

Organizadores

Ivan Burgonovo

Anna Lúcia Mattoso Camargo

Caderno de Estudos Jurídicos



**EDITORA
UNIFEBE**

**Caderno
de Estudos
Jurídicos**

Titulares Conselho Editorial

Rosemari Glatz
Cristina Martins
Carla Zenita do Nascimento
Edinéia Pereira da Silva Betta
Heloisa Maria Wichern Zunino
Rosana Paza
Denis Boing
Jeisa Benevenuti
Ricardo José Engel
Juliana Torquato Luiz
Pastor Claudio Siegfried Schefer

Suplentes Conselho Editorial

Thayse Helena Machado
Simone Sartori
Angela Sikorski Santos
George Wilson Aiub
Eliani Aparecida B. Buemo
Sergio Rubens Fantini
Andrei Buse
Marco Antonio Cortelazzo
Aluizio Haendchen Filho
Joel Haroldo Baade
Padre Eder Claudio Celva

Produção Editorial

Equipe Editora da UNIFEBE

Revisão na Língua Portuguesa

Francisco Daniel Imhof

Projeto Gráfico e Diagramação

Egon Henrique Kohler Formonte

Capa

Egon Henrique Kohler Formonte



Reitor

Günther Lothar Pertschy

Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Heloisa Maria Wichern Zunino

Pró-Reitora de Pós-graduação, Pesquisa e Extensão

Edinéia Pereira da Silva Betta

Pró-Reitor de Administração

Alessandro Fazzino

Coordenação Editorial

Rosemari Glatz

Esta publicação compõe-se de texto avaliado e selecionado nos termos Edital de Chamada Pública para publicação de livros de Nº 01/2017, da Editora da UNIFEBE. Meios de publicação: impresso e ebook.

Organizadores

Ivan Burgonovo

Anna Lúcia Mattoso Camargo

Caderno de Estudos Jurídicos



EDITORA

UNIFEBE

Editora UNIFEBE

Centro Universitário de Brusque Fundação Educacional de Brusque
Endereço: Rua Dorval Luz, 123 - Bloco C - Sala 12 - Bairro Santa
Terezinha - Brusque - SC
CEP: 88352-400
Caixa Postal: 1501
Telefone: (47) 3211-7000
Site: www.unifebe.edu.br
E-mail: editora@unifebe.edu.br

Impressão Gráfica

Capa: papel couche 250g/m² fosco
Miolo: papel off-white 90g/m²
Dimensões: 140mm x 210mm
Tiragem: 50 exemplares

Ficha Catalográfica

Cadernos de estudos jurídicos / Ivan Burgonovo, Anna
Lúcia Mattoso Camargo (organizadores). – Brusque: Ed.
UNIFEBE, 2017.
188 p., 21 cm.

ISBN 978-85-98713-12-0 Ebook

1.Direito. I. Burgonovo, Ivan. II. Camargo, Anna Lúcia Matto-
so.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por Bibliotecária - CRB 14/727

Copyright © 2017 Editora da UNIFEBE

Todos os direitos reservados. Qualquer parte desta publicação poderá ser reproduzida, desde que citada a fonte. Os capítulos/artigos são de responsabilidade dos autores e não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial ou da Editora.

Sumário

Da Comunidade Para a Comunidade.....7

Rosemari Glatz

1 - Responsabilidade Civil na Internet: uma Análise à Luz do Marco Civil da Internet.....11

Bruno Kuchenbecker e Carla Piffer

2 - Ação Penal nos Casos de Estupro Contra Vítima Temporariamente Vulnerável.....31

Natielen Moraes Salomão e Pollyana Maria da Silva

3 - Cobrança de Serviço de Rolha em Salões de Eventos: Estudo Acerca da Possibilidade ou Proibição Segundo a Legislação Brasileira.....51

Maria Madalena Till e Rafael Niebuhr Maia de Oliveira

4 - Desenvolvimento Sustentável: Origens e Atualidade Jurídica Nacional.....77

Sergio Reis Junior e Gislaine Carpena

5 - Justiça Restaurativa no Direito Penal: uma Análise de suas Práticas.....99



Kassia Grisa e Samantha Stacciarini

6 - O Direito à Saúde Como Direito Subjetivo Público Prestacional: Uma Análise das Possibilidades, Critérios e Limites em Casos de Medicamentos via Judicial.....**119**
Letícia Maria da Silva e Gislaine Carpena

7 - O Papel da Sociedade sob a Ótica da Polícia Comunitária. Caso: Município de Brusque (SC).....**141**
Moacir Gomes Ribeiro

8 - Revista Íntima Realizada em Familiares de Presos: Princípios Constitucionais e Segurança Prisional.....**165**
Laiza Dalbosco e Pollyanna Maria da Silva



Da Comunidade Para a Comunidade

Rosemari Glatz

Escrever é uma arte, e era a vontade do Centro Universitário de Brusque - UNIFEBE conseguir fazer com que as obras produzidas pela comunidade fossem imortalizadas pelo ato da publicação. Onde há um desejo, há um caminho, e assim entendemos que já era hora de divulgar, para além dos limites da academia, aquilo que se produz em termos de pesquisa e inovação. Também entendemos ser mais urgente garantir o espaço para novos autores e/ou pesquisadores cuja publicação em outros nichos editoriais do mercado poderia ser mais dificultosa, motivos mais que suficientes para que déssemos um passo à frente e, com particular entusiasmo, inau-



gurássemos um novo tempo: a criação de editora própria da UNIFEBE, dando mostra inequívoca de que ela alcançou sua maturidade intelectual.

Ao publicar da comunidade para a comunidade, a instituição reafirma sua própria identidade comunitária, e também exerce um papel político fundamental, qual seja, a socialização do conhecimento, além de tornar-se um fator de fomento à qualidade do ensino acadêmico, em todas as áreas do saber. De igual modo, numa contribuição à bibliodiversidade, a editora da UNIFEBE não se olvida da importância da preservação da história e memória local, da cultura regional no seu mais amplo espectro.

Cumprindo o papel de estimulador do debate crítico e de novas produções intelectuais, são aceitas, em fluxo contínuo, propostas de publicação por parte de autores que queiram fazê-lo com recursos próprios e sem ônus para a Editora. Além disso, anualmente a UNIFEBE promove chamadas que apoiam financeiramente novas publicações, o que fez, presentemente, por meio do Edital nº 21/2017 que abriu avocações de textos para publicação de livros cujo autor, autores ou organizadores fossem funcionários da UNIFEBE. E é dentro desta proposta que a presente obra, contemplada para publicação nos termos do citado edital, é oferecida ao público.

Partindo do pressuposto de que “a leitura da



alma também se faz pelas letras”, desejamos a todos uma ótima leitura.





Responsabilidade Civil na Internet:

Uma análise à luz do Marco Civil da Internet

Bruno Kuchenbecker ¹
Carla Piffer ²

1

Resumo: O presente artigo intitulado “A Responsabilidade civil na Internet: uma análise à luz do Marco Civil da Internet” possui como objetivo central fazer uma análise acerca da responsabilidade civil por fatos praticados via internet, com destaque para as disposições desse instituto constantes na Lei nº 12.965/14³, o Marco Civil da Internet. Utilizando-se

¹ Gerente financeiro na Vivant Ind. e Com. de Malhas EIRELI. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brusque – Unifebe.

² Professora de Graduação e Pós-graduação. Pós-doutora em Direito Público pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Doutora e Diritto Pubblico pela Università degli Studi di Perugia – UNIPG, Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

³ No decorrer desse trabalho, a Lei nº 12.965/14 será tratada como Marco Civil da Internet.



do método indutivo, a pesquisa abordou as temáticas relacionadas aos princípios previstos no Marco Civil da Internet, à responsabilidade civil na internet, à responsabilidade civil dos provedores de conexão e dos provedores de aplicação e ao final, traz algumas decisões judiciais relacionadas ao Marco Civil da Internet e à responsabilidade civil na internet, sendo possível constatar que as atuais decisões dos Tribunais têm seguido as disposições contidas no Marco Civil da Internet, as quais vieram a normatizar as relações ocorridas nesse ambiente digital, trazendo assim, segurança jurídica para os usuários e provedores.

Introdução

O presente estudo tem como objetivo central realizar uma análise acerca da responsabilidade civil por fatos praticados via Internet, com destaque para as disposições desse instituto constantes na Lei nº 12.965/14, o Marco Civil da Internet.

A fim de atingir tal objetivo, a pesquisa aborda os princípios previstos no Marco Civil da Internet, analisa o instituto da responsabilidade civil dessa legislação, bem como apresenta as disposições existentes acerca da responsabilidade civil dos provedores de conexão e dos provedores de aplicação. Ao



final, são apresentadas algumas decisões judiciais relacionadas ao tema em questão.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa, utilizou-se o método indutivo (PASOLD, 2011) na fase de investigação, operacionalizado através das técnicas das categorias, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

1 - Os Princípios Previstos no Marco Civil da Internet

Os princípios previstos no Marco Civil da Internet, como norteadores de todas as disposições nele contidas, estão previstos no artigo 3º e são “o que há de mais fundamental e que deve ser estritamente observado quando se fala em uso da internet no Brasil” (JESUS; MILAGRE, 2014, p. 21), consolidando direitos já presentes nas demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive na Constituição Federal, como a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento e a proteção da privacidade e aos dados pessoais.

Considerado um dos grandes avanços na aprovação do Marco Civil da Internet, o chamado princípio da neutralidade da rede é aquele previsto no inciso IV, do artigo 3º e determina que as empresas de conexão e demais empresas de telecomunica-



ções deverão agir com transparência, isonomia, em condições não discriminatórias, garantindo a concorrência (NAZARENO, 2014).

Não menos importante é o princípio que trata da estabilidade de conexão, segundo o qual os provedores são responsáveis por fornecer um serviço estável e seguro, em que a funcionalidade da rede esteja de acordo com os padrões internacionalmente adotados. Outro princípio consolidado no Marco Civil da Internet é a responsabilização dos agentes de acordo com a sua conduta, prevendo, assim, como regra geral a responsabilidade civil subjetiva.

A natureza participativa da rede está prevista como princípio no inciso VII, do Marco Civil da Internet, que Jesus e Milagre (2014, p. 23) explicam como o princípio segundo o qual “todos os agentes deverão priorizar formas participativas de construir o futuro da internet”.

Como último princípio expressamente previsto no Marco Civil da Internet está a liberdade dos modelos de negócios promovidos na Internet, desde que não conflite com os demais princípios.

Há que se ressaltar, que conforme a previsão do parágrafo único do artigo 3º do Marco Civil da Internet, o rol dos princípios não é taxativo, mas sim exemplificativo, visto que também devem ser considerados os demais princípios previstos no



ordenamento jurídico brasileiro, bem como aqueles constantes em tratados internacionais em que o Brasil seja signatário.

Realizado o estudo sobre os princípios norteadores do uso da Internet no Brasil, é possível que se tenha uma compreensão geral das inovações e garantias trazidas pelo Marco Civil da Internet, a fim de possibilitar uma análise detalhada sobre as previsões relacionadas à responsabilidade civil na Internet.

2 - A Responsabilidade Civil na Internet

Com o crescente número de acessos à Internet, crescem também os casos de danos gerados nesse ambiente digital. O Marco Civil da Internet, consolidando o entendimento da sociedade, dos juristas e da maioria dos tribunais, trouxe disposições relacionadas à responsabilidade civil na Internet. As previsões sobre a responsabilidade civil na Internet estão elencadas na Seção III, artigos 18 a 21, do Marco Civil da Internet.

Para que seja possível a sua compreensão, inicialmente é necessário que sejam distinguidos dois atores presentes quando o assunto é acesso à Internet: os provedores de conexão e os provedores de aplicações.



Os provedores de conexão ou acesso são aquelas empresas que prestam o serviço de conexão à Internet, permitindo que os dispositivos das redes locais tenham acesso à rede mundial de computadores que é a Internet (PINHEIRO, 2013). O serviço de conexão à Internet, fornecido pelos provedores de acesso, está previsto no inciso V, do artigo 5º, do Marco Civil da Internet, que dispõe que o serviço de conexão é “[...] a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP” (BRASIL, 2014).

O outro tipo de provedor é o de aplicações, que são aqueles que prestam os serviços de fornecer aos usuários o acesso aos conteúdos disponíveis na Internet, ou seja, as funcionalidades disponíveis aos usuários a fim de que acessem por meio dos seus dispositivos (ROCHA, 2014).

No Marco Civil da Internet, o serviço prestado pelos servidores de aplicação está previsto no inciso VII, do artigo 5º, prevendo que é “[...] o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (BRASIL, 2014). Assim, enquanto o provedor de conexão é o responsável por conceder o acesso de um dispositivo à Internet, o provedor de aplicações é aquele que possui as funcionalidades disponíveis na Internet.



Evidenciadas as diferenças entre esses dois tipos de provedores, passa-se ao estudo da responsabilidade civil na Internet e as disposições do Marco Civil da Internet relacionadas a esse instituto.

O instituto da responsabilidade civil tem como regra geral no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil subjetiva, onde o agente causador do dano é que tem a obrigação de repará-lo, necessitando que seja comprovado o dano, o nexo causal e a culpa do agente. Contudo, antes do advento do Marco Civil da Internet, muito se discutia sobre a responsabilidade civil dos provedores pelos conteúdos gerados pelos seus usuários, razão pela qual serão abordadas, na sequência, a responsabilidade civil dos provedores de conexão e dos provedores de aplicação.

2.1 - Responsabilidade Civil dos Provedores de Conexão e dos Provedores de Aplicação

A responsabilidade civil dos provedores de conexão vem positivada no artigo 18, do Marco Civil da Internet, que prevê que “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros” (BRASIL, 2014). Tal dispositivo, ao isentar os provedores de conexão da responsabilidade civil



dos danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, decorre de um raciocínio lógico, visto que esses não poderiam ser responsáveis pela conduta dos usuários simplesmente por fornecerem o acesso à Internet.

Contudo, apesar de ser esse o entendimento predominante na doutrina e na jurisprudência antes do advento do Marco Civil da Internet, Jesus e Milagre (2014) apontam que vários provedores de conexão já foram responsabilizados no Brasil pelo conteúdo que seus usuários tenham gerado. No entanto, com o advento desta norma, consolidou-se o entendimento de que os provedores de conexão não podem ser responsabilizados civilmente pelo conteúdo gerado pelos usuários que fazem mau uso da Internet.

Em sentido oposto, com relação aos provedores de aplicação, esses podem ser responsabilizados em alguns casos, diante da redação do artigo 19 do Marco Civil da Internet. Da leitura do citado artigo, verifica-se que, além da responsabilidade civil dos provedores de aplicações, o dispositivo traz previsões sobre a responsabilidade civil em caso de direitos autorais e previsões de cunho processual.

Denota-se que o Marco Civil da Internet veio a consolidar o entendimento de que os provedores de aplicações, em regra, não são responsáveis pelo



conteúdo gerado por seus usuários, afastando-se, assim, a responsabilidade civil objetiva dos provedores de aplicações “[...] pela simples apresentação do conteúdo danoso, seja com base na teoria do risco, seja com base no defeito do serviço prestado” (SOUZA, 2014, p. 810).

Contudo, apesar de afastar a responsabilidade objetiva dos provedores de aplicações, o Marco Civil da Internet prevê que esse tipo de provedor torna-se responsável civilmente pelos danos decorrentes de conteúdo gerado pelos seus usuários se, após ordem judicial para retirada do conteúdo, não tornar indisponível o conteúdo danoso no prazo estabelecido.

Convém destacar que esse dispositivo não impede que os provedores de aplicações retirem o conteúdo da rede com a simples requisição do usuário prejudicado (SOUZA, 2014). Significa que esses provedores podem determinar, nos seus termos de usos, questões relacionadas à retirada de conteúdo danoso através do requerimento direto do usuário prejudicado, não havendo a sua responsabilização civil até o momento do descumprimento da ordem judicial. Significa, portanto, que somente após exaurido o prazo determinado em ordem judicial para a retirada de determinado conteúdo danoso da Internet, o provedor de aplicações passaria a ser responsável civilmente pelo dano ocorrido e perpetuado



na Internet.

Além disso, de acordo com o artigo 20 do diploma em comento, ao tornar indisponível um conteúdo da Internet, surge para o provedor de aplicações a obrigação de comunicar ao usuário diretamente responsável pelo conteúdo os motivos e informações relativos à sua indisponibilização. Assim, de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, o usuário que teve o seu conteúdo tornado indisponível poderá solicitar ao provedor de aplicações que ele seja substituído pelos motivos da sua indisponibilização ou pela ordem judicial que ordenou a sua indisponibilização.

No tocante à responsabilidade do provedor de aplicações pelo fornecimento de dados e registros do usuário necessários à apuração de um delito, o Marco Civil não trouxe nenhuma previsão expressa. Contudo, Jesus e Milagre (2014) defendem que se trata de uma obrigação de fazer. Sendo assim, de acordo com o entendimento do STJ, se o provedor de aplicações fornecer os dados solicitados em ordem judicial, fica também afastada qualquer responsabilidade sua pelo conteúdo gerado pelos usuários.

Ocorre que há exceções à regra de que os provedores de aplicações serão responsabilizados civilmente pelo conteúdo gerado pelos usuários após o descumprimento de ordem judicial que determine



a indisponibilidade de conteúdo. A primeira exceção à essa regra é a de que os provedores de pesquisa não possuem qualquer tipo de responsabilidade pelo conteúdo gerado pelos usuários. Essa exceção decorre do entendimento jurisprudencial e doutrinário (ROCHA, 2014).

Dessa forma, o provedor de pesquisa não pode ser responsabilizado pelo conteúdo gerado pelos usuários, porque simplesmente lista os endereços eletrônicos e sua localização, não possuindo condições de indisponibilizar conteúdos danosos existentes nos provedores de aplicações.

Outra exceção à regra é a relativa aos direitos autorais, prevista no § 2º, do artigo 19 desse diploma. Tal artigo trata das infrações a direitos autorais e conexos, as quais dependem de legislação específica, visando garantir a liberdade de expressão e os demais direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Desse modo, visto que não existe tal legislação específica, devem ser seguidas as disposições constantes na Lei nº 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais (JESUS; MILAGRE, 2014).

Dessa forma, em se tratando de direitos autorais e seguindo as disposições da Lei nº 9.610/98, conforme assevera Souza (2014), a jurisprudência vem reconhecendo que os provedores de aplicações são responsáveis quando, após a notificação, não



removem o conteúdo. Isso constitui verdadeira exceção à regra de responsabilidade dos provedores de acesso após descumprimento da ordem judicial, pois no caso de direito autoral é considerado que o provedor de aplicações é responsável quando for notificado e não proceder à indisponibilização do conteúdo, independentemente de ordem judicial.

A terceira exceção à regra da responsabilidade dos provedores de acesso está prevista no artigo 21. Esse dispositivo traz regramento especial para o que Souza (2014) define como “pornografia da vingança”, segundo a qual os provedores de aplicações possuem responsabilidade subsidiária se não removerem, após a notificação, conteúdo de imagens, vídeos, ou outros materiais de cunho sexual privado e que tenha sido divulgado pelos usuários sem a autorização dos participantes.

Nesse caso, a notificação deve ser feita de forma clara e específica, de modo que propicie a identificação correta do material que viole a intimidade do participante, devendo também restar demonstrada a legitimidade daquele que apresentar o pedido de retirada. Desse modo, caso o provedor de aplicações venha a ser notificado da existência de um conteúdo classificado pela doutrina como “pornografia de vingança” e não proceder à indisponibilização do conteúdo, será subsidiariamente responsabilizado



pelos danos que o conteúdo causar.

Há que se mencionar que o artigo 19 do Marco Civil ainda prevê, nos parágrafos 3º e 4º, questões processuais relativas à responsabilidade civil ocorrida na Internet, bem como sobre ações que versarem sobre a indisponibilidade de conteúdos danosos.

3 - Decisões Judiciais Relacionadas ao Marco Civil da Internet e à Responsabilidade Civil na Internet

Após o estudo das previsões da responsabilidade civil contidas no Marco Civil da Internet, serão analisadas e comentadas algumas decisões dos tribunais com base nesse diploma legal.

A primeira decisão a ser analisada é do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e trata da responsabilidade do provedor de aplicações, na qual foi verificado que a apelada, empresa de provedor de aplicações, não poderia ser responsabilizada por conteúdo veiculado em blog que mantinha, visto que não houve decisão judicial determinando a retirada do conteúdo (TJSP, 2014).

Em outra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, foi considerado que o provedor de aplicações, após receber e cumprir a



decisão judicial de retirada de conteúdo não pode ser responsabilizado pelo conteúdo gerado por seus usuários, o que está previsto no caput, do artigo 19 do Marco Civil da Internet (TJRS).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também já decidiu que o provedor de pesquisa somente presta serviço de localizar o conteúdo existente em outros provedores de aplicações, não possuindo qualquer responsabilidade pela retirada do conteúdo da Internet (TJPR, 2015).

Por ser uma legislação relativamente nova, as únicas decisões sobre responsabilidade civil relacionadas ao Marco Civil da Internet existentes no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, até o momento do fechamento do presente estudo, se referem aos fatos ocorridos antes da vigência dessa Lei. Decisão desse Tribunal entendeu que como o fato em análise teria ocorrido antes da vigência do Marco Civil da Internet, tal regramento não se aplicaria diretamente ao caso concreto (TJSC, 2009). Contudo, apesar de ocorrer antes da vigência do Marco Civil da Internet, foi considerado que o provedor de aplicações não pode ser responsabilizado por comentário ofensivo realizado por terceiro, visto que não houve prova de que foi notificado para remover o conteúdo ofensivo.

O Superior Tribunal de Justiça também já jul-



gou agravo regimental relacionado ao Marco Civil da Internet e a responsabilidade civil, no qual os ministros entenderam que, apesar do fato ter ocorrido antes da vigência do Marco Civil da Internet, esse deve ser aplicado no que couber, com a finalidade de manter o entendimento existente no referido Tribunal e aperfeiçoar o seu papel de uniformização da jurisprudência (STJ, REsp nº 712.456/RJ).

Assim, apesar do Marco Civil da Internet prever a responsabilidade dos provedores de aplicações somente após o descumprimento de ordem judicial específica para remoção do conteúdo, os ministros decidiram de forma diversa. Eles entenderam que, pelas especificidades do caso, os agravantes devem ser responsabilizados civilmente pelos danos gerados, visto que foram notificados pelo agravado de que havia conteúdo no site que denegria a sua imagem e não tomaram nenhuma providência para sua remoção.

Nesse sentido, verifica-se que as decisões dos tribunais têm seguido as disposições contidas no Marco Civil da Internet, as quais vieram a normatizar as relações ocorridas nesse ambiente digital, trazendo assim, segurança jurídica para o ordenamento jurídico brasileiro.



Conclusão

Esse estudo teve por objeto realizar uma análise sobre o instituto da responsabilidade civil por fatos praticados via Internet, bem como das disposições do Marco Civil da Internet sobre esse instituto.

O desenvolvimento do trabalho buscou, partindo de um contexto atrelado ao ambiente digital - a Internet -, analisar o instituto da responsabilidade civil por fatos ocorridos no citado ambiente. Para tanto, foram apresentados os princípios expressos no Marco Civil da Internet e as disposições existentes acerca da responsabilidade civil nesse ambiente.

Restou demonstrado que o instituto da responsabilidade civil, responsável por garantir a reparação de danos àquele que os sofre em razão de um ato ilícito, é plenamente aplicável aos casos praticados no ambiente digital, surgindo, para aquele que sofrer o dano decorrente de ato ilícito, o direito de exigir prestação pecuniária com vistas à reparação. Especificamente quanto à responsabilidade civil dos provedores, ficou esclarecido que haverá a responsabilização dos provedores de aplicações somente após eventual descumprimento de ordem judicial para remoção de conteúdo publicado.

Nesse norte, as decisões dos Tribunais apre-



sentadas nesse estudo demonstraram que, analisadas as especificidades de cada caso, deve haver a responsabilização civil dos provedores pelos danos gerados, quando esses forem notificados pelo ofendido e não tomarem nenhuma providência para a remoção do conteúdo ofensivo.

Por fim, é possível afirmar que as atuais decisões dos Tribunais têm seguido as disposições contidas no Marco Civil da Internet, as quais vieram normatizar as relações ocorridas nesse ambiente digital, trazendo assim, segurança jurídica para os usuários e provedores.

Referências

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 12 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. **Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 712.456/RJ**. Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. e Valtemário Silva Frazão Júnior. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 17 maio



2016.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Marco Civil da Internet:** comentários à Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

NAZARENO, Claudio. **Marco civil da Internet:** Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília: Edições Câmara, 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais e antecipação de tutela.** Apelação cível nº 1290331-2. Templo Caminho da Verdade e outro e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Desembargador Clayton de Albuquerque Maranhão. Comarca: Curitiba. 9 jun. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação**



indenizatória. Apelação cível nº 70070274774. Facebook Serviços OnLine do Brasil Ltda. e Fernanda Zangalli. Relator: Desembargador Eugenio Facchini Neto. Comarca: Farroupilha. 19 out. 2016.

ROCHA, Francisco Ilídio Ferreira. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet.** São Paulo: Atlas, 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Ação de indenização por danos morais.** Apelação cível nº 0029850-23.2009.8.24.0008. Terra Networks Brasil S/A e outro e Silvio Gomes Filho. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Comarca: Blumenau. 8 nov. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Dano moral.** Apelação nº 021663- 91.2014.8.26.0100. Luciano Borges de Menezes e Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Desembargadora Fernanda Gomes Camacho. Comarca: São Paulo. 26 out. 2016.

SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de internet: evolução jurisprudencial e os impactos



da Lei nº 12.695/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.



Ação Penal nos Casos de Estupro Contra Vítima Temporariamente Vulnerável

2

Natielen Moraes Salomão ¹
Pollyana Maria da Silva ²

Resumo: Com a alteração do Código Penal pela Lei 12.015/09 emergiram vários questionamentos, especialmente no que tange ao artigo 225, que trata da ação penal nos casos de crime contra a Dignidade Sexual. A investigação tem como objetivo discutir qual a ação penal aplicável nos casos de estupro de vítima temporariamente vulnerável, após a entrada em vigor da Lei 12.015/09. Para tanto, utilizou-se o método indutivo e as técnicas da pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Aponta-se que, apesar de pe-

¹ Bacharel em Direito (UNIFEFE). E-mail: natielenmoraessalomao@gmail.com

² Mestre em Ciências Criminais (PUC/RS). Professora de Direito Penal. E-mail: pms.br@hotmail.com



quena parcela entender pela aplicabilidade da ação penal pública incondicionada ao crime cuja vítima esteja temporariamente vulnerável no momento do ato criminoso, a maioria dos tribunais tem entendido que a ação penal nestes casos é condicionada, tendo em vista que, cessada a vulnerabilidade, a vítima tem plena liberdade de promover a respectiva ação penal, podendo preservar sua intimidade, caso não tenha interesse em fazê-lo.

Palavras-chave: Ação penal. Estupro. Vulnerável.

Introdução

A alteração dada ao Código Penal pela Lei 12.015/09, especialmente com a nova redação do artigo 225, acarretou modificações no que diz respeito à ação penal nos crimes contra a Dignidade Sexual. Este artigo definiu como pública condicionada à representação do ofendido a maioria das ações penais nos crimes contra a Dignidade Sexual, extinguindo a possibilidade de ações penais privadas. Já o parágrafo único do referido artigo estabelece que: “Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável”.

Tendo em vista a redação do parágrafo único



do artigo 225 do Código Penal, objetiva-se discutir qual ação penal aplicar nos casos de vítima temporariamente vulnerável, partindo da seguinte problemática: a ação penal pública, nos casos de estupro de vulnerável será incondicionada sob qualquer tipo de vulnerabilidade (temporária ou permanente)?

Nos casos de vítima permanentemente vulnerável, a ação penal será pública incondicionada. Contudo, em se tratando de vítima incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião do crime, ou seja, temporariamente vulnerável, qual será a ação penal? A lei não é clara nesse sentido.

Dessa forma, utilizando o método indutivo e as técnicas da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, objetiva-se identificar qual ação penal aplicasse aos casos de crimes sexuais contra vulneráveis temporários.

1 - Ação Penal em Caso de Estupro Contra Vítima Temporariamente Vulnerável, Considerações Acerca do Parágrafo Único do Artigo 225 do Código Penal

A ação penal nos crimes constantes nos Capítulos I e II do Título IV da Parte Especial do Código Penal era, em regra, de exclusiva iniciativa privada, procedendo-se somente mediante queixa (BITTEN-



COURT, 2012, p. 972).

Entretanto, havia duas exceções, sendo a primeira, a possibilidade de promover por meio de ação pública condicionada, nos casos em que a vítima fosse pobre e a outra era de promover ação pública incondicionada, quando o ato fosse praticado com abuso do poder familiar, da condição de padrasto, tutor ou curador (ESTEFAM, 2013).

Após a alteração dada pela Lei 12.015/09, o artigo 225 do Código Penal passou a ter a seguinte redação:

Artigo 225 - Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável.

Assim, a ação penal para os crimes constantes nos capítulos I e II do Título IV, em regra, passa a ser pública condicionada à representação. Porém, quando o delito é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos, ou pessoa vulnerável a ação é pública incondicionada.



Bitencourt (2012, p. 974), aponta que há um paradoxo quanto à ação penal após a redação dada pela Lei 12.015 de 2009, pois:

Na hipótese dos crimes previstos no capítulo II do título IV do Código Penal o exercício da ação penal não depende de qualquer condição. Há uma contradição com o disposto no caput do mesmo dispositivo, afinal, nos crimes contra vulnerável (capítulo II), a ação penal será pública condicionada à representação, como determina o caput do questionado artigo 225 ou será pública incondicionada, como afirma o seu parágrafo único?

Diante de tal premissa, emerge a necessidade de discutir a ação penal aplicável aos crimes contra a Dignidade Sexual, especificamente, quando a vítima é pessoa vulnerável.

1.1 - Esclarecimentos Acerca da Ação Penal no que Tange ao Artigo 225 e seu Parágrafo Único

A ação penal pública condicionada à representação tornou-se a regra geral para os delitos contra a Dignidade Sexual e, a ação pública incondicionada, a exceção, tal como dispõe o citado parágrafo único



do artigo 225 do Código Penal, quando a vítima for menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável.

Segundo Bitencourt (2012, p. 974) a regra contida no caput do artigo 225 é duplamente mais vantajosa, tanto para vítima quanto para o infrator. Para a vítima porque sua vontade prevalece à do Estado e para o infrator pelo fato de não existir a obrigatoriedade da ação penal enquanto não houver representação. De outra forma, enfatiza que o parágrafo único, que impõe ação pública incondicionada, é mais gravoso para ambos, vez que retira da vítima a opção de promover a respectiva ação penal e do infrator, pois a persecução criminal obrigatoriamente deverá ser efetivada.

Alves (2016) resume que:

Em uma interpretação sistemática e atenta ao espírito do legislador de punir com maior rigor obviamente as condutas mais graves, entende-se que apenas os crimes previstos no capítulo I do Título VI (crimes contra a liberdade sexual) é que serão de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Para os crimes tipificados no capítulo II (crimes contra vulnerável), a ação penal deverá ser pública incondicionada.



Sendo assim, conclui-se que, para os crimes praticados contra a liberdade sexual a ação será pública condicionada, enquanto nos crimes praticados contra vulnerável, a ação será pública incondicionada.

Para melhor entender sobre o tema, tecem-se abaixo algumas considerações acerca da vulnerabilidade.

2 - Vulnerabilidade

Vulnerável é alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência (PRADO, 2011, p. 854).

De acordo com o art. 217 §1º do Código Penal (BRASIL, 2016), que tipifica o estupro de vulnerável, “Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”.

Gonçalves (2015, p. 574), classifica como vulneráveis os menores de 14 anos, as pessoas portadoras de enfermidade ou doença mental e aquele que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resis-



tência.

Já Capez (2015, p. 183) inclui no rol de vulneráveis, os casos de embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição à situação de guarda, tutela ou curatela e temor reverencial.

Marcão (2015, p. 264) esclarece que a vulnerabilidade se estabelece no instante do crime, pouco importando que tenha sido uma situação passageira e que, no momento de se propor a ação penal, o ofendido não se encontre mais na situação de vulnerável.

Incapaz de oferecer resistência é quem não pode fazer oposição eficiente à conduta do sujeito ativo. Essa incapacidade pode ser permanente ou temporária, duradoura ou ligeira, motivada por causas naturais ou provocada. Se a pessoa está nesta condição, é considerada vulnerável. Pode ocorrer de alguém estar privado apenas parcialmente da capacidade de resistir, ou que, na hipótese do portador de enfermidade ou deficiência mental, seu discernimento quanto ao ato sexual, esteja prejudicado, mas exista em algum grau. [...]. Ano-



te-se que a vulnerabilidade do ofendido deve ser mensurada no instante do crime, não importando se ela deixou de estar presente posteriormente (MARCÃO, 2015, p. 199).

Diante disso, pode-se concluir que o vulnerável é aquele que, por qualquer fator, não consegue oferecer resistência no momento em que esteja sendo agredido, pouco importando se tal vulnerabilidade é absoluta ou relativa.

2.1 - Vulnerabilidade Temporária

No que se refere à hipótese de a vítima, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência, o fundamento da disposição legal reside na impossibilidade de o sujeito passivo manifestar seu dissenso, como nos casos de imobilização; em decorrência de enfermidade; idade avançada; sono; hipnose; embriaguez completa; inconsciência pelo uso de drogas, entre outros. É indiferente que a vítima seja colocada em tal estado por provocação do agente, ou que tenha este simplesmente se aproveitado do fato de o ofendido estar previamente impossibilitado de oferecer resistência (PRADO, 2011, p. 833).

Assim, destaca-se que a vulnerabilidade tem-



porária é aquela em que a vítima apenas não consegue oferecer resistência no momento da agressão, por inúmeras circunstâncias provocadas ou não por ela, mas que, após a agressão, tem plenas condições de decidir acerca da propositura ou não da ação penal em face de seu agressor.

A lei incluiu na esfera de alcance do tipo, os indivíduos que não possuam, por qualquer causa, capacidade de resistência. O objeto jurídico é, nesse caso, a salvaguarda de sua intangibilidade sexual e, em outro plano, sua liberdade de autodeterminação (comprometida em razão de sua absoluta incapacidade de resistir) (JESUS, 2011, p. 159).

2.2 - Posicionamentos Doutrinários

Marcão (2015, p. 264) entende que, ao relativamente vulnerável aplica-se a regra geral da ação pública condicionada à representação, não tendo cabimento estender a exceção da ação pública incondicionada, justificando que tal ação, excluiria a possibilidade de deixar a critério da vítima a promoção da ação penal de um crime tão grave.

Lopes (2014, p. 403) entende que a vulnerabilidade possui duas dimensões, sendo a vulnerabilidade penal (onde se atesta a incapacidade da vítima, independentemente de ser absoluta ou temporária)



e a vulnerabilidade processual (ao qual se verifica as condições da vítima, para fins da promoção da respectiva ação penal). Portanto, a vítima pode estar vulnerável para o direito penal e não ser vulnerável para o processo penal, devendo esta ser responsável pela iniciação da ação penal para processamento do delito, sendo apenas incondicionada quando a vítima for vulnerável em ambas as dimensões.

Pereira (2016) segue igual entendimento, enfatizando que, se a vítima não for pessoa permanentemente vulnerável, a ação penal será pública condicionada à representação; contudo, tratando-se de vítima possuidora de incapacidade permanente, a ponto de não oferecer resistência aos atos libidinosos, a ação será incondicionada.

Em outro vértice, interpreta Gonçalves (2015, p. 575/576) que o estupro de qualquer pessoa que não possa oferecer resistência no momento do crime, independente se provocado pelo agente ou pela vítima (a situação de vulnerabilidade), deverá ser processado mediante ação penal pública incondicionada.

Após a leitura dos entendimentos apontados, se faz importante frisar que, a pessoa temporariamente vulnerável, depois de recuperada sua “estabilidade”, possui plenas condições de decidir se deseja ou não promover a ação penal em face de seu agressor. Desta forma, não faz sentido o Estado promo-



ver a devida ação penal, pois este estaria ceifando a oportunidade da vítima em escolher por não promover a ação penal e ainda, trazendo ao acusado o ônus de ser investigado, mesmo sem a vontade do agredido.

Ante ao exposto, os doutrinadores majoritariamente entendem que a ação a ser promovida nos casos em que a vítima encontrar-se temporariamente vulnerável, no momento do crime, é a pública condicionada à representação do ofendido.

2.3 - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto ao tema no julgamento do Habeas Corpus nº 276.510/RJ (BRASIL, 2014) entendendo que o Estado não deve retirar a escolha da vítima de imputar, ou não, a ação penal.

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. [...] VULNERABILIDADE VERIFICADA APENAS NA OCASIÃO DA SUPOSTA OCORRÊNCIA DOS ATOS LIBIDINOSOS. VÍTIMA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA PESSOA PERMANENTEMENTE VULNERÁVEL, A PONTO DE FAZER INCIDIR O ART. 225,



PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CRIME DE AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INEQUÍVOCA MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA NO SENTIDO DE VER O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PROCESSADO. INEXISTÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...] 5. De acordo com o art. 225 do Código Penal, o crime de estupro, em qualquer de suas formas, é, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses, de ação penal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. 6. A própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no art. 225, caput e parágrafo único, do Código Penal, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada. 7. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade



permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii*.

8. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do Código Penal.

9. No caso em exame, observa-se que, embora a suposta vítima tenha sido considerada incapaz de oferecer resistência na ocasião da prática dos atos libidinosos, esta não é considerada pessoa vulnerável, a ponto de ensejar a modificação da ação penal. Ou seja, a vulnerabilidade pôde ser configurada apenas na ocasião da ocorrência do crime. Assim, a ação penal para o processamento do crime é pública condicionada à representação.

10. Verificada a ausência de manifestação inequívoca da suposta vítima de ver processado o paciente pelo crime de estupro de vulnerável, deve ser reconhecida a ausência de condição



de procedibilidade para o exercício da ação penal. (grifo nosso)

No caso em tela, apesar de as autoridades encontrarem o agressor despido e a vítima desmaiada e seminua, esta ofereceu representação apenas pelo crime de lesão corporal. Sendo assim, não poderia o Ministério Público ter promovido à ação penal pelo crime de estupro de vulnerável devido à falta de representação por parte da vítima.

Posteriormente, tal posicionamento deu base à edição do informativo jurisprudencial nº 553 (BRASIL, 2014):

DIREITO PROCESSUAL PENAL. NATUREZA DA AÇÃO PENAL EM CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. Procedese mediante ação penal condicionada à representação no crime de estupro praticado contra vítima que, por estar desacordada em razão de ter sido anteriormente agredida, era incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos. De fato, segundo o art. 225 do CP, o crime de estupro, em qualquer de suas formas, é, em regra, de ação penal pública condicionada à representação, sendo, apenas em duas hipóteses, de ação pe-



nal pública incondicionada, quais sejam, vítima menor de 18 anos ou pessoa vulnerável. A própria doutrina reconhece a existência de certa confusão na previsão contida no art. 225, caput e parágrafo único, do CP, o qual, ao mesmo tempo em que prevê ser a ação penal pública condicionada à representação a regra tanto para os crimes contra a liberdade sexual quanto para os crimes sexuais contra vulnerável, parece dispor que a ação penal do crime de estupro de vulnerável é sempre incondicionada. A interpretação que deve ser dada ao referido dispositivo legal é a de que, em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência à prática dos atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos - não sendo considerada pessoa vulnerável -, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii*. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer crime de estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da reda-



ção do caput do art. 225 do CP.

Diante do exposto, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que será condicionada à representação a ação penal do crime de estupro de vulnerável em que a vítima foi reconhecida como temporariamente vulnerável.

Adiante, aborda-se a aplicabilidade do artigo 225 do Código Penal a fatos pretéritos e aos casos pendentes de julgamento.

Considerações Finais

Após pesquisa acerca da ação penal cabível no caso de estupro de vítima temporariamente vulnerável, observou-se que a grande dificuldade encontrada pelos doutrinadores e operadores do direito foi na redação obscura e contraditória da lei. O parágrafo único do artigo 225 do Código Penal dá margem a discussões. Por isso, abordou-se a ação penal nos crimes contra a dignidade sexual em que a vítima se encontra temporariamente vulnerável.

Apesar do artigo 225 do Código Penal não mencionar a ação penal nos casos de estupro contra vulnerável temporário, doutrina e jurisprudência entendem que a ação será pública condicionada. Nestes casos, o posicionamento majoritário é de que



a ação penal será pública condicionada à representação. Já no caso vulnerável permanente, a ação será pública incondicionada – conforme previsto no texto legal.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a lei 12.015**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI99401,-61044-A+acao+penal+nos+crimes+contra+a+dignidade+sexual+apos+a+lei+1201509>> Acesso em 8 out. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, **Código penal**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm> Acesso em 21 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 276.510/RJ, da sexta turma, rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 11 de novembro de 2014, DJe 8 de novembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso



em 15 nov. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo jurisprudencial nº 553. **Habeas Corpus** nº 276.510/RJ, da sexta turma, rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 11 de novembro de 2014, DJe 8 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em 15 nov. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Vol. 3.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. II. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade**



sexual: comentários ao título IV do Código Penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual:** comentários à Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Cleide Zille. **Ação penal nos crimes de estupro.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,acao-penal-nos-crimes-de-estupro,53901.html>. Acesso em 8 out. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Parte especial, arts. 11 a 249. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Vol. 2.



Cobrança de Serviço de Rolha em Salões de Eventos:

Estudo Acerca da Possibilidade ou Proibição Segundo a Legislação Brasileira

3

Maria Madalena Till

Rafael Niebuhr Maia de Oliveira

Resumo: Buscou-se analisar a prática de venda casada e sua vedação no âmbito jurídico brasileiro, a fim de verificar se o serviço de rolha cobrado por salões de eventos pode ser caracterizado como operação casada. Para tanto, utiliza-se do método monográfico e bibliográfico, investigando-se a legislação brasileira, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, bem como as posições doutrinária e jurisprudencial, com o objetivo de esclarecer aspectos sobre a prática abusiva dos estabelecimentos comerciais nas relações de consumo em situações de venda casada, para na sequência tratar especificamente da prática de cobrança de taxa de rolha por



casas de eventos. Verifica-se que, no Brasil, a cobrança do serviço de rolha não possui regramento jurídico, tendo sua prática se originado dos costumes da convivência social. Observa-se, ainda, que a cobrança de rolha pelos estabelecimentos de eventos não configura por si só, venda casada, entretanto, é possível a discussão dos valores aplicados como rolha, tendo em vista que a desproporcionalidade de seus valores pode caracterizar venda casada dissimulada.

Palavras-chave: Prática abusiva. Relações de consumo. Serviço de rolha. Venda casada.

Introdução

A presente pesquisa abordou a análise acerca da possível abusividade da cobrança do serviço de rolha por salões de eventos, por caracterização de venda casada prevista no inciso I do artigo 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Com frequência pode-se encontrar estabelecimentos como casas de eventos e similares que cobram o serviço de rolha sempre que o consumidor opta por levar bebidas adquiridas em outro estabelecimento ao evento. A justificativa da casa de eventos que impõe tal cobrança é de que o consumi-



dor, com sua bebida adquirida fora daquele estabelecimento, utilizará copos, baldes de gelo e afins, de maneira que o valor cobrado como rolha sirva para cobrir tais gastos operacionais. Como o valor que o fornecedor impõe como rolha não parece servir apenas para cobrir os gastos operacionais, tem-se que a imposição da cobrança tem o objetivo de induzir o consumidor a adquirir bebidas somente da casa de eventos, uma vez que o valor da rolha somado à bebida externa, muitas vezes, totaliza no mesmo valor do produto fornecido pela casa de eventos.

Para obtenção das respostas aos problemas suscitados, realizar-se-á um estudo acerca do tema da venda casada e sua vedação pelo ordenamento jurídico brasileiro, além de abordar os aspectos gerais da prática de venda casada, especificamente a respeito da cobrança do serviço de rolha por casas de eventos, bares e restaurantes.

Ao término do desenvolvimento dessa pesquisa foram apresentadas as considerações finais, onde foram expostas as sínteses do resultado da pesquisa, ao passo que as referências serão trazidas ao final, em ordem alfabética. A metodologia empregada na pesquisa foi o método indutivo, monográfico, cuja técnica de pesquisa teve como ênfase a pesquisa bibliográfica, com o estudo do posicionamento doutrinário nacional, bem como da legislação pátria.



1 - A Prática de Venda Casada no Brasil e sua Abusividade

A venda casada, de acordo com Guimarães Neto (2012), é facilmente identificada em diversas ocasiões do cotidiano do consumidor brasileiro. As casas de entretenimento noturno que exigem dos seus frequentadores uma consumação mínima de seus produtos, os cinemas que impedem a entrada de consumidores que adquiriram alimentos em outro estabelecimento, as companhias de viagens que não autorizam o consumidor de pacotes turísticos fechados comprar serviços de traslados isoladamente e ainda, as instituições bancárias que aprovam a liberação do crédito ao consumidor, com a condição de que é necessário adquirir conjuntamente um seguro de vida ou título de capitalização, possuem uma característica em comum: todas as práticas acima mencionadas se enquadram no que é chamado de venda casada.

Tais atitudes podem ser consideradas práticas abusivas inseridas no código de proteção do consumidor, que, segundo Nunes (2013), são frutos da doutrina do abuso do direito adotada pelo Brasil, que regulamentou diversas condutas, proibindo o abuso e anulando cláusulas contratuais abusivas, especificamente junto ao art. 39.



Ao tratar do conceito de prática abusiva, Grinover et al. (2011) explicam que quando existirem desconformidades com os padrões de mercado de boa conduta perante o consumidor estará configurada a prática abusiva. Nas relações de consumo, as práticas abusivas não estão presentes apenas nas atividades consideradas enganosas, mas também, na existência de condições irregulares no contrato de consumo. O Código de Defesa do Consumidor, de acordo com o autor, considera abuso sempre que o fornecedor atinge o bem-estar do consumidor.

Dessa forma, a prática abusiva representa a tentativa do fornecedor de se aproveitar da vulnerabilidade do consumidor e assim, causar desequilíbrio na relação de consumo “[...] impondo sua superioridade e vontade, sendo que, na maior parte das vezes, isto se traduz na supressão do direito de livre escolha do consumidor” (EFING, 2012, p. 216). De acordo com o autor, o procedimento abusivo tomado pelo fornecedor poderia gerar dano moral e patrimonial ao consumidor e, portanto o CDC, sob o prisma do princípio da boa-fé e da função social dos contratos, estabeleceu proibições e sanções para determinadas condutas praticadas pelo fornecedor, consideradas abusivas.

Nunes Junior e Serrano (2005) explicam que ao apresentar as chamadas práticas abusivas, o CDC



estabeleceu uma relação exemplificativa, sendo que além daquelas previstas no diploma de defesa do consumidor, outras práticas abusivas existem no âmbito das relações comerciais. Dessa maneira, qualquer conduta praticada pelo fornecedor que se caracterize como abusiva e que prejudique o consumidor, será considerada ilegal, mesmo que o CDC não distinga tal conduta em seu texto.

O artigo 39 do CDC, que estabelece um rol exemplificativo de condutas abusivas, pode ser de acordo com Marques (2006), dividido em quatro grupos. O primeiro grupo relaciona práticas abusivas dos fornecedores que se aproveitam de sua condição de superioridade econômica para determinar condições desproporcionais aos consumidores. É o caso da venda casada. O segundo grupo abrange as condutas ilícitas que os fornecedores praticam em virtude da condição de vulnerabilidade econômica e cultural do consumidor. O terceiro grupo, explica a autora, enquadra as práticas de vendas ou alterações contratuais sem conhecimento do consumidor, como por exemplo, a entrega de revistas gratuitas por um determinado período e após um prazo, inicia-se a cobrança, sem que o consumidor manifeste interesse. No quarto grupo, explica a autora, encontra-se a disposição de que o fornecedor não pode se recusar a atender as demandas dos consumidores.



É o primeiro grupo, mais precisamente no que se relaciona com a venda casada e com a condição de prepotência do fornecedor em relação ao consumidor, que foi abordado nessa pesquisa.

2 - Abusividade da Operação Casada

Conforme disciplina Nunes (2013), o artigo 39 do CDC enumera um rol exemplificativo de práticas abusivas vedadas ao fornecedor. Dentre elas, encontra-se a prática abusiva conhecida por venda casada, disposta no inciso I do mencionado artigo: “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. Nunes (2013) explica que a venda casada, também chamada de operação casada, consiste na imposição feita pelo fornecedor no sentido de obrigar o consumidor a adquirir um produto ou um serviço que não era seu desejo inicial, pelo fato de ele ter interesse em outro produto ou serviço.

A venda casada pode ser interpretada como o ato do fornecedor de impor ao consumidor a aquisição de algo que inicialmente não quer ou em quantidade superior àquela desejada, mas que para satisfazer seu interesse principal se vê obrigado a adquirir. O autor explica que a prática de venda casada pelo



fornecedor atinge diretamente o direito de livre escolha do consumidor e por essa razão o CDC fez questão de vedá-la. (EFING, 2012)

Nunes (2013), por sua vez, explica a venda casada dividindo-a em dois tipos. O primeiro trata do condicionamento da compra de um bem ou serviço a outro tipo de bem ou serviço. Segundo o autor, nessa situação de venda casada o fornecedor não pode impor a aquisição de outro produto ou serviço ao consumidor e também, não é possível justificar a medida tomada pelo fornecedor, restando à prática considerada ilícita.

O segundo enquadramento da venda casada, de acordo com o autor, diz respeito à venda em quantidade diversa daquela que interessa o consumidor. Nesse caso, o CDC utiliza “sem justa causa” para considerar se a prática é abusiva ou não. Explica o autor que, o CDC não considera venda casada quando o fornecedor impõe ao consumidor uma quantidade mínima ou máxima de aquisição, desde que justifique tal medida. Como exemplo de limitação de quantidade justificada, o autor cita o posto de combustíveis que limita a venda do óleo diesel, quando se está em falta no mercado. Nessa situação não há ato ilícito.

Assim, quando o fornecedor obriga o consumidor a contratar/adquirir um produto ou serviço



diverso daquele inicialmente pretendido pelo consumidor, encontra-se na prática, a venda casada. Essa situação ocorre de acordo com Guimarães Neto (2012), quando no momento da contratação, o consumidor toma conhecimento de que precisa adquirir produto ou serviço não necessariamente desejado, imposto pelo fornecedor para a efetiva aquisição do produto ou serviço que tem interesse. Assim, para conseguir o que almeja, o consumidor é obrigado a adquirir outros itens, geralmente sem serem de seu interesse.

3 - Venda Casada Dissimulada e a Jurisprudência

Dissimular é sinônimo de acobertar, ocultar, aparentar, fingir, simular a verdade. Logo, tem-se como venda casada dissimulada a prática disfarçada de operação casada dos fornecedores, que acaba por prejudicar os consumidores. Em outras palavras, a venda casada dissimulada trata da conduta abusiva do fornecedor que não obriga o consumidor a adquirir seus produtos, contudo, proíbe que o mesmo adquira em outro estabelecimento.

O STJ recentemente decidiu que a proibição de adentrar em salas de cinema portando alimentos adquiridos em outro estabelecimento, dissimula



prática abusiva de venda casada. De acordo com a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, os cinemas que permitem a entrada com alimentos adquiridos somente em sua bomboniere, praticam venda casada, tendo em vista que proíbem a entrada no estabelecimento com produtos iguais ou similares adquiridos em estabelecimento diverso do cinema. Tal ato impede que o consumidor adquira alimentos onde preferir e em caso de optar por consumir algo no cinema, será obrigado a adquirir no próprio local. Resta assim configurada a limitação da liberdade de escolha do consumidor e consequentemente, infração por parte dos cinemas, do disposto no artigo 6º, inciso II do CDC.

De acordo com a decisão da 3ª Turma do STJ, a venda casada dissimulada é verificada quando o estabelecimento não obriga o consumidor a adquirir seus produtos, entretanto, impede que o mesmo consuma dentro de seu estabelecimentos alimentos adquiridos em estabelecimento externo. De acordo com o ministro relator da decisão, Villas Bôas Cueva, a prática de venda casada dissimulada pelos cinemas ocorre quando o estabelecimento condiciona uma única escolha ao consumidor, ou seja, não existe alternativa a não ser adquirir os alimentos e bebidas fornecidos pelo próprio cinema.



RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. ART. 39, I, DO CDC. VENDA CASADA. VENDA DE ALIMENTOS. ESTABELECIMENTOS CINEMATOGRAFICOS. LIBERDADE DE ESCOLHA. ART. 6º, II, DO CDC. VIOLAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS EM OUTRO LOCAL. VEDAÇÃO. TUTELA COLETIVA. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/1985. SENTENÇA CIVIL. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. EFICÁCIA ERGA OMNES. LIMITE TERRITORIAL. APLICABILIDADE.

1. A venda casada ocorre em virtude do condicionamento a uma única escolha, a apenas uma alternativa, já que não é conferido ao consumidor usufruir de outro produto senão aquele alienado pelo fornecedor.
2. Ao compelir o consumidor a comprar dentro do próprio cinema todo e qualquer produto alimentício, o estabelecimento dissimula uma venda casada (art. 39, I, do CDC), limitando a liberdade de escolha do consumidor (art. 6º, II, do CDC), o que revela prática abusiva.
3. A restrição do alcance subjetivo da eficácia erga omnes da sentença proferida em ação civil pública envolvendo direitos individuais homogêneos aos limites da competência ter-



ritorial do órgão prolator, constante do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, está plenamente em vigor.

4. É possível conceber, pelo caráter divisível dos direitos individuais homogêneos, decisões distintas, tendo em vista a autonomia de seus titulares [...] (STJ, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, REsp 1331948/SP, decisão publicada no Diário de Justiça da União em 05/09/2016).

Outra conduta amplamente vedada pela legislação e jurisprudência brasileira é a prática das escolas particulares de condicionar a matrícula escolar do estudante à aquisição de material escolar cuja marca ou estabelecimento que venda sejam indicados pelo próprio colégio. Neste sentido, o Ministério Público do Maranhão ajuizou ação civil pública em face de um colégio particular localizado na cidade de São Luís – MA, após informações de que a instituição condicionava a matrícula dos estudantes à compra de material escolar fornecido por uma editora específica. Através da ação civil, o Ministério Público requereu que o colégio garantisse o direito de matrícula e rematrícula aos estudantes, sem condicioná-las à aquisição de material escolar de marca ou local definidos. De acordo com Barros (2015) a decisão judicial vedou a prática da escola, impedin-



do-a de negar o comparecimento, participação e a permanência do estudante nas atividades escolares, sob pena de multa de cinco mil reais por cada caso de descumprimento.

Em decisão datada dessa quinta-feira (26), o juiz Clésio Coelho Cunha, respondendo pela Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luís, determina que o Colégio Literato “garanta o direito de matrícula e rematrícula sem condicioná-la à aquisição de material escolar da Editora Ari de Sá”. Na decisão, o magistrado determina ainda que a escola “se abstenha de cobrar a parcela da matrícula juntamente com a 2ª parcela da anuidade de 2016 no mês de dezembro do corrente ano”, bem como de “proibir a reutilização do material da citada editora do ano letivo anterior nos anos letivos subsequentes”. A multa para cada caso de descumprimento é de R\$ 5 mil.[...](BARROS, 2015).

Assim, em ambos os casos a atitude dos fornecedores foi considerada abusiva. Extrai-se de ponto comum entre as decisões, além da vedação da venda casada no artigo 39, inciso I e da asseguaração da liberdade de escolha do consumidor no artigo 6º,



inciso II, a garantia de interpretação de forma mais favorável ao consumidor, prevista no art. 47 do mesmo código.

4 - Análise da Cobrança de Rolha Como Venda Casada

O serviço de rolha é uma prática conhecida pelos frequentadores de salões de eventos, que consiste no condicionamento de pagamento de determinado valor sempre que o consumidor pretende adentrar a casa de eventos portando bebida adquirida em um estabelecimento externo. Para os salões de eventos, essa cobrança serve para arcar com as despesas com a utilização de copos, baldes de gelo e atendimento de garçons.

A cobrança da rolha, de acordo com Hesse (2014), difundiu-se pelo Brasil como um costume, uma vez que a legislação não versa sobre o tema. O que se discute sobre tal prática é se ela é considerada ou não uma conduta abusiva, enquadrada como venda casada. De um lado tem-se o consumidor que adquiriu uma bebida em outro estabelecimento e que tem interesse de entrar na casa de eventos com o seu produto. De outro lado tem-se o fornecedor que possui o mesmo produto em seu estabelecimento, geralmente com um preço mais alto.



Um dos maiores problemas nessa prática é o alto custo da rolha, que pode configurar uma venda casada dissimulada. Na maioria das vezes, a bebida adquirida fora da casa de eventos acrescida à rolha, totaliza um valor superior à mesma bebida vendida internamente, na casa de eventos. O valor da rolha é discutido justamente por não parecer servir como uma compensação de serviços de garçons, copos e gelo, mas sim, uma imposição ao consumidor, para que compre os produtos da casa de eventos.

Souza (2013) disciplina que a taxa de rolha é considerada conduta lícita quando os estabelecimentos como bares e restaurantes informam previamente o consumidor sobre ela. Assim, os estabelecimentos devem deixar clara informação da cobrança de rolha, através de avisos visíveis ao consumidor. Dessa forma, a informação prévia permite que o fornecedor cobre a rolha sempre que o consumidor resolva consumir em seu estabelecimento, bebidas adquiridas em outro local.

Disciplina o autor que caso essa informação não seja clara e o consumidor tome conhecimento da cobrança de rolha após o início da fase contratual, “incorrendo em falha de comunicação por parte do fornecedor, nenhum efeito jurídico pode ter em relação ao consumidor, que se sentirá então, desobrigado do seu cumprimento.” (SOUZA, 2013). Des-



sa forma, para que não configure a prática de venda casada na cobrança da taxa de rolha, faz-se necessária a informação prévia e clara ao consumidor.

O tema não apresenta muita aplicação nos Tribunais pátrios, razão pela qual por meio de pesquisa nos sítios eletrônicos dos tribunais estaduais, pode-se encontrar apenas um julgamento recente, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em novembro de 2014, recurso sobre o tema da cobrança de rolha, quando se confirmou a legalidade da cobrança da taxa de rolha, desde que previamente cientificada ao consumidor. (TJRS, 2014)

O precedente supracitado trata de ação de reparação por danos morais apresentada por uma formanda em face da organizadora do baile de formatura. A autora alega que na chegada ao baile, portava quatro garrafas de uísque, porém, pagou para a ré taxa de rolha de apenas duas delas. Durante o baile, a ré cobrou a taxa de rolha das outras duas garrafas assim que tomou conhecimento de que a autora havia adentrado o baile sem apresentar as outras duas bebidas. A autora se recusou ao pagamento da taxa das outras duas garrafas de bebidas exigida pela ré, e após discussões dentro do evento, uma convidada da autora acabou pagando pelo valor cobrado pela organizadora do evento, referente ao consumo de



bebida alcoólica adquirida fora daquele local.

Em análise ao julgado acima, embora o tema principal não seja a possibilidade de cobrança de rolha em si, esse se encontra presente nas razões de decidir, pelo que resta esclarecido que as casas de eventos, bares e restaurantes podem cobrar pela taxa de gastos operacionais chamada de rolha, tendo em vista que dispõem ao consumidor copos, baldes, gelo, serviços de garçom, entre outros. Dessa maneira, tem-se que é possível a cobrança pelo serviço de rolha, desde que o consumidor seja avisado com antecedência.

Todavia, não foram abordadas no presente julgado questões relacionadas ao valor cobrado como taxa de rolha pela organizadora do baile de formatura, assunto que geralmente gera controvérsia. Pelo que se pode verificar, tanto da doutrina, quando dos esparsos precedentes acerca do tema, não existem dúvidas quanto à validade da aplicação da taxa de rolha sobre as bebidas alcoólicas, contudo, é possível que se discuta o valor de rolha aplicado pelos estabelecimentos, que por vezes, somada à bebida, supera o valor do mesmo produto dentro da casa de eventos.

Diante da necessidade de se regular a cobrança de rolha pelas casas noturnas, o governo municipal do Rio de Janeiro, em 20 de junho de 1996, publi-



cou lei ordinária permitindo que os consumidores ingressassem nos estabelecimentos portando vasilhames com bebidas alcoólicas de sua propriedade e delineando as medidas a serem tomadas pelos estabelecimentos (RIO DE JANEIRO, Lei Ordinária nº 2.441/96, 1996).

Com a publicação dessa lei ordinária, o município do Rio de Janeiro estabeleceu uma política regulamentadora acerca da cobrança feita pelas casas noturnas de taxa de rolha sobre as bebidas alcoólicas que seus frequentadores adquiriam em outro estabelecimento. Dessa maneira, de acordo com Hesse (2014), com a publicação da “lei da rolha”, como é popularmente conhecida, os estabelecimentos como bares, restaurantes e casas de eventos passaram a aceitar que o consumidor adentrasse seu estabelecimento com bebidas adquiridas externamente, desde que o consumidor se comprometesse no pagamento da taxa de rolha, correspondente ao percentual de 10% (dez por cento) do valor da respectiva bebida na carta de bebidas do estabelecimento.

Importante observar que o legislador municipal, entendendo que o valor da rolha, e não só a sua regulamentação, era importante, justamente pelos motivos acima expostos, que podem levar à prática de venda casada dissimulada, resolveram por estabelecer um limite numérico, que naquela cidade,



parece resolver esse problema.

Embora elogiável, a legislação municipal do Rio de Janeiro traz outro tema que merece reflexão, no que diz respeito à fixação do valor da bebida como base de cálculo para a taxa de rolha. Isso porque, em se tratando de valor pago como contraprestação pelo serviço de fornecimento de copos, gelos e afins, pouco importaria o valor da bebida consumida, eis que o serviço seria exatamente o mesmo, podendo ter alterações somente em razão do tipo de bebida ou da quantidade da mesma, que podem fazer com que se exija mais ou menos serviço da casa de eventos.

No restante do país, como não existem normas que regulamentem a cobrança de taxa sobre bebidas alcoólicas, os estabelecimentos comerciais praticam a cobrança de valor que entenderem aplicável, sem limitações impostas por lei. Dessa maneira, não raras vezes o produto adquirido fora do estabelecimento somado à rolha, resulta em um valor superior ao produto vendido internamente, na casa de eventos. Logo, o consumidor se vê sem alternativa, tendo em vista que adquirir a bebida do próprio estabelecimento é mais vantajoso do que levar sua própria bebida e pagar pela taxa de rolha.

Nesse contexto, o simples fato de avisar o cliente da cobrança da rolha, por si só, não pode ser



argumento suficiente para justificar a cobrança, uma vez que o direito do consumidor é área do direito na qual notadamente se percebe a intervenção do Estado no dirigismo contratual. Assim, entende-se que em se verificando que no caso concreto, a cobrança de rolha se reveste de venda casada dissimulada, esta pode ser afastada, ou ter seu valor reduzido mediante decisão judicial.

O que prova a afirmação acima é o próprio julgamento do STJ no caso dos estabelecimentos de cinema. Naquele caso, os cinemas também informam os consumidores sobre a proibição de entrada com alimentos adquiridos em outros estabelecimentos, medida que não foi suficiente para impedir que o STJ julgasse a prática como ilícita, o que fez em nome dos princípios do direito do consumidor, conforme analisado anteriormente.

Assim, a cobrança de rolha nas bebidas alcoólicas adquiridas externamente pelos consumidores necessita de regulamentação de maneira que normatize a cobrança de um valor padrão pelos estabelecimentos, impedindo que bares e restaurantes imponham valores abusivos como taxa, resguardando assim a liberdade de escolha do consumidor e a interpretação mais favorável ao mesmo, conforme disposto no CDC.

Outrossim, enquanto o vácuo legislativo per-



durar considera-se que em que pese a legalidade do ato da cobrança da taxa de rolha em si, quando o seu valor se mostrar desproporcional, causando na prática a venda casada dissimulada - a exemplo do que se fez no “caso do cinema” abordado anteriormente - pode o Poder Judiciário, no caso concreto, limitar a sua incidência, bem como reduzir o valor, utilizando-se para tanto do dirigismo contratual segundo as normas do direito consumerista.

Considerações Finais

Observou-se que embora a cobrança de taxa de rolha seja considerada lícita, desde que previamente avisada ao consumidor, conforme entendimentos doutrinários e precedentes judiciais, essa “ratio” não impede a investigação acerca da possibilidade da prática de venda casada dissimulada, que ocorre quando o fornecedor não obriga o consumidor a adquirir seus produtos ou serviços. No entanto, impede que o mesmo adquira produtos ou serviços de outro estabelecimento comercial.

Vislumbra-se que em recente julgamento, o STJ entendeu se tratar tal conduta de venda casada, uma vez que o cinema não pode proibir que o consumidor consuma no cinema, produtos adquiridos externamente, precedente esse que pode ser aplica-



do ao caso da cobrança de rolha, quando seu valor se mostra desproporcional, desvirtuando o objetivo desta, com o único desiderato de obrigar o consumidor a adquirir de si, produto que preferia comprar de outro fornecedor.

Assim, pode-se afirmar que a cobrança de rolha com valor não normatizado pode revestir-se de venda casada dissimulada, uma vez que ao aplicar o valor que quiser, o fornecedor limita as opções do consumidor, podendo impedir que o mesmo adentre seu estabelecimento com bebidas adquiridas externamente, por tornar-se oneroso quando somado o pagamento da taxa de rolha.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROS, Marta. **Justiça proíbe escola de condicionar matrícula e rematrícula à aquisição de material escolar**. 2015. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/cgj/visualiza/publicacao/410940>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

BRASIL, Lei 8.078, de 11 de set de 1990. Institui o Có-



digo de Defesa do Consumidor. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 1.331.948**. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 12/11/2014.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**: consumo e sustentabilidade. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 10. ed., rev., atual. e refor. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2 v.

GUIMARÃES NETO, Henrique Borges. **A prática ilegal da venda casada**. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11006&revista_caderno=10>. Acesso em 7 de out. 2016.

HESSE, Elisângela. **Saiba tudo sobre a taxa de rolha nos restaurantes do Brasil**. 2014. Disponível em: <<http://www.pautasdeguarda.com.br/n/>



saiba-tudo-sobre-a-taxa-de-rolha-nos-restaurantes-do-brasil-2/>. Acesso em 1º nov. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Plínio Lacerda. **O abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de defesa do consumidor**: interpretado (doutrina e jurisprudência). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIO DE JANEIRO – RJ. Lei ordinária Nº 2.441 de 20 de junho de 1996. Institui providências de casas noturnas, bares, restaurantes e congêneres. **Câmara Municipal do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/c5e78996b82f9e0303257960005fdc93/b47387102416c253032576ac0073378d?OpenDocu->



ment>. Acesso em: 5 nov. 2016.

SOUZA, José Washington Nascimento de. **Direito do consumidor nas relações de turismo: doutrina e jurisprudência**. 2013. Direito do consumidor. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dd409260aea46a90>>. Acesso em 1º nov. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – Recurso Inominado Nº 71004956231. Cível, 2014. Disponível em <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/154882595/recurso-civel-71004956231-rs/inteiro-teor-154882605>> Acesso em 1º nov. 2016.





Desenvolvimento Sustentável:

Origens e Atualidade Jurídica
Nacional

Sergio Reis Junior
Gislaine Carpena

4

Resumo: O objetivo principal do presente artigo é trazer à baila algumas questões referentes à sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, tendo em vista a grande visibilidade dada a esse tema nos dias atuais. É importante ressaltar que o trabalho foi elaborado com base em pesquisas bibliográficas, efetuando-se ainda o acréscimo de trechos de documentos oficiais de organizações e comissões que possuem temática ambiental. Primeiramente, é traçada uma linha histórica do desenvolvimento da sustentabilidade, partindo da idade moderna, quando aconteceu uma excessiva utilização de madeira, o que chamou a atenção para o desenvolvimen-



to sustentável, passando pela criação de órgãos de proteção ambiental mundialmente, até finalmente chegar aos dias de hoje, quando diante da evolução tecnológica e, principalmente, das mudanças climáticas tal assunto ganha destaque. Desse modo, em um segundo momento está sendo tratada a atualidade mundial da sustentabilidade, sendo elucidadas questões como o conflito existente entre desenvolvimento e desenvolvimento sustentável, e como a degradação ambiental está levando a consciência mundial para o âmbito da sustentabilidade. Por fim, trata-se dos preceitos sustentáveis na atualidade jurídica brasileira, discorrendo sobre a existência do desenvolvimento sustentável como um valor supremo resguardado pela Carta Magna Brasileira, e como ainda é frágil a real aplicação de tal princípio na atualidade do país, que diante do atraso em algumas áreas acaba neutralizando os avanços a um ambiente ecologicamente equilibrado, alcançados com certas ações.

Palavras-chave: Sustentabilidade. Desenvolvimento sustentável. Direito ambiental.

Introdução

É incontroversa a atual visibilidade dada aos



temas ambientais e correlatos. Assim, é natural a dúvida sobre o instituto da sustentabilidade, o qual muito se ouve falar, mas pouco se estuda os detalhes, principalmente, sua influência no sistema brasileiro.

Com o intuito de apresentar de forma concisa o conteúdo, foram utilizadas em sua maioria fontes bibliográficas de estudiosos sobre o tema, e ainda, e apenas a fim de complementação extraiu-se trechos de documentos oficiais de organizações e comissões que possuem temática ambiental ou correlata.

Desse modo, o presente artigo tem por objetivo trazer à baila algumas questões referentes à sustentabilidade e desenvolvimento sustentável. Elucidando detalhes como, sua historicidade e atual importância mundial, e ainda suas facetas na presente época jurídica nacional.

1 - A Evolução da Consciência Sobre Sustentabilidade

Por mais que, atualmente, tenha aumentado a visibilidade do princípio da sustentabilidade, é interessante ressaltar que esse tema já vem sendo abordado por muito tempo na história mundial, desse modo é importante traçarmos um breve histórico sobre ele.



No despontar da idade moderna, como esperado, a matéria-prima mais utilizada era a madeira, sendo empregada como meio construtivo nos mais diversos ramos e até mesmo como fonte de energia. Em razão da intensa utilização de tal recurso percebeu-se o aumento na escassez das florestas (BOFF, 2015 p. 32).

Diante disso, iniciou-se certa consciência sobre o uso dos recursos florestais. Relata-nos Boff (2015, p. 32) que, mais precisamente na Província da Saxônia, na Alemanha de 1560 irrompeu “pela primeira vez, a preocupação pelo uso racional das florestas, de forma que elas pudessem se regenerar e se manter permanentemente. Neste contexto, surgiu a palavra alemã *Nachhaltigkeit*, que significa ‘sustentabilidade’”.

Continuando a explicação, retrata Boff (2015, p. 33) que mesmo existindo a noção da escassez florestal por causa da exploração descontrolada, e inclusive por já ser utilizado o novo termo criado, o real enfoque para a sustentabilidade ocorreu apenas em 1713, novamente na Saxônia, onde o capitão Hans Carl Von Carlowitz escreveu um tratado em latim sobre a sustentabilidade das florestas.

Já em âmbito mundial, pode-se dizer que a atenção da ONU sobre esse tema aconteceu apenas em 1972, quando ocorreu em Estocolmo a Primeira



Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente. Os resultados não foram significativos, mas seu melhor fruto foi a decisão de criar o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) (BOFF, 2015, p. 34).

O próximo avanço considerável que vale a pena retratar na área ambiental, é o Relatório Brundtland, que foi redigido em 1987, e, conforme Freitas (2012, p. 46), esse documento “trata-se de progresso histórico, digno de nota”. Tal relatório foi redigido pela Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991, p. 1), com a ideia de que “os homens podem construir um futuro mais próspero, mais justo e mais seguro”. E tendo a visão de que existe “possibilidade de uma nova era de crescimento econômico, que tem de se apoiar em práticas que conservem e expandam a base de recursos ambientais” (CMMAD, 1991, p. 1).

Além do explanado acima, o Relatório Brundtland conceituou concisamente o termo Desenvolvimento Sustentável, que é utilizado até os dias de hoje. Assim, conforme o relatório “desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades” (CMMAD, 1991, p. 44).

Tendo em vista a repercussão desse relatório,



a Assembleia das Nações Unidas decidiu dar continuidade à discussão do tema, “convocando a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de julho de 1992” (BOFF, 2015, p. 34). Pode-se dizer que a Cúpula da Terra, como ficou conhecida essa conferência, “chamou a atenção do mundo para a dimensão global dos perigos que ameaçam a vida no Planeta e, por conseguinte, para a necessidade de uma aliança entre todos os povos em prol de uma sociedade sustentável” (CNUMAD, 1997, p. 7).

Tal conferência serviu para alertar o mundo sobre a deterioração ambiental que vinha ocorrendo, bem como demonstrar as disparidades sociais entre as nações. Em tal ocasião, “os modelos de desenvolvimento adotados pelas nações e suas consequências foram profundamente discutidos, e inúmeras propostas de ação foram consignadas em busca de alternativas” (MANTOVANELI JUNIOR, 2013, p.23).

A Agenda 21, documento de maior importância redigido na Cúpula da Terra (BOFF, 2015, p. 35), foi criada sob o preceito de que investimentos e uma observância maior a questões concernentes ao meio ambiente e desenvolvimento podem ser ponto crucial para se conseguir suprir as necessidades básicas de todos, conseqüentemente, alcançar um aumento



no nível de vida mundial, e claro, atingir um ecossistema equilibrado e funcional (CNUMAD, 1997, p. II).

Diante do apresentado, pode-se averiguar que, não obstante a noção de sustentabilidade ter se iniciado por meados do século XVI, foi apenas no final do século passado que as organizações mundiais passaram a dar real atenção a esse princípio. Como será demonstrado, foi recentemente que realmente deu-se real importância aos assuntos ligados à sustentabilidade.

2 - Sustentabilidade e a Atualidade Mundial

Como demonstrado anteriormente, sustentabilidade pode ser considerada um princípio mundial em ascensão, quer diante da degradação ambiental que vem ocorrendo, ou diante do crescimento populacional desenfreado. Conforme Toledo (2008, p. 30), no século passado, a população mundial cresceu exponencialmente “multiplicando por nove o consumo da água, por quatorze a sua economia, por dezesseis o uso da energia e por quarenta o produto industrial”.

Nesse sentido, leciona Trigueiro (2004, p. 21), que tal acontecimento pode ser relacionado ao aumento do consumo que aconteceu após a Revolução



Industrial, e cresceu por conta do desenvolvimento tecnológico e da globalização. Esses fatores criaram reações em níveis mundiais em que, e, conforme relatórios de diversas organizações começa-se a confirmar os sinais de exaustão dos recursos naturais não renováveis.

Segundo Speranza (2008, p. 58), durante demasiado tempo, o termo desenvolvimento era ligado quase que especificamente a desenvolvimento econômico, que, por sua vez, era gerado pelo aumento de consumo de produtos derivados de matérias-primas extraídas da natureza quase sempre em quantidade maior do que os limites suportados pelo planeta. E não sendo o bastante, após extrair a matéria-prima e transformar em produtos de consumo, retornam novamente à natureza em forma de resíduo. A autora completa que, “esse modelo de desenvolvimento foi se propagando quase como algo imperativo, sob a suposição de que era possível e desejável a todos”.

Segundo a Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991, p. III), a degradação ambiental é responsável pela diminuição de diversos recursos ambientais utilizados diariamente pelos seres humanos, e a seqüela de não se cuidar satisfatoriamente do meio ambiente pode levar a resultados catastróficos, tendo em vista que a liga-



ção entre meio ambiente e desenvolvimento é bem maior do que a simples gestão dos recursos naturais.

Tendo como norte os aspectos apresentados, elucida Freitas (2012, p. 23) que, “ao que tudo indica, nos próximos milhões de anos, o planeta não será extinto. A humanidade é que corre real perigo. A gravidade das questões ambientais encontra-se, no presente estágio, isenta de dúvidas, em pontos fulcrais”.

Para Freitas (2012, p. 24), retirando-se apenas o risco de guerra nuclear, o momento atual do planeta pode inviabilizar a permanência da raça humana na terra, tudo isso, por culpa exclusiva do estilo de vida adotado, que é compulsivo e pouco amigável para com o meio ambiente. Coaduna com esse entendimento Amorim (2015, p. 121), declarando que “a degradação ambiental viola não só direitos específicos do indivíduo, como afeta principalmente a condicionante primária para a realização destes e de quaisquer outros direitos: a vida”.

Nessa senda, pode-se ter um vislumbre do porquê está se dando demasiada importância a tal tema. A fim de clarificar o assunto, pode-se utilizar o conceito de sustentabilidade apresentado por Freitas (2012, p. 133), que em suma, trata a sustentabilidade como um valor supremo fragmentado do princípio constitucional que institui ao Estado e à



sociedade responsabilidade solidária ao desenvolvimento ambientalmente ético nas mais diversas esferas, com o intuito de se garantir de modo preventivo o direito ao bem-estar.

Destarte, ainda de acordo com Freitas (2012, p. 29), não se pode considerar a sustentabilidade como um assunto passageiro, mas sim resultado lógico da simbiose das mais diversas áreas. Podemos, assim, dizer que a sustentabilidade deixou de ser ornamento para ganhar real valor na atualidade mundial, tornando-se como princípio norteador nas mais diversas relações sociais.

Levando-se em consideração o demonstrado até aqui, pode-se então relacionar desenvolvimento sustentável com um legado permanente entre gerações que estão sempre buscando prover suas necessidades, mas sem olvidar-se das que estão por vir, tendo assim como resultado lógico a manutenção e conservação eterna dos recursos naturais (BARBIERI, 2005, p. 37).

Tal consciência é tamanha nos dias atuais, que a ONU em recente reunião com os países membros, definiu os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável globais. Este novo documento, nomeado de Agenda 2030 busca além de outras coisas, erradicar a pobreza extrema, proteger o planeta mediante medidas arriscadas e transformadores que



são consideradas urgentes para se alcançar um caminho sustentável e resiliente. Assumindo assim, um compromisso contra a degradação, principalmente, por meio do consumo e produção sustentáveis, gestão sustentável dos recursos naturais e medidas para controlar as mudanças climáticas (ONU, 2015).

3 - Os Preceitos Sustentáveis e a Atualidade Jurídica Brasileira

Diante de toda a visibilidade dada à sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável em âmbito mundial, diferente não poderia acontecer nacionalmente. Desde a reunião Rio+92 e, conseqüentemente, a elaboração da Agenda 21 mundial, o Brasil veio dando atenção à sustentabilidade. Mas vale ressaltar que a integração de tal valor em nosso ordenamento ocorreu antes mesmo da Cúpula da Terra.

Ressalta Freitas (2012 p. 109) que, a Carta Magna correlaciona a sustentabilidade como valor supremo; pois, racionalmente falando, o termo “desenvolvimento” contido no preâmbulo e também como objetivo fundamental no art. 3º, II, poderia unicamente estar ligado ao desenvolvimento sustentável, e não à visão antropocêntrica soberba e ultrapassada de tal preceito.



Para corroborar com tal entendimento, o mesmo autor aponta outros trechos da Constituição Federal, como, “art. 174, parágrafo primeiro (planejamento do desenvolvimento equilibrado)” e também, “o art. 218 (desenvolvimento científico e tecnológico, com o dever implícito de observar os ecológicos limites)” (Freitas, 2012, p. 109).

Por fim, conclui que, em simbiose perfeita com o argumentado, vem ao encontro o art. 170, VI, da Carta Maior, que garante como princípio de regência sobre a ordem econômica “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Não obstante as argumentações tecidas, é evidente que a real observação da sustentabilidade como preceito fundamental ganhou força após a Eco+92, e toda a atenção despendida mundialmente aos assuntos ali tratados.

Assim, tendo em vista a Agenda 21 mundial, o estímulo para participação nas políticas públicas pela sociedade civil e suas organizações trazido pela Constituição Federal de 1988, o planejamento governamental ganhou a conotação de ser um processo permanente de negociação entre Estado e sociedade (CPDS, 2004, p. 12).



Dessa forma, em 1994 foi criada no Brasil, no âmbito do Executivo Federal, a Comissão Intermministerial para o Desenvolvimento Sustentável (CIDES), que em suma, tinha como objetivo assessorar o Presidente da República na tomada de decisões sobre temas ligados ao desenvolvimento sustentável, e também, criar a Agenda 21 Brasileira. Acontece que tal Comissão teve seu fim, antes de completar sua tarefa mais importante, concluir a Agenda 21 Nacional (BARBIERI, 2005, p. 65).

Precedendo a CIDES tivemos a Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 (CPDS), que foi criada em 1997. Essa nova comissão, mediante a seleção de áreas temáticas e estudos dirigidos conseguiu elaborar e lançar em meados de 2001, o documento conhecido hoje como Agenda 21 Brasileira – Bases para Discussão (BARBIERI, 2005, p. 66).

Para a CPDS (2004, p. 12) é evidente que “o processo de elaboração da Agenda 21 Brasileira é a mais ampla experiência de planejamento participativo desenvolvida no país no período posterior à Constituição Federal de 1988”. A mesma Comissão discorre que a Agenda 21 Brasileira não é um plano de governo, mas um compromisso da sociedade, uma proposta, realista e exequível de desenvolvimento sustentável, todavia que sempre deve levar



em consideração os fatores econômicos que limitam sua implementação.

Em uma concisa análise dos documentos oficiais disponibilizados pelo Ministério do Meio Ambiente relacionados à sustentabilidade, podemos ver em seus preâmbulos versões parecidas da visão otimista retratada nas linhas anteriores. Como no caso do 1º Inventário Nacional de Emissões Atmosféricas por Veículos Automotores Rodoviários (MMA, 2011), que finaliza sua apresentação, afirmando que o Ministério do Meio Ambiente segue “no cumprimento de compromissos firmados para melhoria da qualidade do ar, procurando corrigir, assim, assimetrias temáticas na política ambiental brasileira”.

Acontece que o mesmo entusiasmo em torno desse documento e sua real funcionalidade no âmbito nacional não é apoiado por outros autores, como é o exemplo de Barbieri (2005, p.66), que declara que a Agenda 21 brasileira “ainda não decolou, no sentido que ainda não ganhou destaque na imprensa, nas ruas e sequer na comunidade científica e tecnológica amplamente considerada”. Completa o autor que, provavelmente, isso ocorreu por causa da forma que foi elaborada, pois é centrada em debates de especialistas das diversas áreas que trata, mas não leva em consideração sua aplicação.

Em contrapartida, retrata Trigueiro (2005, p.



237), que a vantagem que possuímos internacionalmente em razão de investimentos de nossa matriz energética limpa, baseada em hidrelétricas e uso de álcool como combustível, cai por terra quando se leva em consideração a informação divulgada pelo próprio governo brasileiro de que mais de 77% do gás carbônico lançado na atmosfera deriva das queimadas.

Freitas (2012, p.196) vai mais a fundo no tema, alegando que os direitos fundamentais ainda não se sobressaem com o mínimo de eficácia nas relações administrativas. E também que para o princípio constitucional da sustentabilidade para se fazer valer, será necessária uma mudança de atitude, pois, “não é justo fingir que as coisas marcham magnificamente. É incontestável a premência de reformulações estruturais e de fundo, não apenas de adaptação estilística e formal aos novos tempos”.

Diante do exposto, pode-se dizer que as mudanças que vêm acontecendo no âmbito político-ambiental estão trazendo poucas evoluções realmente tangíveis, pois, acabam por se perder no meio de palavras e promessas de um desenvolvimento sustentável.

Expõe-se, assim, a necessidade de buscar uma real melhora na área sustentável nacional, com atitudes que possam fazer a diferença. Na mesma li-



nha, Freitas (2012, p. 198) defende a necessidade de existência de decisões administrativas pautadas por uma racionalidade dialógica, pluralista e antecipatória, com políticas propícias para a propagação do bem-estar social e regulação contra as disfunções de mercado, visando pôr fim ao crescimento pelo crescimento.

Esse novo modelo de estado poderia ser literalmente chamado de Estado Sustentável, porquanto viabilizaria em concreto a economia de baixo carbono, e claro, a responsabilidade pelas presentes e futuras gerações. Tal estado teria latente o princípio constitucional da sustentabilidade em todo seu sistema jurídico-político e que finalmente, deixaria de lado as concepções antiquadas do patrimonialismo existente atualmente (FREITAS, 2012, p. 264).

Desse modo, mesmo tendo em vista que ainda não estão sendo suficientes as medidas tomadas nacionalmente para se ter uma real mudança nos paradigmas do desenvolvimento sustentável nacional, podemos ansiar por um momento em que a consciência da sustentabilidade irá finalmente permear as mais diversas áreas do desenvolvimento.

Conclusão

Como apresentando, por ser a sustentabilida-



de um valor em ascensão nos mais diversos campos de pesquisa científica, pode-se ter o falso preceito de que é uma preocupação atual. Acontece que tal ideia é falha, pois, existe um rastro bem específico de que já era empregado o arcaico equivalente a sustentabilidade desde meados do século XVI. Por mais que a sociedade já tenha passado por diversas mudanças culturais, desde a primeira vez que foi empregado o termo sustentabilidade oficialmente e os dias de hoje, é possível ver que o conceito atual ainda carrega em seu âmago a preocupação existente anteriormente, qual seja, o uso racional dos recursos ambientais.

Ficou evidente que a importância dada ao desenvolvimento sustentável em âmbito mundial é relativamente recente, mas que mesmo assim, especialmente, após a Cúpula da Terra, esse tema vem firmando satisfatoriamente seu espaço nas discussões mundiais. O que auxilia a tal visão é principalmente, o avanço científico e tecnológico, que chegou a um ponto onde consegue prever e entender os efeitos que a degradação ambiental desmedida vem causando ao nosso planeta.

Com tal alcance sobre o tema, não era de se esperar mesmo que o Brasil começasse a investir parcela de suas ações à sustentabilidade. Acontece que mesmo criando a Agenda 21 Brasileira e efetuando



estudos sobre o tema, nenhuma evolução tangível pôde ser evidenciada. Isso porque a sustentabilidade é formada pela simbiose das mais diversas áreas, avançando para o mesmo caminho, um ambiente ecologicamente equilibrado, e atitudes insustentáveis em algumas áreas acabam por neutralizar pequenos avanços em outras, como é o caso apresentado da utilização de energia limpa, mas ao mesmo tempo a existência de grande emissão de gás carbônico para a atmosfera.

Por fim, entende-se a necessidade não apenas de ações ou políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sustentável, mas sim de uma reformulação de toda a estrutura administrativa do Estado, que finalmente incorpore este grande princípio constitucional em cada alicerce de sua fundação.

Referências

AMORIM, João Alberto Alves. **A ONU e o meio ambiente:** direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente:** as estratégias de mudanças da Agenda 21. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2015



BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Ministério do Meio ambiente. **1º Inventário Nacional de Emissões Atmosféricas por Veículos Automotores Rodoviários**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/publicacoes/cidades-sustentaveis/category/67-qualidade-do-ar-g-controle-de-emissoes-veiculares?download=256:I-inventario-nacional-de-emissoes-atmosfericas-por-veiculos-automotores-rodoviarios.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

COMISSÃO DE POLÍTICAS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DA AGENDA 21 NACIONAL. **Agenda 21 brasileira**: ações prioritárias. 2. ed. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.



CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE. **Agenda 21**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1995.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. **Gestão sustentável (habitus e ação)**: princípios esquecidos pela agenda do desenvolvimento. Blumenau: Edifurb, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo**: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SPERANZA, Andrea. **Uma aproximação ao desenvolvimento sustentável da ecologia profunda**. In: MONJEAU, Adrian (Org.). **Ecofilosofia**. Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza, 2008. p. 56-67.

TOLEDO, Victor M. **Contra nós mesmos?** A consciência da espécie e o surgimento de uma nova filo-



sofia política. In: MONJEAU, Adrian (Org.). **Ecofilosofia**. Curitiba: Fundação o Boticário de Proteção à Natureza, 2008. p. 30-36.

TRIGUEIRO, André. **Mundo sustentável**: abrindo espaço na mídia para um planeta em transformação. São Paulo: Globo, 2005.





Justiça Restaurativa no Direito Penal:

uma Análise de suas Práticas

Kassia Grisa ¹

Samantha Stacciarini ²

5

Resumo: O presente artigo aborda uma das várias formas de resolução de conflitos no âmbito do direito penal, sendo esta a Justiça Restaurativa. Tal pesquisa tem como objetivo investigar os aspectos, possibilidades e metodologias alternativas na resolução de conflitos, bem como demonstrar que não basta colocar o infrator em uma cela do sistema carcerário, mas sim elaborar alternativas para a restauração e ressocialização desse indivíduo. Em seguida demonstra-se a questão da Justiça Restaurativa, ao

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Unifebe. Trabalha na área de Direito Penal. E-mail: kassia.grisa@hotmail.com

² Professora do Curso de Direito da Unifebe e Avantis. Mestre em Ciências Jurídicas. E-mail: samantha@unifebe.edu.br



apontar seu conceito, princípios reguladores e a relação entre vítima, ofensor e a comunidade na qual estão inseridos. Ao final, realizou-se a análise sobre a utilização e importância da Justiça Restaurativa na reeducação e reinserção do indivíduo infrator na sociedade, fazendo com que esse cidadão reflita sobre seus atos e perceba seu erro, promovendo a ele uma nova maneira de viver em coletividade. O Método da pesquisa utilizado é o dedutivo ao apresentar os fundamentos da Justiça restaurativa, para especificar as várias possibilidades de aplicação da mesma. Com a realização da pesquisa, espera-se demonstrar que existem diversas maneiras de se ressocializar e reeducar o indivíduo infrator.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; Ressocialização; Resolução de conflitos.

1 - Introdução:

Pretende-se esclarecer, na área do Direito Penal, os aspectos gerais sobre os métodos alternativos na resolução de conflitos, bem como investigar os fundamentos legais para sua prática, a fim de constatar as maneiras de implantação da Justiça Restaurativa.

Aparentemente, a Justiça restaurativa se apre-



senta como um modelo utópico, porém, com soluções simples diante das falhas do sistema de Justiça Criminal.

Essa ideia assume força principalmente com a adoção de um paradigma puramente punitivo retributivo. Entretanto, durante anos se tentou a implementação de diversas alternativas superficiais, as quais somente remendaram o sistema e, ao final, ratificaram a sua ineficiência.

A Justiça restaurativa se mostra como um modelo mais humano, que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito e devolve a estas a competência de resolução dos conflitos.

Para desenvolver a investigação será utilizado o método dedutivo³, especificando as partes do fenômeno referente à Justiça Restaurativa e as suas principais práticas.

Neste sentido, é preciso que seja realizada uma análise minuciosa por parte de quem irá aplicar este método restaurativo, para que autor e vítima sejam devidamente assistidos, e que traga o resultado esperado que é resgatar a vítima do trauma sofrido e ressocializar o autor, para que este não volte a cometer outros crimes.

³ O método dedutivo [...] que consiste em “estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes de um fenômeno de modo a sustentar a formulação geral” (PASOLD, 2001, p. 103).



Assim, a pesquisa busca demonstrar que muitas vezes a iniciativa da Justiça Restaurativa alcança a pacificação das relações sociais de forma mais efetiva que uma decisão judicial penal.

2 - Justiça Restaurativa

Segundo o juiz Asiel Henrique de Sousa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), em entrevista concedida ao site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Justiça Restaurativa é uma prática que ainda está buscando um conceito. Genericamente, pode-se dizer que se trata de um processo colaborativo voltado para resolução de um conflito definido como crime, que envolve a participação do infrator e da vítima. Tal modelo de justiça surgiu no exterior, na cultura anglo-saxã, sendo que as primeiras experiências vieram do Canadá e da Nova Zelândia e ganharam destaque em várias partes do mundo. O Brasil encontra-se ainda em fase experimental, mas já está em prática há mais ou menos dez anos.

A Justiça Restaurativa define uma nova roupagem para a questão do crime e das infrações que possibilitam uma diferente ideologia na humanização e pacificação das relações sociais envolvidas num conflito. Indagar a forma como se realiza jus-



tiça tem resultados não apenas no campo da Justiça formal, mas se revela de profundo impacto no âmbito cultural e das práticas sociais (BRANCHER, 2005).

Por outro lado, Johnstone e Ness (2007, apud PINTO, p. 19), elucidam que a Justiça Restaurativa é “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos”.

Os autores acima mencionados ainda destacam que não é possível estabelecer um consenso acerca de sua definição e dos seus objetivos:

Alguns consideram a justiça restaurativa como uma nova técnica social ou programa que pode ser usado no interior dos nossos sistemas de justiça criminal. Outros procuram, em última análise, abolir grande parte do edifício de punição do Estado e substituí-lo por respostas baseadas na comunidade que ensinam, curam, reparam e restauram vítimas, autores de crimes e suas comunidades. Outros, ainda, aplicam a visão de cura e restauração a todos os tipos de conflitos e danos. Na verdade, o objetivo final e foco principal, eles



sugerem, deveria ser a mudança da maneira como vemos a nós mesmos e nos relacionamos com os outros na vida cotidiana.

Paul McCold e Ted Wachtel propõem uma teoria conceitual de Justiça que parte de três questões-chave: Quem foi prejudicado? Quais as suas necessidades? Como atender a essas necessidades? Sustentam eles que crimes causam danos a pessoas e a relacionamentos, e que a justiça restaurativa não é feita porque é merecida e sim porque é necessária, através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão.

O consentimento do programa não deve, em nenhuma circunstância, ser usado como indício ou prova de processo penal, seja este o original ou em qualquer outro.

3 - Princípios da Justiça Restaurativa - Resolução 2002/12 da ONU

Embora a Justiça Restaurativa se identifique por não ter suas formas e procedimentos tão rigorosos, objetivando a elaboração de um sistema que se ajuste às peculiaridades locais, esta flexibilidade



não significa que seus programas não devam respeitar direitos e garantias individuais das partes. Pelo contrário, a observância desses direitos é indispensável para que ela esteja situada em um ideal capaz de construir uma sociedade harmônica, solidária e democrática.

É neste sentido que a Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho Econômico e Social, editou a Resolução número 12/2002, que trata sobre os princípios básicos dos programas de Justiça Restaurativa e, dentre outros, estipula uma série de preceitos que os estados devem observar quando da implantação de projetos restaurativos, a fim de que se evitem violações a direitos e garantias individuais.

Conforme o disposto na primeira parte do parágrafo 8º da resolução número 12/2002, primeiro é necessário que exista consenso entre as partes em relação aos fatos essenciais relativos ao conflito. O ofensor deve, ainda, aceitar sua responsabilização, pois, do contrário, é praticamente impossível que as partes tenham uma postura de assunção autônoma de responsabilidades, a qual é um dos objetivos da Justiça Restaurativa.

Destaca-se também, nesta mesma resolução, a garantia elencada na primeira parte do parágrafo 7º o qual preza que “os procedimentos restaurativos só



devem ser usados quando há evidências suficientes para sustentar uma acusação contra o ofensor [...] (tradução livre)”. Entende-se que este princípio possui dois aspectos, sendo primeiramente a importância do respeito ao princípio da legalidade, pois este não se mostra ajustado à atuação desses programas em conflitos que não são penalmente tipificados ou que não há sequer ofensa mínima ao bem jurídico tutelado pela lei, situação esta que, em reverência ao princípio da insignificância, exclui a própria tipicidade do fato.

Outra garantia prevista na resolução número 12/2002 é a voluntariedade das partes na participação dos programas, em seus parágrafos 7º (parte final) e 13, alíneas “b” e “c”. O procedimento precisa ser proferido sem qualquer tipo de coerção, até porque, o contrário inviabilizaria a ocorrência dos programas, os quais precisam de envolvimento e sincera abertura das partes, para que seja possível o alcance de um resultado pacificador.

Em decorrência disto, as partes têm o pleno direito de desistirem de participar dos projetos em qualquer fase, até a assinatura do acordo final, sem que se tenha algum ônus (FIELD, 2005, p. 390).

Quando o procedimento for iniciado, se vítima e/ou ofensor desistirem de participar ou, por algum motivo, não for possível obter um acordo, o



caso deve ser encaminhado para a justiça tradicional e tramitar normalmente, sem que seja considerado durando o processo penal o procedimento restaurativo.

O sigilo deve ser observado, para se evitar a exposição da vida privada dos envolvidos e possibilitar que eles se sintam seguros e confortáveis, tal garantia está prevista no parágrafo 14 desta resolução.

Finalmente, para que as práticas restaurativas não desenvolvam a violação das garantias e dos direitos individuais, os acordos também devem observar certos princípios. O primeiro deles refere-se ao conteúdo dos acordos, devendo condizer com os direitos fundamentais, isto decorre de a Justiça Restaurativa não significar vingança privada.

Para garantir que os acordos não conterão obrigações que dispõem contra a dignidade das partes, deve lhes ser garantida a assistência de advogado, bem como o conteúdo dos acordos deve ser supervisionado, conforme determina o parágrafo 15 da Resolução, por um Juiz, quando apropriado, ou por qualquer entidade que exerça esse papel de fiscal. No entanto, essa fiscalização deve se ater somente quanto à verificação de possíveis violações de direitos fundamentais, sem que haja a interferência das autoridades sobre a vontade das partes.



Como se percebe, para que a Justiça Restaurativa efetivamente contribua para a construção de uma sociedade respeitadora dos direitos humanos, há uma gama de princípios que devem ser obedecidos. Portanto, a informalidade que rege as práticas restaurativas, como se verifica, não denota que este modelo de justiça desprezite direitos e garantias das partes.

4 - As Partes Envolvidas: o Tripé Vítima - Ofensor - Comunidade

4.1 - Vítima

O movimento vitimológico, o qual cumpriu forte controle no movimento restaurativista, acendeu, entre outros, a necessidade de não se excluir a vítima da justiça penal. Entende-se que o organismo de confisco do conflito pelo poder público desumaniza a vítima, pois não a considera como sujeito de direito, mas apenas como objeto ou o símbolo que permitirá a ingerência estatal (SILVA, 2007).

Em contrapartida, a Justiça Restaurativa prefere um sistema que realmente inclua a vítima no processo de resolução do conflito, pois, afinal, foi o seu conflito que deu causa à atuação estatal (BIANCHINI, 2012). Com esse ideal, não se pretende a pri-



vatização do sistema de justiça, mas a sua democratização. Pode-se parecer muito drástica a afirmação de que o sistema penal exclui a vítima, quando se pensa, por exemplo, que ela é intimada a comparecer na delegacia e em juízo para prestar depoimento sobre os fatos, fazer o reconhecimento do infrator, etc. Contudo, essa “participação” se dá sempre numa posição de passividade. Ela é mera expectadora, não assumindo uma postura ativa na busca de soluções. Tal participação não atende aos seus legítimos interesses (SILVA, 2007).

Verifica-se, assim, que a redescoberta da vítima significa, fundamentalmente, a busca pelo equilíbrio das afinidades sociais, sem que a sua aflição seja compensada com a remissão a outrem. Esta harmonização se dá por medidas que impeçam a revitimização e que, dentro do possível, reparem os danos.

4.2 - Ofensor

No ponto de vista da Justiça Restaurativa, é preciso demonstrar ao réu todas as consequências de sua infração, inclusive as de ordem, social, comunitária, psicológica e jurídica, além de transmitir ao infrator a responsabilidade pelo delito e pela sanção que lhe é imposta (BIANCHINI, 2012). No entanto, o



sistema retributivo falha ao exercê-la, pois seu foco é tão focado na punição que não consegue, de maneira eficiente, transmitir referida mensagem, seja à vítima, ou ao ofensor (SILVA, 2007).

Se o Estado não agir preventivamente, a atuação repressiva pode ser adaptada de modo a realizar essa prevenção posteriormente e trazer uma nova perspectiva ao infrator, pois para ele a Justiça Restaurativa é mais benéfica, por trazer a responsabilização do delito, aprendizagem com a experiência, possibilidade de reparar diretamente o mal causado por sua atitude e ainda a chance de obter a redenção e o perdão.

Não se trata de motivo extravagante, trata-se na realidade da necessidade de ser percebido, em todos os seus aspectos. O detento buscava que fosse percebido que, na essência, ele não era apenas errado, mas que ele também continha partes boas, que no curso de sua vida houve tentativas de mudanças para rumar o bem (BIANCHINI, 2012).

4.3 - Comunidade

Fazem parte da micro comunidade aqueles que são afetados pelo crime por fazerem parte do círculo de convivência pessoal da vítima e do infrator, como por exemplo, seus familiares, amigos e os



demais que estão em seu relacionamento íntimo e pessoal, unindo, dessa forma, uma rede de relacionamento que não depende de questões geográficas. Essas pessoas tendem a partilhar sua concepção de mundo e a se motivarem mutuamente, razão pela qual a prática do crime também as afeta (SILVA, 2007). Ainda que estas pessoas não tenham ligação direta com o ocorrido, elas sentem-se atingidas, pois têm um vínculo emocional direto com a vítima ou ofensor.

Por outro lado, fazem parte da macro comunidade as pessoas que, mesmo que não tenham uma convivência íntima com os envolvidos, convivem com eles no mesmo espaço geográfico, como na vizinhança, cidade, igreja, trabalho, associação, etc. Para essas pessoas, o crime não será vivenciado sob um aspecto emocional, mas como um comportamento que pode acarretar na perda ou diminuição do sentimento de segurança coletivo (SILVA, 2007).

Estas considerações demonstram que o crime possui uma dimensão pública, a qual a Justiça Restaurativa não ignora, e atesta a afirmação de que o seu modelo não é embasado pela ideia de privatização do controle penal, mas pela sua democratização. Propõe-se, por conseguinte, a ligação entre o sistema de justiça, os personagens envolvidos no crime e a comunidade que os cerca, a fim de que as decisões



tomadas sejam, de fato, legítimas e emancipatórias.

5 - Aplicações da Justiça Restaurativa

Traçados os valores e premissas essenciais sob os quais é construída a Justiça Restaurativa, indagam-se quais os possíveis procedimentos que permitem que ela tenha aplicação prática.

Não existe um procedimento padrão para tanto, porém existem algumas práticas que têm sido aplicadas nos projetos já consolidados, as quais possuem alguns pontos em comum, como, por exemplo, serem embasadas em reuniões não adversárias entre as partes envolvidas, em um ambiente informal, onde elas são estimuladas a expressar o seu ponto de vista sobre o conflito e a discutir suas consequências (BIANCHINI, 2012).

Os programas de mediação vítima-ofensor são as práticas mais comuns em Justiça Restaurativa e baseiam-se em um encontro face a face entre as partes, num ambiente informal, onde será incitado o diálogo. Primeiro, é feito separadamente uma reunião com as partes com um mediador ou facilitador devidamente capacitado, com a intenção de lhes ser explicada a dinâmica do procedimento, além de ser a ocasião em que se averiguará se o encontro direto com o ofensor não poderá gerar revitimização e



se estão presentes os elementos mínimos que demonstrem que o agressor está disposto a assumir uma postura de responsabilização (FERNANDES, 201[?]).

Depois é solicitado o encontro entre as partes intermediado pelo facilitador/mediador, no qual a vítima será estimulada a explicar sua visão pessoal do conflito e as suas consequências psicológicas, físicas e patrimoniais. O ofensor, por sua vez, terá a oportunidade de exteriorizar as suas razões para ter cometido a infração, bem como suas necessidades (BIANCHINI, 2012).

Após o dito procedimento, vítima e ofensor estabelecem um acordo de como serão reparados os decorrentes danos do conflito, com obrigações que poderão ou não ser patrimoniais (BIANCHINI, 2012).

O procedimento adotado nesses círculos é complicado e, dentre todos os modelos, é o que demanda mais tempo e comprometimento entre os participantes. De toda forma, o êxito dos procedimentos está relacionado aos mecanismos adotados para fiscalizar o cumprimento dos acordos estabelecidos, bem como a utilização de estratégias que facilitem a sua observância.

No Brasil, existem três projetos piloto de Justiça Restaurativa financiados pela Secretaria de Re-



forma do Judiciário do Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), os quais são desenvolvidos em Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e Brasília/DF. Todos eles vinculam-se institucionalmente ao Poder Judiciário e contam com a parceria da sociedade civil (SILVA, 2007).

A importância dessa exposição, como se vê, está em demonstrar como as teorias apresentadas no presente trabalho são possíveis de serem aplicadas, e que não se trata apenas, de ilusão acadêmica.

Com o objetivo de ampliar o acesso dos cidadãos à Justiça e diminuir o tempo de tramitação dos processos, a entidade firmou acordo de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, iniciativa que gerou o Programa de Modernização da Gestão do Sistema Judiciário (LARA, 2012).

A Justiça Restaurativa foi implementada em São Caetano do Sul - São Paulo, pelo Projeto 'Justiça, Educação, Comunidade: parcerias para a cidadania'. Após três anos de sua implementação, o projeto ampliou práticas e conhecimentos inovadores, solidificando-os em uma proposta de tecnologia social que está sendo aplicada e recriada em outros municípios do Estado de São Paulo (MOURA, 2012).

Em Porto Alegre, o projeto teve início junto



à 3ª Vara da Infância e Juventude, onde a atuação é voltada para a elaboração das medidas socioeducativas. Neste caso, a ocorrência das práticas restaurativas é após o trâmite processual destinado a apurar o ato infracional e “constituir a culpa” do infrator (LARA, 2012).

O fato de agir já na fase de execução do processo, assim sendo, em um momento distante de quando aconteceu o conflito, ocasiona alguns problemas, como, por exemplo, o obstáculo de localização da vítima e a sua falta de interesse em participar do procedimento (SILVA, 2007).

A experiência de Brasília diferencia-se das demais por ter o seu projeto iniciado e, por conseguinte, se especializado em práticas restaurativas destinadas aos indivíduos adultos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo. Esta característica observa mais uma vez a maleabilidade da prática restaurativa. Tal propriedade, vale dizer, o poder de sofrer adaptações sem perder a sua essência, é de certo uma valiosa qualidade na busca da materialização da cultura da paz e da não violência nas comunidades afetadas pelo crime (LARA, 2012).

Diante destas práticas encontradas, percebe-se que o que caracteriza os procedimentos restaurativos é a elaboração de uma justiça ‘humanizada’, com respeito à complexidade e singularidade dos



indivíduos, na qual as partes têm a possibilidade de interpretar a realidade conflituosa e de identificar formas de solução para seus problemas.

6 - Considerações Finais

Ao encerrar a presente pesquisa, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca dos pontos mais relevantes expostos anteriormente, quanto a sua discussão e seus resultados obtidos. Constatou-se, por conseguinte, que a Justiça Restaurativa atua como forma de descentralização da resolução de conflitos do sistema Judiciário. Para que isso ocorra, é preciso a efetiva participação do infrator, da vítima e da sociedade, para que haja a restauração do conflito praticado. Portanto, neste viés verifica-se como é importante a análise dos princípios elencados na resolução 12/2002 da ONU, a qual garante que os acordos não conterão obrigações que disponham contra a dignidade das partes, devendo-lhes ser garantida a assistência jurídica, bem como o conteúdo dos acordos devem ser fiscalizados.

Referências

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servan-



da, 2010.

BRANCHER, Leoberto Narciso. **Justiça restaurativa**. A cultura da paz na prática da Justiça, Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <http://jij.tj.rs.gov.br/jij_site/docs/just_restaur/vis%C3o+geral+-jr_o.htm> Acesso em: 15 nov. 2016.

FERNANDES, Márcia Adriana. **Justiça restaurativa**: por um sistema de justiça penal prospectivo e mais humano. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10925/1454> Acesso em: 18 nov. 2016.

FIELD, Rachel. Encontro restaurativo vítima-infrator: questões referentes ao desequilíbrio de poder para participantes jovens do sexo feminino. In: PINTO, Renato Sócrates Gomes et al (Org.). **Justiça Restaurativa**. Coletânea de Artigos. Brasília, 2005. p. 390.

LARA, Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil**: a afirmação de justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. 2002. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=-ldfcb07c683107fo>> Acesso em: 18 nov. 2016.



MOURA, Misleine Santos. **Justiça restaurativa:** instrumento de política criminal. 2012. 78 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **A construção da justiça restaurativa no Brasil:** o impacto no sistema de justiça criminal. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/viewFile/65/70>> Acesso em 4 out. 2016.

SILVA, Karina Duarte Rocha da. **Justiça restaurativa e sua aplicação no Brasil.** 2007. Brasília 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) – Universidade de Brasília - Faculdade de Direito, Brasília, 2007.



O Direito à Saúde Como Direito Subjetivo Público Prestacional:

Uma Análise das Possibilidades,
Critérios e Limites em Casos
de Medicamentos via Judicial

6

Letícia Maria da Silva
Gislaine Carpena

Resumo: O tema saúde é bastante abrangente envolvendo a esfera social, econômica e jurídica, sendo, portanto, um assunto de grandes discussões e divergências. Para desenvolver a investigação foi utilizado o método dedutivo, uma vez que a pesquisa inicia com os aspectos gerais (amplos) sobre o estudo dos conceitos e leis conexos ao direito à saúde para, em seguida, constatar quais as possibilidades, critérios e limites estabelecidos constitucionalmente, legalmente e judicialmente para a concessão de medicamentos. Com a concretização deste trabalho buscou-se demonstrar que o direito à saúde não se trata de um direito absoluto, tendo este, limites



e critérios a serem analisados e estabelecidos judicialmente na sua concessão em casos de medicamentos, haja vista a escassez do orçamento público, bem como a deficiência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Palavras-chave: Direito à saúde. Medicamentos. Judicialização.

Introdução

O estudo de direito constitucional é tarefa instigante, esclarecedora e elevadora do espírito, especialmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais em virtude das extensas teorias envolvidas (filosofia, direito, ciência política, dentre outros) e das inúmeras fontes de pesquisa, o que o torna, da mesma forma, em um estudo complexo e desafiador.

Diante da realidade social brasileira, viu-se relevante para o presente estudo a investigação sobre o direito à saúde. O direito à saúde está explicitamente consagrado e evidenciado no artigo 196 da Constituição Brasileira de 1988, que a assegura a todos sendo dever do Estado garanti-la.

A saúde é um direito subjetivo público prestacional oponível contra os entes federados no âmbito



jurídico brasileiro, em que especificamente em casos de medicamentos, para sua efetivação, existem possibilidades, assim como, critérios e limites pela via judicial, tendo em vista a escassez do orçamento público e a deficiência da organização dos entes públicos.

Assim, o presente artigo busca esclarecer o direito à saúde como direito subjetivo público prestacional, analisando as possibilidades, critérios e limites para a concessão de medicamentos na vida judicial.

1 - Direito e Saúde

O direito à saúde é, sem dúvida, um dos mais importantes direitos do homem, uma vez que está inteiramente ligado ao direito à vida e, sem esta, não há o exercício de qualquer outro direito. Todavia, naturalmente, nem sempre há o reconhecimento jurídico de tal necessidade, especialmente, em virtude de diversos amparos legais embaixadores dos distintos entendimentos judiciais.

De tal modo, para discorrer sobre a matéria do direito à saúde, mister se faz primeiramente a compreensão do que é considerado direito e o que é considerado saúde.

Quando se trata da concepção de direito, não



há um consenso, em que juristas e filósofos divergem, desde tempos longínquos, sobre seu conceito.

Pois bem, a palavra direito tem sua origem do vocábulo latino *directum*, que significa “reto, que está de acordo com a lei” conforme orienta Gonçalves (2014, p. 20). Já o dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 256) elucida o direito como “[...] O que é justo, conforme a lei. Prerrogativa que alguém tem de exigir de outrem, em seu proveito”.

Dessa forma, a palavra direito, por meio de um conceito gramatical define-se exclusivamente pelo que é certo em concordância com a lei. Entretanto, sob o ponto de vista jurídico-filosófico, o conceito da palavra direito possui diversos significados, podendo referir-se tanto a um fenômeno social quanto a um complexo de regras para o controle social, ou como objeto de justiça. O jurista e filósofo Kelsen (1997, p. 5) define o direito como “uma ordem normativa da conduta humana”, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

Dessa forma, tem-se que o significado de direito é relativo, dependendo da subjetividade do pensamento do indivíduo que o analisa. Contudo, o presente estudo não tem por objetivo esgotar o conceito do que é direito.

A palavra saúde tem sua etimologia advinda do latim: *salute*, que significa “estado daquele, cujas



funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal”, dessa forma é o que ensina o dicionário Aurélio (FERREIRA, 2010, p. 686).

No entanto, o conceito da palavra saúde passou por muitas variações no decorrer da história, até este conceito, em 1946, se solidificar por meio da Organização Mundial da Saúde, a qual em sua Constituição definiu que a saúde consiste em “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Em outras palavras, a saúde deve ser entendida como um estado normal de funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano como um todo, desde seu vigor físico, até seu equilíbrio mental e conforto social.

De tal modo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em relação à saúde afirma em seu artigo XXV que:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar, e à sua família, a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários; e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na in-



validez, na viuvez, na velhice ou em outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade (ONU, 1948, p. 13).

Dessa forma, o artigo supracitado, nos dá a uma definição de que o direito à saúde é um direito humano essencial, que constitui o eixo na natureza de um ser, sendo absolutamente necessário e indispensável para a vida.

Nesses termos, a saúde torna-se um objetivo de qualidade de vida, que depende de direitos essenciais às pessoas humanas, bem como do ambiente em que vivem. Isto é, o direito à saúde é indissociável do direito à vida, que tem por alento a qualidade desta. Assim, ao se discutir o direito à saúde, se está discutindo a qualidade de vida.

2 - Direito à Saúde Como Direito Subjetivo Público Prestacional

O direito à saúde se faz presente na Constituição do Brasil de 1988, de formas explícitas e implícitas em diversos artigos, como: 5º, 6º, 7º, 21 ao 24, 127, 170, 194 ao 200, 225, dentre outros, o que mostra a seriedade da proteção desse direito na sociedade atual, pelo ordenamento jurídico pátrio.



O direito à saúde está explicitamente consagrado, e evidenciado no artigo 196 da Constituição de 1988, no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social. Nessa perspectiva, estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (BRASIL, CRFB de 1988, artigo 196).

Ainda, a Constituição Federal garante, em seu art. 5º, inciso XXXV, no capítulo Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, no caso em que o Poder Público falhe na prestação de serviços que garantam o direito à saúde dos cidadãos, a garantia da efetivação deste direito poderá se dar mediante o instrumental jurídico do Poder Judiciário.

De tal modo, pode-se visualizar o direito à saúde em dois aspectos, sendo o primeiro como um aspecto objetivo, e o segundo, como um aspecto subjetivo. No que tange ao primeiro aspecto, pondera Diniz (2013, p. 24) que, “o direito objetivo é o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação”.

Assim, não somente aos cidadãos, o direito objetivo obriga também ao Estado a prestações positivas, como oferecer determinados serviços, ela-



borar e executar programas e planos de saúde, vez que tal obrigação impõe-se como norma no texto constitucional em seu artigo 196 da Constituição Federal do Brasil de 1988, conforme exposto.

Já no aspecto subjetivo, o indivíduo detém o direito de exigir saúde, vida digna e qualitativa quando o Estado descumprir tais garantias. Nesse sentido, César Fiuza (FIUZA, 2003, p.14) leciona que “Direito Subjetivo é faculdade. Quando se diz que alguém tem direito a alguma coisa, está-se referindo a direito subjetivo seu, a faculdade que possui. [...] É o Direito Objetivo que confere às pessoas direitos subjetivos”.

Reale (2002, p. 260), também se propôs a conceituar o termo, preconizando que “direito subjetivo é a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.

Dessa forma, o direito subjetivo se destaca pela faculdade individual de agir de acordo com um direito objetivo, para satisfazer um direito subjetivo que tenha sido prejudicado, ou seja, o direito objetivo é a própria norma protegendo bens juridicamente expressos.

Assim, esta dimensão subjetiva, que nasce do direito objetivo, dá ao direito à saúde do cidadão o caráter de direito público subjetivo oponível contra



o Estado. Entretanto, de que forma pode o cidadão opor esse direito contra o Estado? Quais as possibilidades, critérios e limites para a concessão desse direito em casos de medicamentos na via judicial? Tais questões serão a seguir abordadas.

3 - Das Possibilidades, Critérios e Limites Para a Concessão do Direito à Saúde em Caso de Medicamentos na Via Judicial

Destaca-se que no que toca ao direito à saúde há duas possibilidades de requerê-la, sendo: pela via extrajudicial (administrativamente) ou pela via judicial (acionando o Poder Judiciário), sendo esta última, objeto da presente pesquisa.

Com o intuito de garantir o acesso à saúde, estabeleceu-se, embora ainda esteja longe de ser realidade, por meio do texto constitucional, o Sistema Único de Saúde (SUS), como garantia de acesso igualitário e universal a todos os cidadãos brasileiros, por meio de procedimentos administrativos, gratuitos de alta qualidade e abrangência.

A Constituição Federal de 1988 cria e consagra a primeira possibilidade de concessão do direito à saúde na concessão de medicamentos: o SUS é o responsável pelas ações e serviços públicos de saúde, regulado infraconstitucionalmente pela Lei nº



8.080/90, Lei nº 12.401/2011 e Lei nº 8.142/90.

Conforme determinado pelo artigo 198, da Constituição Federal, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado, que seja propiciado o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e que haja a participação da comunidade (BARROSO, 2017, p. 9).

Citando Carvalho, Figueiredo (2007, p. 96) observa que a conformação em “sistema” impõe que o SUS subsista como “um conjunto de unidades, serviços e ações que interagem para um fim comum”, em que o adjetivo “único” determina que as diretrizes e princípios estabelecidos constitucionalmente devam ser seguidos de forma unívoca nos três níveis da Federação.

Pois bem, atualmente, a população brasileira tem acesso a medicamentos na rede pública, por meio do Poder Executivo, por intermédio do SUS, pelas seguintes vias: rede ambulatorial de saúde dos municípios, para o elenco da atenção básica, rede ambulatorial dos Estados, com os medicamentos excepcionais; e na rede hospitalar, durante internações e também alguns procedimentos ambulatoriais. Acontece que, o Poder Executivo, por meio do SUS nem sempre consegue garantir todo e qualquer



medicamento que atende à necessidade dos cidadãos. É nessa ocasião quando o Poder Judiciário se faz necessário para garantir o direito à saúde, nascendo assim, a segunda possibilidade para a concessão de medicamentos: a via judicial.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário a função de corrigir as eventuais desigualdades e erros cometidos pelo Executivo e Legislativo, com base na garantia do direito à saúde, cabendo ao julgador proteger a inviolabilidade desses direitos. Acontece que, a intervenção judiciária em relação ao direito à saúde vem ascendendo-se entre os poderes, determinando à Administração Pública (Poder Executivo) o fornecimento gratuito de medicamentos, visando a realização da garantia constitucional, estabelecida pelo Poder Legislativo de prestação universalizada do serviço de saúde.

Entretanto, para que não haja a liberação desenfreada de medicamentos pela via judicial somente pela negatividade do SUS, o Poder Judiciário passou a estabelecer critérios para concessão.

Um dos primeiros critérios analisará as decisões técnicas trazidas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, que tem por função desenvolver estudos técnicos na incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos ou procedimentos no SUS, de



forma a auxiliar o Ministério da Saúde na incorporação de novas tecnologias (SCHULZE, 2015, p. 66). O segundo critério para ser observado nas decisões judiciais trata-se da “análise de existência de evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento” (SCHULZE, 2015, p. 67).

“Ademais, outro requisito que se faz indispensável é a avaliação econômica dos benefícios e custos a serem incorporados, em comparação com as tecnologias já incorporadas no SUS” (SCHULZE, 2015, p. 67). Finalmente, outro aspecto a ser ponderado será “quando não houver comprovação suficiente dos pressupostos acima apresentados, poderá exigir prova pericial através de perícia judicial” (SCHULZE, 2015, p. 69).

Dessa forma, o Poder Judiciário pode intervir na função de outro Poder a fim de dar efetivação ao direito à saúde, assim como utilizar de critérios para a concretização desse direito, conforme visto. Entretanto, questiona-se, existe uma limitação na atuação do Judiciário nestes casos?

Ora, as necessidades de todo ser humano são ilimitadas, isso porque a existência humana é limitada, assim, conseqüentemente, a luta pela saúde é perpétua, na esperança de prorrogar a limitação do tempo de vida. Porém, o que não é ilimitado são os



recursos públicos para a garantia dos direitos, conseqüentemente em face deste, também são limitados à atuação judicial.

Assim, elucida Schulze e Chiarelli (2014, p. 23), que “se as necessidades humanas são ilimitadas, o mesmo não acontece com os direitos. A partir dessa premissa é possível concluir que não existem direitos absolutos”. Existem, desse modo, duas respostas iniciais para essa pergunta, descritas em dois princípios, quais sejam: Princípio da Máxima Efetividade e o Princípio da Reserva do Possível.

Pelo primeiro entende-se que deve ser atribuída a interpretação que trará maior eficácia para uma garantia constitucional. Nessa linha, Sarlet (2008, p. 286) esclarece que o “princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais exige que o intérprete sempre tente fazer que o direito fundamental atinja plena realização”.

Assim, a interpretação a ser dada ao direito posto em questão, deve ser sempre aquela que atinja e assegure plenamente o direito fundamental postulado.

Porém, a máxima eficácia dos direitos fundamentais impõe que a prevalência de um determinado direito fundamental no caso concreto não esvazie, elimine, por completo, outro direito fundamental conflitante. Nesse sentido, como lembrado



pelo Ministro Gilmar Mendes em conferência realizada em 25 de março de 2010, nos Estados Unidos, o direito à saúde tem caráter individual e coletivo ao mesmo tempo. Para ele, a garantia do direito de alguém à saúde não deve pôr em risco o direito coletivo de toda a comunidade à saúde. Por isso, cada caso precisa ser analisado individualmente.

Dessa feita, há um conflito entre a necessidade de intervenção do Estado para a garantia dos direitos fundamentais de uns, para com outros, tendo em vista a impossibilidade financeira deste de atender e garantir o direito à saúde de todos. Assim, nasce o princípio da reserva do possível, que consiste na garantia dos direitos já previstos no ordenamento jurídico, desde que existam os recursos públicos correlatos para assegurá-los.

Grosso modo, tem-se que o princípio da reserva do possível diz que o Estado, partindo de seus escassos recursos, deve limitar-se a conceder o que é possível, pois não é capaz de assegurar e satisfazer todas as necessidades de seus cidadãos.

Canotilho (1991, p. 131) vê a limitação de recursos públicos como um verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Ele vê a efetivação desses direitos dentro de uma “reserva do possível”, em que condiciona essa efetividade à existência de recursos econômicos, ou seja, para ele



é necessário que além de uma previsão legal para a prestação desse direito haja também recursos materiais disponíveis para sua satisfação.

Conclui-se que mesmo com os avanços no sentido da busca da máxima efetivação de direitos fundamentais, não há como assegurar o direito à saúde a todos, em vista que o orçamento público é insuficiente.

A partir dessas observações surgem sérios problemas ao Poder Judiciário, pois o magistrado se vê na obrigatoriedade de efetivar direitos fundamentais sabendo da escassez financeira dos recursos públicos, tendo que, muitas vezes, decidir se retira recursos financeiros de uma determinada medicação de baixo custo, que venha a salvar a vida de vários indivíduos para que seja medicado apenas um paciente que tenha o medicamento de mais alto custo, ou se retira a medicação de um paciente de alto custo para salvar outros pacientes que necessitam da medicação de menor custo.

São encruzilhadas que desafiam todos que tentam criar regras para decidir. São situações nas quais nenhuma solução que venha ser tomada pelos magistrados é satisfatória, em que sempre uma parte sairá desfavorecida. Assim, se tem que em face da reserva do possível, quando houver demanda judicial, deve ser considerado aquilo que é desejável,



dentro do possível economicamente e dentro daquilo que traga mais benefícios do que prejuízos.

Contudo, se tem que, por mais que o direito à saúde tenha como ideia inicial ser um direito absoluto e ilimitado, é inadmissível que se ignore a questão orçamentária como forma de limitação do Poder Judiciário ao acesso a esse direito.

Outra limitação do Poder Judiciário se vê por meio de um movimento massivo atinente à busca da efetivação de prerrogativas presentes na Constituição: a judicialização. Nos últimos tempos, devido aos fatores já expostos, a judicialização vem crescendo e intimidando o Estado e alguns setores da sociedade, pois propõe uma nova visão de um Poder (Judiciário) sobre outro (Executivo e Legislativo), e por vezes alterações no orçamento ora determinado, que poderiam sair ao controle do Executivo.

Judicialização, em termos simples, significa que questões relevantes do ponto de vista político ou social estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Barroso (2017, p. 3) leciona que “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não



pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”.

Desse modo, judicialização compreende na procura do Judiciário pela população a fim de que o Poder Executivo seja compelido, obrigado, por meio de uma demanda judicial, a implementar políticas públicas deficitárias. Schulze(2015, p.107) aponta os problemas trazidos como grande número de processos judiciais sobre a saúde no Brasil, merecendo destaque os seguintes: “1º Cultura do Litígio: o Brasil é campeão mundial de judicialização se observada a proporção entre processos e habitantes. [...] Tudo é levado às portas dos Tribunais, sem qualquer limite ou contenção. [...] 4º Facilidade: é muito mais fácil pedir ao juiz do que enfrentar a fila do SUS.”

Dessa forma, vê-se que alguns dos problemas trazidos com a judicialização é que o cidadão brasileiro tem o hábito de procurar o Judiciário para qualquer problema sem ao menos tentar solucionar seu litígio por outras vias. Ainda, o cidadão nutre a ideia de que o Estado deve prover todo e qualquer direito elencado de forma gratuita, sem qualquer custo, mesmo que este ainda tenha condições financeiras para custear seu próprio tratamento, não tendo sequer o mínimo de bom senso em se conscientizar de que tendo seu direito assegurado, estará prejudicando outro indivíduo com mais necessidades, que



poderia receber o orçamento de seu medicamento que este usufrui gratuitamente.

Assim, se tem que, se a judicialização não impuser limites ao direito à saúde, em curto prazo todos irão pleitear o que bem entenderem por vias judiciais, pois sem limites, haverá a concessão desenfreada de medicamentos, contribuindo cada vez mais na deficiência do sistema e na falência estrutural e financeira do Sistema Único de Saúde.

Considerações Finais

A análise anteriormente apresentada revela que o direito à saúde, é um direito subjetivo que pode ser exigido pelo cidadão em face do Estado, ou seja, em decorrência do dever do Poder Público em garantir o direito à saúde de forma universal, é possível que a sociedade cobre as prestações necessárias para a sua efetivação.

Pode-se vislumbrar que a concessão do direito à saúde pode-se dar de duas formas: por via administrativa, mediante o SUS, ou por via judicial, acionando o Poder Judiciário. Contudo, a via administrativa de concessão de medicamentos por meio do SUS é pouco eficiente e, em muitos casos, não consegue atender à necessidade da população. Dessa forma, é que se consagra a segunda possibi-



lidade de concessão do direito à saúde para medicamentos, pela via judicial, o qual estabelece critérios sob a análise de fatores técnicos de noção médica e farmacológica para a concessão de medicamentos.

Igualmente, conforme analisado, os recursos públicos são limitados, enquanto as necessidades são infinitas, o que torna a concretização de tal direito muito difícil, especialmente, em uma sociedade tão desigual e marcada por vícios de comodidade como a brasileira, obrigando, dessa forma, o Poder Judiciário a impor limites na concessão desse direito, como forma de prestá-lo com qualidade e eficiência a toda a população que necessita.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitounovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.



BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro Gilmar Mendes fala sobre o direito à saúde em conferência nos EUA.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122593>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição.** Coimbra: Coimbra, 1991.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio:** o dicionário da língua portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.



FIÚZA, César. **Novo direito civil curso completo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. I.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

OMS. **Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 15 set. 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.



SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito a saúde, análise à luz da judicialização.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SCHULZE, Clenio Jair; CHIARELLI, Graciella. 2014. **O princípio da integralidade na saúde e sua compatibilidade com a escassez de recursos.** Revista CEJ, Brasília, ano XVIII, n. 64, p. 20-25, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1935/1859>>. Acesso em: 20 mar. 2017.



O Papel da Sociedade sob a Ótica da Polícia Comunitária.

Caso: Município de Brusque/SC

Moacir Gomes Ribeiro ¹

7

Resumo: A filosofia da Polícia Comunitária tem como princípio basilar a participação efetiva da sociedade como parceira da polícia na identificação, priorização e solução de maneira não tradicional dos diversos problemas de segurança pública; proporcionando assim, maior interação e valorização da sociedade com os órgãos policiais, por meio da participação direta nos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGS). Portanto, o presente trabalho tem como escopo fundamental destacar o pa-

¹ Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado do Curso de Direito na Unifebe. Oficial da Polícia Militar. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Especialista em Segurança Pública pela Universidade do Sul Catarinense – Unisul.



pel vital da participação das comunidades em prol da melhoria da qualidade de vida, sobretudo nas comunidades do município de Brusque – SC, que adotaram a filosofia da Polícia Comunitária. Para a concretização do presente trabalho, utiliza-se como método de abordagem o dedutivo, partindo-se de uma fundamentação da importância da participação da sociedade nos anseios da segurança pública. A presente pesquisa adota a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando a legislação vigente, normas e doutrinas para embasar e ilustrar o tema proposto. Como conclusão, verificou-se que sem a participação da sociedade de forma ativa e direta nos CONSEGs e a falta de conscientização dos policiais militares, não haverá de forma alguma a concretização da parceria entre sociedade e polícia, por consequência, a filosofia de Polícia Comunitária não terá os seus objetivos alcançados na busca de uma melhor qualidade de vida no município de Brusque.

Palavras-Chave: Participação. Sociedade. Polícia comunitária. Segurança.

1 - Introdução

Em virtude do recrudescimento da criminali-



dade em nosso país e da falta de políticas públicas do Estado, entre outras causas tradicionais que possam gerar a violência, como por exemplo: a marginalização das classes menos favorecidas, má distribuição de renda, desestruturação familiar, tráfico de drogas, entre tantas causas possíveis, as autoridades governamentais ligadas à segurança pública, vêm buscando cada vez mais novas formas de combater os índices de criminalidade, principalmente com a busca de apoio e participação da sociedade e não só através da utilização do aparato policial tradicional. O modelo de policiamento que somente utiliza a repressão distancia ainda mais a sociedade dos órgãos policiais, o que se percebe na anomia social cada vez mais crescente das comunidades e no aumento frenético dos índices de violência.

Através de experiências de sucesso em outros países e com o advento da Constituição Federal de 1988, que traduz a responsabilidade de todos no empenho por uma sociedade melhor, o Brasil adotou como projeto institucional das polícias militares e civis, a filosofia da Polícia Comunitária, que tem por base a parceria da polícia com a sociedade nas soluções de problemas de segurança pública. Essa parceria não pode ser efêmera ou indireta, tem que ser efetiva realizada pelos componentes dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), pro-



porcionando assim a perfeita interação entre policiais militares e civis com uma parcela da sociedade atuante e conhecedora dos problemas específicos de cada comunidade de abrangência dos CONSEGs, repassando informações preciosas e confiáveis aos policiais e buscando soluções na tentativa de equacionar os problemas de segurança pública.

Policiamento comunitário é uma filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia. Baseia-se na premissa de que tanto a polícia quanto a comunidade devem trabalhar juntas para identificar, priorizar, e resolver problemas contemporâneos tais como crime, drogas, medo do crime, desordens físicas e morais, e em geral a decadência do bairro, com o objetivo de melhorar a qualidade geral da vida na área (TROJANOWICZ; BUCQUEROUX, 2003, p. 4).

Não podemos olvidar que os policiais militares e civis a todo o momento devem estimular a participação da sociedade através dos CONSEGs, devendo dar credibilidade, voz e responsabilidade na participação da sociedade nas ações executadas, sem a qual será totalmente infrutífero, e com cer-



teza estarão fadados ao insucesso os Conselhos Comunitários de seus objetivos, sendo a pilastra básica da Polícia Comunitária a parceria e a participação ativa da comunidade com as polícias militar e civil, facilitando o serviço policial, conferindo-lhe valor e confiança na sua missão da manutenção da ordem pública.

A partir desse contexto, pretendemos demonstrar a fundamental importância da sociedade, o seu papel e responsabilidade como partícipe na segurança pública local. Portanto, utilizaremos como exemplo a cidade de Brusque - SC, como foco de nossa pesquisa, por meio do Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG), instalado no bairro Centro, onde o papel social e comunitário tem-se efetivado através da participação direta e com responsabilidade nas parcerias com as polícias, em prol do resgate da qualidade de vida da comunidade inserida na área de abrangência do Conselho de Segurança.

2 - Especificidades da Polícia Comunitária

A Polícia Militar de Santa Catarina instituiu no final da década de 1990, como programa institucional da corporação para aplicação em todos os municípios catarinenses, a filosofia de Polícia Co-



munitária, que tem no seu cerne a participação direta e atuante da sociedade em parceria com os policiais militares e civis na solução dos problemas de segurança pública de cada comunidade.

Conforme o conceito tradicional de Polícia Comunitária supracitado, que reforça a importância da sociedade nessa nova filosofia de policiamento, fica bem entendido que a polícia e a sociedade devem trabalhar juntas, ou seja, a Polícia Comunitária não pode dissociar a polícia da sociedade e vice-versa. Adotando-se essa filosofia, cria-se um vínculo de confiança e credibilidade que favorecem a troca de informações relativas à segurança pública de cada comunidade que abrange os Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), determinando um desafio grandioso aos órgãos policiais em inserir cada vez mais a sociedade nos debates e soluções de problemas de segurança. Conforme reforça a Carta Magna de 1988, Brasil (2002):

“[...] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”, (grifo meu).

O maior desafio que o Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG) instalado no município de Brusque enfrenta é a pouca participação da popula-



ção, pois, as pessoas ainda sentem-se pouco atraídas a exercer a sua responsabilidade e desconhecem a importância da sua participação nas reuniões do Conselho, não percebendo a responsabilidade do seu papel no contexto da segurança pública, e a sua importância na resolução de problemas do seu bairro. A participação de poucas pessoas denota o desconhecimento de que uma sociedade organizada e participativa é fundamental, desde a valorização do Conselho até a participação nas decisões dos problemas encontrados na comunidade, conforme nos esclarece a doutrina abaixo:

A premissa central do policiamento comunitário é que o público deve exercer um papel mais ativo e coordenado na obtenção da segurança. [...] o público deve ser visto como 'co-produtor' da segurança e da ordem, juntamente com a polícia. Desse modo, o policiamento comunitário impõe uma responsabilidade nova para a polícia, ou seja, criar maneiras apropriadas de associar o público ao policiamento e à manutenção da lei e da ordem (PERCY 1979 apud SKOLNICK; BAYLEY, 2006, p.18).

O papel da sociedade para o sucesso da exe-



cução da Polícia Comunitária, como já colocamos, é fundamental, portanto, os órgãos policiais devem na sua função institucional instruir os policiais no sentido de estimular e habilitar a sociedade quanto à importância do seu papel para a melhoria da qualidade de vida, trabalhando em parceria com a polícia para a solução dos problemas específicos de cada comunidade, não sendo a sociedade apenas fonte de informação para a polícia, mas também parte indispensável da filosofia de policiamento comunitário.

“A pedra de toque do policiamento comunitário é o fato de a polícia e os cidadãos trabalharem em conjunto numa parceria. A parceria só pode ser reforçada se existir um elo de confiança mútua” (TROJANOWICZ; BUCQUEROUX, 2003, p. 46).

A criminalidade é uma realidade em todo o país, não sendo diferente no município de Brusque, gerando desafios cada vez maiores e mais complexos. Somente com a participação popular será possível resolver ou minimizar os problemas de segurança pública. Cada comunidade tem seus problemas específicos com suas peculiaridades, portanto, o advento dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs) e o reconhecimento dos policiais militares e civis, da importância para a participação popular no combate à criminalidade, tornam as questões de segurança pública algo incomum e o



CONSEG em um foro democrático e participativo, valorizando com isso o trabalho policial e a cidadania.

A confiança é o valor que sublinha e vincula os componentes das parcerias comunitárias para a resolução de problemas. A fundação da confiança irá permitir que a polícia estruture um forte relacionamento com a comunidade, o que irá produzir conquistas sólidas. Sem a confiança entre a polícia e a cidadania, um policiamento efetivo é impossível (ROLIM, 2006, p. 79).

No município de Brusque, especificamente, diversas campanhas e atividades sociais com o apoio da mídia são realizadas pelos órgãos policiais e pela própria sociedade, apresentando e divulgando as conquistas e resultados do Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG), no sentido de conclamar a participação das demais pessoas no Conselho. O Comando da Polícia Militar do município de Brusque vem implementando ações e incentivando os policiais militares para a importância fundamental da sociedade nesse sistema de policiamento na resolução de problemas. A postura adotada pela PM em Brusque baseia-se em conceitos de Polícia Comuni-



tária como o proclamado pelos autores abaixo.

O modelo de Polícia Comunitária tem como um de seus fundamentos a relação estreita entre a Polícia e os membros e instituições da comunidade. Essa relação de parceria se efetiva não só através dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEG), mas, principalmente, no contato do policial com a comunidade no dia-a-dia. O afastamento entre Polícia e comunidade não é mais incentivado, como o fora no modelo profissional de Polícia (MARCINEIRO; PACHECO, 2005, p. 91).

A filosofia e planejamento estratégico instituídos pela Polícia Militar de Santa Catarina, denominada Polícia Comunitária, que desde 2007 é uma realidade no município de Brusque, com a implantação do Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG) no bairro Centro, tem-se baseado em uma parceria harmônica e profissional entre as sociedades que fazem parte da jurisdição do CONSEG e dos policiais militares e civis que integram como membros natos os conselhos. Essa reciprocidade de gestores e participantes na melhoria de cada comunidade, na área de segurança pública, demonstra que é possível quebrar paradigmas e viabilizar uma



parceria valiosa entre as polícias e a sociedade brusquense no combate à criminalidade.

Para a implementação da filosofia da Polícia Comunitária em nossa instituição policial, é indispensável à mudança da ideologia no contato com a sociedade, sem contar a estruturação em todos os níveis de hierarquização e funcional de seus componentes, bem como a necessidade de organização dos Conselhos e o apoio integral dos policiais militares.

Pessoal-profissional – a Polícia Militar de Santa Catarina utiliza como programa institucional de policiamento, a modalidade de Polícia Comunitária, sendo uma filosofia voltada ao trabalho em parceria da polícia com a sociedade para conhecer, priorizar e solucionar de forma não tradicional os problemas pertinentes em cada comunidade.

A crescente anomia da sociedade em todos os setores sociais, com destaque na falta da participação direta nos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGS), em virtude de um distanciamento e descrédito histórico com os órgãos policiais, que restringe as questões de segurança pública de forma unilateral, exclusivas apenas aos órgãos públicos estatais, ficando a principal vítima do recrudescimento da violência, no caso a própria sociedade, marginalizada nesse sistema, não sendo oportuni-



zados instrumentos sociais adequados e ao alcance da sociedade para exprimir os seus problemas peculiares atinentes a cada local, principalmente das classes menos privilegiadas, o que certamente explica de alguma forma o crescimento da violência.

A Polícia Militar entende que oportunizar um contato maior com a sociedade é de importância capital, sendo a participação nas reuniões e ações desenvolvidas nos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), instalado em Brusque - SC, uma oportunidade democrática e prática de produzir resultados mais significativos na busca de soluções na segurança pública, previsto nos fundamentos da Carta Magna.

Essa filosofia, ainda que regulamentada por normas específicas que resguardam as características e controle, de certo modo, dos órgãos policiais, deve estar adequada às normativas constitucionais e administrativas, cujo aprimoramento se direcionam, cada vez mais, à efetiva proteção dos direitos da sociedade na busca da solidificação da cidadania. O policial militar desempenha uma importante função na conscientização do cidadão do seu papel, mas isso não vem ocorrendo em virtude de paradigmas essencialmente militares, combinada com a desinformação, o distanciamento e a resistência dos policiais em compreender esse fundamento,



principalmente, em buscar formas e meios, diariamente, de habilitar a sociedade da sua importância no combate à criminalidade e no sucesso da concretização da Polícia Comunitária, na busca de resultados positivos para o fortalecimento e crescimento do CONSEG, sobretudo no município de Brusque, alvo de nossa pesquisa.

Organizacional - o projeto de pesquisa tem sua relevância, antes de tudo, pela importância em habilitar e conscientizar os policiais militares da necessidade da integração entre sociedade e polícia, sendo a temática principal a busca do reconhecimento e da parceria da sociedade na participação dos problemas de segurança pública. No caso especificamente da Polícia Militar sediada na cidade de Brusque, se trabalha no sentido de buscar formas de conclamar a sociedade a participar ativamente dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), especificamente na cidade de Brusque.

Social - o Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG) do município de Brusque é o canal mais fácil de contato da sociedade com os órgãos policiais, sendo elos que oficializam essa parceria. Não há na filosofia de Polícia Comunitária discriminação de qualquer gênero, democratizando as discussões dos problemas de segurança pública, devendo constantemente ser incentivado pelos policiais à



participação da sociedade de maneira ativa nesses Conselhos, oportunizando a todos os cidadãos o pleno exercício da cidadania.

O policial comunitário tem como principal objetivo conscientizar e habilitar a sociedade para o seu papel fundamental na resolução de problemas de segurança pública, conforme já exaustivamente destacado na Carta Cidadã em seu artigo 144. Habilitar a sociedade para esse papel não é tarefa fácil, portanto, é necessário que o policial comunitário tenha um amplo programa de treinamento especializado e de conhecimento integral da funcionalidade das características fundamentais da Polícia Comunitária, inclusive sendo sempre supervisionado e orientado pela chefia e pelo alto comando.

A responsabilidade da população dar-se-á na busca constante da preparação do cidadão, sujeito a direitos e deveres, direitos que deve reclamar e deveres que deve exercitar para que se possa estabelecer uma boa convivência social. Assim, na noção de ordem pública, não se pode prescindir da colaboração e da integração comunitária para seu completo entendimento e realização (CERQUEIRA, 1985. p. 7).



As mudanças para a incorporação e a aplicação da Polícia Comunitária não envolvem só os policiais comunitários, mas toda a estrutura organizacional da polícia, inclusive a mudança de postura tradicional para um policiamento mais descentralizado e autônomo, criando em todos os policiais da jurisdição a responsabilidade pelo sucesso do policiamento comunitário.

Todas as pessoas que trabalham na polícia deverão ser treinadas na filosofia do policiamento comunitário e na resolução de problemas comunitários. O policiamento comunitário transforma também o papel dos chefes, de controladores para facilitadores. O trabalho desses chefes consiste agora em fornecer ao pessoal operacional os meios adequados, em termos do apoio institucional, necessários para desempenhar da melhor forma possível as suas tarefas, pois é justamente este pessoal que fornece o serviço direto à comunidade (TROJANOWICZ; BUCQUEROUX, 1994, p. 34).

O Comando e os demais policiais militares devem ter consciência que o policiamento comunitário, em sua essência, passa a ser uma das alter-



nativas viáveis para em conjunto com a sociedade organizada, buscar soluções criativas para os problemas da criminalidade e da violência atual, visto que é uma forma de interlocução comum a todos os segmentos envolvidos no processo. Possibilita também uma intensa discussão interna a respeito da forma de realizar polícia: discutindo, analisando e questionando a sua atividade no meio social de forma democrática e responsável.

3 - Procedimentos Metodológicos

Para a consecução do presente trabalho, elegemos como método de abordagem o dedutivo, onde identificamos os ditames constitucionais como o regramento geral. Através de questionamento aplicado a todos os membros dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), apurou-se os óbices, os resultados práticos, a parceria concreta com os órgãos policiais e a real importância para a comunidade da implantação desses conselhos nas comunidades de Brusque.

A presente pesquisa apresenta as características de uma pesquisa básica, pois, poderá gerar novos conhecimentos e entendimentos, com a possibilidade de uma aplicação prática imediata. É exploratória, pois já explicita o problema e hipóteses



elencadas no presente estudo.

Através da técnica de levantamento de dados, foi aplicado questionário a todos os membros dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs). Foi adotada ainda a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, utilizando a legislação vigente e doutrinas pertinentes ao tema, onde apurou-se os óbices, os resultados práticos, a parceria concreta com os órgãos policiais e a real importância para a comunidade da implantação desses conselhos nas comunidades de Brusque.

4 - Resultados

No município de Brusque, especificamente, diversas campanhas e atividades sociais com o apoio da mídia são realizadas pelos órgãos policiais e pela própria sociedade, apresentando e divulgando as conquistas e resultados dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEGs), no sentido de conclamar a participação das demais pessoas nos Conselhos. O Comando da Polícia Militar do município de Brusque vem incrementando ações e incentivando os policiais militares para a importância fundamental da sociedade, nesse sistema de policiamento na resolução de problemas. A postura adotada pela PM em Brusque baseia-se em conceitos de Polícia Co-



munitária como o proclamado pelos autores Marci-neiro e Pacheco (2005, p. 91).

O modelo de Polícia Comunitária tem como um de seus fundamentos a relação estreita entre a Polícia e os membros e instituições da comunidade. Essa relação de parceria se efetiva não só através dos Conselhos Comunitários de Segurança (CONSEG), mas, principalmente, no contato do policial com a comunidade no dia-a-dia. O afastamento entre Polícia e comunidade não é mais incentivado, como o fora no modelo profissional de Polícia.

A filosofia de planejamento estratégico instituída pela Polícia Militar de Santa Catarina, denominada Polícia Comunitária, que desde 2007 é uma realidade no município de Brusque, com a implantação de 1 (um) Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG), extremamente atuante e preocupada com as causas públicas e sociais, baseada em uma parceria harmônica e profissional entre as sociedades que fazem parte da jurisdição de cada CONSEG, e dos policiais militares e civis que integram como membros natos os conselhos. Essa reciprocidade de gestores e participantes na melhoria de cada comunidade e na área de segurança pública demonstra



que é possível quebrar paradigmas e viabilizar uma parceria valiosa entre as polícias e a sociedade brusquense no combate à criminalidade.

5 - Conclusão

O papel da sociedade na participação do Conselho Comunitário de Segurança (CONSEG), instalado no município de Brusque, é de importância ímpar para o desenvolvimento das ações na área de segurança pública. Somente com uma intensa participação e presença nas reuniões e eventos realizados pelo CONSEG, por parte da sociedade, que será possível criar uma parceria com os órgãos policiais locais de maneira mais dinâmica, confiável e responsável. Essa participação da sociedade não poderá ser, de forma alguma, de maneira coadjuvante, mas sim ativa. Por esse motivo, é fundamental que os policiais tenham consciência do papel da sociedade para o sucesso e credibilidade do programa de policiamento comunitário, devendo procurar formas para estimular a participação ativa da sociedade, pois, caso contrário, a modalidade de policiamento denominada Polícia Comunitária, será apenas mais uma modalidade de policiamento sem eco social, que tende a cair no desuso como tantas outras que já foram implementadas na nossa instituição: Polí-



cia Militar e na área de segurança pública como um todo.

O treinamento é o melhor método para as reformas sugeridas a serem feitas pelo policiamento comunitário. Infelizmente, notamos que a maioria das unidades policiais não desenvolve um método eficaz de instrução e não estimula os policiais militares para efetivamente colocarem em prática a nova filosofia, realizando treinamentos muitos genéricos, sem adequação à realidade local, sem estratégia e praticidade e o pior, a grande maioria dos comandantes não aceitam ou realizam na prática o policiamento comunitário.

Iniciado o trabalho com a comunidade, haverá a necessidade inicial de instruí-la e orientá-la sobre o programa, sua filosofia, seus objetivos e características principais para o pleno desenvolvimento da mesma. A comunidade somente poderá apoiar a prática comunitária se estiver consciente e habilitada sobre o que se trata e quais os benefícios reais oriundos da implantação da filosofia da Polícia Comunitária em sua comunidade.

Referências

ADORNO, Sérgio. **Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contempora-**



neidade. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo: v. 10, n 01. p. 24, 1998.

BAYLEY, David H. **Padrões de policiamento:** uma análise comparativa internacional. São Paulo: EDESP, 2001, p. 18.

BEATO, Cláudio Chaves. **Ação e estratégias das organizações policiais.** Belo Horizonte: Departamento de Sociologia e Antropologia da UFMG. Disponível em: <<http://www.crisp.ufmg.br/acaoest.pdf>>. Acesso em: 08/07/2008.

Reinventando a polícia: a implementação de um Programa de Policiamento Comunitário. Belo Horizonte: CRISP, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG. 2001.

Reinventando a polícia: a implementação de um programa de policiamento comunitário. In; Oliveira, N. V. (Org.). **Policiamento Comunitário: experiências no Brasil, 2000-2002.** São Paulo, Página Viva. 2002.

BONDARUK, Roberson Luiz; SOUZA, César Alberto. **Polícia comunitária, polícia cidadã para um povo cidadão.** Curitiba: Comunicare, 2004.



BONONI, José Carlos. **Conselhos comunitários de segurança e o policiamento comunitário.** São Paulo, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Brasília: Senado Federal, 2002.

DIAS NETO, Theodomiro. **Policiamento comunitário e controle sobre a polícia:** a experiência norte-americana. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho.** Lisboa: Presença; São Paulo: Martins Fontes, 1997. 2 v. (Biblioteca de Textos Universitários).

FELTES, Thomas. **Segurança Cidadã e polícia na Democracia.** Rio de Janeiro. Fundação Konrad Adenauer, 2003.

MARCINEIRO, Nazareno; PACHECO, Giovanni. **Polícia comunitária:** evoluindo para a polícia do século XXI. Florianópolis: Insular, 2005.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha:** policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.



TROJANOWICZ, Robert; BUCQUEROUX, Bonnie.
Policiamento comunitário – como começar. 3
ed. São Paulo: Editora da Polícia Militar do Estado
de São Paulo, 2003.





Revista Íntima Realizada em Famíliares de Presos:

Princípios Constitucionais
e Segurança Prisional

8

Laiza Dalbosco ¹

Pollyanna Maria da Silva ²

Resumo: Objetiva-se investigar se a revista íntima realizada em visitantes de estabelecimentos prisionais fere os princípios constitucionais e discute-se também a questão da segurança prisional. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica. São apresentados os princípios constitucionais e os princípios limitadores do poder punitivo do Estado e abordam-se os direitos dos presos, especificamente, o fundamento do direito de visita. Analisa-se o conceito de segurança e segurança prisional e o procedimento da revista íntima.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brusque - Unifebe.

² Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professora de Direito Penal.



Conclui-se que a revista íntima fere os direitos fundamentais, sendo notório que o visitante, mesmo sem ter cometido crime algum, é penalizado. Portanto, não é plausível que se submeta pessoas a este tipo de procedimento invasivo e vexatório. Diante disso, mostra-se adequado o uso de meios alternativos, como por exemplo, scanners corporais, que evitam o contato direto entre o visitante e o agente público encarregado de realizar o ato – preservando a intimidade e dignidade da pessoa.

Palavras-chave: Revista íntima. Princípios constitucionais. Direitos fundamentais. Segurança prisional.

Introdução

Aborda-se o procedimento da revista íntima realizado nos estabelecimentos penais brasileiros, levando-se em conta o conceito de segurança e também, especificamente, de segurança prisional. Objetiva-se verificar se a segurança prisional, argumento utilizado pela administração prisional, é justificativa plausível para que se mantenha a prática da revista íntima como forma de coibir a entrada de objetos ilícitos nas prisões por meio dos familiares dos reclusos.



Para tanto, mediante a utilização do método dedutivo e da técnica da pesquisa bibliográfica, principia abordando-se os princípios constitucionais e os princípios limitadores do poder punitivo estatal. Posteriormente, trata-se sobre o direito à visita do preso, destacando-se a revista íntima em estabelecimentos prisionais.

1- Princípios Constitucionais: Aspectos Gerais

Os princípios, que “não são apenas a lei, mas o próprio direito em toda a sua extensão e abrangência” (ROSEVALD, 2005, p.45) protegem bens da mais alta relevância social, não só no âmbito penal, mas também em outros ramos do direito uma vez que estão ligados com os valores fundamentais expressos no ordenamento jurídico. Conforme leciona Mello (2005, p. 20):

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido



humano.

Segundo Mello (2005, p.20): “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos”.

Neste sentido, são os princípios que norteiam toda a ordem jurídica imposta, servindo de base para a correta aplicação e interpretação das leis penais ao caso concreto, evitando abusos por parte do Estado “com a finalidade de contribuir para que se realize uma sociedade dotada de justiça material” (LUISI, 2003, p.11).

1.1 - Princípios Limitadores do Poder Punitivo Estatal

É dever do Estado garantir o controle social e a preservação da paz pública. Contudo, a punição não pode ser ilimitada e sem moderação, fazendo-se necessária a observância de princípios que norteiam toda a ordem jurídica imposta, conforme entendimento de Luisi (2003, p.12):

Em verdade nos princípios constitucionais se situam de um lado, os fundamentos do direito



de punir do Estado, indicando seus fins e seu alcance como também as suas fontes e as exigências de seus enunciados e, principalmente fixando os seus infranqueáveis limites [...] fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se fiel as instâncias inderrogáveis dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa.

Os princípios fundamentais atuam como limitadores do poder punitivo estatal, garantindo aos apenados o devido cumprimento das sanções impostas, sendo que: “a pena, portanto, seria um instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência” (CARVALHO, 2008, p.148).

São princípios limitadores do poder punitivo do Estado, além de outros, o princípio da legalidade, da intervenção mínima, da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da humanidade das penas e da isonomia.

2 - Direitos dos Presos

A Declaração Universal dos Direitos Huma-



nos, promulgada em 1948, é considerada um marco na história dos direitos humanos, inclusive quanto aos direitos assegurados às pessoas presas.

Posteriormente, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, formulado em 1949 e concluído no ano de 1966, assegura no artigo 9º o direito à liberdade e à segurança individuais, destacando ainda que “ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente”. Dispõe ainda sobre a necessidade da privação da liberdade ser decorrente de lei, bem como a garantia da manutenção de todos os procedimentos nela estabelecidos (BRASIL, 1992).

Especificamente sobre o tratamento de reclusos, têm-se as Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas (ONU), conhecidas como “Regras de Nelson Mandela”, originalmente adotadas no ano de 1955, objetivando estabelecer princípios para uma boa organização penitenciária e adequado tratamento dos apenados (UNODC, 2016).

No âmbito nacional, a proteção dos direitos das pessoas presas está consagrada na CRFB/88, no Código Penal e na Lei de Execução Penal, especialmente no que tange ao direito de visita.

2.1 - Direito de Visita

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984, p.8),



em seu artigo 41, inciso X, prevê como direito do preso o contato com seus familiares e amigos por meio de visitas.

Coyle (2004, p.116) assevera que “nunca se deve esquecer que as visitas, principalmente de familiares próximos, não devem ser consideradas privilégios, mas um direito humano básico”.

Tal direito possui o “escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado, que cedo ou tarde, retornará ao convívio familiar e social” (NUCCI, 2013, p.215). Neste contexto, leciona Avena (2014, p.92):

[...] assegura a LEP o direito de visitação ao preso, cabendo à Administração Penitenciária regulamentá-lo, estabelecendo os dias e os horários de sua realização. Note-se que a ausência de restrições expressas na LEP ao direito de visitas não significa que seja ele irrestrito, porquanto a própria Lei de Execução Penal, no parágrafo único do seu art. 41, prevê que ‘os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento’.

O convívio do preso com seus familiares e



amigos possibilita a manutenção das relações que os unem, embora de forma limitada, contribuindo para sua ressocialização e readaptação ao meio social. Conforme entendimento de Nucci (2013, p.215):

O acompanhamento da execução da pena por parentes, amigos e, em particular, pelo cônjuge ou companheiro (a) é fundamental para a ressocialização. Feliz do preso que consegue manter de dentro do cárcere estreitos laços com sua família e amigos, que se encontram em liberdade.

Desta forma, a visita possui papel ressocializador na vida do apenado, sendo de suma importância que se mantenham os vínculos existentes anteriormente à prisão com cônjuge, parentes e amigos.

Revela-se nítida a intenção do legislador, tanto no âmbito nacional, por meio da CRFB/88, do Código Penal e da LEP, quanto internacional, prevista nos tratados e convenções, em fazer prevalecer a assegurar todos os direitos e garantias inerentes aos presos, tamanha a relevância do tema.

Neste aspecto faz-se oportuno analisar especificamente o que ocorre com direito assegurado no artigo 41, X da LEP (direito de visita), no momento em que familiares e amigos de pessoas presas pas-



sam a exercer esta garantia e podem ter direitos próprios restringidos pelo fato de serem parentes de alguém detido, em nome da segurança prisional.

3 - O Direito Fundamental à Segurança

O direito fundamental à segurança pode ser entendido como a proteção à vida e aos direitos e liberdades individuais de cada cidadão, já que “[...] assume o sentido geral de garantia, de proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos” (SILVA, 2005, p.777).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em seu artigo 2º, consagrou a segurança como um direito fundamental, determinando que “os direitos naturais e imprescindíveis do homem são: a liberdade, a propriedade, a segurança e resistência à opressão”.

Ainda internacionalmente, constata-se que os principais documentos em matéria de proteção e garantia dos direitos humanos contemplaram o conceito de segurança, referindo-se principalmente à segurança pessoal do indivíduo, conforme leciona Sarlet (2006, p.4):

No plano internacional, por sua vez, verifica-se que os principais documentos em ma-



téria de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais [...] contém referência expressa [...] apenas à segurança pessoal do indivíduo, como é o caso, apenas a título ilustrativo, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (artigo 3º), do Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 9º) e da Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (artigo 7º, nº 1).

Já no âmbito nacional, o art. 5º, caput da CRFB/88 (BRASIL), trouxe a segurança como um direito fundamental, assegurando-lhe a garantia de inviolável, além de ser mencionado como valor fundamental em seu preâmbulo:

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

Portanto, tendo em vista a relevância do tema, faz-se necessário analisar especificamente a segurança prisional que, muitas vezes, justifica o proce-



dimento de revista íntima adotado nos estabelecimentos prisionais.

3.1 - Segurança Prisional

O princípio da segurança, no ordenamento jurídico brasileiro, “[...] foi mal-empregado pelo legislador constituinte, dando margem a várias dúvidas de interpretação [...]” (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p.195). Não é possível identificar corretamente qual é a abrangência do termo empregado, já que conceitos como segurança (artigo 5º CRFB/88), segurança pública (artigo 144 CRFB/88) e segurança prisional são facilmente confundidos, conforme entendimento de Dutra (2008, p.100):

Socialmente, observou-se que o princípio da segurança (art. 5º CF), longe de representar o real sentido de um direito fundamental, muitas vezes é confundido com o dever do Estado de preservar a ordem pública (art. 144 CF) e, desta forma, apresentar-se como um dos direitos que mais violam as garantias constitucionais e legitima a violência institucional exercida pelo Poder Punitivo.

Neste aspecto, a real função do princípio é a



de promover a segurança aos cidadãos com fundamento na igualdade. Tal definição, no entanto, desvirtua-se mediante o abuso do poder punitivo estatal, ao violar os direitos humanos.

Muitas vezes, o conceito de segurança, não é entendido como sendo um direito fundamental, e sim, como o mecanismo que o Estado possui para a manutenção da ordem pública, podendo ser utilizada como argumento para a violação de outros direitos fundamentais. Conforme leciona Prado (2006, p.197):

A segurança, com todas as adjetivações que se lhe atribui na atualidade, como ‘pública’, ‘cidadã’, ou ‘urbana’, não passa, repita-se, de um argumento utilizado para conferir legitimidade ao poder punitivo, como expressão da ideologia da defesa social, invocada durante toda a história, desde que o Estado assumiu o poder de punir.

Neste sentido, conceitos como o princípio da segurança, a segurança pública e a segurança prisional são comumente interpretados de forma errônea, principalmente quanto ao termo segurança, empregado nas resoluções que estabelecem os métodos e processos para entrada em estabelecimentos prisio-



nais.

A segurança definida pelos órgãos públicos para controle e manutenção da ordem em estabelecimentos prisionais “[...] é a segurança da prisão, em nada compatível com a segurança eleita como um princípio fundamental de um Estado Democrático de Direito [...]” (DUTRA, 2008, p.99).

Valorar a segurança, neste âmbito prisional, seria torná-la princípio basilar do ordenamento jurídico, sobrepondo-se inclusive ao princípio da dignidade da pessoa humana, conforme leciona Dutra (2008, p.99):

Segundo esse argumento errôneo, o princípio da segurança teria maior valor que o princípio da dignidade humana, e falsamente todas as normas infraconstitucionais deveriam ser pautadas observando o princípio da segurança e não o princípio da dignidade da pessoa humana.

A segurança, pública ou apenas prisional, “constitui um argumento recorrente para justificar todas as violações aos direitos e garantias fundamentais” (PRADO, 2006, p.199). São desta forma permitidos comportamentos e vigência de normas infraconstitucionais que violam a CRFB/88, tendo



como argumento apenas a segurança prisional e o poder punitivo do Estado, conforme leciona Dutra (2008, p.100):

Ponderar o princípio da segurança interpretado como Segurança Pública, com o princípio da dignidade da pessoa humana, seria um paradoxo, principalmente por invocar um poder punitivo deslegitimado no modelo de Estado Democrático de Direito. [...] uma vez que o princípio de proporcionalidade tem sido invocado ideologicamente vinculado a um falso conceito de segurança, para conferir legitimidade às restrições aos direitos e garantias fundamentais em situações nas quais não está caracterizada uma colisão entre direitos ou bens.

Diante disto, faz-se necessário analisar especificamente o procedimento de revista corporal a que são submetidos os visitantes das pessoas quando ingressam em um estabelecimento penal a fim de exercerem o direito de visita, assegurado em legislação específica.

3.2 - Revista Pessoal em Estabelecimentos Prisionais



A revista pessoal que perdura nos estabelecimentos prisionais se trata de uma revista de caráter preventivo, que visa à manutenção da segurança prisional, já que busca impedir que objetos ilícitos adentrem nos estabelecimentos penais. Conforme posicionamento de Mariath (2008, p.3):

Deflui-se das distinções traçadas que a natureza jurídica da revista corporal realizada no âmbito dos estabelecimentos prisionais é preventiva, uma vez que visa impedir que objetos não permitidos (p.ex. armas, drogas, explosivos), que possam colocar em risco a segurança do estabelecimento ou a vida dos presos e dos agentes públicos, ingressem clandestinamente no cárcere.

Com efeito, como se trata de revista pessoal de caráter preventivo, que é aquela realizada no interior das prisões, já que visa impedir a entrada de materiais proibidos, esta não depende de autorização judicial, desde que haja fundada suspeita de que alguém oculte consigo armas ou objetos ilícitos, conforme denota-se da leitura do artigo 244 do Código de Processo Penal (1941, p.41):

Art. 244. A busca pessoal independerá de



mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Em estabelecimentos prisionais ocorre, no entanto, a relativização dos direitos à intimidade e privacidade e do princípio da dignidade da pessoa humana em razão da segurança pública ou prisional, por meio da revista corporal, já que o Estado, “[...] ante a ausência de limites para a realização da revista manual, passou a permitir a chamada revista íntima” (MARIATH, 2008, p.5).

Outro pressuposto para a sua manutenção seria de que a principal, senão a única forma de ingresso de objetos ilícitos no interior das prisões brasileiras se dá por meio dos familiares dos presos.

Neste sentido, é oportuno o entendimento elaborado no Parecer da Comissão Mista instituída para analisar e apresentar proposta quanto à revista nos estabelecimentos penais no Brasil (2012, p.9):

Ocorre que, na maioria das vezes, o argumento da segurança é utilizado sem evidências empíricas que comprovem vínculo direto en-



tre a entrada de visitas de familiares de presos e o ingresso de armas, drogas ou celulares nas prisões.

Ademais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Informe 38/1996, grifo nosso), no Caso 10.506, afirma que o argumento da segurança pública não é suficiente para justificar a realização da revista íntima:

A Comissão não questiona a necessidade de revistas gerais antes de se permitir o ingresso numa penitenciária. Contudo, as revistas ou inspeções vaginais são um tipo de verificação excepcional e muito intrusiva. A Comissão deseja salientar que o visitante ou membro da família que procure exercer seu direito a uma vida familiar não se deve converter automaticamente em suspeito de um ato ilícito, não se podendo considerá-lo, em princípio, como fator de grave ameaça à segurança.

Diante dos argumentos expostos, após desenvolver-se a pesquisa sobre a revista íntima e segurança prisional, pode-se considerar o caráter invasivo e vexatório da medida, tendo em vista a forma como é realizada no âmbito dos estabelecimentos



prisionais brasileiros.

Considerações Finais

Diante dos argumentos expostos, após desenvolver-se a pesquisa sobre a revista íntima e segurança prisional, pode-se considerar o caráter invasivo e vexatório da medida, tendo em vista a forma como é realizada no âmbito dos estabelecimentos prisionais brasileiros.

É notório, portanto, a importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, já que são eles que fundamentam e orientam o legislador na formulação das normas e na sua aplicabilidade.

Em seguida tratou-se sobre o direito dos presos, especialmente quanto ao direito de receber visita de seus familiares, já que possibilita que o preso mantenha seus laços afetivos, mesmo que de forma limitada, sendo tal direito assegurado em legislação infraconstitucional.

Por fim foi tratado sobre o direito fundamental à segurança e o conceito de segurança prisional, relacionando o tema com o procedimento da revista pessoal.

É notório, portanto, que os visitantes são violados em seus direitos fundamentais sempre que adentram um estabelecimento prisional pela forma



como a revista é aplicada.

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. São Paulo: Forense, 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 6 nov. 2016.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>. Acesso em: 3 jun. 2016.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia



para assuntos jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. **Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm>. Acesso em: 2 abr. 2016.

Ministério da Justiça Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Parecer da comissão mista instituída para analisar e apresentar proposta quanto à revista nos estabelecimentos penais no Brasil**. Brasília, 16 abr. 2012. Disponível em:<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=138728&t_p=1>. Acesso em: 8 set. 2016.

CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DI-



REITOS HUMANOS. **Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.** Disponível em:<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_ame-ricana.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

COYLE, Andrew. **Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos.** Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. I.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948. Disponível em:<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

UNODEC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. **Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros.** Disponível em:<https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.



DUTRA, Yuri Frederico. **A inconstitucionalidade da revista íntima realizada em familiares de presos, a segurança prisional e o princípio da dignidade da pessoa humana.** NEJ, v. 13, n. 2, p.93-104, jul.-dez. 2008. Disponível em:<file:///D:/Users/Bete/Downloads/1442-3007-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 25 jul. 2016.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARIATH, Carlos Roberto. **Limites da revista corporal no âmbito do sistema penitenciário.** 2008. Disponível em:<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13588-13589-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponde-**



ração de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral – arts. 1º a 120º. II.ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. I.

ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica:** dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. 2006. Disponível em:<<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.







EDITORA
UNIFEBE

Agência Brasileira de ISBN

ISBN 978-85-98733-32-0



9 788598 713120