadas que contradições que não foram suficientemente debatidas, de forma que a realidade demonstra o descompasso havido entre o avanço científico e a ponderação ética e jurídica que deveria ser realizada sobre ele.

No que diz respeito à manipulação genética de embriões humanos, especificamente, verifica-se que a técnica é desenvolvida permeada de um discurso que visa beneficiar o ser humano. Entretanto, as consequências da referida técnica ainda despertam contradições entre os próprios cientistas, haja vista a impossibilidade de prever os riscos que podem surgir.

Dessa forma, faz-se necessário que o entusiasmo científico, ainda que respaldado em discursos que visam beneficiar o desenvolvimento do ser humano, não esteja desacompanhado do debate ético necessário sobre o tema e, em segundo lugar, da positivação jurídica acerca das práticas adotadas. Para tanto, importa que os cientistas, antes de avançarem nas técnicas já reconhecidas, busquem em outros ramos do saber, a legitimidade para suas pesquisas, sob pena de incidirem em afronta aos diversos dos princípios já consagrados pela humanidade, sobretudo no que diz respeito ao direito à vida e à identidade genética.

Assim, importa a Bioética e ao Biodireito atuarem enquanto instrumento regulamentadores das práticas de manipulação genéticas em embriões humanos existentes, a fim de balizar não só os interesses da Ciência, mas da sociedade como um todo. Do contrário, a falta de limites redundará em consequências prejudiciais aos direitos fundamentais do ser humano, como a vida e a identidade genética, o que é inadmissível.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARTH, Wilmar Luiz. *Engenharia genética e bioética*. Revista trimestral PUCRS, Porto Alegre, v. 35, n. 149, Set. 2005. Disponível em: < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/teo/article/viewFile/1694/1227>>. Acesso em 03 de jan. 2017.

BETIOLI, Antonio Bento. *Bioética e ética da vida: (onze temas)*. São Paulo: LTr, 2013.

CANÇÃO NOVA. *Entenda a polêmica sobre manipulação genética de embriões*. 25 de fev, 2016. Disponível em: < <http://noticias.cancaonova.com/brasil/entenda-a-polemica-sobre-manipulacao-genetica-de-embrioes/>>. Acesso em 03 de jan. 2017.

CASCAIS, António Fernando. A experimentação humana e a crise da auto-regulação da biomedicina. In: RIBEIRO, Gustavo P. Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coords.). *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

COSTA, Judith Martins; MÖLLER, Leticia Ludwig (Org). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FRAGA, Ivana de Oliveira; AGUIAR, Mônica Neves. *Neoeugenia*: o limite entre a manipulação gênica terapêutica ou reprodutiva e as práticas biotecnológicas seletivas da espécie humana. *Revista Bioética*, 2010, v. 18, n. 1, p. 121-130.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Procriações artificiais: bioética e biodireito. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) *Repensando o direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAI, Lilian Denise; et. al. *Eugenia negativa e positiva: significados e contradições*. *Revista Latino Americana de Enfermagem*, Ribeirão Preto, v. 14, n. 2, mar-abr. 2006. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n2/v14n2a15.pdf>>. Acesso em 03 de jan. 2017.

MAGNO, Arthur; GUERRA, Sílvia (Org). *Biotética e Biodireito: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MARCKETTO, Patrícia Borba; et.al. (Org). *Temas fundamentais de Direito e Bioética*. São Paulo: Cultura Acadêmica UNESP, 2012.

MARINHO, Angela de Souza M.T. *Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SANTOS, Vanessa Cruz; et. al. *Eugenia vinculada a aspectos bioéticos: uma revisão integrativa*. *Saúde debate*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 103, p. 981-995, out-dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n103/0103-1104-sdeb-38-103-0981.pdf>>. Acesso em 03 de jan. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

SEGUIN, Elida. *Biodireito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003.

VEJA. *A arte de desenhar pessoas (manipulando seu DNA)*. 02 de mai, 2015. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/ciencia/a-arte-de-desenhar-pessoas-manipulando-seu-dna/>>. Acesso em 03 de jan. 2017.

VEJA. *Nasce 1º bebê do mundo com DNA de 3 pais*. 27 de set, 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/saude/nasce-1o-bebe-do-mundo-com-dna-de-3-pais/>>. Acesso em 03 de jan. 2017.

## INSTRUÇÕES PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

A revista jurídica INTERTEMAS tem por objetivo publicar artigos científicos de natureza teórica, metodológica e técnica, tanto de Doutrina Nacional como de Doutrina Estrangeira.

### APRESENTAÇÃO DO MANUSCRITO

Os artigos deverão ser apresentados em conformidade com o seguinte padrão:

- Folha de rosto contendo Título do artigo, nome do(s) autor(es) e rodapé biográfico com titulação, vinculação institucional, correio eletrônico e endereço para correspondência. É vedada qualquer forma de identificação da autoria no corpo do artigo, garantindo-se a sistemática de revisão anônima (blind review).

O corpo do artigo deverá conter:

- Título do trabalho: grafado em caixa alta, negrito, Times New Roman, tamanho 14 e centralizado;

- Resumo: após o título, separado por um espaço 1,5, dar início ao texto do resumo, grafando o título em negrito e caixa alta na mesma linha onde se dará o início do resumo. O resumo deve ser feito em espaço simples e justificado. O resumo, em português, deverá conter no máximo 200 palavras e deve apresentar o problema, a metodologia e fundamentação teórica do artigo.

- Palavras-chave: no máximo 5 (cinco) palavras, separadas entre si por ponto.

- Abstract e Keywords. Recomenda-se uma revisão criteriosa no abstract e nas keywords, que devem seguir o resumo em português.

- O artigo deverá conter: introdução, desenvolvimento, considerações finais e referências bibliográficas. Todos os itens do artigo deverão ser numerados, em ordem crescente (ex: 1; 2; 2.1; 2.1.1.); a contar da Introdução até as Considerações finais.

- As referências bibliográficas devem ser organizadas em ordem alfabética pelos sobrenomes dos autores, obedecendo às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, e incluir apenas obras que foram citadas no artigo.

- As citações devem ser feitas no sistema autor-data, pelo sobrenome do autor, seguido do ano a que a obra se refere e da página em que se encontra a citação (ex: KUPFER, 1998, p. 38);

- Notas de rodapé devem ser utilizadas apenas para explicações subsidiárias ao texto.

- Para o texto do artigo: Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento 1 ½, parágrafo com recuo de 2,5 cm. Margens: esquerda e superior de 3,0 cm; margens: direita e inferior de 2,0cm.

- O artigo deverá conter no mínimo 15 e no máximo 25 páginas, incluindo referências bibliográficas, tabelas, figuras e quadros; a folha de rosto não deve ser contada.

- Os artigos enviados para publicação, serão analisados pela Comissão Editorial, por sistema de pares, assessorada por especialistas. Os autores são responsáveis pela adequação dos artigos às normas apresentadas e terão prazo de 15 dias para efetuarem as possíveis correções/alterações sugeridas pela Comissão Editorial.

### ANEXOS OBRIGATÓRIOS

Os artigos devem vir acompanhados de duas declarações anexas (indicação de responsabilidade e conflito de interesse e transferência de direitos autorais), datadas e assinadas, conforme os modelos abaixo:

#### 1) RESPONSABILIDADE E CONFLITO DE INTERESSE

##### À Revista INTERTEMAS

Declaramos, por meio desta, que o artigo (INSERIR TÍTULO COMPLETO) é de nossa autoria e inteira responsabilidade; que o conteúdo do trabalho é original, não foi publicado em outra revista, nem está sendo analisado por outra Comissão Editorial para publicação, e não fere qualquer direito autoral ou de propriedade intelectual; que os dados publicados foram obtidos de maneira ética.

Declaramos também que os autores não possuem conflito de interesse em relação ao artigo submetido a esta revista.

Colocamo-nos à disposição da Comissão Editorial para dirimir qualquer dúvida que possa surgir sobre a responsabilidade do trabalho.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

#### 2) TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS

Os autores abaixo-assinados transferem, sem qualquer ônus, os direitos autorais do artigo (INFORMAR O TÍTULO COMPLETO) para a REVISTA INTERTEMAS (ISSN 1516-8158) e sua versão eletrônica INTERTEMAS (ISSN 2176-848X). A reprodução total ou parcial, em qualquer meio, é proibida, exceto com a devida autorização do Editor.

Local e data, nome por extenso dos autores e respectivas assinaturas.

### INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail [nepe@unitoledo.br](mailto:nepe@unitoledo.br) ou pelo telefone (18) 3901-4004.