



**REFLEXÕES E INOVAÇÕES NACIONAIS NO
SÉCULO XXI EM DIREITO E CIÊNCIAS
JURÍDICAS**

Organizador - Daniel L. S. Braga

DOI 10.55232/1082024 ISBN 978-65-997239-4-0

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Reflexões e inovações nacionais no século XXI em
direito e ciências jurídicas [livro eletrônico] /
organizador Daniel L. S. Braga. -- Florianópolis :
Instituto Scientia, 2022.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-997239-4-0

DOI: 10.55232/1082024

1. Artigos - Coletâneas
2. Direito - Coletâneas
3. Inovações I. Braga, Daniel L. S.

Copyright 2022 © Instituto Scientia

(CNPJ 43957433000142)

Todo conteúdo exposto nos capítulos é de responsabilidade dos próprios autores.

Organizador

Daniel L. S. Braga

Corpo Editorial

Francisco Lima dos Santos
Antônio Carlos Menezes
Fabiana dos Santos Dantas
Ana Beatriz Nunes da Silva
Ronaldo Antônio da Silva
Ana Luiza Martins Socorro
Gustavo Pereira de Sá
Felipe Gomides Ferreira

APRESENTAÇÃO

O presente livro trata-se de uma coletânea dos artigos científicos acadêmicos multidisciplinares da área do Direito e das Ciências Jurídicas, com capítulos compostos por diversos autores de todo o Brasil, organizado e publicado pelo Instituto Scientia no ano de 2022 e disponibilizado na internet de forma gratuita, em prol da democratização da ciência.

DOI: 10.55232/1082024

ISBN: 978-65-997239-4-0

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial do Instituto Scientia. É permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Corpo Editorial deste instituto, tendo sido aprovados para a publicação.

SUMÁRIO

Capítulo 1 – O ACESSO À JUSTIÇA EM FOROS INTERNACIONAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO INDIVÍDUO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E NA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA – Página 7

Capítulo 2 – JORNADA DE CONFORMIDADE COM AS EXIGÊNCIAS DA LGPD: UM ESTUDO DE CASO EM UM ÓRGÃO ESTRATÉGICO DO GOVERNO DE RONDÔNIA – Página 23

Capítulo 3 – A INSEGURANÇA JURÍDICA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE MASSOTERAPEUTA NO BRASIL E POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A REGULAMENTAÇÃO – Página 35

Capítulo 4 – ESCASSEZ DE ÁGUA NO BRASIL COMO CONSEQUÊNCIA DO AGRONEGÓCIO – Página 90

Capítulo 5 – DA EROÇÃO DA LEGALIDADE À USURPAÇÃO DA LEGITIMIDADE: AS TRÊS FASES DA DOCTRINA JURÍDICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL – Página 106

Capítulo 6 – TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE NA PERSPECTIVA DO HUMANISMO COMO VALOR CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO – Página 130

Capítulo 7 – A RELATIVIZAÇÃO DO ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL DIANTE OS EFEITOS DA MULTIPARENTALIDADE – Página 149

Capítulo 8 – A IMPORTÂNCIA DA ESTIMATIVA DA MAIOR IDADE PENAL COMO MEIO FUNDAMENTAL DAS GARANTIAS DO DIREITO DO APENADO – Página 168

Capítulo 9 – DIREITO FUNERÁRIO: RELATO DE CASO DE CADÁVERES INSEPULTOS NO RIO GRANDE DO NORTE – Página 169

Capítulo 10 – INTERROGATÓRIO DO RÉU POR VIDEOCONFERÊNCIA DURANTE A PANDEMIA – Página 171

Capítulo 11 – VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS – Página 173

Capítulo 12 – PANORAMA SOBRE A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA NO DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO – Página 175

Capítulo 13 – A METODOLOGIA DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL - DEL TRANSFORMANDO CIDADES DO RIO GRANDE DO NORTE EM DESTINOS TURÍSTICOS SUSTENTÁVEIS E INTELIGENTES – Página 177

Capítulo 14 – O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO DIREITO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL – Página 179

Capítulo 15 – MATTHÄUS-PASSION E O PRINCÍPIO DO JUIZ IMPARCIAL – Página 181

Capítulo 16 – A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA EDUCAÇÃO BÁSICA NACIONAL: UM CAMINHO DE INSTAURAÇÃO DA CULTURA DE PAZ NAS ESCOLAS – Página 183

Capítulo 17 – OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – Página 185

Capítulo 18 – A LITERATURA ESPECIALIZADA DO DIREITO COMO FORMA DE MANUTENÇÃO DA IDEOLOGIA EUROCÊNTRICA NO CURSO – Página 187

Capítulo 1 - DOI:10.55232/1082024.1

**O ACESSO À JUSTIÇA EM FOROS INTERNACIONAIS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PAPEL DO INDIVÍDUO
NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E NA
CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA**

Gabriel Moura Aguiar e Mayra Karla Correia Fagundes

RESUMO: O presente trabalho consiste num estudo sobre o locus standi na atual configuração do Direito Internacional em dois grandes foros internacionais: a Organização Mundial do Comércio, através de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias e a Corte Internacional de Justiça. Refletir-se-á sobre as consequências da restrita legitimidade ativa nestes foros, considerando a evolução do Direito Internacional, e o maior alcance da subjetividade internacional, hoje não mais se limitando aos Estados soberanos, pois cada vez mais o indivíduo ao lado de entes públicos e privados reclamam direitos na esfera internacional, e, por isso, sua posição processual neste âmbito deve ser considerada.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, Corte Internacional de Justiça, Organização Mundial do Comércio

INTRODUÇÃO

A ordem jurídica internacional se difere sobremaneira do direito interno de cada Estado. No direito nacional, o poder estatal determina a submissão à jurisdição local, da qual não se pode escapar, tanto particulares quanto entes públicos. No direito internacional público, por outro lado, a organização ocorre de forma descentralizada, e a submissão de um Estado a determinada jurisdição, seja de um outro Estado ou de um organismo ou corte internacional, depende de aceitação expressa do ente estatal, tendo em vista sua soberania (REZEK, 2010).

Dessa forma, tem-se que o Estado é o sujeito originário de direito internacional público, e este detinha, até há pouco tempo, a exclusividade neste papel. Todavia, nos dias atuais, há o reconhecimento das organizações internacionais também como sujeitos de direito internacional, uma vez que ostentam personalidade jurídica internacional e são assim “habilitadas à titularidade de direitos e deveres internacionais, numa relação imediata e direta com aquele corpo de normas” (REZEK, 2010, p.153).

Por sua vez, esta personalidade jurídica, ainda conforme Francisco Rezek, não é uniforme. Os Estados detêm uma personalidade originária, uma vez que este possui não somente uma precedência histórica, mas uma existência física, um território no qual vive uma comunidade humana. A personalidade jurídica internacional das organizações é derivada, posto que elas não existem senão com base no ato jurídico que as instituiu, a exemplo de um Tratado, ato este resultado da vontade conjugada de Estados que, em livre exercício de sua soberania, voluntariamente abrem mão de parcela desta para se submeter à jurisdição e aos ditames da organização internacional. (REZEK, 2010, p. 153-154).

Pode-se dizer que esta é a configuração unânime tradicional dos sujeitos de direito internacional, os Estados e as organizações internacionais. Dessa forma, é evidente a conclusão de que estes dois sujeitos possuem legitimidade ativa em direito internacional, ou seja, podem acessar as jurisdições internacionais consubstanciadas nas Cortes e Tribunais supranacionais.

Dentro desta configuração tradicional, se incluem a Corte Internacional de Justiça (CIJ) e a Organização Mundial do Comércio (OMC), esta última aqui representada por seu mecanismo de solução de controvérsias. Logo, conclui-se que os Estados são legitimados ativos para recorrer à CIJ e ao mecanismo de solução de controvérsias da OMC, conforme seus respectivos atos jurídicos criadores, assunto que será analisado de forma mais aprofundada no corpo do trabalho.

Ocorre que há um movimento, observado tanto na prática quanto na doutrina, de consideração de entes privados como sujeitos de direito internacional, notadamente os indivíduos. Entretanto, este entendimento não é unânime na doutrina internacionalista e há, ainda, resistência de alguns órgãos internacionais de solução de conflitos em acatar este posicionamento, sendo este o problema motivador da pesquisa.

O objetivo do trabalho é, pois, analisar criticamente a posição tradicional diante da crescente importância tomada pelo indivíduo e por empresas privadas na esfera internacional, levando setores respeitadas da doutrina a defender o direto acesso à justiça destes nas Cortes internacionais. Algumas das Cortes e Tribunais internacionais já aceitam a participação de indivíduos ou de empresas. No primeiro caso, pode ser citada como exemplo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹ e, no segundo, o Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI ou ICSID)².

Porém, outras ainda relutam em permitir esta participação, tais como a Corte Internacional de Justiça e a OMC, objetos do trabalho. Estas duas organizações internacionais foram escolhidas por sua importância no cenário internacional e, também, por possuírem casos emblemáticos para ilustrar a questão, nos quais seria salutar a possibilidade de participação direta de entes particulares.

A vertente teórico-metodológica utilizada foi a jurídico-teórica, pelo destaque aos aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários do tema (GUSTIN, 2006, p. 22), tanto na análise da legitimidade ativa dos particulares nos foros internacionais quanto no estudo das Cortes Internacionais selecionadas (A Corte Internacional de Justiça e o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC).

O raciocínio empregado foi o dedutivo, pelo qual se parte de premissas consideradas verdadeiras a priori, cuja investigação busca confirmar a certeza. Por fim, pode ser observada também uma vertente de investigação jurídico propositiva, pois se busca, ainda que em menor medida, fomentar a discussão sobre a ampliação do rol de legitimados ativos nas Cortes Internacionais analisadas (GUSTIN, 2006, p. 23, 30).

¹De acordo com o art. 34 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Tribunal “pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos” (CONSELHO DA EUROPA, 1950, p.22).

²O art. 25 da Convenção do CIRDI/ICSID dispõe que a jurisdição do Centro se estende a qualquer disputa legal proveniente diretamente de investimentos, entre um Estado-parte e um nacional de outro Estado-parte (WORLD BANK GROUP, 2006, p.18). tradução nossa do original em inglês: “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State (...)”.

O INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL

Conforme mencionado nas considerações introdutórias, não há consenso na doutrina sobre a possibilidade de aceitação dos indivíduos ou empresas como sujeitos de direito internacional e, conseqüentemente, como legitimados ativos a acessar as cortes internacionais. São assim verificadas duas correntes; a primeira mantém a concepção do direito internacional clássico, ou seja, de que somente Estados soberanos, organismos internacionais, beligerantes, insurgentes e nações que buscam sua soberania são sujeitos ativos no âmbito transnacional e, portanto, teriam legitimidade para elaborar normas internacionais com a circunstância de serem eles seus destinatários imediatos. (PORTELA, 2015, p.155)

A outra corrente, à qual se filia Portela, dentre outros, defende a inserção de indivíduos, empresas e organizações não governamentais (ONGs), no rol dos sujeitos de direito internacional. Isto se dá por conta de uma recente evolução da ordem jurídica internacional, que passou a prever, em suas normas, direitos e obrigações a estas pessoas. Contudo, o autor faz a ressalva de que a legitimidade internacional ativa dos particulares é bem mais restrita que a dos Estados e organismos internacionais. Esta legitimação se limita ao acesso a métodos transnacionais de solução de conflitos. (PORTELA, 2015, p.155-156)

A recente valorização do indivíduo e sua posição de sujeito de direito internacional pode ser vista como uma conquista do direito internacional no século XX, e está, nas palavras de Valerio Mazzuoli (2015, p. 470), intimamente ligada ao “desenvolvimento e solidificação do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. O mesmo autor também ressalta que não há, no direito internacional, nenhuma regra a dizer que o indivíduo não é um sujeito do “direito das gentes”.

Um outro argumento a reforçar a posição do indivíduo como sujeito de direito internacional é a possibilidade deste ser sujeito a deveres e punições na esfera transnacional. Ou seja, já é possível e plenamente aceita a legitimidade *passiva* de indivíduos em direito internacional, especialmente em matéria penal, tendo em vista a responsabilização dos oficiais nazistas pelos crimes cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, bem como em outras situações de conflito, a exemplo da guerra na antiga Iugoslávia e do genocídio de Ruanda (MAZZUOLI, 2015, p. 472-475).

Nesta esteira, algumas Cortes, Tribunais e centros internacionais de solução de conflitos aceitam a instauração de casos por parte de indivíduos ou empresas, a exemplo da Corte

Interamericana de Direitos Humanos ou do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI ou ICSID), órgão arbitral de solução de controvérsias do Banco Mundial. Todavia, conforme já adiantado acima, não é unânime na doutrina o aceite à participação de particulares como sujeitos de direito internacional. Francisco Rezek afirma categoricamente que “não tem personalidade jurídica de direito internacional os *individuos*, e tampouco as *empresas*, públicas ou privadas” (REZEK, 2010, p.154).

Para o autor, ao se abrir o leque dos sujeitos de direito internacional para os indivíduos, deveria ser reconhecida também a legitimidade a empresas e sociedades mercantis, pessoas jurídicas com ânimo de lucro inventadas conforme as leis de países quaisquer. Rezek reconhece que há atualmente normas internacionais que protegem indivíduos e empresas, todavia, em que pese o reconhecimento de personalidade jurídica em direito interno a essas pessoas, o mesmo tratamento na esfera internacional dependeria da legitimidade para reclamarem diretamente seus direitos, o que, para o autor, não ocorre (REZEK, 2010, p.154-155).

Porém, há que se levar em conta a nova configuração do direito internacional e do papel do Estado, no qual este divide o protagonismo na esfera internacional com outros entes e com pessoas de direito privado, e isto em um mundo deveras modificado pela evolução das formas de organização territorial e da intensificação e internacionalização do fluxo de capitais e de mercados. Esta é uma apertada síntese do notável fenômeno da globalização, cuja força se evidenciou a partir do final dos anos 1980.

Este fenômeno não é inédito no mundo. Grandes impérios no passado tentaram fazê-lo, porém, somente com a comunicação instantânea, observada nos tempos atuais, a globalização se tornou realidade. Pela primeira vez, ela se torna tecnologicamente possível (VIADÉL, 2000, p.15).³ A globalização alterou sobremaneira o direito internacional público, ou seja, a forma pela qual os Estados se relacionam entre si e a própria configuração de Estado (aqui se incluem os blocos regionais, a exemplo da União Europeia). Kildare Gonçalves Carvalho relata diretamente a transformação da realidade estatal pela globalização, “pelo comprometimento de seu território, de sua soberania e da erosão da cultura e da identidade nacionais, com a expansão da cidadania, e o surgimento de uma ordem supranacional (...)” (CARVALHO, 2004, p.95-96).

É neste âmbito que se insere a abertura do direito internacional a novos sujeitos e novas formas de organização territorial:

³Tradução nossa do original em espanhol: “Una de las herramientas decisivas de este cambio planetario, de su rapidez y universalidad es la comunicación instantánea. Los intentos globalizadores ya existieron en otras épocas. Todos los grandes imperios se lo propusieron, pero ahora se vislumbra, por primera vez, como tecnológicamente posible.”

A esse propósito, tem-se observado o crescimento das organizações e coletividades internacionais e transnacionais, como a ONU, e regionais, como a União Europeia, seus organismos especializados até grupos de pressão, com destaque para as denominadas organizações não governamentais internacionais (ONGs), que em 1990 já eram em número de 5.500 (CARVALHO, 2004, p.96).

Dentre os supracitados “organismos especializados” das coletividades internacionais e transnacionais estão a Corte Internacional de Justiça e o mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Estes dois organismos, cuja composição permite somente a atuação direta de Estados, serão analisados sob um olhar crítico acerca desta legitimidade ativa, com vistas para uma maior flexibilização de suas regras, a fim de conferir mais espaço aos novos *players* do direito internacional, no atual mundo globalizado.

A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

A atual Corte Internacional de Justiça (CIJ) foi instituída pela Carta das Nações Unidas, em 1945. Contudo, conforme leciona Accioly, a CIJ é a sucessora da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), criada em 1921 no âmbito da extinta Sociedade (ou Liga) das Nações, esta, por sua vez, instituída ao final da Primeira Guerra Mundial e precursora da ONU (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 444).

A Corte Permanente de Justiça Internacional não fracassou como a Liga das Nações. A CPJI teve um considerável volume de trabalho durante as décadas de 1920-1930, sendo sua jurisprudência relevante para o (conturbado) período de reorganização territorial da Europa no pós-guerra, na passagem dos “impérios multinacionais” para um continente “de nacionalidades” (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.836). Ainda conforme o autor, esta jurisprudência da Corte Permanente de Justiça Internacional se constituiu como um legado considerável para a atuação de sua sucessora, a Corte Internacional de Justiça, sendo inclusive o Estatuto da CIJ baseado quase que inteiramente no documento equivalente da antiga Corte Permanente (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p. 839-841).

Este sucesso da CPJI fez com que fosse cogitada, nas reuniões que embasaram a criação da ONU, a sua manutenção. Ao final, tendo em vista as mudanças ocorridas no mundo no pós-guerra, e para atender a nova ordem do direito internacional (novas superpotências e novas instituições), decidiu-se pela criação de uma nova Corte, daí a instituição da Corte Internacional de Justiça (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2012, p.444).

Também motivou a criação de uma nova Corte a previsão, na Carta das Nações Unidas, de que todos os membros da ONU seriam membros também da Corte, bem como a ausência de alguns dos membros da Convenção de San Francisco, na qual a ONU foi criada, no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional (UNITED NATIONS, 2018).⁴ A atual CIJ, evidenciando a intenção de continuidade em relação à CPIJ, entrou em funcionamento somente após a extinção oficial desta, em abril de 1946, e funciona no mesmo local, o Palácio da Paz na Haia.

Jurisdição e Estatuto da CIJ

A Corte Internacional de Justiça é um dos órgãos principais da ONU, ocupando posição equivalente à da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança. Seu Estatuto é um anexo da Carta das Nações Unidas, sendo parte integrante desta (UNITED NATIONS, 2018)⁵. O Brasil é um dos Estados signatários da Carta da ONU e, conseqüentemente, do Estatuto da CIJ. A Carta da ONU foi promulgada em território nacional por meio do Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945, fonte da qual serão retiradas as transcrições do Estatuto que aqui constarem.

A Corte Internacional de Justiça está prevista no art. 92 da Carta das Nações Unidas, sendo apontada como o principal órgão judiciário da ONU, a ser regida pelo Estatuto anexo. O referido artigo declara expressamente que este é baseado no Estatuto da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, declaração incontestada de que a atual CIJ é sucessora direta da CPIJ. O art. 93, por sua vez, traz a aqui já referida previsão de que os membros da ONU serão *ipso facto* partes do Estatuto da CIJ, abrindo a possibilidade de um Estado que não integra a ONU tornar-se parte da Corte Internacional de Justiça em condições a serem definidas pela Assembleia Geral e mediante recomendação do Conselho de Segurança (BRASIL, 1945).

O art. 94 prevê a obrigatoriedade do cumprimento das decisões da Corte pelos países membros das Nações Unidas (item 1), funcionando o Conselho de Segurança como órgão de execução, ao qual o Estado parte lesado deve recorrer. O Conselho poderá, neste sentido, fazer recomendações ou decidir sobre “medidas a serem tomadas para o cumprimento da sentença”

⁴Tradução nossa do original em inglês: the creation of a new court was more consistent with the provision in the Charter that all Member States of the United Nations would *ipso facto* be parties to the court's statute; several States that were parties to the Statute of the PCIJ were not represented at the San Francisco Conference and, conversely, several States represented at the Conference were not parties to the Statute;

⁵Tradução nossa do original em inglês: “The Conference decided against compulsory jurisdiction and in favour of the creation of an entirely new court, which would be a principal organ of the United Nations, on the same footing as the General Assembly, the Security Council, the Economic and Social Council, the Trusteeship Council and the Secretariat, and whose statute would be annexed to the Charter, forming an integral part of it.”

(item 2) (BRASIL, 1945). Todavia, apesar da previsão legal da Carta, o Estatuto demanda anuência expressa dos Estados para se submeterem à jurisdição da Corte em alguns assuntos.

O art. 36 do Estatuto, em seu item 1, prevê que a CIJ terá competência para decidir sobre todas as questões que as partes a ela submeterem, e especialmente “assuntos previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor” O item 2, por seu turno, traz a possibilidade de os Estados reconhecerem (ou não) como obrigatória a jurisdição da Corte (BRASIL, 1945), ou seja, retiraria, a princípio, a obrigatoriedade automática da submissão à Corte, prevista na Carta da ONU.

Antonio Augusto Cançado Trindade (2013, p.18) leciona que este artigo é denominado de “cláusula Raul Fernandes”, ou “cláusula facultativa da jurisdição obrigatória”, reforçando que a jurisdição da Corte não é, de fato, automaticamente obrigatória. Todavia, ainda conforme o autor, diversos tratados e convenções internacionais submetem os Estados à jurisdição da CIJ, bem como acordos ou “compromissos” entre Estados, não somente Estados-partes, sendo estas atualmente as formas mais utilizadas para o acesso à Corte.

Legitimidade ativa e críticas ao atual modelo da Corte

A Corte Internacional de Justiça, como herdeira direta da Corte Permanente de Justiça Internacional, prevê somente Estados como partes em sua atuação contenciosa. Na atuação consultiva, prevista no art. 96 da Carta das Nações Unidas, é permitido o acesso à Corte pela Assembleia Geral, pelo Conselho de Segurança e outras organizações internacionais, especialmente os órgãos descentralizados da própria Organização das Nações Unidas, tais como a FAO, UNESCO, ACNUR, etc., desde que autorizadas pela Assembleia Geral, e somente em “questões jurídicas surgidas dentro da esfera de suas atividades” (BRASIL, 1945).

Porém, no âmbito da competência contenciosa da Corte, somente Estados possuem legitimidade ativa. É a redação expressa do art. 34 do Estatuto: “Artigo 34. 1. Só os Estados poderão ser partes em questões perante a Côte” (BRASIL, 1945). Há que ressaltar, todavia, que a legitimidade ativa na Corte Internacional de Justiça não é restrita a Estados membros das Nações Unidas, mas a Estados de modo geral.

Com efeito, o próprio Estatuto autoriza, em seu art. 35, o acesso a Estados que não são membros das Nações Unidas, nos termos de tratados vigentes ou em condições estabelecidas pelo Conselho de Segurança, vedada a colocação de Estados partes em situação de desigualdade

perante à Corte. O acesso aos Estados signatários do Estatuto é sempre garantido (àqueles que, evidentemente, se submeteram à jurisdição da Corte) (BRASIL, 1945).

Logo, depreende-se que a Corte Internacional de Justiça não permite acesso direto a particulares, aqui incluídos indivíduos, empresas privadas e as ONGs. O acesso é possível, desde que o particular lance mão do intrincado mecanismo da “proteção diplomática”, pelo qual o Estado assume, na esfera internacional, a posição de seu nacional. Nas palavras de Accioly, Casella e Silva (2012, p. 445) “o *locus standi* está restrito a estados, devendo quaisquer pessoas jurídicas ou físicas solicitar aos seus respectivos governos que levem ao conhecimento da Corte, em seu nome, suas demandas jurídicas”.

Este mecanismo acaba por evidenciar a importância e a necessidade de uma proteção maior dos direitos individuais em Cortes internacionais. Em 1988, já apontava José Carlos de Magalhães que a Corte Internacional de Justiça, e mesmo sua antecessora, a Corte Permanente de Justiça Internacional, já decidiam questões envolvendo interesses individuais, ainda que seus titulares estivessem sob a proteção da legitimidade de seus Estados nacionais:

Da mesma forma que as Comissões Mistas e os Tribunais Arbitrais Mistos, a Corte Permanente de Justiça Internacional e sua sucessora – a Corte Internacional de Justiça – decidiram controvérsias entre Estado e particular, apesar de estes estarem representados por seus Estados. A legitimidade processual do Estado para postular em nome de seu nacional, todavia, não obnubila o real interessado na questão decidida: o indivíduo (MAGALHÃES, 1988, p.40).

Caso emblemático envolvendo a legitimidade extraordinária de um Estado para defender interesse individual de seu nacional foi o “Mavrommatis Palestine Concessions”, decidido ainda pela Corte Permanente de Justiça Internacional, uma vez que os fatos ocorreram nos anos 1920.

Mavrommatis era um cidadão grego que possuía concessões de serviços públicos na Palestina, outorgadas pelo então Império Otomano. A Inglaterra, que assumiu a região após a queda do Império Otomano na Primeira Guerra Mundial, não reconheceu os direitos de concessão, levando Mavrommatis a socorrer-se do Estado grego para demandar contra os ingleses na CPIJ. A Grécia assumiu a questão e, apesar de alegações da Inglaterra de impossibilidade de julgamento pela Corte, por conta dos interesses individuais envolvidos, esta reafirmou sua jurisdição e decidiu de forma favorável ao cidadão grego (MAGALHÃES, 1988, p. 41-42).

Há também casos julgados já pela Corte Internacional de Justiça: Bélgica x Senegal, 2009 e 2012, sobre obrigatoriedade de julgamento ou de extradição; sobre a aplicação do princípio da jurisdição universal sob a Convenção da ONU contra a tortura (Guiné x República

Democrática do Congo, 2010 e 2012); sobre detenção e expulsão de estrangeiro, entre outros (TRINDADE, 2013, p.22). São casos de nítido caráter individual, levados à CIJ pelos respectivos Estados.

Cançado Trindade é brasileiro e Juiz da Corte Internacional de Justiça, e um dos principais críticos ao “mecanismo rigidamente estatal”. Para o autor, este mecanismo não tem se mostrado satisfatório, uma vez que em alguns casos envolvendo indivíduos, a participação destes “para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte”. O Juiz também alerta que “casos do gênero, atinentes sobretudo à situação concreta dos seres humanos afetados, têm se intensificado nos últimos anos perante a CIJ” (TRINDADE, 2013, p.23).

Outro ponto também ressaltado pelo Juiz brasileiro da CIJ é a “artificialidade do caráter exclusivamente estatal” do modelo, revelada pela própria natureza de alguns dos casos levados à Corte, que demandam desta um raciocínio que vai além da relação entre Estados (TRINDADE, 2013, p.23). Esta “artificialidade” é evidente quando se analisa o caso *Mavrommatis*, dentre outros, bem como quando se coloca a Corte Internacional de Justiça no atual mundo globalizado.

A LEGITIMIDADE ATIVA ESTATAL NO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Hodiernamente, na Organização Mundial do Comércio, mais especificamente através de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias e na Corte Internacional de Justiça, só é possível que se figurem Estados soberanos nos polos ativo e passivo de qualquer litígio em suas respectivas esferas. Diante de tal cenário, cabe refletir sobre tal limitação e seus desdobramentos, sob a perspectiva do Direito Internacional Contemporâneo e seus avanços.

A análise desta condição concentrar-se-á, neste segundo momento, no Mecanismo de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, órgão responsável pela apreciação das controvérsias envolvendo países-membros da referida Organização. As lides submetidas ao referido órgão evidentemente gravitam em torno de litígios comerciais.

Necessário traçar um breve compilado histórico do Mecanismo de Solução de Controvérsias responsável por dirimir conflitos comerciais entre duas ou mais partes, a fim de compreender melhor seu funcionamento atual.

Mecanismo de Solução de Controvérsias: do Gatt à OMC

A Organização Mundial do Comércio é o foro internacional adequado para discutirem-se as mais variadas questões comerciais que interessam aos Estados-membros da organização. Ela foi criada ao fim da Rodada Uruguai do Gatt⁶, tendo como seu ato constitutivo o Tratado de Marrakesh.

O Gatt era um conjunto de acordos que possuía contornos institucionais, uma vez que suas sucessivas rodadas criavam ambientes favoráveis para negociações comerciais entre os países que eram parte no Gatt. Rosenberg assevera que no âmbito do Gatt, o Mecanismo de Solução de Controvérsias não possuía meios sofisticados de solução de conflitos. Isto foi acontecendo paulatinamente com o passar dos anos, até enfim a criação da OMC e seu respectivo Mecanismo de Solução de Controvérsias, que inclusive não despreza a jurisprudência produzida quando da vigência de seu predecessor no Gatt. O que aconteceu foi que tal Mecanismo ganhou roupagem mais jurídica, podendo ser considerado um verdadeiro tribunal internacional para temas de comércio (ROSENBERG, 2009).

A reforma do Sistema de Solução de Controvérsias ocorrida na transição do Gatt para a OMC inclusive é considerada um dos grandes avanços relativos ao Sistema Multilateral de Comércio. Albertini esclarece que, se comparado ao sistema do Gatt, o atual Mecanismo de Solução de Controvérsias é dotado de regras muito mais detalhadas, apresenta prazos para cumprir e aprovar procedimentos, e traz também uma instância recursal que é o Órgão de Apelação, que conta com natureza jurisdicional, sendo composto por juízes com formação jurídica (ALBERTINI, 2010).

A primeira instância do referido mecanismo conta com o painel, que muito se assemelha a um procedimento arbitral, contando com árbitros indicados pelas partes. A partir de discordância de uma das partes com relação ao relatório emitido pelo painel, o Estado-membro que se sinta desfavorecido tem a oportunidade de oferecer apelação ao Órgão de Apelação que seria uma segunda instância.

Outro detalhe que diferencia o atual Mecanismo de Solução de Controvérsias do sistema vigente na época do Gatt é que naquela época as decisões tomadas pelos painéis só poderiam ser implementadas caso houvesse consenso geral, o que implicaria inclusive a concordância do

⁶*General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*: acordo que, a princípio, vigorou “provisoriamente” por 47 anos, cujo propósito inicial era regular a progressiva redução de tarifas aduaneiras e outras restrições comerciais.

Estado-membro ao qual a decisão foi desfavorável. Evidentemente, em se tratando de decisão conflitante com seus interesses, tal Estado não anuiria com o cumprimento da decisão do painel. No Mecanismo de Solução de Controvérsias, diferentemente, existe a regra do consenso reverso, quando uma decisão só não deverá ser considerada caso haja consenso geral no sentido de que não deve ser.

Feitas estas breves considerações acerca da evolução do Mecanismo de Solução de Controvérsias – que apesar de ter se transformado, conservou a característica de somente admitir Estados soberanos como partes em litígios no seu âmbito – pode-se agora discorrer melhor a respeito da legitimidade ativa no órgão, cuja qual é deveras restrita.

Os Estados-membros como parte em litígios na OMC

Conforme já mencionado, somente Estados-membros litigam na esfera do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC. Antes do estabelecimento do painel, há a fase de consultas entre as partes, que consiste numa tentativa amigável de se chegar a um acordo antes de levar a lide para a apreciação dos árbitros no painel. Frustrada a fase de consultas, procede-se com o estabelecimento do painel. O Estado-membro que sentir-se prejudicado com a decisão prolatada pelo painel, poderá apelar dela.

A OMC, diferentemente do Gatt, viabiliza o acesso do público a documentos de seu Mecanismo de Solução de Controvérsias, mas ainda existem muitas críticas quanto à falta de transparência bem como quanto à participação da sociedade civil e seu efetivo controle sobre os casos que estão sendo julgados. Não é possível, por exemplo, que particulares, representantes de ONGs ou até mesmo profissionais da imprensa tenham acesso às audiências dos processos que tramitam sob tal jurisdição (PRAZERES, 2000).

Destarte, como bem explica Silva, no quesito acesso à Organização, a OMC pode ser classificada como de baixo a médio acesso, uma vez que restringe a participação formal em seu cotidiano apenas aos representantes de seus Estados-membros, embora admita certa abertura em momentos específicos, com destaque para Conferências Ministeriais, através de processo de acreditação específico e participação em simpósios abertos ao público (SILVA, 2016).

Seria esta modesta participação de atores não estatais, que ocorre em momentos esporádicos da vida da OMC, suficiente para lhe conferir efetividade? Configura-se como justa? Poderia ser maior? Para alcançar tais respostas é necessário fazer uma reflexão mais acurada. É importante primeiramente considerar a lição do Professor Carlos Roberto Husek (2015), para

quem “[...] qualquer ordenamento jurídico, por mais rarefeito que se apresente, tem por destinatário o Homem.”, o que ressalta o papel que o Direito deve ter, não devendo constituir-se, pois, nas palavras do mesmo autor, num “Direito sem alma”, devendo o homem ter espaço garantido ao lado dos demais entes no Direito Internacional (HUSEK, 2015).

A preocupação com o espaço do indivíduo no Direito Internacional vem se intensificando e pode ser considerada legítima, mas ela não é considerada uma preocupação uníssona na doutrina. Como opinião dissonante, pode-se reiterar o exemplo já considerado por Francisco Rezek (2014), para quem a atribuição de personalidade jurídica de direito internacional a um indivíduo implicaria o dever de reconhecer também tal condição a empresas, sociedades mercantis e quaisquer coisas juridicamente inventadas com o intento de buscar lucro à luz das regras de direito privado de qualquer país.

A discussão a respeito de tal temática se revela importante, sobretudo no âmbito da Organização Mundial do Comércio, onde as controvérsias gravitam em torno de situações que muitas vezes não refletem necessariamente um comportamento institucional do Estado, mas sim de algum agente privado que não detém legitimidade para demandar ou ser demandado naquele espaço.

Nas palavras de Albertini (2010, p.22): “Somente estão aptos a participar do sistema de solução de controvérsias, disputas entre os países-membros da OMC, seja como partes ou como terceiros interessados. Sendo assim, é inviável que agentes não governamentais sejam partes nas disputas [...]”.

Tal condição pode, por vezes, levar a um hiperdimensionamento da questão. Como sinalizado acima, uma controvérsia pode chegar até o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC sem que necessariamente reflita o comportamento de um Estado. Kramer (2013) ressalta a importância de o empresariado estar sempre atento às negociações e cobrar de seu governo que apresente suas reivindicações no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

Mas, ainda assim, é evidente que o Estado-membro adotará um tom menos incisivo do que o que adotaria um ente privado, a fim de não comprometer seu relacionamento com outros Estados-membros em nome de um interesse que não é primariamente ou exclusivamente seu. Para Barral (2007, p. 39):

Apesar desses interesses das empresas, o ESC não contempla nenhuma oportunidade específica para sua atuação no procedimento, nem sequer as reconhecem como partes legítimas para qualquer tipo de ato procedimental. Na prática, essas empresas poderão auxiliar seus respectivos governos a preparar a reclamação, ou contratam advogados especializados para a elaboração dos documentos necessários, que serão posteriormente apresentados pelos governos à OMC.

Prazeres (2000) reflete sobre o que denomina de “custo político” da submissão de um caso ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC. Para a autora, muitos Estados, sobretudo se tratando de países em desenvolvimento em face de países centrais, enxergam a decisão de submeter um caso ao OSC como uma decisão política, de estratégia governamental, que pode chegar inclusive a um “não-agir” devido ao custo político da decisão.

Destarte, tal “custo político” pode de fato pautar muitas decisões de se levar adiante ou não um litígio comercial no OSC, no sentido de que um país em desenvolvimento queira preservar boas relações com países desenvolvidos, evitando, pois, o confronto direto em litígios comerciais. O que por outro lado pode contrariar os interesses de entes privados abrigados em seu território que estejam sofrendo com determinadas medidas adotadas pelo Estado que seria demandado em litígio.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, é possível concluir-se que o Direito Internacional da atualidade contempla um maior protagonismo do indivíduo e não apenas dos Estados soberanos. O indivíduo e entidades privadas alcançaram posições outrora inimagináveis no contexto global, devido à intensa mobilidade propiciada pelo fenômeno da globalização. Isto lhes permite celebrar negócios jurídicos e participar ativamente da vida econômica em ambientes estranhos a seu ambiente doméstico. Natural seria que em virtude de tais possibilidades, seus interesses também pudessem ser defendidos *de per se* nas esferas adequadas, sem precisar acarretar custos políticos a outros atores estatais que sentem-se muitas vezes constrangidos ao ter que assumir tal responsabilidade.

O Direito Internacional da maneira como está configurado hoje não admite mais a exclusividade estatal em diversos domínios. Tal exclusividade traz mais ônus do que bônus, pois ao demandar e ser demandado em litígios internacionais os Estados criam barreiras difíceis de ser superadas, fragilizam suas relações com outros Estados muitas vezes em nome de interesses privados, que poderiam ser discutidos entre os mesmos entes privados envolvidos na contenda, sem necessariamente necessitar da proteção diplomática de seu Estado, que detém legitimidade para levar uma discussão comercial ao Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC. Isto pouparia maiores desgastes nas relações internacionais, bem como preservaria as boas relações entre nações e governos, restringindo a lide aos que de fato têm interesses em

Internacional : estudos em homenagem ao Prof. Dr. Geraldo José Guimarães da Silva / Antônio Márcio da Cunha Guimarães, Arianna Stagni Guimarães. – São Paulo : Lex Editora, 2013.

MAGALHÃES, José Carlos de. Do Estado na arbitragem privada. 1. Ed. São Paulo: Max Limonad: 1988.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado. 7. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **O Sistema de Solução de Controvérsias**. *In*: O Brasil e a OMC : os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais / organizado por Welber Barral; colaboradores Odete Maria de Oliveira [et. al.]. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSENBERG, Barbara. Revisitando o escopo e a função do mecanismo de solução de controvérsias da OMC: segurança e previsibilidade no sistema multilateral de comércio. *In*: O Brasil e o Contencioso na OMC : Tomo I/ Maria Lúcia Labate Mantovanini Padua Lima, Barbara Rosenberg, coordenadoras. – São Paulo : Saraiva, 2009.

SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da. Direito internacional em expansão : encruzilhada entre comércio internacional, direitos humanos e meio ambiente. São Paulo : Saraiva, 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Os Tribunais internacionais contemporâneos. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2013. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf>. Acesso em: 29 maio 2018.

UNITED NATIONS. International Court of Justice. History. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/en/history>. Acesso em: 28 maio 2018.

VIADÉL, Antonio Colomer. La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales. *In*: El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

WORLD BANK GROUP. International Centre for Settlement of Investment Disputes. ICSID Convention. Washington D.C., 2006. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2018.

Capítulo 2 - DOI:10.55232/1082024.2

**JORNADA DE CONFORMIDADE COM AS EXIGÊNCIAS
DA LGPD: UM ESTUDO DE CASO EM UM ÓRGÃO
ESTRATÉGICO DO GOVERNO DE RONDÔNIA**

**Emilly Bezerra Miranda, Diêgo Alexandre Duarte e Angelina Maria de
Oliveira Licório**

RESUMO: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, nº 13.709, desde sua entrada em vigor, vem causando mudanças significativas no modo como os brasileiros tratam os dados pessoais, desde o titular do dado até o controlador do processo de negócio. O movimento de mudança, motivado pela LGPD ganhou ainda mais força em agosto de 2021, com a entrada em vigor das sanções administrativas, que estão dispostas na Lei a partir do art. 52, intensificando assim, a jornada de conformidade com a LGPD tanto nas empresas privadas, quanto na administração pública. O objetivo do estudo é analisar as principais dificuldades para entrar e permanecer em conformidade no caso da Superintendência Estadual de Tecnologia da Informação e Comunicação de Rondônia, órgão de nível estratégico do Governo do Estado de Rondônia. Aplicando o método de estudo de caso que perpassa por uma pesquisa bibliográfica e exploratória, com coleta de dados a partir de artigos científicos, artigos de mídia institucional, leis e documentos organizacionais que versam sobre o tema, com enfoque nos documentos institucionais produzidos pela Superintendência (cartilhas, guias, manuais etc.). A pesquisa traz a tona elementos sobre o contexto da LGPD, o Estado de direito e os desafios da SETIC em Rondônia. Identificou-se que a maior questão enfrentada pela instituição é a mudança cultural quanto ao tratamento dos dados pessoais, dessa forma, para que uma instituição entre em conformidade com a LGPD, urge que seja implementada uma campanha de conscientização e publicidade.

Palavras-chave: LGPD, SETIC, RONDÔNIA

INTRODUÇÃO

Com fundamento no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados que nasceu na União Europeia em meados de 2016, o Brasil, dois anos depois, em 2018 aprovou a Lei nº 13.709 que dispõe sobre a proteção dos dados pessoais, Piurcosky et al. (2019). O movimento de mudança motivado pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), ganhou ainda mais força em meados de agosto de 2021, com a entrada em vigor das sanções administrativas, que estão dispostas na Lei a partir do art. 52, intensificando assim a jornada de conformidade com a LGPD tanto nas empresas privadas, quanto na administração pública.

Fornasier e Knebel (2021) alertam para os perigos da mercantilização dos dados pessoais e o sujeito de direito na era mais conectada da humanidade, atualmente, onde o digital e real estão em estrito paralelo. Os autores abordam a importância da LGPD nesse contexto, onde são recorrentes os ataques *hackers*, vazamentos de dados e muitas outras situações que são corriqueiras pela mídia, mas que expõe a fragilidade das organizações em manter protegido esses dados.

Doneda (2006) já falava em “morte da privacidade” pois segundo o autor, o mercado é movido de informações, estas que balançam a economia, sendo considerados um dos mais importantes ativos estratégicos de variados tipos de negócios e na administração pública, como fonte para formulação de políticas públicas.

Mas deve-se levar em conta que a cultura desenvolvida nesta geração consiste em manter-se conectado, expondo os dados, fotos, vídeos como se fosse algo natural ao passo em que não se mensura os impactos que isso pode causar na invasão da privacidade (FELICIO, 2020). O autor explica os efeitos causados na contemporaneidade e como a tecnologia esta atrelada nesse processo, que em um olhar mais profundo, necessitará de uma grande e maciça mudança de conjuntura na forma de como lidar com os próprios dados, enquanto pessoa de direito e o papel das organizações, como mantenedora desses dados.

Com isso, surge a necessidade de as organizações públicas e privadas adotarem mecanismos para entrarem em conformidade e garantirem a proteção dos dados, posicionamento este que Santos Divino (2019) enfatiza que apesar de ter o amparo legal

que regulariza a situação da proteção de dados pessoais, ainda assim é um elemento frágil, possível de ineficácia, sem um correto ordenamento sobre como lidar com os dados pessoais nessa era, o autor traz a relação entre o que diz a lei e o que de fato pode ser feito para garantir a privacidade dos dados.

As Instituições de Ensino Superior (IES) brasileiras são um dos exemplos que demonstram grande preocupação no processo de adequação com a LGPD, pois temem como lidar com a granularidade de dados e o alto volume de sistemas que são alimentados por estes dados, característica que exemplifica o alcance da legislação tanto no setor público quanto no privado, onde quem mantém/trata mais dados, sofre maior pressão para entrar e manter-se em conformidade (LUNA, 2020).

O objetivo do estudo então é analisar as principais dificuldades para entrar e permanecer em conformidade com a LGPD no caso da Superintendência Estadual de Tecnologia da Informação e Comunicação de Rondônia (SETIC/RO), órgão de nível estratégico e tático, responsável por exercer a coordenação, supervisão, orientação técnica e controle, em nível central, das atividades de Tecnologia da Informação e Comunicação – TIC e transformação digital dos órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, caput do art. 114-A da Lei Complementar nº 965/2017 de Rondônia.

Estratégia de pesquisa é de estudo de caso que perpassa por uma pesquisa bibliográfica e exploratória, com coleta de dados a partir de artigos e leis que versam sobre o norteamo do tema, além de documentos institucionais produzidos pela Superintendência, sendo: relatórios, guias, cartilhas e manuais.

Diante do contexto apresentado, o estudo traz à tona elementos sobre o contexto da LGPD, o Estado de direito e os desafios da Superintendência em sua jornada de conformidade, galgando alcançar os 100% de conformidade em 2022.

METODOLOGIA

O método é de estudo de caso, de dados qualitativos, coletados a partir dos eventos reais, que quanto aos objetivos, a pesquisa se classifica como exploratória pois proporciona maior familiaridade com o problema ao explicitá-lo (GIL, 2008). Quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa é desenvolvida com base em material já elaborado,

constituído principalmente de materiais institucionais, leis e documentos, onde busca-se dados a partir de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados, de acordo com os objetivos da pesquisa, além de analisar os documentos novos, recém-elaborados no âmbito institucional produzidos pela Superintendência (relatórios, guias e adendos).

Conforme Silva e Benegas (2010) define-se caso como:

[...] é uma história que descreve um evento vivido na realidade contemporânea por uma empresa ou se baseia em fenômenos nela estabelecidos, compondo fatos, dados e informações que podem entrelaçar todas as disciplinas focando no objetivo final do autor, que é de mostrar estes dados e o que eles ocasionaram ou levaram a empresa a conseguir no decurso de um tempo em evidência. (SILVA e BENEGAS, 2010, p.11).

A pesquisa foi desenvolvida por meio de estudo de caso único em um órgão público de nível estratégico e tático do Governo do Estado de Rondônia. A pesquisa buscou atender aos preceitos éticos e legais, com a análise dos tópicos apresentados acima, tendo como base os diversos autores estudados, prezando a boa informação e comunicação, a partir de dados públicos e abertos, disponíveis para o cidadão.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)

A Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, desde sua entrada em vigor, vem causando mudanças significativas no modo como os brasileiros tratam os dados pessoais, desde o titular do dado até o controlador do processo de negócio. O movimento de mudança, motivado pela LGPD desde 2018, ganhou ainda mais força em agosto de 2021, com a entrada em vigor das sanções administrativas, que estão dispostas na Lei a partir do art. 52, intensificando assim, a jornada de conformidade com a LGPD tanto nas empresas privadas, quanto na administração pública (BRASIL, 2018).

A priori, urge entender alguns conceitos da LGPD que são essenciais para estudo e que estão expressos no art. 5º da Lei. O inciso IX apresenta duas figuras como agentes de tratamento, o controlador e o operador, competindo a eles, respectivamente, o poder

de decisão referente ao tratamento dos dados pessoais e a realização do tratamento dos dados pessoais em nome do controlador (BRASIL, 2018).

No contexto da administração pública, é importante mencionar que o Governo Estadual é controlador por possuir o poder de decisão referente ao tratamento dos dados pessoais, e que as secretarias e outros órgãos do Governo do Estado também são controladores por força da desconcentração administrativa. Além disso, o controlador e o operador não são caracterizados na pessoa física de algum servidor, mas sim no órgão em si, visto sua subordinação e atuação sob o poder diretivo dos agentes de tratamento.

Convém ressaltar ainda, o papel do encarregado, definido no inc. VIII do art. 5º da LGPD, que consiste no canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a ANPD (BRASIL, 2018). O encarregado pelo tratamento de dados pessoais é peça fundamental na conformidade com a LGPD, uma vez que, é a pessoa mais indicada para conduzir as atividades de *Compliance*, ademais, também é obrigatório que haja um encarregado sempre que houver tratamento de dados pessoais, como versa o art. 23, inc. III da LGPD pois, deverá desempenhar todas as atividades descritas no art. 41, §2º da Lei supracitada. (BRASIL, 2018).

Os dados pessoais são aquelas informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável, ou seja, que revelam a identidade pessoal, tais como e-mail, telefone ou endereço e os dados pessoais sensíveis, que temos como exemplo o tipo sanguíneo e a biometria, Fornasier e Knebel (2021). Dessa forma, para conduzir as atividades de tratamento de dados pessoais e demonstração de boa-fé a lei traz também princípios que devem ser observados e que norteiam o tratamento dos dados pessoais. Esses princípios devem ser atendidos por todos os colaboradores da instituição, desde o estagiário até a alta gestão (Santos Divino, 2019).

Princípios da LGPD

Dentre os dez princípios que a LGPD apresenta, podemos destacar os princípios da finalidade, da necessidade e da transparência. Primeiramente, o princípio da finalidade, descrito no inc. I do art. 6º da LGPD, versa que o tratamento dos dados pessoais deve ser feito apenas para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular,

sendo vedada à instituição tratar tais dados para outra finalidade que não tenha sido previamente informada (BRASIL, 2018).

No tocante ao princípio da necessidade, os dados pessoais devem ser coletados limitando-se ao tratamento mínimo necessário para a realização de suas finalidades (BRASIL, 2018), ou seja, se para a realização de uma compra no supermercado não for necessário o CPF do cliente, este dado não deve ser coletado, entretanto, caso haja uma finalidade para a coleta do CPF, como por exemplo, emitir nota fiscal, pode haver a coleta do dado após o titular ser informado do motivo.

Por fim, o princípio da transparência, disposto no inc. VI do art. 6º da Lei supracitada, garante aos titulares “informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”. Este princípio é reafirmado no art. 18 da LGPD, que dispõe os direitos do titular do dado (BRASIL, 2018).

Da Superintendência Estadual de Tecnologia da Informação e Comunicação de Rondônia – SETIC/RO

A instituição centralizadora das demandas de transformação digital no estado de Rondônia, coordena, padroniza e organiza a Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) do Poder Executivo do Governo de Rondônia (SETIC, 2021).

Ao atuar prospectando, normatizando, dando suporte à regulação e prestação de serviços técnicos na área da informática, a SETIC supervisiona e orienta estudos e propostas de arquiteturas, serviços e soluções na área da tecnologia da informação, acompanhando e avaliando o desempenho das Gerências de Informática e/ou setores congêneres do poder executivo. (SETIC, 2021)

Tendo uma atuação de importância no contexto de Rondônia, sua constituição permite atuar nos mais diversos segmentos que envolvam a tecnologia aplicada e disponível para a população, tendo o poder executivo um alcance prioritário no atendimento aos anseios da sociedade. A superintendência se apresenta na vanguarda do

Estado no seu processo de entrada dos requisitos para conformidade com a LGPD. (SETIC/RO, 2021).

Maiores dificuldades para entrar e permanecer em conformidade com a LGPD

Considerando as informações apresentadas, é indubitável que o processo de adequação à LGPD é complexo e demanda tempo e esforço de todos os funcionários de uma instituição. A Secretaria de Governo Digital – SGD disponibiliza guias operacionais para a produção das ferramentas necessárias para que um órgão entre em conformidade com a LGPD. Estes guias descrevem detalhadamente cada etapa para a elaboração do Programa de Governança em Privacidade, do Inventário de Dados Pessoais, bem como de outros documentos necessários para atender os preceitos da LGPD.

Contudo, apesar do alto nível de complexidade para a criação de tais documentos, a maior dificuldade enfrentada por uma instituição é a mudança cultural quanto ao tratamento dos dados pessoais (FELICIO, 2020). Por anos prevaleceu a ideia de que quanto mais dados em uma instituição, melhor, entretanto, com o advento da LGPD surgiu a necessidade de prezar pelo exato oposto, uma vez que, ao seguir os princípios dispostos no art. 6º, concomitante com os demais preceitos da Lei, percebe-se que tratar menos dados é mais vantajoso e proporciona riscos mais baixos.

O Programa de Governança em Privacidade da Superintendência Estadual de Tecnologia da Informação e Comunicação (2021, p.24) versa que:

A instituição de uma campanha de conscientização e publicidade é uma ação que visa principalmente a mudança cultural quanto ao tratamento de dados pessoais, uma vez que a LGPD é transdisciplinar e deve ser cumprida no decorrer de todo o ciclo de vida do tratamento de dados pessoais.

A pesquisa traz à tona elementos sobre o contexto da LGPD, o Estado de direito e os desafios da SETIC de Rondônia. Identificou-se que a maior dificuldade enfrentada pela instituição é a mudança cultural quanto ao tratamento dos dados pessoais, dessa forma, para que uma instituição entre em conformidade com a LGPD, urge que seja

implementada uma campanha de conscientização e publicidade, ensinamento esse em consonância com Felicio (2020).

Por esse motivo, a SETIC investiu fortemente na campanha de conscientização e publicidade, produzindo banners e cartilhas didáticas informativas, conforme figura 1, sobre diversos temas a respeito da proteção de dados pessoais, além de manuais e guias que direcionam os servidores a tratarem os dados pessoais da forma adequada à LGPD, objetivando mitigar os riscos de incidentes com os dados pessoais, como por exemplo o vazamento ou o excesso na coleta.

Figura 1. SETIC – Cartilha de Boas Práticas Tratamento de Dados Pessoais



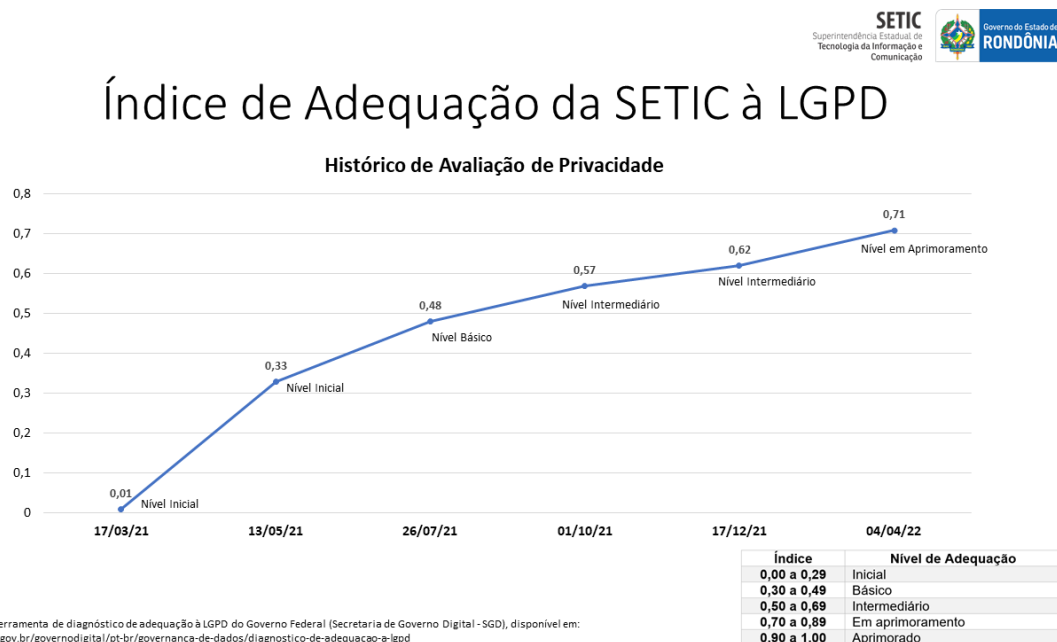
Fonte: SETIC RO (2022).

Como peça-chave do treinamento e desenvolvimento dos servidores, a SETIC elaborou o curso “Introdução à LGPD na SETIC”. Este curso aborda desde os conceitos gerais de LGPD até as peculiaridades de cada setor da Superintendência com relação aos dados pessoais tratados. Durante o primeiro mês de lançamento, 138 servidores da SETIC fizeram o curso, que alcançou 94% de satisfação. Atualmente, o curso está disponível no ambiente virtual de aprendizado, sendo requisito obrigatório para todo novo integrante da SETIC.

Após um ano de empenho dos servidores para a SETIC entrar em conformidade com a LGPD, o resultado positivo é visto claramente nas avaliações de conformidade. A

Secretaria de Governo Digital (SGD) disponibiliza um questionário para medir o nível de conformidade da instituição.

Figura 2. Índice de Adequação da SETIC à LGPD



Fonte: SETIC RO (2022).

Em março de 2021 a SETIC realizou a primeira avaliação, alcançando 0,1% de conformidade com a LGPD, já na última avaliação, feita em abril de 2022, a SETIC alcançou 71% no nível de conformidade, revelando uma evolução de 70,9% no nível de conformidade no período de 1 ano (SETIC, 2022). Apesar dos desafios a serem enfrentados, os gestores da SETIC almejam alcançar resultados ainda mais expressivos até o final de 2022.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este caso de sucesso de conformidade com a LGPD é um exemplo para as outras secretarias do Governo do Estado, sendo os materiais por ela produzidos referência para que os outros órgãos entrem em conformidade também. Como exemplo, o Encarregado de Proteção de Dados Pessoais da SETIC agora atua também como Coordenador do Comitê Gestor de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais (CGPD) Estadual. Decreto nº 27.032, de 8 de abril de 2022.

Apesar do grande avanço na conformidade, é indubitável que as ações em prol da

proteção e da privacidade dos dados pessoais devem ser constantes, para que a instituição permaneça em conformidade. Dessa forma, a SETIC elaborou um Plano de Ação para ser executado no decorrer de 2022 e, caso esse plano seja todo concluído, a Superintendência deve alcançar o nível de 100% na avaliação de conformidade supracitada.

Por fim, até o presente momento, a SETIC é um dos órgãos pioneiros da administração pública estadual quanto a aplicação e conformidade com a LGPD no Estado, estando no nível “em aprimoramento” conforme a avaliação da SGD. É de extrema importância que as outras organizações do Estado estejam em constante comunicação com esta Superintendência, no tocante a implementação e conformidade das políticas de proteção de dados, comparando com as ações da SETIC, trocando experiências e ideias, para identificar possíveis gargalos e soluções quanto a percepção da LGPD e sua aplicabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF: Presidência da República; 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 05 de mai. de 2021.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FELICIO, Mauricio Barbosa da Cruz. Privacidade e e-vasão: uma visão propositiva sobre a privacidade em meio à aceleração comunicacional. 2020. Tese (Doutorado em Interfaces Sociais da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. doi:10.11606/T.27.2020.tde-24032021-155902. Acesso em: 2022-04-20.

Fornasier, Mateus de Oliveira e Knebel, Norberto Milton Paiva O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. Revista Direito e Práxis [online]. 2021, v. 12, n. 2 [Acessado 20 Abril 2022] , pp. 1002-1033. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/46944>>. Epub 16 Jun 2021. ISSN 2179-8966. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/46944>.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LUNA, Francisco Djalma Silva. Instituições de ensino superior brasileiras e sua jornada para a transformação digital. 2020. Dissertação (Mestrado em Empreendedorismo) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. doi:10.11606/D.12.2020.tde-15102020-154313. Acesso em: 2022-04-20.

Piurcosky, Fabricio Pelloso, Marcelo Aparecido Costa, Rodrigo Franklin Frogeri, and Cristina Lelis Leal Calegario. "A Lei Geral De Proteção De Dados Pessoais Em Empresas Brasileiras: Uma Análise De Múltiplos Casos." *Suma De Negocios* 10.23 (2019).

RONDÔNIA. Lei n° 10.741, de 1 de outubro de 2003. Nomeia membros para compor o Comitê Gestor de Privacidade e Proteção de Dados Pessoais - CGPD, para o anuênio 2022/2023 e altera dispositivo do Decreto n° 26.451, de 4 de outubro de 2021. Porto Velho RO., abr., 2022. Disponível em: <https://diof.ro.gov.br/data/uploads/2022/04/Doe-11-04-2022.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SANTOS DIVINO, Sthéfano Bruno. Reflexiones escépticas, principiológicas y económicas sobre el consentimiento necesario para la recolección y tratamiento de datos. **Derecho**, Lima, n. 83, p. 179-206, 2019. Disponible en <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202019000200006&lng=es&nrm=iso>. accedido en 20 abr. 2022. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201902.006>.

SETIC, Governo do Estado de Rondônia. Material de Apoio. Porto Velho, Governo do Estado de Rondônia; 2021. Disponível em <https://rondonia.ro.gov.br/setic/institucional/lgpd/apoio/>. Acesso em 20 de abr. de 2022.

SETIC, Governo do Estado de Rondônia. Gestão e Serviços » Proteção de Dados - LGPD » Introdução. Porto Velho, RO. Governo do Estado de Rondônia; 2021. Disponível em <https://rondonia.ro.gov.br/setic/institucional/lgpd/introducao/>. Acesso em 02 de mai. de 2021.

SETIC, Governo do Estado de Rondônia. Programa de Governança em Privacidade. Porto Velho, RO. Governo do Estado de Rondônia; 2021. Disponível em http://wiki.setic.ro.gov.br/doku.php?id=start:docs:programa_privacidade. Acesso em 06 de out. de 2021.

SETIC, Governo do Estado de Rondônia. GUIA DE CONFORMIDADE: LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LGPD). Governo do Estado de Rondônia;

2021. Disponível em <https://rondonia.ro.gov.br/wp-content/uploads/2021/06/Guia-de-Conformidade-LGPDSETIC-versao-1.0.pdf>. Acesso em 01 de nov. de 2021.

SETIC, Governo do Estado de Rondônia. Política de Privacidade. Governo do Estado de Rondônia; 2021. Disponível em http://wiki.setic.ro.gov.br/doku.php?id=start:docs:politica_privacidade. Acesso em 14 de nov. de 2021

SETIC, Governo do Estado de Rondônia. Setic obtém elevação no ranking de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais com ações fortalecidas pelo Governo de Rondônia. AVALIAÇÃO, 2022. Disponível em: <https://rondonia.ro.gov.br/setic-obtem-elevacao-no-ranking-de-adequacao-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-com-acoes-fortalecidas-pelo-governo-de-rondonia/>. Acesso em: 20 abr. 2022.

SILVA, Robesval R. e BENEGAS, Alexandre A. O uso do estudo de caso como método de ensino na graduação. Disponível em : www.feata.edu.br/downloads/revistas/economiaepesquisa/v12_artigo01_uso.pdf . Acesso em 20 de abr. de 2022.

Capítulo 3 - DOI:10.55232/1082024.3

**A INSEGURANÇA JURÍDICA NO EXERCÍCIO DA
PROFISSÃO DE MASSOTERAPEUTA NO BRASIL E
POSSÍVEIS CAMINHOS PARA A REGULAMENTAÇÃO**

Suhellen Iurk Prestes e Evelise Dias Antunes

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é contextualizar, sob uma perspectiva legal, o exercício da profissão de massoterapeuta no Brasil, caracterizando a massoterapia como uma área da saúde, apontando as lacunas deixadas não só pela obsolescência das normas em vigor, como também pela ausência de regulamentação a respeito dos conhecimentos científicos necessários à segurança do profissional e do cliente ou paciente no desenvolvimento das atividades afetas profissão. Como metodologia foram adotadas as pesquisas bibliográfica e documental, que partiram da discussão de uma revisão teórica a respeito da massoterapia no Brasil, seguida da busca pela normativa jurídica por sua organização enquanto profissão e regulamentação para exercício da profissão junto aos órgãos normativos, sendo que para tratamento das fontes legais, foram elaboradas categorias de análise e utilizada interpretação hermenêutica-jurídica zetética. Como resultados, tem-se a apresentação de uma possível alternativa para o suprimento das lacunas normativas encontradas, pretendendo viabilizar espaço para novas discussões a respeito do tema no meio acadêmico, com vistas a garantir a segurança jurídica ao profissional massoterapeuta no Brasil.

Palavras-chave: Regulamentação profissional, massoterapeuta, segurança jurídica

INTRODUÇÃO

“Há leis que o legislador conheceu tão pouco, que são contrárias ao próprio fim a que ele se propôs.” (Montesquieu, 1748, p. 590)

Em que pese o primeiro registro literário sobre massoterapia esteja registrado no *Nei Ching*, livro médico chinês escrito pelo Imperador Amarelo (BROWN, 2001, p.6), por volta do século III a.c. (JIA, 2004), registros arqueológicos dão conta que já na pré-história utilizavam-se pomadas e ervas em movimentos de fricção pelo corpo, com vistas a promoção de bem-estar e proteção contra lesões e infecções (CASSAR, 1998, p. 8).

Também há registros importantes da massoterapia em escritos Gregos e Romanos - sendo que a própria palavra *massagem* é de origem grega, *masso*, que significa *amassar* (CASSAR, 2001, p.1) -, e nos textos sânscritos da Índia de cerca de 1500 a.c., para os quais a massagem, os óleos e as ervas “formam a base da medicina ayurvédica” (MUMFORD, 2010, p. 10).

Do declínio do Império Romano até a Idade Média, com a ascensão dos valores da igreja católica, os registros escritos sobre os uso das técnicas de massagem tornaram-se escassos, tendo o interesse nos benefícios da massagem ressurgido apenas no nascimento do Iluminismo, com o francês Ambrose Paré, para mais tarde, as técnicas serem revisitadas pelo sueco Per Henrik Ling, que fundou uma escola de massagem em Estocolmo, espalhando a técnica rebatizada como *massagem sueca* pelo mundo, com conceitos vinculados a saúde e a medicina (BRONWN, 2001, p. 6).

Apesar disso, na Inglaterra do século XIX, a demanda pela massagem era tamanha e eram tantos os profissionais treinados por médicos, na maioria mulheres, que começaram a surgir inúmeras escolas que não atendiam aos necessários padrões de ensino, fazendo com que as práticas que até então eram entendidas como de natureza terapêutica, passassem a ser vinculadas, em parte, à atividades ligadas a prostituição, resultando no declínio da reputação e da credibilidade da massagem (CASSAR, 1998, p. 9), estigma que até os dias de hoje persegue a categoria profissional.

Ao mesmo tempo, há de se considerar que ao menos desde Primeira Guerra Mundial (1914-1918) já se reconhecia a massagem como prática eficaz de tratamento de soldados feridos e mutilados:

Na Grã-Bretanha, a massagem era usada pelos membros da Incorporated Society of Massage para o tratamento de soldados feridos na Guerra dos Bôeres (século XIX). O Almeric Paget Massage Corps (que posteriormente se tornou o Militar Massage Service) foi estabelecido em 1914 para ajudar a tratar os feridos da Primeira Guerra Mundial, e este serviço estendeu-se para cerca de trezentos hospitais na Grã-Bretanha. Ele foi novamente oferecido na Segunda Guerra Mundial. Os benefícios da massagem no tratamento de ferimentos de guerra foram salientados em um livro escrito por James Mennell em 1920". (CASSAR, 2001, p. 3)

Atualmente é flagrante que a massagem é reconhecida mundialmente como uma atividade afeta à área da saúde, no Brasil, de igual modo:

“Frise-se que, conforme digressão bem efetuada pela douta julgadora de origem e abaixo transcrita, **os massagistas são considerados como profissionais da área de saúde** e portanto a eles se aplicam os ditames da Lei, Pelé. A Lei 3.968/61, que regulamenta a profissão, em seu artigo 1º, estabelece:

Art. 1º. O exercício da profissão de Massagista só é permitido a quem possua certificado de habilitação expedido e registrado pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina após aprovação, em exame, perante o mesmo órgão.

Denota-se, assim, que a profissão exercida pelo autor é fiscalizada pelo mesmo órgão que fiscaliza a atividade médica, razão por que não há como dissociá-la da área da saúde.” (TRT-15, 2018, on-line)

Partindo deste entendimento, este trabalho objetiva contextualizar, sob uma perspectiva legal, o exercício da profissão de massoterapeuta no Brasil, caracterizando a massoterapia como uma área da saúde, apontando as lacunas deixadas não só pela obsolescência das normas em vigor, como também pela ausência de regulamentação a respeito dos conhecimentos científicos necessários à segurança do profissional e do cliente ou paciente no desenvolvimento das atividades afetas à profissão, para ao final, apresentar uma possível alternativa para o suprimento das lacunas normativas encontradas, pretendendo viabilizar espaço para novas discussões a respeito do tema no meio acadêmico.

METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental que partiu da discussão de uma revisão teórica a respeito da massoterapia no Brasil, seguida da busca pela normativa jurídica por sua organização enquanto profissão e regulamentação para exercício da profissão junto aos órgãos normativos.

Para tratamento das fontes legais, ou seja, os projetos de Lei encontrados como proposta de regulamentação da profissão de massoterapeuta, foram elaboradas categorias de análise baseadas em Antunes (2018) e utilizada interpretação hermenêutica-jurídica.

De início, importa conceituar, ainda que brevemente, o termo **hermenêutica**, que nas palavras de Assis (ASSIS et al, 2012, p.120), é “a arte da interpretação da linguagem jurídica, tendo por objetivo sistematizar princípios e regras”, de modo a viabilizar a aplicabilidade da norma, constatar e apresentar critérios para o preenchimento de lacunas nela existentes e solucionar antinomias jurídicas.

Considerando que “há duas possibilidades de proceder à investigação de um problema jurídico: acentuando o enfoque dogmático ou acentuando o enfoque zetético” (ASSIS et al, 2012, p.138) e que embora as metodologias não se excluam, a eleição de uma ou outra traz diferentes resultados, a metodologia adotada no presente trabalho é a **hermenêutica zetética**.

Isso porque:

O enfoque dogmático não questiona os dogmas (normas) diante de um problema, considera que a solução do mesmo já está previamente conferida ou pressuposta no sistema de normas, implicando um conhecimento prático capaz de atender às necessidades do profissional do direito, no desempenho imediato de suas funções. **O enfoque zetético problematiza as normas que ficam abertas à dúvida e à crítica, demonstra um conhecimento teórico, sem compromisso com a necessidade imediata do profissional do direito.** (ASSIS et al, 2012, p.138, grifo nosso)

Assim, justifica-se a eleição da hermenêutica zetética em detrimento da hermenêutica dogmática, já que esta última apresenta limitação ao adequar os problemas jurídicos de uma sociedade em constante e inovadora transformação, além do fato que a atual legislação que trata da regulamentação da profissão do massoterapeuta não se mostra coerente com o atual contexto de atuação desses profissionais.

Por influência do positivismo jurídico a ciência jurídica configurou-se como saber dogmático. É óbvio que o estudo do direito não se reduz a esse saber. Assim, embora o jurista seja um especialista em questões dogmáticas, é também, em certa medida, um especialista em questões zetéticas, visto que, **diante da alta complexidade que o mundo contemporâneo imprimiu aos problemas jurídicos, muitas vezes, precisa abordar e enquadrar o tema não apenas nos seus aspectos jurídicos, mas também nos seus aspectos antropológicos, econômicos, sociológicos, políticos, filosóficos, éticos, históricos etc.** (ASSIS et al, 2012, p.271)

De toda sorte, a distinção entre hermenêutica zetética- *eleita para direcionar o presente trabalho* - e a hermenêutica dogmática - *claramente influenciada pelo positivismo modelo teórico jurídico dominante*, “segundo a qual a solução para qualquer problema jurídico já está

dada, 'a priori', no sistema de normas” (ASSIS; KÜMPEL, 2011, p. 267) -, para Assis (ASSIS; KÜMPEL, 2011), tem também como critérios não apenas questões pragmáticas e fechadas, mas especialmente uma visão crítica e analítica.

Embora o jurista seja um especialista em questões dogmáticas (práticas), é também um especialista em questões zetéticas (teóricas), posto que, **diante da alta complexidade que o mundo contemporâneo imprimiu à vida social, não há como isolar os problemas jurídicos dos seus aspectos sociológicos, antropológicos, econômicos, políticos, filosóficos, históricos etc** (ASSIS et al, 2012, p.140)

Assim, por meio da hermenêutica zetética é que se pretende tanto evidenciar o fato de que a legislação em vigor que regulamenta a profissão de massoterapeuta - ainda que nominada de massagista - na forma como se encontra, não está apta a conferir a mínima proteção e segurança ao profissional massoterapeuta, quanto tornar cristalino que os clientes ou pacientes que procuraram esse tipo de serviço encontram-se igualmente desamparados.

E com isso em mente, devemos já de início reconhecer que:

A investigação zetética não exerce exatamente um papel apaziguador, no sentido de conceder total segurança à construção e à interpretação jurídica. **Mais do que fornecer uma resposta para um determinado tema, cuida mais da tarefa de problematizá-lo.** (ASSIS et al, 2012, p.320)

Destarte, a hermenêutica zetética mostra-se a mais adequada a permitir a sugestão de caminhos possíveis para o saneamento da deficiência do conjunto de normas que atualmente se apresenta como vigente.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A MASSOTERAPIA NO BRASIL

O primeiro registro legislativo da profissão de massagista no Brasil data de 1920, no Decreto nº 14.508/20, com revogação expressa, que “Aprova o regulamento para a Polícia Militar do Distrito Federal” (BRASIL, 1920), em flagrante atenção ao cenário de guerras pelo mundo e estudos que indicavam os benefícios da massagem nos soldados, com robusta economia para os cofres públicos.

Nele, fica estabelecido que caberá ao comandante da Polícia Militar “nomear um massagista, com as devidas habilitações, para servir no hospital” (BRASIL, 1920),

evidenciando a vinculação da massoterapia com a saúde, também no Brasil, ainda na década de 20.

Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, na íntegra no ANEXO A, que “regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil” (BRASIL, 1932), define que “Art. 3º Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão também sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação a juízo da autoridade sanitária” (BRASIL, 1932).

Este decreto, em que pese tenha sido revogado pelo Decreto 99.678/90, restou revigorado pelo Decreto de 12 de julho de 1991, estando atualmente em pleno vigor.

Já em 1942, o Decreto-Lei nº 4.113/42, constante na íntegra no ANEXO B, firmado pelo então presidente Getúlio Vargas, “regula a propaganda de médicos, cirurgiões dentistas, parteiras, massagistas, enfermeiros, de casas de saúde e de estabelecimentos congêneres, e a de preparados farmacêuticos” (BRASIL, 1942).

Colocada lado a lado com outras profissões da área da saúde, como medicina e odontologia, fica cristalina a importância da massoterapia, especialmente tendo em conta o período histórico, agora já em meio a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), onde soldados feridos eram muitos e recursos financeiros, poucos.

Quanto a este Decreto-Lei, fontes do Senado Federal dão conta que não consta revogação expressa, o que lhe confere plena aplicabilidade nos dias atuais.

Decreto-Lei nº 8.345, de 10 de dezembro de 1945, na íntegra no ANEXO C, “dispõe sobre habilitação para exercício profissional” e esclarece no seu art. 1º que “só é permitido o exercício das profissões de protéticos, massagistas, óticos práticos, práticos de farmácia, práticas de enfermagem, parteiras práticas e profissões similares, em todo o território nacional, a quem estiver devidamente habilitado e inscrito no Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e nos respectivos serviços sanitários, nos Estados” (BRASIL, 1945) e para a habilitação nas profissões elencadas no art 1º, os candidatos passariam por um exame de habilitação, à época, com taxa de Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros).

Assim como é no tocante ao Decreto-Lei nº 4.113/42, quanto ao Decreto-Lei nº 8.345/45, também inexistente revogação expressa, o que garante o pleno vigor da norma até disposição expressa ao contrário, ou interpretação diversa das cortes de justiça mediante

provocação num caso concreto, ou via controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

A Lei nº 3.968, de 5 de outubro de 1961, na íntegra no ANEXO D, assinada por João Goulart, “dispõe sobre o exercício da profissão de Massagista, e dá outras providências” (BRASIL, 1961) Com conteúdo mais abrangente e sistematizado, estabelece:

Art. 1º O exercício da profissão de Massagista só é permitido a quem possua certificado de habilitação expedido e registrado pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina **após aprovação, em exame**, perante o mesmo órgão.

Art. 2º O massagista devidamente habilitado, poderá manter gabinete em seu próprio nome, obedecidas as seguintes normas:

1 - a aplicação da massagem dependerá de prescrição médica, registrada a receita em livro competente e arquivada no gabinete;

2 - somente em casos de urgência, em que não seja encontrado o médico para a prescrição de que trata o item anterior, poderá ser esta dispensada;

3 - será, somente, permitida a aplicação de massagem manual, sendo vedado o uso de aparelhagem mecânica ou fisioterápica;

4 - a propaganda dependerá de prévia aprovação da autoridade sanitária fiscalizadora.

Art. 3º É terminantemente vedado aos enfermeiros, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios.

Art. 4º A infração do disposto na presente Lei é punível, sem prejuízo das penas criminais cabíveis na espécie:

a) com o fechamento do consultório e recolhimento do respectivo material ao depósito público, onde será vendido, judicialmente, por iniciativa da autoridade competente;

b) com a multa de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) a Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), conforme a natureza de transgressão, a critério da autoridade autuante.

Parágrafo único. A multa de que trata a alínea b deste artigo será aplicada em dobro a cada nova infração.

Art. 5º Os processos criminais decorrentes da transgressão do disposto nesta Lei, serão instaurados pelas autoridades competentes, mediante solicitação do órgão fiscalizador nas Justiças do Distrito Federal, dos Estados e Territórios.

Art. 6º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário (BRASIL, 1961, grifo nosso).

Mais recentemente, a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE, 2010) intitula na família ocupacional 3221 os profissionais “técnicos em terapias complementares”, concedendo título 3212-20 ao

profissional massoterapeuta ou massagista, atividade incluída em 03 de janeiro de 2003. A descrição sumária estabelece o seguinte:

Aplicam procedimentos terapêuticos manipulativos, energéticos e vibracionais para tratamentos de moléstias psico-neuro-funcionais, músculo-esqueléticas e energéticas. Tratam patologias e deformidades podais através do uso de instrumental pérfuro-cortante, medicamentos de uso tópico e órteses. Para tanto, avaliam disfunções fisiológicas, sistêmicas, energéticas e vibracionais através de métodos das medicinas oriental e convencional. Recomendam a seus pacientes/clientes a prática de exercícios, o uso de essências florais e fitoterápicos com o objetivo de reconduzir ao equilíbrio energético, fisiológico e psico-orgânico (MTE, 2010).

Quanto a formação e experiência, **“o exercício dessas ocupações requer curso técnico de nível médio na área de atuação”** e quanto as condições gerais de exercício, **os profissionais “atuam na área da saúde e serviços sociais”** (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2010, p. 521, grifo nosso).

Algumas atualizações podem ser verificadas no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho, cujo teor encontra-se no Anexo E, especialmente no tocante a nomenclatura da família ocupacional, atualmente denominada “tecnólogos e técnicos em terapias complementares e estéticas”.

Ademais disso, em que pese o Catálogo Nacional de Cursos Técnicos, enquadrar o técnico em massoterapia como profissional da área de saúde e estabelecer carga horária de 1.200 horas (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2016, p. 28), uma breve pesquisa junto a escolas que dizem oferecer curso técnico em massoterapia, denota que em geral, a carga horária não ultrapassa 370 horas de atividades, a exceção do curso técnico em massoterapia ofertado pelo Instituto Federal do Paraná, nos *campi* Curitiba e Londrina, com carga horária superior a 1.200 horas.

Fato é, que cotejando os normativos legais vigentes, o que se vê é que inexistente regulamentação efetiva a respeito do exercício da profissão de massoterapeuta, em que pese a oferta do serviço seja visivelmente comum.

Não é difícil perceber a confusão normativa quando se trata da profissão de massoterapeuta. Apesar de estarem em vigor as normativas consistentes no Decreto 20.931/32, Decreto-Lei 4.113/42, Decreto-Lei 8.345/45 e Lei 3.968/31, é fato que seus conteúdos não correspondem à realidade do profissional massoterapeuta, conflagrando relevante insegurança jurídica no exercício da profissão.

Quanto às referências de caráter não legislativo, como são a Classificação Brasileira de Ocupações, do Ministério do Trabalho e Emprego, e o Catálogo Nacional de Cursos Técnicos, do Ministério da Educação, há de se dizer que o fato de na CBO estar enunciada a necessidade de formação técnica para o exercício da profissão, não fazem referência a legislação que estabelece a exigência, tampouco esclarece a matriz curricular básica para o exercício da atividade, mantendo certa obscuridade para fins hermenêuticos.

De igual modo ocorre quanto ao Catálogo Nacional de Cursos Técnicos, que mesmo enquadrando o técnico em massoterapia como profissional da área de saúde e estabelecer carga horária de 1.200 horas, não referencia nenhuma norma que dê segurança ao profissional ou margem de controle externo do exercício profissional.

A insegurança jurídica mencionada pode ser exemplificada pelo recente julgado, do ano de 2015, que dá conta não só da vigência do Decreto 20.931/1932, como impede a emissão de autorização para instituir consultório, naquele caso, de optometrista:

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. Mandado de segurança. 1. Licença sanitária. Optometrista. Impossibilidade. 2. Prevê o Decreto nº 20.931/32, oriundos de regime político ditatorial, cujos 'decretos' foram tidos com natureza de lei: "Art. 38 - É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente officiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias." 3. **Ato normativo que não foi revogado, ao depois, por lei formal. Constituição superveniente que não revoga tudo o que for anterior e contrário.** 4. Autorização para instituir consultório que encontra óbice, pois, no artigo 38, do Decreto nº 20.931/32 e 24.492/34. 5. Sentença reformada. Dado provimento aos recursos oficial e voluntário. (TJSP, 2015, on-line, grifo nosso)

No mesmo sentido posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, quanto ao vigor do Decreto 20.931/32:

O presente recurso extraordinário foi interposto por Simone Finger contra acórdão que, confirmado em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, está assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - OPTOMETRISTA —PROFISSÃO AINDA NÃO REGULAMENTADA - EXERCÍCIO PERMITIDO RESTRIÇÕES - IMPOSSIBILIDADE DE INSTALAR CONSULTÓRIO COM EQUIPAMENTOS DE USO EXCLUSIVO MÉDICO - EXEGESE DOS ARTS. 38 E 39 DO **DECRETO FEDERAL Nº 20.931/32 QUE SE ENCONTRA EM VIGOR.** Não se pode negar ao optometrista ou tecnólogo em optometria, técnico ou de nível superior, o exercício da profissão, ainda que não esteja bem regulamentada. Todavia, nos termos dos arts. 38 e 39, do Decreto Federal nº 20.931/32, a eles é vedado instalar consultório para atendimento de clientes, bem como confeccionar e vender lentes de grau sem a correspondente prescrição médica, já que tais atividades por enquanto são exclusivas

do médico oftalmologista. Os Decretos nº 20.931, de 11.01.1932, e 24.492, de 28.06.1934, editados pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas, após a Revolução de 1930, são considerados primários, portanto, com força de lei, daí porque foram recepcionados pelas Constituições posteriores, com as quais se compatibilizam, e não podem ser revogados por Decretos de índole secundária (STF, ADI 533/2, Rel. Min. Carlos Velloso).

(omissis)

Há que se registrar, primeiramente, que a profissão de optometrista está prevista no art. 3º, do Decreto Federal n. 20.931/1932, assim redigido: Art. 3º. Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão também sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação a juízo da autoridade sanitária, resultando daí um dos fundamentos relativo à competência (Poder de Polícia) do Departamento de Fiscalização e Vigilância Sanitária para fiscalizar a atividade do apelante. O Ministério do Trabalho e Emprego especificou na Classificação Brasileira de Ocupações CBO/2002, aprovada pela Portaria n. 397, de 09/10/2002, para uso em todo território nacional, as atividades que podem ser exercidas pelos Técnicos em Ópticas e Optometria. O art. 38, do Decreto Federal n. 20.931, de 11 de janeiro de 1932, por sua vez, preconiza: Art. 38. É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometrias e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente officiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias. De igual modo, o art. 39, do supracitado Decreto, determina que é vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos. Sendo assim, e em face das razões expostas, não conheço do recurso extraordinário, por manifestamente inadmissível (CPC, art. 932, III). Não incide, no caso em exame, o que prescreve o art. 85, § 11, do CPC, ante a inadmissibilidade de condenação em verba honorária, por tratar-se de processo de mandado de segurança (Súmula 512/STF e Lei nº 12.016/2009, art. 25). Publique-se. Brasília, 29 de setembro de 2017. Ministro CELSO DE MELLO Relator. (STJ, 2017, on-line, grifo nosso)

A obsolescência normativa e conseqüente falta de fiscalização e controle na oferta de cursos e das atividades profissionais dos massoterapeutas no Brasil, tudo aliado a cultura perversa que vincula, não raramente, a profissão de massoterapeuta às atividades de prostituição, são fatos que tornam urgente e imperativa a regulamentação da profissão do técnico em massoterapia, dando segurança ao profissional e ao cliente ou paciente.

A NECESSIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DE MASSOTERAPUTA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece no seu art. 5º, inciso XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as

qualificações profissionais que a lei estabelecer” (CF,1988) e neste sentido, não havendo lei que estabeleça qualificações ou condições, o exercício é livre, já que trata-se de norma constitucional de eficácia contida, ou seja, tem “aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral” (LENZA, 2012, p. 218), pois “a norma infraconstitucional pode reduzir a sua abrangência” (LENZA, 2012, p. 218).

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL: ART. 5º, INC. XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Ausência de dispositivo constitucional que imponha aos Agravados o dever de regulamentar a atividade exercida pelos substituídos do Agravante. 2. **O art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. Inexistindo lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos, é livre o seu exercício.** 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (STF, 2014, on-line, grifo nosso)

Não é muito dizer que necessitam de regulamentação as profissões que de alguma forma, se exercidas por pessoas não qualificadas, possam vir a causar danos às pessoas ou a sociedade no seu exercício, cabendo à União, na forma do art. 22, inciso XVI, da Constituição Federal, a competência privativa para legislar sobre a organização das profissões.

É nesse sentido o julgado do Supremo Tribunal Federal, que faz a distinção entre liberdade de exercício profissional àqueles que realizam atividades que podem causar danos à sociedade e àqueles que não o podem:

CONSELHO PROFISSIONAL. ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO PARA EFEITO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ARTÍSTICA. INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIBERDADES CONSTITUCIONAIS DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA (CF, ART. 5º, IX) E DE OFÍCIO OU PROFISSÃO (CF, ART. 5º, XIII). SIGNIFICADO E ALCANCE DESSAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS. ARTE E CULTURA, QUE REPRESENTAM EXPRESSÕES FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE HUMANA, CONSTITUEM DOMÍNIOS INTERDITADOS À INTERVENÇÃO, SEMPRE PERIGOSA E NOCIVA, DO ESTADO. **A QUESTÃO DA LIBERDADE PROFISSIONAL E A REGULAÇÃO NORMATIVA DE SEU EXERCÍCIO. PARÂMETROS QUE DEVEM CONFORMAR A AÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO NO PLANO DA REGULAMENTAÇÃO PROFISSIONAL: (a) NECESSIDADE DE GRAU ELEVADO DE CONHECIMENTO TÉCNICO OU CIENTÍFICO PARA O DESEMPENHO DA PROFISSÃO E (b) EXISTÊNCIA DE RISCO POTENCIAL OU DE DANO EFETIVO COMO OCORRÊNCIAS QUE PODEM RESULTAR DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL.** PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SE CONSOLIDARAM DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1891. LIMITES À AÇÃO LEGISLATIVA DO ESTADO, NOTADAMENTE QUANDO IMPÕE RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DE DIREITOS OU LIBERDADES OU, AINDA, NOS CASOS EM QUE A LEGISLAÇÃO SE MOSTRA DESTITUÍDA DO NECESSÁRIO COEFICIENTE DE RAZOABILIDADE. MAGISTÉRIO DA

DOCTRINA.INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA LEGAL DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS MÚSICOS DO BRASIL E DE PAGAMENTO DE ANUIDADE, PARA EFEITO DE ATUAÇÃO PROFISSIONAL DO MÚSICO. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

(omissis)

Tratando-se de norma revestida de eficácia contida (ou restringível), **mostra-se constitucionalmente lícito, ao Estado, impor exigências, que, veiculando requisitos mínimos de capacidade e estabelecendo o atendimento de certas qualificações profissionais, condicionem o regular exercício de determinado trabalho, ofício ou profissão.**

(omissis)

Vê-se, portanto, que **apenas razões de interesse público podem legitimar a regulação normativa, por parte do Estado, de qualquer ofício, trabalho ou profissão. Isso significa que, se é certo que o cidadão é livre para escolher qualquer profissão, não é menos exato que essa escolha individual, para concretizar-se, deve observar as condições de capacidade técnica e os requisitos de qualificação profissional ditados por exigências que objetivem atender e proteger o interesse geral da coletividade.**

(omissis)

A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. **Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, pilotos de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio.**

(omissis) (STF, 2012, on-line, grifo nosso)

A saúde é reconhecidamente um bem público e:

Numa análise mais aprofundada da situação, identifica-se uma característica básica do atual regime regulatório brasileiro: **a existência de uma legislação que preserva monopólios corporativistas na regulação do trabalho, os quais, muitas vezes, extrapolam os seus próprios limites de atuação, disseminando conflitos que promovem a competição entre as profissões de saúde.** Sendo assim, é fundamental um Estado presente e atuante no papel de gestor e regulador do trabalho em saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2006, grifo nosso)

A massoterapia, muito embora em geral tratada com simplismo no mercado, é atividade que se não realizada por profissional suficientemente habilitado pode causar sérios danos a saúde e em alguns casos, colaborar com o resultado morte.

Há uma série de contraindicações a realização do tratamento massoterapêutico, entre elas a flebite, trombose, aneurisma, gangrena, doenças infecciosas, renais, cardíacas, pressão alta, febre, cicatrizes e lesões recentes, inflamações, gravidez, nódulos, etc (BROWN, 2001) (VERSAGI, 2015).

“As condições de alto risco implicam locais onde os massoterapeutas podem causar dano a alguns tecidos mais delicados do corpo. As estruturas particularmente vulneráveis são os nervos, os vasos sanguíneos, os órgãos e os linfonodos.” (WERNER, 2005)

Não à toa, o Instituto Federal do Paraná oferece o Curso Técnico em Massoterapia, inserida no eixo tecnológico Ambiente e Saúde, com carga horária de 1440 horas, nestas sendo contempladas práticas supervisionadas com 160 horas, 160 horas de estágio obrigatório, 80 horas para o desenvolvimento do trabalho de conclusão do curso, acrescidas de 40 horas de atividades complementares, sendo que destas 30 horas são obrigatórias em atividades oferecidas pelo curso, totalizando 1.600 horas.

A matriz curricular, reformulada e convalidada por meio da Resolução 38/10 do Conselho Superior – IFPR no ano de 2014, é composta por várias disciplinas, dentre as quais destacam-se aquelas de natureza predominantemente teórica na Tabela 1.

Tabela 1 – Parte da matriz curricular do Curso Técnico em Massoterapia

Área de conhecimento ou Disciplina	Carga horária / Hora aula
Anátomo-cinesiologia	80
Anátomo-fisiologia	80
Patologia aplicada	40
Noções de farmacologia	20
Socorros de Urgência	20
Saúde do Trabalhador	40
Psicologia das Relações Humanas	20

Fonte: Adaptado de IFPR, 2014.

A importância do conhecimento técnico científico da profissão de massoterapeuta no exemplo curricular do IFPR, fica evidenciada especialmente nas disciplinas oferecidas no primeiro semestre do curso tecnológico, que servem de alicerce para uma prática segura e responsável, preservando a saúde do cliente ou paciente, bem como a segurança do profissional no exercício de sua profissão.

As disciplinas de anatomo-cinesiologia, anatomo-fisiologia, patologia aplicada, noções de farmacologia, socorros de urgência e psicologia das relações humanas, são fundamentais ao

regular exercício do profissional massoterapeuta, pois lhe fornecem subsídios técnicos científicos mínimos, necessários mesmo ao profissional que já atua como “massoterapeuta” na vida prática.

Nos Estados Unidos, o padrão educacional mínimo imposto pela maioria das escolas de massoterapia é 500 horas de trabalho educativo supervisionado que enfocam **disciplinas como anatomia, fisiologia, fisiopatologia, ética, técnicas básicas de massagem e algumas modalidades avançadas**. Pode-se argumentar que 500 horas de trabalho educacional supervisionado apenas toca a superfície e não se deve tentar um trabalho clínico sem um amplo treinamento após a educação básica. De fato, **o Canadá requer um mínimo de 1.000 – 2.000 horas para a graduação em um programa de massoterapia**. (VERSAGI, 2015)

As razões ficam claras, quando se verificam os objetivos de cada um dos componentes curriculares ofertados pelo IFPR, conforme Tabela 2.

Tabela 2 – Componentes curriculares e objetivos no Curso Técnico em Massoterapia

COMPONENTES CURRICULARES E OBJETIVOS
ANATOMO-CINESIOLOGIA Aplicar o estudo de anatomia em seus níveis estruturais e básicos; Indicar os elementos formadores do estudo da anatomia; Apresentar as principais terminologias utilizadas para o estudo do corpo humano, divisão, classificação e planos anatômicos; Conhecer o Sistema Ósseo (osteologia) por meio de seus principais ossos e acidentes ósseos; Conhecer os principais movimentos da mecânica corporal. Iniciar o estudo da biomecânica corporal e seus principais termos; Conhecer as principais articulações e seus movimentos isolados; Apresentar e Analisar o Sistema Muscular através de seus diferentes tipos de fibras, origem, inserção, ação e inervação associando aos movimentos estudados.
ANATOMO-FISIOLOGIA Conhecer os principais sistemas do corpo humano do ponto de vista anatômico e fisiológico, compreendendo sobre: A Introdução a Fisiologia; Célula; Sistema Nervoso; Fisiologia dos Órgãos e Sentidos; Sistema Tegumentar e Muscular; Sistema Endócrino, Sistema Digestório; Sistema Respiratório, Sistema Cardiovascular e Linfático; Sistema Excretor e Sistema Reprodutor Masculino e Feminino; Promovendo reflexões e críticas sobre a integração dos diferentes sistemas humanos e sua relação com a massagem.
PATOLOGIA APLICADA Apresentar as patologias do sistema nervoso, osteomuscular e circulatório de interesse às práticas de massoterapia; Identificação e tomadas de decisões sobre as mesmas através de anamnese e avaliação física do cliente; estimular o raciocínio integrador entre as disciplinas de anatomia e fisiologia com as afecções patológicas.
NOÇÕES DE FARMACOLOGIA Apresentar o conhecimento básico sobre a Farmacologia, proporcionando ao aluno entender e aplicar a Farmacologia na massoterapia. Entender as noções de Farmacologia; Conhecer os mecanismos de ação dos fármacos; Noções sobre a Farmacocinética, Entender o que é Interação Medicamentosa, Reações adversas, Indicações e contraindicações.
SOCORROS DE URGÊNCIA Providenciar socorro médico e prestar os primeiros socorros aos clientes vítimas de acidentes ou mal súbito durante um atendimento massoterápico e relacionar contraindicações. Verificar sinais vitais. Definir as características do socorrista; Demonstrar os passos da ressuscitação cardiorrespiratória; Apresentar o que deve ser feito em situações específicas de risco- Hemorragia externa e interna; Queimadura, insolação e internação; Convulsão; Síncopa (desmaio);
PSICOLOGIA DAS RELAÇÕES HUMANAS Reconhecer a psicologia como ciência, diferenciando-a do conhecimento do senso-comum. Compreender o sujeito psicológico como multideterminado. Conhecer o processo saúde-doença e seus determinantes. Refletir

sobre as relações humanas e psicossociais no trabalho. Analisar as inter-relações entre trabalho e saúde, observando como os processos de gestão e de relacionamento humano no trabalho podem conduzir à promoção de saúde ou ao adoecimento. Desenvolver uma perspectiva de humanização do cuidado em saúde, integrando o conhecimento técnico e o relacional. Valorizar a relação técnico-paciente nos serviços de saúde enquanto fator de promoção de saúde.

Fonte: Adaptado de IFPR, 2014.

Assim, contextualizada a prática da massoterapia no mundo e no Brasil, neste último caso com a demonstração da legislação que tratou e ainda trata do tema no país, bem como evidenciada a necessidade da regulamentação da profissão de massoterapeuta como profissional da área da saúde, e caracterizada a importância de integração de determinadas matrizes curriculares no processo formativo do profissional em massoterapia, ficam viabilizadas as críticas e respectivas propostas diante das duas propostas de lei que pretendem regulamentar a profissão de massoterapeuta no Brasil, ambas tramitando no Congresso Nacional.

ANÁLISE CRÍTICA E PROPOSTAS AOS PROJETOS DE LEI

Atualmente tramitam dois projetos de lei que pretendem regulamentar o exercício da profissão de massoterapeuta, um deles, proposto em 16/12/2015 pelo deputado federal Marcelo Álvaro Antônio, Projeto de Lei 4.088/2015, e o outro, proposto pelo senador Randolfe Rodrigues em 03/02/2016, Projeto de Lei 13/2016, Anexos F e H deste artigo, respectivamente.

O Projeto de Lei 13/2016 recebeu emenda, conforma texto na íntegra constante no Anexo I. Ao compararmos os projetos a partir de categorias criadas, indicamos quanto ao objeto da Lei, na forma da Tabela 3, que o contexto histórico da nomenclatura “massagista” determina a necessidade de desvinculação do termo massagista à atividade profissional e o uso exclusivo da palavra “massoterapeuta”.

Tabela 3 – Comparação da categoria “objeto” dos Projetos de Lei.

PROJETO DE LEI 4.088/2015 – CÂMARA DOS DEPUTADOS	PROJETO DE LEI 13/2016 – SENADO FEDERAL
Art. 1º. Esta Lei regulamenta a profissão de massoterapeuta, estabelece os requisitos para o exercício profissional, e determina o registro em órgão competente.	Art.1º. O exercício da profissão de Massoterapeuta, também denominada terapeuta massagista, é regulado pelas disposições da presente Lei.

Fonte: Elaborada pelas autoras.

Quanto à relação das Propostas de Projeto de Lei com a Constituição Federal, temos enquanto o PL 4.088/2015 faz expressa menção, o PL 13/16 silencia, na forma da Tabela 4.

Tabela 4 – Quanto à relação dos PLs com a CF.

PROJETO DE LEI 4.088/2015 – CÂMARA DOS DEPUTADOS	PROJETO DE LEI 13/2016 – SENADO FEDERAL
Art. 2º. É livre o exercício da atividade profissional de massoterapeuta, desde que atendidas as qualificações e exigências estabelecidas nesta lei.	-

Fonte: Elaborada pelas autoras.

A menção ao dispositivo constitucional no corpo do projeto de lei, esclarecendo o seu caráter de norma de eficácia contida, denota maior propriedade técnica na elaboração da lei, especialmente porque da entrada em vigor da lei, critérios limitantes ao livre exercício da profissão passam a ser exigidos.

Tabela 5 - Categoria: Quanto ao Direito de exercício da profissão

PROJETO DE LEI 4.088/2015 – CÂMARA DOS DEPUTADOS	PROJETO DE LEI 13/2016 – SENADO FEDERAL
Art. 3º. O exercício da profissão de massoterapeuta, no território nacional é assegurado aos portadores de:	Art. 2º. Massoterapeuta é o profissional que exerce a massoterapia, que é o conjunto de toques e manobras exercidas com as mãos e outras partes do corpo ou com aparelhos específicos, sobre uma ou mais parte do corpo do paciente, com fundamentos na antiga arte médica denominada Massagem, com conceitos e campo propedêutico próprio.
	Art. 7º. O exercício da profissão de Massoterapeuta é assegurado:
I - Diploma de curso técnico em massoterapia, expedido por instituição regular de ensino;	I - ao portador de diploma de nível técnico em massoterapia conferido por instituição de ensino, reconhecida oficialmente;
II - Diploma de curso superior em graduação e ou pós-graduação, expedido por instituição regular de ensino;	II - ao portador de diploma de massoterapia, conferido por instituição de ensino estrangeira, devidamente reconhecido e revalidado no Brasil, como diploma de licenciatura, bacharelado ou nível tecnológico, na forma da legislação em vigor;
	III - ao profissional que possui formação básica, mas que esteja contemplado pelas disposições da Lei nº 3.968, de 05 de outubro de 1961.
	Parágrafo único. Para os fins deste artigo, são livres as mudanças de nível de formação dentro da profissão, para tecnólogo ou licenciatura.

Fonte: Elaborada pelas autoras.

Da observação da Tabela 5, vê-se que ao passo que o PL 4088/15 trata apenas do exercício da profissão, estabelecendo critérios objetivos de exercício da profissão, o PL13/2016, além do exercício, pretende definir o conceito de massoterapia.

No entanto, definição de massoterapia dada pelo PL 13/2016 é contrária ao que a bibliográfica técnica indica.

A lei não necessariamente tem a atribuição de esgotar a definição do termo massoterapia, isso caberá a literatura, à academia e aos órgãos de fiscalização e controle da profissão, basta esclarecer que a massagem é ato mecânico com impactos fisiológicos e por esta razão, especialmente, deve ser regulamentada de modo garantir que os profissionais estejam habilitados não só a realizar os movimentos sequenciais, mas especialmente serem capazes de avaliar indicações e contraindicações às técnicas.

O exercício da profissão deve ser assegurado aqueles profissionais que comprovem sua aptidão para a atividade de massoterapia por meio de instrumentos objetivos de controle, como diplomas e certificados, sendo que o mero exercício profissional não os exime de, se for o caso, realizar formação complementar, especialmente de conteúdo teórico científico.

Tabela 6 - Categoria: Atribuições/Atividades

PROJETO DE LEI 4.088/2015 – CÂMARA DOS DEPUTADOS	PROJETO DE LEI 13/2016 – SENADO FEDERAL
Art. 4º São atribuições dos massoterapeutas:	Art. 3º. São atividades inerentes à profissão de Massoterapeuta as técnicas, métodos, procedimentos, práticas e sistemas terapêuticos manipulativos, com gestos mecânicos e recursos naturais, assim como científicos, propedêuticos e integrativos, que utilizam conhecimentos naturais em saúde, com consistência epistemológica, objetivando a orientação, promoção, manutenção, reeducação e recuperação da saúde.
I - Aplicar procedimentos terapêuticos manipulativos, energéticos e vibracionais para tratamentos de moléstias psico-neuro-funcionais, musculoesqueléticas e energéticas;	Art.4 °. O Massoterapeuta atua na orientação, na promoção, na prevenção e no tratamento assistido da saúde, bem como no tratamento das disfunções miofasciais e osteoarticulares que interferem no sistema neurológico miofascial, esquelético e bioenergético, visando a correção do corpo e sua integridade, evitando e retirando o complexo de disfunção.
II - Tratar patologias e deformidades podais através ou não do uso de instrumental pérfuro-cortante, medicamentos de uso tópico e órteses;	Art. 10. Compete ao Massoterapeuta:
III-Avaliar disfunções fisiológicas, sistêmicas, energéticas e vibracionais através de métodos das medicinas oriental e convencional;	I – avaliar, planejar, orientar e executar o tratamento da terapia por massagem;
IV –Indicara seus pacientes/clientes a prática de exercícios, o uso de essências florais e fitoterápicos com o objetivo de reconduzir ao equilíbrio energético, fisiológico e psico-orgânico.	II – aplicar procedimentos específicos da terapia por massagem, promovendo a saúde e o resgate do equilíbrio geral, dentro dos limites músculo-esqueléticos;
	III – realizar a avaliação, procedimentos e protocolos de massoterapia próprios de seu escopo de prática

IV – coordenar as atividades de massoterapia desempenhadas nas instituições, empresas e organizações afins;

V – realizar consultoria, auditoria e emitir parecer técnico sobre a área de massoterapia;

VI – participar do planejamento, da execução e da avaliação dos programas de saúde pública;

VII – compor equipes multi e interdisciplinares de saúde, atuando em associação ou colaboração com os mesmos;

VIII – encaminhar o paciente para os demais profissionais da saúde, atuando em associação ou colaboração com os mesmos;

IX – planejar, dirigir e efetuar pesquisas científicas promovidas por entidades públicas ou privadas;

X – coordenar e dirigir cursos técnicos, tecnológicos e de graduação em massoterapia e demais cursos de educação em saúde, em instituições públicas e privadas;

XI – exercer a docência nas disciplinas de formação específica da área de massoterapia e outras disciplinas com interface.

Fonte: Elaborada pelas autoras.

A massoterapia tem como definição primeira a **“manipulação física da pele, da fáscia, dos músculos, dos tendões, dos ligamentos e do fluxo de líquidos”**, sendo que outras terapias corporais podem até relacionar-se com a massoterapia, mas com ela não se confundem. (WERNER, 2005, p. Vii, grifo nosso)

O que se vê do constante na Tabela 6, é que enquanto o PL 4.088/2015 indica como atividades de massoterapia, atividades típicas de podólogos (inciso II), o PL 13/2016 confunde a massoterapia com outras terapias corporais e energéticas que não podem ser conceituadas, propriamente, como técnica massoterapêutica.

Isso porque, de regra, essas práticas que não envolvem a mobilização de tecidos musculoesqueléticos e, portanto, **não promovem alteração fisiológica relevante no organismo em razão manipulação de tecidos em si**, o que na forma do ornamento jurídico, é o que indica maior cuidado na formação e atuação do profissional massoterapeuta e acaba justificando, na forma da Constituição Federal, pretensa restrição ao direito insculpido no seu art. 5º, XIII, na sua primeira parte.

Tabela 7 - Categoria: Sub-áreas

PROJETO DE LEI 4.088/2015 – CÂMARA DOS DEPUTADOS	PROJETO DE LEI 13/2016 – SENADO FEDERAL
--	---

<p>Não consta.</p>	<p>Art. 5º. Entende-se por massoterapia ou terapia por massagem todas as práticas oriundas da massagem, aplicáveis na área de saúde, que apresentam as seguintes subáreas:</p> <p>I –massoprevencionista (que trabalha com socorro de urgência);</p> <p>II - terapeuta corporal (terapeuta massagista que trabalha com relaxamento e técnicas corporais e técnicas integrativas)</p>
--------------------	--

Fonte: Elaborada pelas autoras.

Tabela 7 dá conta que o PL 13/2016 pretende subdividir a massoterapia em subáreas. A profissão de massoterapeuta, por definição, por tratar de manipulação de tecidos não se confunde com a profissão de terapeuta corporal, que pode atuar ou não com manipulação de tecidos.

Neste sentido:

“Para as finalidades desta obra, classifiquei aleatoriamente a terapia corporal em dois campos distintos, porém complementares. Um deles envolve os tipos mecânicos de massagem que funcionam através da manipulação física da pele, da fáscia, dos músculos, dos tendões, dos ligamentos e do fluxo de líquidos. O outro inclui os tipos reflexivos e energéticos da terapia corporal que enfocam o fluxo de energia e/ou a resposta do sistema nervoso parassimpático de forma a criar um meio ambiente capaz de conduzir a uma mudança positiva.” (WERNER, 2005, p. vii)

Tabela 8 - Categoria: Regra de Transição

PROJETO DE LEI 4.088/2015 – CÂMARA DOS DEPUTADOS	PROJETO DE LEI 13/2016 – SENADO FEDERAL
<p>Art. 3º. O exercício da profissão de massoterapeuta, no território nacional é assegurado aos portadores de:</p> <p>III – Aos profissionais e práticos que tenham exercido, comprovadamente, há mais de 5(cinco) anos, a profissão de massoterapeuta, a contar da data de vigência dessa lei.</p>	<p>A sugerida pela emenda apresentada a tem como redação sugerida a seguinte:</p> <p>“Art. 7º. (...)</p> <p>III– ao profissional que possui formação básica, mas que esteja contemplado pelas disposições da Lei nº 3.968, de 05 de outubro de 1961;</p> <p>IV – aos que, na data da publicação desta Lei, exerçam a profissão há pelo menos três anos.</p>

Fonte: Elaborada pelas autoras.

O mero exercício da profissão pelo período de 5(cinco) ou 3(três) anos, - que conforme demonstrado na Tabela 8, trata-se do prazo estabelecido como regra de transição pelos PL 4.088/15 e PL 13/2016, respectivamente -, não deve ser suficiente para substituir o necessário conhecimento do massoterapeuta em disciplinas científicas fundamentais ao exercício seguro da profissão.

Ambos os projetos, destarte, salvo melhor juízo, estão sujeitos a críticas.

Conforme se viu das Tabelas 3 a 8 comparativas por categorias, se num dos Projetos de Lei, deixa-se de tratar de questões importantes, como as competências do massoterapeuta, noutra é aberta uma ampla lacuna para inclusão de uma série de atividades não vinculadas a efetiva atividade de massoterapia, que acabam distanciando-a da área da saúde enquanto ciência, incluindo uma série de termos relacionados a componentes holísticos e energéticos, que em que pese tenham seu relevante valor, inclusive reconhecido pela Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares, não possuem o mesmo caráter, especialmente de natureza fisiológica, que a técnica massoterápica possui.

Como já mencionado reiteradas vezes, a massoterapia tem como definição primeira a manipulação da estrutura musculoesquelética, com efeitos fisiológicos comprovados cientificamente.

De outra sorte, **algumas das terapias incluídas como sendo atividades do massoterapeuta no Projeto de Lei n 13/2016 podem até relacionar-se com a atividade de massoterapia, mas com ela não se confundem** (grifo nosso).

As distinções entre terapias manuais e energéticas devem ser devidamente caracterizadas por uma simples razão: se uma terapia energética, como o Reiki, por exemplo, não é capaz de trazer malefícios para o organismo, posto que inexistente movimentação de fluidos orgânicos do corpo, podendo inclusive ser realizada na modalidade à distância, **a massagem consistente na manipulação de tecidos, se mal executada ou executada em paciente que tem contraindicações à massagem pode causar sérios prejuízos à saúde** (grifo nosso).

Em síntese, as terapias em geral têm livre exercício, no entanto, aquelas que possam causar danos físicos, devem ter seu exercício regulamentado, inclusive impondo condicionantes para o trabalho.

Assim, como forma de garantir segurança jurídica ao profissional massoterapeuta, apresenta-se, ao final e como apêndice ao presente estudo hermenêutico zetético, uma proposta de Projeto de Lei, que entende-se seja suficiente para contemplar as necessidades e anseios do profissional massoterapeuta, garantindo-lhe segurança jurídica no exercício de sua profissão e sobretudo, proteger a saúde da população que busca o profissional massoterapeuta não só para melhoria de sua qualidade de vida, mas muitas vezes, antes mesmo de buscar consulta médica.

Entende-se, por fim, que o presente artigo tenha condições para servir, ele próprio, como justificativa do Projeto de Lei, com as devidas adaptações.

REFLEXÕES FINAIS

Por meio do desenvolvimento desta pesquisa, constatou-se que há uma série de normativas em vigor que se relacionam com o exercício da profissão de massoterapia, sem, no entanto, atender às necessidades de segurança jurídica a que fazem jus não só o profissional massoterapeuta, como também o cliente paciente que procura esse tipo de serviço, diga-se, relacionado comprovadamente a área da saúde, portanto tratando-se de um bem público, pelo que merece especial tratamento legal.

De outra sorte, também foi possível verificar que documentos de natureza não legal, mas emitidos por órgãos públicos como a Classificação Brasileira de Ocupações e o Catálogo Nacional de Cursos Técnicos, estabelecem premissas relacionando a massoterapia à área da saúde, exigindo curso técnico para o exercício e definindo carga horária mínima para obtenção de certificação em massoterapia, sem referenciar, no entanto, nenhuma norma que dê efetiva segurança ao profissional, tampouco viabilize o controle externo do exercício profissional.

Análise detida dos componentes curriculares ofertados pelo IFPR, nos faz perceber a importância de o profissional massoterapeuta comprovar conhecimento técnico científico mínimo no exercício de sua atividade, sob pena de não alcançar os resultados desejados com a prática, ou mais grave, causar danos a saúde do paciente ou cliente, por aplicação da massoterapia em casos de contraindicação do uso da técnica.

Todo o que foi apurado permitiu a análise dos dois projetos de lei que tramitam, um em cada casa do Congresso Nacional, apresentados nos anos de 2015 e 2016, cujo trâmite atualizado encontra-se nos Anexos G e J, respectivamente, mas que não atendem aos anseios do profissional massoterapeuta no que diz respeito, especialmente, a segurança jurídica no exercício de suas atividades.

Assim, ao final, em que pese se tratar de uma sugestão também sujeita a críticas, melhorias, complementações e contribuições de profissionais de outras áreas de conhecimento, apresenta-se **uma nova proposta de projeto de lei que atende ao principal objeto deste trabalho: garantir a segurança jurídica ao profissional massoterapeuta no Brasil**, na forma do Apêndice A do presente estudo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Evelise Dias. **Assistência estudantil nos Institutos Federais: da política à implementação**. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação em Educação. Universidade Estadual de Campinas. Faculdade de Educação, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/331079> Acesso em: 16 nov. 2018.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSIS, Olney Queiroz et al. **Noções gerais de direito e formação humanística**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2075570.senado>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica. Catálogo Nacional de Cursos Técnicos. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Câmara de Regulação do Trabalho em Saúde. Série E. Legislação em Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Classificação Brasileira de Ocupações. Códigos, títulos e descrições. 2010.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/tabua/ResultadoConversaoFamilia.jsf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124678>. Acesso em: 18 nov. 2018.

BROWN, Denise Whichello. **Massagem Terapêutica: Introdução Prática**. São Paulo: Manole, 2001.

CASSAR, Mario-Paul. **Massagem**: Curso Completo. São Paulo: Manole, 1998.

CASSAR, Mario-Paul. **Manual de Massagem Terapêutica**: Um guia completo de massoterapia para o estudante e para o terapeuta. São Paulo: Manole, 2001.

JIA, Jou Eel. CH'AN TAO **Conceitos Básicos: Medicina Tradicional Chinesa Lien Ch'i e Meditação**. 2ª Edição São Paulo: Ícone, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Do **Espírito das Leis**. Coleção obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MUMFORD, Susan. **A bíblia da massagem**: o guia definitivo da massagem. São Paulo: Pensamento, 2010.

STF - RE: 1078481 SC - SANTA CATARINA, Relator: Min. Celso De Mello, Data de Publicação: DJe-227 04/10/2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514472241/recurso-extraordinario-re-1078481-sc-santa-catarina>. Acesso em: 18 nov. 2018.

STF - MI: 6113 DF, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Publicação: DJe-114 13/06/2014. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24912417/mandado-de-injuncao-mi-6113-df-stf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

STF - ARE: 671326 MG, Relator: Min. Celso De Mello, Data de Publicação: DJe-042 29/02/2012 JusBrasil, 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21256334/recurso-extraordinario-com-agravo-are-671326-mg-stf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

TJ-SP - APL: 00027912820138260505 SP 0002791-28.2013.8.26.0505, Relator: Oswaldo Luiz Palu, Data de Publicação: 19/03/2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177911647/apelacao-apl-27912820138260505-sp-0002791-2820138260505>. Acesso em: 18 nov. 2018.

TRT-15 - RO: 00100343520175150086 0010034-35.2017.5.15.0086, Relator: Helio Grasselli, Data de Publicação: 14/05/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/577499081/recurso-ordinario-trabalhista-ro-100343520175150086-0010034-3520175150086>. Acesso em: 18 nov. 2018.

WERNER, Ruth. **Guia de Patologia para Massoterapeutas**. Segunda Edição. Guanabara; São Paulo: 2005.

VERSAGI, Charlotte Michael. **Protocolos Terapêuticos de Massoterapia**: Técnicas passo a passo para diversas condições clínicas. São Paulo: Manole, 2015.

**APENDICE A - Proposta de Projeto de Lei para regulamentar o exercício da profissão
de Massoterapeuta**

CÂMARA DOS DEPUTADOS OU SENADO FEDERAL

Projeto de Lei n _____, de _____.

(Deputado OU Senador proponente)

Dispõe sobre a regulamentação do exercício da
profissão de massoterapeuta e dá outras
providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. Esta Lei regulamenta a profissão de massoterapeuta, estabelece os requisitos para o exercício profissional e determina o registro em órgão competente.

Art. 2º. É livre o exercício da atividade profissional de massoterapeuta, desde que atendidas as qualificações e exigências estabelecidas nesta lei.

Art. 3º. Massoterapeuta é o profissional que exerce a massoterapia, ciência da área da saúde compreendida como qualquer técnica que tenha como elementos um conjunto de manobras manuais que promovem manipulação física da pele, da fáscia, dos músculos, dos tendões, dos ligamentos e do fluxo de líquidos, com efeitos fisiológicos nos organismos como um todo.

Art. 4º. O massoterapeuta, desde que possua as habilidades e formações requeridas pelas respectivas áreas de conhecimento, pode integrar à prática da massoterapia outras terapias corporais ou não, que com ela podem se relacionar, mas que com ela não se confundem.

Art. 5º. Compete ao Massoterapeuta:

- I – avaliar, planejar, orientar e executar o tratamento da terapia por massagem;
- II – aplicar procedimentos específicos da terapia por massagem, promovendo a saúde e o resgate do equilíbrio geral, dentro dos limites músculo-esqueléticos;
- III – realizar a avaliação, procedimentos e protocolos de massoterapia próprios de seu escopo de prática;
- IV – coordenar as atividades de massoterapia desempenhadas nas instituições, empresas e organizações afins;
- V – realizar consultoria, auditoria e emitir parecer técnico sobre a área de massoterapia;
- VI – participar do planejamento, da execução e da avaliação dos programas de saúde pública;
- VII – compor equipes multi e interdisciplinares de saúde, atuando em associação ou colaboração com os mesmos;
- VIII – encaminhar o paciente para os demais profissionais da saúde, atuando em associação ou colaboração com os mesmos;
- IX – planejar, dirigir e efetuar pesquisas científicas promovidas por entidades públicas ou privadas;
- X – coordenar e dirigir cursos técnicos, tecnológicos e de graduação em massoterapia e demais cursos de educação em saúde, em instituições públicas e privadas;
- XI – exercer a docência nas disciplinas de formação específica da área de massoterapia e outras disciplinas com interface.

Art. 6º. O exercício da profissão de massoterapeuta no território nacional é assegurado aos portadores de:

I - Diploma de curso técnico em massoterapia, expedido por instituição regular de ensino;

II - Diploma de curso superior em graduação e ou pós-graduação, expedido por instituição regular de ensino;

III - Ao profissional que possui formação básica, mas que esteja contemplado pelas disposições da Lei nº 3.968, de 05 de outubro de 1961;

IV – Aos profissionais e práticos que tenham exercido, comprovadamente, há mais de 5(cinco) anos, a profissão de massoterapeuta, a contar da data de vigência dessa lei, observado o disposto no parágrafo segundo deste artigo.

Parágrafo Primeiro. Os cursos previstos nos incisos I e II do caput deverão contemplar, no mínimo, as seguintes disciplinas e respectivas cargas horárias:

	CARGA HORARIA /HORA RELÓGIO	CARGA HORÁRIA/ HORA AULA
ANATOMO- CINESIOLOGIA	68	80
ANATOMO-FISIOLOGIA	68	80
PATOLOGIA APLICADA	34	40
NOÇÕES DE FARMACOLOGIA	17	20
SOCORROS DE URGÊNCIA	17	20
PSICOLOGIA DAS RELAÇÕES HUMANAS	17	20

Parágrafo Segundo. Nos casos previstos no inciso IV do caput, os massoterapeutas que não possuírem diploma de curso técnico ou de curso superior em massoterapia com os conteúdos mínimos descritos no parágrafo primeiro deste artigo, deverão realizar a complementação de seus estudos em instituições de ensino públicas ou privadas credenciadas pelo Ministério da Educação, num período de 24 meses a contar da vigência desta lei.

Parágrafo Terceiro. Para os fins deste artigo, são livres as mudanças de nível de formação dentro da profissão, para tecnólogo ou licenciatura

Art. 7º. Para provimento e exercício de cargos, funções ou empregos de massoterapeuta é obrigatória a apresentação da comprovação de escolaridade exigida no art. 6.

Art. 8º. O exercício da profissão de Massoterapeuta, enquanto não houver regulamentação do órgão ou conselho competente para o registro profissional, requer registro prévio na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, o qual terá validade em todo o território nacional.

Art. 9º. Até a regulamentação do órgão ou conselho específico para a fiscalização do exercício da profissão de Massoterapeuta será considerada a fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Art. 10. O código de ética a profissão de massoterapeuta será definido por meio de atos da entidade do Ente Sindical Nacional da categoria.

Art. 11. Aplicam-se aos Massoterapeutas as normas da legislação do trabalho vigentes, exceto naquilo que for regulado de forma diferente nesta Lei.

Art. 12. Ficam revogados os termos que se referem a atividade de massoterapia constantes no Decreto 20.931/32, Decreto-Lei 4.113/42 e Decreto-Lei 8.345/45, bem como expressamente revogada a integralidade da Lei 3.968/61.

Art. 13. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, __ de _____ de _____.

ANEXO A – Decreto N° 20.931/32

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO N° 20.931 DE 11 DE JANEIRO DE 1932.

Revogado pelo Decreto nº 99.678, de 1990.

Revigorado pelo Decreto de 12 de julho de 1991.

Regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, de conformidade com o art. 1º do decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930,

decreta:

Art. 1º O exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeiro, fica sujeito à fiscalização na forma deste decreto.

Art. 2º Só é permitido o exercício das profissões enumeradas no art. 1º, em qualquer ponto do território nacional, a quem se achar habilitado nelas de acordo com as leis federais e tiver título registrado na forma do art. 5º deste decreto.

Art. 3º Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão também sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação a juízo da autoridade sanitária.

Art. 4º Os graduados por escolas ou universidades estrangeiras só podem exercer a profissão após submeterem-se a exame de habilitação, perante as faculdades brasileiras, de acordo com as leis federais em vigor.

Art. 5º É obrigatório o registo do diploma dos médicos e demais profissionais a que se refere o art. 1º, no Departamento Nacional de Saúde Pública e na repartição sanitária estadual competente.

Art. 6º Os médicos e os cirurgiões dentistas são obrigados a notificar no primeiro trimestre de cada ano, à autoridade sanitária da localidade onde clinicarem ou, em sua falta, à autoridade policial, a sede dos seus consultórios ou residências, afim de serem organizados o cadastro médico e o cadastro odontológico local.

Art. 7º A Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina, do Departamento Nacional de Saúde Pública, fará publicar mensalmente no Diário Oficial a relação dos profissionais cujos títulos tiverem sido registrados, organizando, anualmente, com as alterações havidas a relação completa dos mesmos.

Art. 8º As autoridades municipais, estaduais e federais só podem receber impostos relativos ao exercício da profissão médica, mediante apresentação de prova de se achar o diploma do interessado devidamente registrado no Departamento Nacional de Saúde Pública e nas repartições sanitárias estaduais competentes.

Art. 9º Nas localidades, onde não houver autoridade sanitária, compete às autoridades policiais e judiciárias verificar se o profissional se acha devidamente habilitado para o exercício da sua profissão.

Art. 10 Os que, mediante anúncios ou outro qualquer meio, se propuserem ao exercício da medicina ou de qualquer dos seus ramos, sem título devidamente registrado, ficam sujeitos, ainda que se entreguem excepcionalmente a essa atividade às penalidades aplicáveis ao exercício ilegal da medicina.

Art. 11 Os médicos, farmacêuticos, cirurgiões dentistas, veterinários, enfermeiros e parteiras que cometerem falta grave ou erro de ofício, poderão ser suspensos do exercício da sua profissão pelo prazo de seis meses a dois anos, e se exercem função pública, serão demitidos dos respectivos cargos.

Art. 12 A penalidade de suspensão será imposta no Distrito Federal pelo diretor geral do Departamento Nacional de Saúde Pública, depois de inquérito administrativo apreciado por três profissionais de notório saber e probidade, escolhidos um pelo ministro da Educação e Saúde Pública, um pelo diretor do Departamento Nacional de Saúde Pública e um pelo diretor do Departamento Nacional do Ensino, e nos Estados pelo respectivo diretor dos serviços sanitários, após inquérito administrativo procedido por uma comissão de três profissionais, escolhidos um pelo secretário do Interior do Estado, um pelo diretor do serviço sanitário e um pelo juiz seccional federal. Em qualquer caso da aplicação da penalidade cabe recurso para o ministro da Educação e Saúde Pública.

Art. 13 Os que apresentarem oposição ou embaraço de qualquer ordem à ação fiscalizadora da autoridade sanitária, ou que a desatcarem no exercício de suas funções, ficam sujeitos à multa de 2:000\$0 a 5:000\$0, cobravel executivamente sem prejuízo da ação penal por desacato à autoridade, que poderá ter lugar por denúncia do Ministério Público, na Justiça Federal, ou por denúncia dos órgãos competentes da Justiça Estadual.

Art. 14 Podem continuar a clinicar nos respectivos Estados os médicos, cirurgiões dentistas e veterinários que na data da publicação do presente decreto forem portadores de diplomas expedidos por escolas reconhecidas e fiscalizadas pelos governos estaduais, bem como os médicos, cirurgiões dentistas e veterinários diplomados por faculdade estrangeiras, com mais de 10 anos de clínica no país, se comprovarem a idoneidade da escola por onde tenham se formado a juízo da autoridade sanitária.

Do exercício da medicina

Art. 15 São deveres dos médicos:

a) notificar dentro do primeiro trimestre de cada ano à Inspeção da Fiscalização do Exército da Medicina, do Departamento Nacional de Saúde Pública, no Distrito Federal, à autoridade sanitária local ou na sua ausência à autoridade policial, nos Estados, a sede do seu consultório ou a sua residência, para organização do cadastro médico regional (art. 6º);

b) escrever as receitas por extenso, legivelmente, em vernáculo, nelas indicando o uso interno ou externo dos medicamentos, o nome e a residência do doente, bem como a própria residência ou consultório;

c) ratificar em suas receitas a posologia dos medicamentos, sempre que esta for anormal, eximindo assim o farmacêutico de responsabilidade no seu aviamento;

d) observar fielmente as disposições regulamentares referentes às doenças de notificação compulsória;

e) atestar o óbito em impressos fornecidos pelas repartições sanitárias, com a exata causa mortis, de acordo com a nomenclatura nosológica internacional de estatística demográfico-sanitária;

f) mencionar em seus anúncios somente os títulos científicos e a especialidade.

Art. 16 É vedado ao médico:

a) ter consultório comum com indivíduo que exerça ilegalmente a medicina;

b) receitar sob forma secreta, como a de código ou número;

c) indicar em suas receitas determinado estabelecimento farmacêutico, para as aviar;

d) atestar o óbito de pessoa a quem não tenha prestado assistência médica;

e) firmar atestados sem praticar os atos profissionais que os justifiquem;

f) dar-se a práticas que tenham por fim impedir a concepção ou interromper a gestação, só sendo admitida a provocação do aborto e o parto prematuro, uma vez verificada, por junta médica, sua necessidade terapêutica;

g) fazer parte, quando exerça a clínica, de empresa que explore a indústria farmacêutica ou seu comércio. Aos médicos autores de fórmulas de especialidades farmacêuticas, serão, porém, assegurados os respectivos direitos, embora não as possam explorar comercialmente, desde que exerçam a clínica;

h) exercer simultaneamente as profissões de médico e farmacêutico quando formado em medicina e farmácia, devendo optar por uma delas, do que deve dar conhecimento, por escrito, ao Departamento Nacional de Saúde Pública;

i) assumir a responsabilidade de tratamento médico dirigido por quem não for legalmente habilitado;

j) anunciar a cura de doenças consideradas incuráveis segundo os atuais conhecimentos científicos;

k) assumir a responsabilidade como assistente, salvo nas localidades onde não houver outro médico, do tratamento de pessoa da própria família, que viva sob o mesmo teto, que esteja acometida de doença grave ou tóxico-maniaca, caso em que apenas pode auxiliar o tratamento dirigido por médico estranho à família;

l) recusar-se a passar atestado de óbito de doente a quem venha prestando assistência médica, salvo quando houver motivo justificado, do que deverá dar ciência, por escrito, à autoridade sanitária;

m) manter a publicação de conselhos e receitas a consulentes por correspondência ou pela imprensa.

Art. 17 As associações religiosas ou de propaganda doutrinária, onde forem dadas consultas médicas ou fornecidos medicamentos, ficam sujeitas, nas pessoas de seus diretores, ou responsáveis, às multas estabelecidas no regulamento sanitário e às penas previstas no Código Penal.

§ 1º Se alguém, não se achando habilitado para exercer a medicina, se valer de uma dessas associações para exercê-la, ficará sujeito às mesmas penalidades em que devem incorrer o diretor ou responsável.

§ 2º Se qualquer associação punida na forma deste artigo, reincidir na infração, a autoridade sanitária ordenará, administrativamente, o fechamento da sua sede.

Art. 18 Os profissionais que se servirem do seu título para a prescrição ou administração indevida de tóxicos entorpecentes, além de serem responsabilizados criminalmente serão suspensos do exercício da sua profissão pelo prazo de um a cinco anos, e demitidos de qualquer cargo público que exerçam.

Parágrafo único. A aplicação da penalidade estabelecida neste artigo dependerá de condenação do infrator, salvo quando este houver sido autuado em flagrante no momento em que administrava o tóxico.

Art. 19 Não é permitido o uso continuado de entorpecentes no tratamento de doenças ou afecções para o qual sejam admissíveis ou recomendáveis outros recursos terapêuticos, salvo quando, em conferência médica, na qual deve tomar parte a autoridade sanitária, ficar demonstrada a necessidade imprescindível do uso continuado de medicação dessa natureza.

Art. 20 O médico, cirurgião-dentista, ou veterinário que, sem causa plenamente justificada, prescrever continuamente entorpecentes, será, declarado suspeito pela Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina, do Departamento Nacional de Saúde Pública, ou pela autoridade sanitária local, ficando sujeito seu receituário a rigorosa fiscalização. Verificadas nele irregularidades em inquérito administrativo, ser-lhe-á cassada a faculdade de prescrever entorpecentes, sem prévia fiscalização da autoridade sanitária, ficando as farmácias proibidas de

aviar suas receitas, sem o "visto" prévio da Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina, do Departamento Nacional de Saúde Pública, ou da autoridade sanitária local.

Art. 21 Ao profissional que prescrever ou administrar entorpecentes para alimentação da toxicomania será cassada pelo diretor geral do Departamento Nacional de Saúde Pública, no Distrito Federal, e nos Estados pelo respectivo diretor dos serviços sanitários, a faculdade de receitar essa medicação, pelo prazo de um a cinco anos, devendo ser o fato comunicado às autoridades policiais para a instauração do competente inquérito e processo criminal.

Art. 22 Os profissionais que forem toxicômanos serão sujeitos a exame médico legal, não lhes sendo permitido prescrever entorpecentes pelo espaço de um a cinco anos.

Art. 23 Não é permitido o tratamento de toxicômanos em domicílio. Esses doentes serão internados obrigatoriamente em estabelecimentos hospitalares, devendo os médicos assistentes comunicar a internação à Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina, do Departamento Nacional de Saúde Pública, ou à autoridade sanitária local e apresentar-lhe o plano clínico para a desintoxicação. Nesses casos as receitas deverão ser individuais e ficarão sujeitas ao "visto" prévio da Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina, do Departamento Nacional de Saúde Pública ou da autoridade sanitária local.

Dos estabelecimentos dirigidos por médicos

Art. 24 Os institutos hospitalares de qualquer natureza, públicos ou particulares, os laboratórios de análises e pesquisas clínicas, os laboratórios de soros, vacinas e outros produtos biológicos, os gabinetes de raios X e os institutos de psicoterapia, fisioterapia e ortopedia, e os estabelecimentos de duchas ou banhos medicinais, só poderão funcionar sob responsabilidade e direção técnica de médicos ou farmacêuticos, nos casos compatíveis com esta profissão, sendo indispensável para o seu funcionamento, licença da autoridade sanitária.

Art. 25 Os institutos de beleza, sem direção médica, limitar-se-ão aos serviços compatíveis com sua finalidade, sendo terminantemente proibida aos que neles trabalham a prática de intervenções de cirurgia plástica, por mais rudimentares que sejam, bem como a aplicação de agentes fisioterápicos e a prescrição de medicamentos.

Art. 26 Os laboratórios de análises e pesquisas clínicas, os laboratórios de soros, vacinas e outros produtos biológicos, os gabinetes de raios X e os institutos de psicoterapia, de fisioterapia e de ortopedia, serão licenciados e fiscalizados pelo Departamento Nacional de Saúde Pública ou pela autoridade local. A licença será concedida ao responsável pelo estabelecimento e só poderá ser fornecida após a competente inspeção sanitária, devendo a transferência de local ou a substituição do responsável ser previamente requerida à Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina ou à autoridade sanitária local.

Art. 27 Os estabelecimentos eletro, rádio e fisioterápicos e ortopédicos só poderão funcionar sob a direção técnica profissional de médico cujo nome será indicado no requerimento dos interessados à autoridade sanitária competente, salvo se esses estabelecimentos forem de propriedade individual de um médico.

Art. 28 Nenhum estabelecimento de hospitalização ou de assistência médica pública ou privada poderá funcionar, em qualquer ponto do território nacional, sem ter um diretor técnico e principal responsável, habilitado para o exercício da medicina nos termos do regulamento sanitário federal.

No requerimento de licença para seu funcionamento deverá o diretor técnico do estabelecimento enviar à autoridade sanitária competente a relação dos profissionais que nele trabalham, comunicando-lhe as alterações que forem ocorrendo no seu quadro.

Art. 29 A direção dos estabelecimentos destinados a abrigar indivíduos que necessitem de assistência médica, se achem impossibilitados, por qualquer motivo, de participar da atividade social, e especialmente os destinados a acolher parturientes, alienados, toxicômanos, inválidos, etc., será confiada a um médico especialmente habilitado e a sua instalação deverá ser conforme os preceitos científicos de higiene, com adaptações especiais aos fins a que se destinarem.

O diretor técnico deverá facultar à autoridade sanitária a livre inspeção do estabelecimento sob sua direção, determinando o seu fechamento quando assim o exigir a autoridade sanitária, por motivo de conveniência pública ou de aplicação de penalidade, imposta por infração dos dispositivos do regulamento sanitário.

§ 1º O diretor técnico, que requerer à autoridade sanitária a competente licença para abertura dos estabelecimentos citados nos artigos precedentes, deverá pedir baixa de sua responsabilidade sempre que se afastar da direção.

§ 2º Esses estabelecimentos terão um livro especial, devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro dos internados, com todas as especificações de identidade, e a anotação de todas as ocorrências verificadas desde a entrada até a saída do internado.

Do exercício da odontologia

Art. 30 O cirurgião-dentista somente poderá prescrever agentes anestésicos de uso tópico e medicamento de uso externo para os casos restritos de sua especialidade.

Art. 31 Ao cirurgião-dentista é vedado praticar intervenções cirúrgicas, que exijam conhecimentos, estranhos à sua profissão, bem como permitir o exercício da clínica odontológica, em seu consultório, a indivíduo não legalmente habilitado para exercê-la.

Art. 32 O material existente em consultório dentário, cujo funcionamento não esteja autorizado pela autoridade sanitária ou que seja utilizado por quem não tiver diploma registado no Departamento Nacional de Saúde Pública, será apreendido e remetido para o depósito público.

Art. 33 É terminantemente proibida aos protéticos, a instalação de gabinetes dentários, bem como o exercício da clínica odontológica.

Do exercício da medicina veterinária

Art. 34 É proibido às farmácias aviar receituário de médicos veterinários que não tiverem seus diplomas devidamente registados no Departamento Nacional de Saúde Pública.

Art. 35 Nas receitas deve o veterinário determinar o animal a que se destina a medicação, e indicar o local onde é encontrado bem como o respectivo proprietário, mencionando a qualidade de veterinário após a assinatura da receita.

Do exercício da profissão de parteira

Art. 36 As parteiras e enfermeiras especializadas em obstetrícia devem limitar-se aos cuidados indispensáveis às parturientes e aos recém-nascidos nos casos normais, e em qualquer anormalidade devem reclamar a presença de um médico, cabendo-lhes a responsabilidade pelos acidentes atribuíveis à imperícia da sua intervenção.

Art. 37 É vedado às parteiras:

a) prestar assistência médica a mulheres e crianças fora do período do parto, ou realizar qualquer intervenção cirúrgica;

b) recolher as parturientes e gestantes para tratamento em sua residência ou em estabelecimento sob sua direção imediata ou mediata;

c) manter consultório para exames e prática de curativos;

d) prescrever medicações, salvo a que for urgentemente reclamada pela necessidade de evitar ou combater acidentes graves que comprometam a vida da parturiente, do feto ou recém-nascido.

Nesses casos, porém, como em todos os que se revestem de qualquer anormalidade, a presença do médico deve ser reclamada pela parteira, que tomará providências apenas até que chegue o profissional.

Disposições gerais

Art. 38 É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.

Art. 39 É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.

Art. 40 É vedado às casas que comerciam em artigos de ortopedia ou que os fabricam, vender ou aplicar aparelhos protéticos, contensivos, corretivos ou imobilizadores, sem a respectiva prescrição médica.

Art. 41 As casas de ótica, ortopedia e os estabelecimentos eletro, rádio e fisioterápicos de qualquer natureza devem possuir um livro devidamente rubricado pela autoridade sanitária competente, destinado ao registro das prescrições médicas.

Art. 42 A infração de qualquer dos dispositivos do presente decreto será punida com a multa de 2:000\$0 a 5:000\$0, conforme a sua natureza, a critério da autoridade autuante, sem prejuízo das penas criminais. Estas penalidades serão discriminadas em cada caso no regulamento.

Parágrafo único. Nos casos de reincidência na mesma infração dentro do prazo de dois anos, a multa será duplicada a cada nova infração.

Art. 43 Os processos criminais previstos neste decreto terão lugar por denúncia da Procuradoria dos Feitos da Saúde Pública, na Justiça do Distrito Federal, ou por denúncia do órgão competente, nas justiças estaduais, mediante solicitações da Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina ou de qualquer outra autoridade competente.

Art. 44 Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 11 de janeiro de 1932, 111º da Independência e 44º da República.

Getúlio

Vargas.

Francisco Campos.

Este texto não substitui o publicado na CLBR PUB 31/12/1932

ANEXO B – Decreto-Lei Nº 4.113/42

DECRETO-LEI Nº 4.113, DE 14 DE FEVEREIRO DE 1942

Regula a propaganda de médicos, cirurgiões, dentistas, parteiras, massagistas, enfermeiros, de casas de saúde e de estabelecimentos congêneres, e a de preparados farmacêuticos.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 180 da constituição,
DECRETA:

DOS MÉDICOS E CIRURGIÕES DENTISTAS

Art. 1º É proibido aos médicos anunciar:

I - cura de determinadas doenças, para as quais não haja tratamento próprio, segundo os atuais conhecimentos científicos;

II - tratamento para evitar a gravidez, ou interromper a gestação, claramente ou em termos que induzam a estes fins;

III - exercício de mais de duas especialidades, sendo facultada a enumeração de doenças, órgãos ou sistemas compreendidos na especialização;

IV - consultas por meio de correspondência, pela imprensa, caixa postal, rádio ou processos análogos ;

V - especialidade ainda não admitida pelo ensino médico, ou que não tenha tido a sanção das sociedades médicas;

VI - prestação de serviços gratuitos, em consultórios particulares ;

VII - sistematicamente, agradecimentos manifestados por clientes e que atentem contra a ética médica;

VIII - com alusões detratoras a escolas médicas e a processos terapêuticos admitidos pela legislação do país ;

IX - com referências a métodos de tratamento e diagnóstico não consagrados na prática corrente ou que não tenham tido a sanção das sociedades médicas;

X - atestados de cura de determinadas doenças, para as quais não haja tratamento estabelecido, por meio de preparados farmacêuticos.

§ 1º As proibições deste artigo estendem-se, no que for aplicável, aos cirurgiões dentistas.

§ 2º Não se compreende nas proibições deste artigo anunciar o médico ou o cirurgião dentista seus títulos científicos, o preço da consulta, referências genéricas à aparelhagem (raio X, rádio, aparelhos de eletricidade médica, de fisioterapia e outros semelhantes) ; ou divulgar, pela imprensa ou pelo rádio, conselhos de higiene e assuntos de medicina ou de ordem doutrinária, sem caráter de terapêutica individual.

DAS PARTEIRAS, DOS MASSAGISTAS E ENFERMEIROS

Art. 2º É proibido às parteiras, aos massagistas e aos enfermeiros fazer referências a tratamentos de doenças ou de estado mórbido de qualquer espécie.

Art. 3º As parteiras, os massagistas e os enfermeiros estão obrigados a mencionar em seus anúncios o nome, título profissional e local onde são encontrados.

DAS CASAS DE SAUDE, DOS ESTABELECIMENTOS MÉDICOS E CONGÊNERES

Art. 4º É obrigatório, nos anúncios de casa de saúde, estabelecimentos médicos e congêneres, mencionar a direção médica responsável.

DOS PREPARADOS FARMACÊUTICOS

Art. 5º É proibido anunciar, fora dos termos dos respectivos relatórios e licenciamentos, produtos ou especialidades farmacêuticas e medicamentos :

- I - que tenham sido licenciados com a exigência da venda sob receita médica. sem esta declaração;
- II - que se destinem ao tratamento da lepra, da tuberculose, da sífilis, do câncer e da blenorragia;
- III - por meio de declarações de cura, firmadas por leigos;
- IV - por meio de indicações terapêuticas, sem mencionar o nome do produto, e que insinuem resposta, por intermédio de caixas postais ou processo análogo;
- V - apresentando-os com propriedades anti - concepacionais ou abortivas, mesmo em termos que induzam indiretamente a estes fins;
- VI - com alusões detratoras ao clima e ao estado sanitário do país ;
- VII - consignando-se indicações de uso para sintomas ou para conservação de órgãos normais, com omissão dos termos dos respectivos relatórios e licenciamentos;
- VIII - com referências preponderantes ao tratamento da importância IX - por meio de textos contrários aos recursos atuais da terapêutica, induzindo o público a um auto tratamento;
- X - exibindo-se gravuras com deformações físicas, dísticos ou artifícios gráficos indecorosos ou contrários a verdade na exposição dos fatos ;
- XI - fazendo-se referências detratoras aos que lhes são concorrentes;
- XII - com promessa de recompensa aos que não tiverem resultados satisfatórios com o seu uso,

Art. 6º É permitido anunciar preparados farmacêuticos, sem prévia autorização do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina, respeitadas os termos dos respectivos relatórios e licenciamentos.

§ 1º. Os preparados intitulados "depurativos" deverão conter a indicação obrigatória da sua finalidade "medicação auxiliar no tratamento da sífilis".

§ 2º Os produtos intitulados "reguladores", assim como os preparados destinados ao tratamento das afeções e empregados na higiene dos órgãos genitais, não poderão fazer referências a propriedades anticoncepcionais ou abortivas.

Art. 7º É facultado submeter-se á prévia aprovação do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina o anúncio de preparado farmacêutico, para a venda livre que sair dos termos dos respectivos relatórios e licenciamentos.

Parágrafo único. O texto aprovado será válido para todo o território nacional, devendo, porem, o anunciante exibir a aprovação do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina, com respectivos números de ordem e data, quando reclamada pela autoridade competente, ou pelos órgãos de publicidade interessados.

Art. 8º Os anúncios, em geral, poderão compreender textos educativos.

DAS PENALIDADES

Art. 9º Verificando que o anúncio contraria as disposições da lei, a autoridade sanitária encarregada da fiscalização do exercício da medicina e da farmácia intimará, o anunciante a observa-las dentro do prazo de 30 dias.

§ 1º Neste prazo, poderá o interessado pedir a reconsideração, decidindo a autoridade no prazo de 30 dias. Se a reconsideração for negada, poderá recorrer à autoridade superior dentro de 10 dias contados da publicação do indeferimento.

§ 2º Se, decorridos os trinta dias, continuar a ser publicado o anúncio, apesar de negada a reconsideração ou de não provido o recurso, será imposta ao infrator, pela autoridade que o intimara ao cumprimento da lei, a multa de 100\$0 a 1:000\$0, elevada ao dobro na reincidência.

§ 3º Contra a imposição da multa caberá recurso, dentro de 30 dias, para o Diretor Geral do Departamento Nacional de Saúde, que deverá decidi-lo no prazo de trinta dias contados de quando houver sido interposto.

§ 4º A autoridade sanitária que impuser definitivamente a multa, providenciará junto ao Departamento de Imprensa e Propaganda para que, na parte que lhe competir, promova a suspensão do anúncio.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 10 Esta lei entrará em vigor em todo o território nacional na data da sua publicação, ficando assegurada pelo prazo de 60 dias a publicidade que vem sendo admitida.

Parágrafo único. As disposições deste decreto, não se aplicam às publicações técnico- científicas, assim consideradas pelos órgãos competentes.

Art. 11 Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 1942, 121º da Independência e 54º da República.

GETÚLIO VARGAS.

Gustavo Capanema .

Este texto não substitui o original publicado no Diário Oficial da União - Seção 1 de 18/02/1942

Publicação:

- Diário Oficial da União - Seção 1 - 18/2/1942, Página 2443 (Publicação Original)

ANEXO C – Decreto-Lei Nº 8.345/45

DECRETO-LEI Nº 8.345, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1945

Dispõe sobre habilitação para exercício profissional.

O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Só é permitido o exercício das profissões de protéticos, massagistas, óticos práticos, práticos de farmácia, práticas de enfermagem, parteiras práticas e profissões similares, em todo o território nacional, a quem estiver devidamente habilitado e inscrito no Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e nos respectivos serviços sanitários, nos Estados.

Parágrafo único. A inscrição de que trata o presente artigo é obrigatória para os protéticos, proprietários de oficinas isoladas ou que trabalhem em oficinas anexas a consultórios.

Art. 2º Para cumprimento das instruções necessárias à habilitação nas profissões de que trata o artigo anterior, expedidas pelo Diretor Geral do Departamento Nacional de Saúde, na conformidade do que dispõe o art. 6º do Regimento do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina, baixado pelo Decreto nº 9.810, de 1 de julho de 1942, a respectiva banca examinadora deverá ser designada pelo referido diretor geral, no Distrito Federal, e pelos diretores dos departamentos estaduais de saúde, nos Estados.

§ 1º O Ministro da Educação e Saúde arbitrará as gratificações a serem concedidas, como honorários pelos serviços prestados, aos membros das bancas examinadoras e aos demais serventuários que tomarem parte nos trabalhos das provas de habilitação de que trata o presente decreto-lei.

§ 2º Os candidatos à inscrição nas provas de habilitação sobre que versa o presente decreto-lei pagarão a taxa de Cr\$ 300,00 (trezentos cruzeiros).

Art. 3º Este Decreto-lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1945, 124º da independência e 57º da República.

JOSÉ LINHARES
Raul Leitão da Cunha

Este texto não substitui o original publicado no Diário Oficial da União - Seção 1 de 13/12/1945

Publicação:

- Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/12/1945, Página 18616 (Publicação Original)

ANEXO D – Lei Nº 3.968/61

LEI Nº 3.968, DE 5 DE OUTUBRO DE 1961

Dispõe sobre o exercício da profissão de Massagista,
e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,
Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O exercício da profissão de Massagista só é permitido a quem possua certificado de habilitação expedido e registrado pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina após aprovação, em exame, perante o mesmo órgão.

Art. 2º O massagista devidamente habilitado, poderá manter gabinete em seu próprio nome, obedecidas as seguintes normas:

- 1 - a aplicação da massagem dependerá de prescrição médica, registrada a receita em livro competente e arquivada no gabinete;
- 2 - somente em casos de urgência, em que não seja encontrado o médico para a prescrição de que trata o item anterior, poderá ser esta dispensada;
- 3 - será, somente, permitida a aplicação de massagem manual, sendo vedado o uso de aparelhagem mecânica ou fisioterápica;
- 4 - a propaganda dependerá de prévia aprovação da autoridade sanitária fiscalizadora.

Art. 3º É terminantemente vedado aos enfermeiros optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios.

Art. 4º A infração do disposto na presente Lei é punível, sem prejuízo das penas criminais cabíveis na espécie:

- a) com o fechamento do consultório e recolhimento do respectivo material ao depósito público, onde será vendido, judicialmente, por iniciativa da autoridade competente;
- b) com a multa de Cr\$ 2.000,00 (dois mil cruzeiros) a Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), conforme a natureza de transgressão, a critério da autoridade autuante.

Parágrafo único. A multa de que trata a alínea b deste artigo será aplicada em dobro a cada nova infração.

Art. 5º Os processos criminais decorrentes da transgressão do disposto nesta Lei, serão instaurados pelas autoridades competentes, mediante solicitação do órgão fiscalizador nas Justiças do Distrito Federal, dos Estados e Territórios.

Art. 6º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 5 de outubro de 1961; 140º da Independência e 73º da República.

JOÃO GOULART
Tancredo Neves
Souto Maior

Este texto não substitui o original publicado no Diário Oficial da União - Seção 1 de 06/10/1961

Publicação:

- Diário Oficial da União - Seção 1 - 6/10/1961, Página 8905 (Publicação Original)
- Coleção de Leis do Brasil - 1961, Página 7 Vol. 7 (Publicação Original)

ANEXO E – Atualizações da Classificação Brasileira de Ocupações - CBO da família
ocupacional 3221.

Descrição

 [Página inicial](#)

**3221 :: Tecnólogos e técnicos em terapias complementares e
estéticas**

Títulos

3221-05 - Técnico em acupuntura

Acupuntor, Acupunturista, Técnico corporal em medicina tradicional chinesa

3221-10 - Podólogo

Técnico em podologia

3221-15 - Técnico em quiropraxia

3221-20 - Massoterapeuta

Massagista, Massoprevencionista

3221-25 - Terapeuta holístico

Homeopata (não médico), Naturopata, Terapeuta alternativo, Terapeuta naturalista

3221-30 - Esteticista

Esteticista corporal, Esteticista facial, Tecnólogo em cosmetologia e estética, Tecnólogo em cosmetologia e estética facial e corporal, Tecnólogo em estética, Tecnólogo em estética corporal, facial e capilar, Tecnólogo em estética e cosmética, Técnico em estética

3221-35 - Doula


Descrição Sumária

Aplicam procedimentos estéticos e terapêuticos manipulativos, energéticos, vibracionais e não farmacêuticos. Os procedimentos terapêuticos visam a tratamentos de moléstias psico-neuro-funcionais, músculo-esqueléticas e energéticas; além de patologias e deformidades podais. No caso das doulas, visam prestar suporte contínuo a gestante no ciclo gravídico puerperal, favorecendo a evolução do parto e bem-estar da gestante. Avaliam as disfunções fisiológicas, sistêmicas, energéticas, vibracionais e inestéticas dos pacientes/clientes. Recomendam a seus pacientes/clientes a prática de exercícios, o uso de essências florais e fitoterápicos com o objetivo de diminuir dores, reconduzir ao equilíbrio energético, fisiológico e psico-orgânico, bem como cosméticos, cosmecêuticos e óleos essenciais visando sua saúde e bem estar. Alguns profissionais fazem uso de instrumental perfuro-cortante, medicamentos de uso tópico e órteses; outros aplicam métodos das medicinas oriental e convencional.

1

¹ <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/ResultadoFamiliaHistoricoOcupacoes.jsf>

Histórico de Ocupações

 [Página inicial](#)

3221 :: Tecnólogos e técnicos em terapias complementares e estéticas

Legenda


Movimentação	OT
Alteração de título	AT
Inclusão	OI
Exclusão	OE

3221-20 - Massoterapeuta

Data	Evento	Ocupação Anterior	Ocupação Nova
	OT	5161-35 - Massagista	3221-20 - Massagista
03/01/2003	OI	-	5161-35 - Massaquista

² <http://www.mtecbo.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/ResultadoFamiliaCaracteristicas.jsf>

Características de Trabalho

 [Página inicial](#)

3221 :: Tecnólogos e técnicos em terapias complementares e estéticas

Condições gerais de exercício

Atuam na área da saúde, serviços sociais e serviços pessoais. A grande maioria atua como autônomo, trabalhando por conta própria, de forma individual, embora os esteticistas também possam trabalhar em equipe. Executam suas funções em ambiente fechado, sem supervisão e em horários diurnos, não obstante os esteticistas e as doulas possam, também, trabalhar em horários irregulares.

Formação e experiência

A formação requerida para os esteticistas é a de técnico de nível médio ou graduação em tecnologia. No caso das Doulas é requerido um curso básico de qualificação profissional de, até, 200 horas, não sendo necessária experiência profissional para o desempenho da ocupação. Já para as demais ocupações exige-se formação em curso técnico de nível médio na área de atuação. O exercício pleno das atividades, para os esteticistas, ocorre após um período de aproximadamente dois anos de exercício profissional. No caso dos massoterapeutas e terapeutas holísticos, o exercício pleno das atividades ocorre em cerca de menos de um ano de experiência profissional; para os técnicos em acupuntura, quiropraxia e podólogos não há exigência de experiência anterior. A(s) ocupação(ões) elencada(s) nesta família ocupacional demandam formação profissional para efeitos do cálculo do número de aprendizes a serem contratados pelos estabelecimentos, nos termos do artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, exceto os casos previstos no art. 10 do decreto 5. 598/2005.

3

³ <http://www.mtecbo.gov.br/cbsite/pages/pesquisas/FiltroTabelaAtividade.jsf>

Relatório Tabela de Atividades

Família Ocupacional: 3221 - Tecnólogos e técnicos em terapias complementares e estéticas

Áreas	Atividades				
A APLICAR PROCEDIMENTOS TERAPÊUTICOS E/OU ESTÉTICOS	Selecionar técnica, tipo de terapia e recurso de trabalho 1 MS	Selecionar estímulos 2 MS	Planejar procedimentos 3 MS	Localizar áreas de desequilíbrio energético 4 MS	
	Preparar paciente/cliente 5 MS	Tonificar energia 6 MS	Escoar estagnação energética (sedar) 8 MS	Desobstruir circulação energética 10 MS	
	Desintoxicar organismo 11 MS	Corrigir desequilíbrios energético-psico-orgânicos, fisiológicos, bioquímicos, enzimáticos e hormonais 12 MS	Palpar estruturas articulares e ósseas 13 MS	Palpar estruturas musculares e sistema tegumentar 14 MS	
	Aplicar estímulos manipulativos 15 MS	Estimular integração emocional 16 MS	Estimular alinhamento, consciência corporal, reorganização neuro-energética e vibracional 17 MS	Normalizar movimentos articulares (ativo, passivo e jogo articular) e nervos comprimidos ou irritados (fluxo nervoso) 18 MS	
	Equilibrar tônus muscular 20 MS	Reposicionar vísceras e outros órgãos 21 MS	Aplicar agulhas, moxabustão e ventosas 23 MS		
	B REALIZAR TRATAMENTO E CORREÇÃO PODOLÓGICAS E/OU ESTÉTICAS	Realizar massagem relaxante 19 MS			
	C AVALIAR DISFUNÇÕES	Realizar avaliação do cliente/paciente 1 MS	Avaliar sinais e sintomas 2 MS	Analisar exames 3 MS	Tomar medidas antropométricas e energéticas 4 MS
		Identificar subluxações quiropráticas 5 MS	Avaliar micro-sistemas do paciente/cliente 6 MS	Avaliar estado bioenergético, emocional e vibracional do paciente/cliente 7 MS	Analisar biomecânica 8 MS
		Avaliar tecidos moles 9 MS	Avaliar sistema muscular (força, temperatura e tônus) 10 MS	Avaliar sistemas neuro-músculo-esquelético 11 MS	Avaliar sistemas cardiopulmonar, circulatório, digestório, genito-urinário 12 MS

	Recomendar exames complementares 14 MB	Encaminhar paciente a outros profissionais 15 MB		
D ADMINISTRAR CLÍNICA/ESPAÇO TERAPÊUTICO/ESTÉTICO	Agendar consultas/ atendimentos 1 MB	Cadastrar cliente/paciente 2 MB	Estabelecer contrato com cliente/paciente 3 MB	Controlar estoque 4 MB
	Treinar pessoal 5 MB	Administrar finanças 6 MB	Providenciar manutenção da clínica/espço terapêutico/estético 7 MB	Divulgar serviços 8 MB
	Arquivar cadastro de cliente/paciente 9 MB			
F TRABALHAR COM SEGURANÇA	Higienizar local de trabalho 1 MB	Usar epi 2 MB	Estilizar instrumental 3 MB	Trabalhar com postura ergonômica 4 MB
	Armazenar produtos 5 MB	Descartar material e/ ou produtos com validade vencida 6 MB	Efetuar assepsia do local 8 MB	Efetuar antissepsia no paciente/cliente 10 MB
V COMUNICAR-SE	Ouvir paciente/cliente 1 MB	Explicar técnicas e procedimentos 2 MB	Informar paciente/cliente sobre sua condição 3 MB	Orientar sobre postura estática e dinâmica 4 MB
	Orientar paciente/cliente sobre medidas preventivas 5 MB	Recomendar exercícios 6 MB	Indicar fitoterápicos 9 MB	Ministrar aulas, cursos e palestras 11 MB
	Registrar informações técnicas 12 MB	Produzir relatórios 13 MB		
Z DEMONSTRAR COMPETÊNCIAS PESSOAIS	Demonstrar coordenação motora fina 1 MB	Demonstrar percepção sensorial 2 MB	Demonstrar percepção intuitiva 3 MB	Trabalhar em equipe multi e interdisciplinar 4 MB
	Demonstrar capacidade de trabalhar sob pressão 5 MB	Demonstrar auto conhecimento 6 MB	Demonstrar empatia 7 MB	Demonstrar capacidade de escuta 8 MB
	Demonstrar habilidade manual 9 MB	Demonstrar visão holística 10 MB	Demonstrar condicionamento físico 11 MB	Demonstrar senso estético 12 MB

Demonstrar
capacidade de
persuasão

13 MS

Demonstrar liderança

14 MS

Demonstrar
criatividade

15 MS

Demonstrar discrição

16 MS

Legenda das ocupações da família

MS - MASSOTERAPEUTA

**ANEXO F – Projeto de Lei nº 4.088/15, que regulamenta a profissão de massoterapeuta
– Câmara dos Deputados**

PROJETO DE LEI Nº

, DE 2015

(Do Sr. Marcelo Álvaro Antônio)

Regulamenta a profissão de massoterapeuta e dá outras providências.

O **Congresso Nacional** decreta:

Art. 1º Esta Lei regulamenta a profissão de massoterapeuta, estabelece os requisitos para o exercício profissional, e determina o registro em órgão competente.

Art. 2º É livre o exercício da atividade profissional de massoterapeuta, desde que atendidas as qualificações e exigências estabelecidas nesta lei.

Art. 3º O exercício da profissão de massoterapeuta, no território nacional é assegurado aos portadores de:

- I – Diploma de curso técnico em massoterapia, expedido por instituição regular de ensino;
- II – Diploma de curso superior em graduação e ou pós-graduação, expedido por instituição regular de ensino;
- III – Aos profissionais e práticos que tenham exercido, comprovadamente, há mais de 5(cinco) anos, a profissão de massoterapeuta, a contar da data de vigência dessa lei.

Art. 4º São atribuições dos massoterapeutas:

- I - Aplicar procedimentos terapêuticos manipulativos, energéticos e vibracionais para tratamentos de moléstias psico-neuro-funcionais, musculoesqueléticas e energéticas;

II - Tratar patologias e deformidades podais através ou não do uso de instrumental pérfuro-cortante, medicamentos de uso tópico e órteses;

III - Avaliar disfunções fisiológicas, sistêmicas, energéticas e vibracionais através de métodos das medicinas oriental e convencional;

IV – Indicar a seus pacientes/clientes a prática de exercícios, o uso de essências florais e fitoterápicos com o objetivo de reconduzir ao equilíbrio energético, fisiológico e psico-orgânico.

Art. 5º Para provimento e exercício de cargos, funções ou empregos de massoterapeuta é obrigatória a apresentação da comprovação de escolaridade exigida no art. 3º.

Art. 6º O exercício da profissão de massoterapeuta requer o registro prévio junto a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, e junto ao Ente Sindical atuante na base territorial.

Art. 7º As competências, bem como o código de ética da profissão de massoterapeuta serão definidas por meio de atos da entidade do Ente Sindical Nacional da categoria.

Art. 8º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Comissões, em de 2015.

Deputado **MARCELO ÁLVARO ANTÔNIO**

JUSTIFICAÇÃO

O direito a regulamentação da profissão está intimamente vinculado ao anseio por maior valorização desta.

Não se deve entender a regulamentação como uma forma de limitar o exercício profissional, mas sim se deve aferir que a regulamentação estabelece regras extremamente necessárias e que valorizam o profissional habilitado, eliminando o exercício irregular e separando os profissionais habilitados, dos que exercem a profissão sem a devida formação.

A regulamentação da profissão de massoterapeuta é um debate extremamente relevante para o país. A profissão de massoterapeuta, inicialmente denominada como massagista é uma das profissões mais antigas em nosso país. Isso pelo fato de que a massoterapia está intimamente vinculada ao bem-estar, à qualidade

de vida, e a recuperação de enfermos e de doentes, que necessitam deste profissional altamente capacitado.

É necessário o debate, e amadurecimento deste junto a esta Casa Legislativa.

São inegáveis a importância e a inserção social desses profissionais que tratam amenizando dores e auxiliando os profissionais da medicina e da fisioterapia.

A Constituição apregoa em seu art. 5º, XIII:

*“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: (...)
XIII - e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
(...)”*

Denota-se que a atividade de massoterapia possui relevância em sua atividade, pois está intimamente ligada a questão de saúde pública, área sensível e de extremo interesse público, razão pela qual é extremamente relevante salvaguardar o interesse público, vez que o exercício irregular, sem a devida qualificação certamente trata prejuízo para toda a sociedade.

A regulamentação é um anseio desta categoria, sendo uma reivindicação destes, sendo que a regulamentação salvaguardará o exercício de forma efetiva

Outro aspecto extremamente relevante é que se busca incentivar uma boa formação do profissional, retirando, assim, do mercado meros aventureiros que não tem compromisso real com a profissão. Contudo, buscou-se estabelecer uma regra de transição, para que os atuais práticos pudessem estar acobertados pela regulamentação da profissão, estabelecendo a possibilidade de na hora da regulamentação os profissionais que já exerçam as atividades possam praticá-las de forma regular.

Essa inclusão permitirá que agentes com a prática da profissão fiquem acobertados, criando, assim uma regra de transição.

Ante o exposto, e em face da relevância do tema requeremos o apoio dos nobres pares para aprovar a presente proposição.

Sala das Comissões, em de 2015.

Deputado **MARCELO ÁLVARO ANTÔNIO**

**ANEXO G – Andamento do Projeto de Lei 4.088/15, que regulamenta a profissão de
massoterapeuta – Câmara dos Deputados**

Data	Andamento
16/12/2015	PLENÁRIO (PLEN) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Apresentação do Projeto de Lei n. 4088/2015, pelo Deputado Marcelo Álvaro Antônio (PMB-MG), que: "Regulamenta a profissão de massoterapeuta e dá outras providências". Inteiro teor
04/01/2016	Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Às Comissões de Seguridade Social e Família; Trabalho, de Administração e Serviço Público e Constituição e Justiça e de Cidadania (Art. 54 RICD) - Art. 24, IIProposição Sujeita à Apreciação Conclusiva pelas Comissões - Art. 24 II. Regime de Tramitação: Ordinária Inteiro teor
02/02/2016	COORDENAÇÃO DE COMISSÕES PERMANENTES (CCP) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Encaminhada à publicação. Publicação Inicial em avulso e no DCD de 03/02/16 PÁG 591 COL 01. Inteiro teor
05/02/2016	Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Recebimento pela CSSF.
19/10/2016	Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Designado Relator, Dep. Pompeo de Mattos (PDT-RS)
20/10/2016	Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Prazo para Emendas ao Projeto (5 sessões a partir de 21/10/2016)
08/11/2016	Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Encerrado o prazo para emendas ao projeto. Não foram apresentadas emendas.
30/05/2018	Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) <ul style="list-style-type: none"> ▪ Devolvida pelo Relator sem Manifestação.

Fonte: Câmara dos Deputados, 2018.

**ANEXO H – Projeto de Lei do Senado Nº 13 de 2016 que dispõe sobre a regulamentação
do exercício da profissão de Massoterapeuta**

SENADO FEDERAL

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 13, DE 2016

Dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de
Massoterapeuta e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O exercício da profissão de Massoterapeuta, também denominada terapeuta massagista, é regulado pelas disposições da presente Lei.

Art. 2º Massoterapeuta é o profissional que exerce a massoterapia, que é o conjunto de toques e manobras exercidas com as mãos e outras partes do corpo ou com aparelhos específicos, sobre uma ou mais parte do corpo do paciente, com fundamentos na antiga arte médica denominada Massagem, com conceitos e campo propedêutico próprio.

Art. 3º São atividades inerentes à profissão de Massoterapeuta as técnicas, métodos, procedimentos, práticas e sistemas terapêuticos manipulativos, com gestos mecânicos e recursos naturais, assim como científicos, propedêuticos e integrativos, que utilizam conhecimentos naturais em saúde, com consistência epistemológica, objetivando a orientação, promoção, manutenção, reeducação e recuperação da saúde.

Art. 4º O Massoterapeuta atua na orientação, na promoção, na prevenção e no tratamento assistido da saúde, bem como no tratamento das disfunções miofasciais e osteoarticulares que interferem no sistema neurológico miofascial, esquelético e bioenergético, visando a correção do corpo e sua integridade, evitando e retirando o complexo de disfunção.

Art. 5º Entende-se por massoterapia ou terapia por massagem todas as práticas oriundas da massagem, aplicáveis na área de saúde, que apresentam as seguintes subáreas:

I – massoprevencionista (que trabalha com socorro de urgência);

II – terapeuta corporal (terapeuta massagista que trabalha com relaxamento e técnicas corporais e técnicas integrativas).

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se conceitos das atividades de massoterapia:

I – manipulação de tecidos moles é o procedimento terapêutico específico da massoterapia, que se utiliza de princípios, métodos e procedimentos para influenciar nas funções miofasciais articulares, bioenergéticas e neurofisiológicas, com ênfase na prática de prevenir, intervir e manter a saúde, através da orientação, atenção e conhecimento científico;

II – Complexo de Disfunção é o estado que afeta todo o organismo, cuja superação serve de objetivo ao trabalho do massoterapeuta, com modelo teórico para efetivar os procedimentos de investigação e intervenção na prevenção, promoção, atendimento primário e manutenção da saúde, o qual apresenta a interação de alterações semipatológicas e semi-saudáveis em tecidos moles do corpo, incluindo musculares, fasciais, ligamentos, tendões e demais tecidos.

Art. 7º O exercício da profissão de Massoterapeuta é assegurado:

I – ao portador de diploma de nível técnico em massoterapia conferido por instituição de ensino, reconhecida oficialmente;

II – ao portador de diploma de massoterapia, conferido por instituição de ensino estrangeira, devidamente reconhecido e revalidado no Brasil, como diploma de licenciatura, bacharelado ou nível tecnológico, na forma da legislação em vigor;

III – ao profissional que possui formação básica, mas que esteja contemplado pelas disposições da Lei nº 3.968, de 05 de outubro de 1961.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, são livres as mudanças de nível de formação dentro da profissão, para tecnólogo ou licenciatura.

Art. 8º O exercício da profissão de Massoterapeuta, enquanto não houver regulamentação do órgão ou conselho competente para o registro profissional, requer registro prévio na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, o qual terá validade em todo o território nacional.

Art. 9º Até a regulamentação do órgão ou conselho específico para a fiscalização do exercício da profissão de Massoterapeuta será considerada a fiscalização realizada pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Art. 10. Compete ao Massoterapeuta:

I – avaliar, planejar, orientar e executar o tratamento da terapia por massagem;

II – aplicar procedimentos específicos da terapia por massagem, promovendo a saúde e o resgate do equilíbrio geral, dentro dos limites músculo-esqueléticos;

III – realizar a avaliação, procedimentos e protocolos de massoterapia próprios de seu escopo de prática;

IV – coordenar as atividades de massoterapia desempenhadas nas instituições, empresas e organizações afins;

V – realizar consultoria, auditoria e emitir parecer técnico sobre a área de massoterapia;

VI – participar do planejamento, da execução e da avaliação dos programas de saúde pública;

VII – compor equipes multi e interdisciplinares de saúde, atuando em associação ou colaboração com os mesmos;

VIII – encaminhar o paciente para os demais profissionais da saúde, atuando em associação ou colaboração com os mesmos;

IX – planejar, dirigir e efetuar pesquisas científicas promovidas por entidades públicas ou privadas;

X – coordenar e dirigir cursos técnicos, tecnológicos e de graduação em massoterapia e demais cursos de educação em saúde, em instituições públicas e privadas;

XI – exercer a docência nas disciplinas de formação específica da área de massoterapia e

outras disciplinas com interface.

Art. 11. Aplicam-se aos Massoterapeutas as normas da legislação do trabalho vigentes, exceto naquilo que for regulado de forma diferente nesta Lei.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

A massoterapia compreende o processo saúde-adoecimento de forma prática e sistêmica, no qual o estado disfuncional é o desencadeador. Para curar ou reduzir as sequelas dos pacientes, esta prática se utiliza de medidas terapêuticas manipulativas, naturais e integrativas, através das relações de orientação e reeducação funcional, visando à promoção, à manutenção e à recuperação da saúde, no contexto individual e multidisciplinar.

A prática da massoterapia está no Brasil desde os princípios das escolas de medicina. Considerada, inicialmente, como arte médica e depois vista como prática complementar, carregou em sua história diversas técnicas e práticas. Atualmente, é utilizada como medida complementar, mas também é utilizada como recurso, em nível acadêmico e epistemológico. Seguindo parâmetros internacionais, a massoterapia possui campo propedêutico com vasta literatura, sendo bem aceita pela população brasileira. Por essas razões, se faz necessário o reconhecimento e regulamentação desta profissão, de forma clara e eficaz.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece e estimula as práticas, nos sistemas de saúde, de forma integrada às técnicas modernas e convencionais, preconizando a sua inclusão no desenvolvimento de políticas relevantes para a promoção da saúde. Este projeto vem complementar as legislações que tratam da massagem no Brasil, desde sua origem até a lei regulamentadora, corroborando sua tradição e importância na saúde do Brasil.

A massagem foi reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro a partir das seguintes normas: Portaria nº 102, de 08 de julho de 1943 (instruções para o exercício, em todo o território nacional, da profissão de massagista); Decreto-Lei nº 8.345, de 10 de dezembro de 1945 (dispõe sobre a habilitação para o exercício profissional); Lei Federal nº 3.968, de 5 de outubro de 1961 (substituída pela lei regulamentadora da profissão). Também se pode apontar como base histórica para a regulamentação desta profissão as seguintes normas de hierarquia inferior: Decreto nº 14.508, de 1º de dezembro de 1920 (criação de massagistas na Polícia); Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932 (fiscalização aos massagistas); e Decreto-Lei nº 4.113, de 14 de fevereiro de 1942 (regula a propaganda de massagistas e outros profissionais).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) criou o programa internacional de atendimento primário em saúde, incorporando diversas terapias, visando otimizar o atendimento indispensável à saúde de mais da metade da humanidade, que até aquele momento não tinha condições de ser atendida. Em 1976, foram contempladas nos programas oficiais – havendo sido ratificadas em 1983 – novas terapêuticas, dentre elas a massoterapia. A terapia por massagem está, portanto, preconizada pela OMS, com suas diretrizes para a saúde preventiva, assistida e integrativa.

No Brasil, a Portaria nº 971, de 3 de maio de 2006, criou a PNPIC – Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares. Além disso, a massoterapia está inserida em diversos projetos de terapias, já atuantes em hospitais e clínicas. A profissão foi regulamentada pela Lei nº 3.968, de 1961, que *dispõe sobre o exercício da profissão de massagista e dá outras providências*. Entretanto, decorridos mais de 50 anos do reconhecimento legal da profissão de massagista, ainda não foram criados os conselhos de fiscalização profissional.

A atividade já conta com cerca de 700 mil profissionais no Brasil, qualificados e técnicos, detentores de diplomas e certificados nesta área, atendendo em clínicas, centros esportivos, empresas e consultórios. A massoterapia, em nível mundial e nacional, não pode ser vista como arte ou lazer, pois carrega em si formação tecnológica, com habilitação técnica, extensão, aperfeiçoamento e especializações. Além disso, possui campo epistemológico próprio e prática voltada para a prevenção, orientação e tratamento na saúde.

É notória a necessidade de práticas de massoterapia para saúde e também para esportes de alto rendimento, não existindo no país modalidade profissional que substitua as ações e práticas do massoterapeuta. O trabalho desses profissionais é, inclusive, demandado pelo próprio COB (Comitê Olímpico Brasileiro). Com a proximidade da Olimpíada no Brasil é fácil notar a relevância que a atuação desses profissionais irá adquirir.

É importante a aprovação do presente projeto, visto que nos últimos anos muitas pessoas não habilitadas, não pertencentes à área de massoterapia, começaram a exercer a profissão em estabelecimentos comerciais ou, ainda, por conta própria, sem a devida capacidade técnica. Tal situação pode colocar em risco a saúde das pessoas, comprometendo assim a sociedade e a boa prática da massoterapia.

Em face da importância da matéria, observa-se a necessidade da criação da lei que regulamente a profissão de massoterapeuta, sendo uma importante medida a ser implementada pelo Congresso Nacional. Assim procedendo, respeitaremos as diretrizes dos tratados internacionais, que possuem como estratégia a preservação das terapias naturais, no âmbito da OMS. A regulamentação fixará um marco inicial de controle, identificação e melhoria na formação destes profissionais, ato que contribuirá sensivelmente para a melhoria do sistema público de saúde e para o bem-estar da nossa população.

Por todas essas razões, esperamos contar com o apoio de nossos Pares para a aprovação desta iniciativa. Ela certamente beneficiará um elevado número de profissionais e poderá melhorar o padrão de atendimento em terapias alternativas.

Sala das Sessões,

Senador **RANDOLFE RODRIGUES**

LEGISLAÇÃO CITADA

[Decreto-Lei nº 4.113, de 14 de Fevereiro de 1942 - 4113/42](#)
[Decreto-Lei nº 8.345, de 10 de Dezembro de 1945 - 8345/45](#)
[Decreto nº 14.508, de 1º de Dezembro de 1920 - 14508/20](#) [Decreto nº 20.931, de 11 de Janeiro de 1932 - 20931/32](#) [Lei nº 3.968, de 5 de Outubro de 1961 - 3968/61](#)

(À Comissão de Assuntos Sociais, em decisão terminativa)

ANEXO I – Emenda ao Projeto de Lei do Senado Nº 13 de 2016 que dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de Massoterapeuta

EMENDA Nº , DE 2016 – CAS

(ao PLS Nº 13, de 2016)

Altere-se o inciso III do art. 7º do Projeto de Lei do Senado nº 13, de 2016, que *dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão de Massoterapeuta e dá outras providências*, para acrescentar inciso IV, com as seguintes redações:

- “Art. 7º
-
- III – ao profissional que possui formação básica, mas que esteja contemplado pelas disposições da Lei nº 3.968, de 05 de outubro de 1961;
- IV – aos que, na data da publicação desta Lei, exerçam a profissão há pelo menos três anos.
.....” (NR)

JUSTIFICAÇÃO

A proposta de alteração ao inciso III do art. 7º deve-se apenas à necessidade de substituir o seu ponto final por ponto e vírgula, para permitir o acréscimo do IV.

Já o acréscimo do IV atende a adoção de procedimento padrão em projetos desta natureza, que é a de ressalvar aos profissionais que já exercem, há certo tempo, a ocupação transformada em profissão, a continuidade do ofício nas mesmas condições daqueles que vierem a exercê-lo sob a égide da Lei em que vier a ser transformado o PLS nº 13 de 2016.

Tal acréscimo visa proteger os trabalhadores que hoje já exercitam a ocupação de massoterapeuta, além de dar efetividade à pétrea garantia de *livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão*, assegurada pelo inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal.

Sala da Comissão, de junho de 2016

Senador EDUARDO LOPES

ANEXO J – Andamento do Projeto de Lei do Senado N° 13 de 2016, que dispõe sobre a
regulamentação do exercício da profissão de Massoterapeuta

Tramitação

Exibir apenas tramitações com situação informada ou textos publicados

Datas em ordem

Recarregar

PLENÁRIO COMISSÕES OUTROS

- 08/02/2018** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: AGUARDANDO PROVIDÊNCIAS
Ação: Em Reunião Extraordinária realizada em 07.02.2018, a Comissão de Assuntos Sociais aprovou o Requerimento n° 143, de 2017–CAS, que solicita consulta à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania "acerca dos limites constitucionais, legais e do processo legislativo na apreciação de proposições de iniciativa legislativa que tenham como objeto a regulamentação de profissões ou de atividades ocupacionais", pendendo a deliberação dessas proposições na Comissão de Assuntos Sociais até a manifestação da CCJ. A tramitação da presente matéria fica suspensa na Comissão de Assuntos Sociais aguardando as conclusões da consulta formulada. Juntei cópia, ao Projeto, do Requerimento n° 143, de 2017–CAS.
- 06/12/2017** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR
Ação: Devolvido nesta data pela Senadora Vanessa Grazziotin, para redistribuição. Matéria aguardando designação de Relatoria.
- 29/11/2017** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA
Ação: A Presidente da Comissão, Senadora Marta Suplicy, designa a Senadora Vanessa Grazziotin Relatora da matéria. O processado da matéria permanecerá na Secretaria da Comissão, conforme o art. 6° da Instrução Normativa da Secretaria–Geral da Mesa n° 4, de 2015.
- 23/11/2017** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR
Ação: Devolvido nesta data pelo Senador Paulo Paim, para redistribuição. Matéria aguardando designação de Relatoria.
- 13/07/2017** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA
Ação: Juntei ao processado, em atendimento ao artigo 261 do RISF, o Manifesto do Instituto Federal do Paraná – IFPR, em que se coloca à disposição do Senado Federal para contribuir na tramitação do Projeto. (fls. 56 a 58) O processado retorna ao Gabinete do Relator, Senador Paulo Paim, em atendimento à solicitação constante do Ofício n° 0065/2015–GSPP (art. 6°, p. único, da Instrução Normativa da Secretaria–Geral da Mesa n° 4, de 2015)

13/07/2017 CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Ação: Devolvido pelo Relator, Senador Paulo Paim, para juntada das Notas Taquigráficas da Audiência Pública realizada em 16.05.2017 para instrução do Projeto (12ª Reunião da Comissão de Assuntos Sociais). (fls. 24 a 55)

16/05/2017 CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA
Ação: Realizada a Audiência Pública, a matéria retorna ao reexame pelo Relator, Senador Paulo Paim.
Encaminhado ao Gabinete do Relator em atendimento à solicitação constante do Ofício nº 0065/2015–GSPP (art. 6º, p. único, da Instrução Normativa da Secretaria–Geral da Mesa nº 4, de 2015)

16/05/2017 CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: AUDIÊNCIA PÚBLICA
Ação: Em Reunião Extraordinária realizada nesta data, a Comissão de Assuntos Sociais realiza Audiência Pública para instruir o PLS 13/2016, em atendimento ao Requerimento nº 23, de 2016–CAS, de iniciativa da Senadora Regina Sousa, com a presença dos seguintes oradores: MARCELO FARIA SILVA, Presidente da Associação Brasileira de Fisioterapia Traumatológica – Abrafito; SILANO SOUTO MENDES BARROS, Presidente do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 1ª Região e Integrante da Comissão de Assuntos Parlamentares do Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Coffito ; LUIZ CARLOS SOBANIA, Membro da Comissão de Controle de Material Ortopédico da Sociedade Brasileira de Ortopedia e Traumatologia – SBOT; MILTON ALVES DOS SANTOS, Presidente do Conselho Brasileiro de Auto Regulamentação da Massoterapia – Conbramasso; RUI DOS SANTOS RAGGIO, Massoterapeuta do Comitê Olímpico do Brasil – COB; ROGÉRIO PIRES DA SILVA, Vice–Presidente da Federação dos Massoterapeutas do Brasil; e ROSA LANTMANN CORDELLI, Massoterapeuta e Professora do Instituto Federal do Paraná – IFPR.
Usam da palavra a Senadora Regina Sousa e a Senadora Marta Suplicy, Presidente da Comissão de Assuntos Sociais.
Juntei Pauta, Lista de Presença e Resultado da Reunião. (fls. 16 a 23)

05/07/2016 CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: AUDIÊNCIA PÚBLICA
Ação: Recebida, nesta data, 1 (uma) Emenda de autoria do Senador Eduardo Lopes. (fl. 15)
Encaminhada cópia da Emenda ao Relator, Senador Paulo Paim, para análise. A tramitação da matéria continua suspensa na Comissão, nos termos do artigo 118, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal, aguardando a realização de Audiência Pública em data oportuna.

[EMENDA 1 – PLS 13/2016](#)

[Avulso de emendas](#)

- 29/06/2016** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: AUDIÊNCIA PÚBLICA
Ação: Em Reunião Extraordinária realizada nesta data, a Comissão de Assuntos Sociais aprova, EXTRAPAUTA, o Requerimento nº 23, de 2016–CAS, de iniciativa da Senadora Regina Sousa, solicitando Audiência Pública para instruir o Projeto de Lei do Senado nº 13, de 2016, nos termos do artigo 93, inciso I, do Regimento Interno do Senado Federal. (fl. 13)
A tramitação do referido Projeto fica suspensa na Comissão, nos termos do artigo 118, § 4º, do Regimento Interno do Senado Federal, aguardando a realização de Audiência Pública em data oportuna.
[Requerimento.](#)
- 28/06/2016** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: INCLUÍDA NA PAUTA DA REUNIÃO
Ação: Recebido, nesta data, o Ofício nº 892/2016, da Presidência do Senado Federal, referente à leitura de Requerimento de audiência de outra Comissão. (fls. 11 e 12)
Matéria constante da Pauta da 21ª Reunião da Comissão de Assuntos Sociais, agendada para o dia 29/06/2016.
- 24/06/2016** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: INCLUÍDA NA PAUTA DA REUNIÃO
Ação: Matéria constante da Pauta da 21ª Reunião da Comissão de Assuntos Sociais, agendada para o dia 29/06/2016.
- 22/06/2016** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: PRONTA PARA A PAUTA NA COMISSÃO
Ação: Em Reunião Extraordinária realizada nesta data, a apreciação da matéria é adiada.
- 17/06/2016** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: INCLUÍDA NA PAUTA DA REUNIÃO
Ação: Matéria constante da Pauta da 19ª Reunião da Comissão de Assuntos Sociais, agendada para o dia 22/06/2016.
- 29/03/2016** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: PRONTA PARA A PAUTA NA COMISSÃO
Ação: Recebido o Relatório do Senador Paulo Paim, com voto pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 13, de 2016. (fls. 8 a 10)
Matéria pronta para a Pauta na Comissão.
[Relatório Legislativo](#)
- 03/03/2016** CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação: MATÉRIA COM A RELATORIA
Ação: O Presidente da Comissão, Senador Edison Lobão, designa o Senador Paulo Paim Relator da matéria.
Encaminhado ao Gabinete do Relator em atendimento à solicitação constante do Ofício nº 0065/2015–GSPP (art. 6º, p. único, da Instrução Normativa da Secretaria–Geral da Mesa nº 4, de 2015)

16/02/2016	CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação:	AGUARDANDO DESIGNAÇÃO DO RELATOR
Ação:	Não foram oferecidas emendas no prazo regimental. Matéria aguardando designação de Relatoria.
04/02/2016	CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação:	AGUARDANDO RECEBIMENTO DE EMENDAS
Ação:	Prazo para apresentação de emendas: Primeiro dia: 04/02/2016. Último dia: 15/02/2016.
04/02/2016	CAS – Comissão de Assuntos Sociais
Situação:	AGUARDANDO RECEBIMENTO DE EMENDAS
Ação:	Recebido nesta data, na Secretaria da Comissão de Assuntos Sociais. Matéria aguardando abertura de prazo para apresentação de emendas (art. 122, II - RISF).
04/02/2016	SF-SEPRTL – Serviço de Protocolo Legislativo
Ação:	Este processo contém 7 (sete) folhas numeradas e rubricadas.
Recebido em:	CAS – Comissão de Assuntos Sociais em 04/02/2016 às 13h10
03/02/2016	PLEN – Plenário do Senado Federal
Situação:	AGUARDANDO RECEBIMENTO DE EMENDAS
Ação:	Encaminhado à publicação. À Comissão de Assuntos Sociais, em decisão terminativa, onde poderá receber emendas pelo prazo de cinco dias úteis, após publicado e distribuído em avulsos.  Publicado no DSF Páginas 467–471  Avulso inicial da matéria
Recebido em:	SF-SEPRTL – Serviço de Protocolo Legislativo em 03/02/2016 às 10h56

Fonte:

Senado Federal, 2018.

Capítulo 4 - DOI:10.55232/1082024.4

ESCASSEZ DE ÁGUA NO BRASIL COMO CONSEQUÊNCIA DO AGRONEGÓCIO

Rildo Mourao Ferreira e Sânia Marizete Alves Ribeiro

RESUMO: Este estudo tem como objetivo analisar a responsabilidade e participação que o agronegócio tem com a crise híbrida. Além do mais, há diversas discussões a respeito do tema, já que o Brasil é o segundo maior produtor de grãos do mundo, fazendo com que haja vista grossa sobre as consequências que a falta de atenção sobre os recursos hídricos causam. Será analisado a aplicabilidade do ordenamento jurídico em relação as consequências causadas pelo agronegócio, a importância da legislação ambiental, bem como as consequências trazidas pela falta de responsabilidade com os recursos naturais. O método de enfoque utilizado no presente estudo é o dedutivo, no qual, utiliza-se de teorias, leis, e estudo em geral, para entender-se da presente pesquisa com base no procedimento monográfico, explorando-se a legislação, doutrina e artigos, fazendo um estudo aprofundado sobre a escassez de água como consequência do agronegócio. Desta forma, o uso consciente dos recursos hídricos buscando o crescimento econômico compatibilizado com a proteção são os meios mais eficazes para o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Palavras-chave: Escassez de água. Recursos hídricos. Agronegócio. Direito ambiental.

INTRODUÇÃO

A água é um dos principais recursos naturais na vida dos seres vivos, e como está envolvida em todos os setores do agronegócio, vem sendo analisada e discutida sobre sua responsabilidade em relação a escassez de água em algumas regiões, não somente no Brasil, mas é onde será o foco do projeto.

A crise hídrica mundial, está associada às grandes exigências do setor agrícola para sua produção, pois se trata de um dos principais recursos diretamente ou indiretamente usados para fins econômicos e sociais no agronegócio.

Apesar do desenvolvimento de tecnologias com o intuito de reduzir os impactos ambientais, e promessas de técnicas sustentáveis para garantir as exigências da água potável para a população mundial futura e atual, porém, na realidade há uma carência enorme de economia de água nesse setor.

Devido à expansão agrícola houve uma intensificação nos desmatamentos o que prejudica não só o bioma, mas os seus recursos hídricos, os solos, perda de espécies entre outros. Uma destruição que vem ocorrendo de forma acelerada, na qual faz com que o cerrado perca a sua diversidade existente (KLINK; MACHADO, 2005).

Assim, o presente artigo discorre sobre a escassez de água proveniente do agronegócio, abordando a efetividade das normas ambientais e a consequências que podem ocorrer para as gerações futuras.

Neste sentido indaga-se: qual a relação que o agronegócio tem com a falta de água em diversas regiões do país? O Brasil sendo um dos maiores exportadores de grãos do mundo deve ter uma atenção maior em relação ao consumo de água desnecessária nesse setor? Quais as consequências jurídicas em relação a esse desperdício?

Os instrumentos utilizados no desenvolver-se deste trabalho são trajados pelas pesquisas bibliográficas, documental e legislativa, ainda artigos de internet, com uma abordagem qualitativa.

METODOLOGIA

A presente pesquisa caracteriza-se como sendo pesquisa aplicada, do tipo descritiva e analítica, com análise da responsabilidade e participação que o agronegócio

tem com a crise híbrida. Além do mais, há diversas discussões a respeito do tema, já que o Brasil é o segundo maior produtor de grãos do mundo, fazendo com que haja vista grossa sobre as consequências que a falta de atenção sobre os recursos hídricos causam. Será analisado a aplicabilidade do ordenamento jurídico em relação as consequências causadas pelo agronegócio, a importância da legislação ambiental, bem como as consequências trazidas pela falta de responsabilidade com os recursos naturais. O método de enfoque utilizado no presente estudo é o dedutivo, no qual, utiliza-se de teorias, leis, e estudo em geral, para entender-se da presente pesquisa com base no procedimento monográfico, explorando-se a legislação, doutrina e artigos, fazendo um estudo aprofundado sobre a escassez de água como consequência do agronegócio. Desta forma, o uso consciente dos recursos hídricos buscando o crescimento econômico compatibilizado com a proteção são os meios mais eficazes para o desenvolvimento sustentável.

CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ESCASSEZ DA ÁGUA

Conforme explica a autora Monize Gonçalves (2016) a água é um dos recursos essenciais para a vida humana, podendo ser utilizada para muitas coisas, sendo no dia-a-dia simples às mais complexas das necessidades. Através de estudos, mostra-se que pequena parte da água no mundo pode ser utilizada para consumo que podem ser aproveitados para, irrigação, preservação da fauna e flora, geração de energia e transporte.

“Do total da água da terra, 97% é salgada que correspondem os oceanos. Os 3% são de água doce, assim distribuído em 0,6% em águas subterrâneas; 2,3% congeladas, nos polos; 0,09% distribuídos em lagos e rios.” (VASCONCELOS, 2015).

Conforme o dicionário Houaiss da Língua Portuguesa:

Substância (H₂O) líquida e incolor, insípida e inodora, essencial para a vida da maior parte dos organismos vivos e excelente solvente para muitas outras substâncias; óxido de hidrogênio **2** HIDROL a parte líquida que cobre aproximadamente 70% da superfície terrestre, sob a forma de mares, lagos e rios **3** líquido que corre das árvores quando feridas ou queimadas **4** suco de certos frutos **5** qualquer secreção orgânica aquosa como suor, saliva, lágrimas, urina, etc. [...] (VILLAR, 2009, p. 72-73).

A água é essencial para a vida terrestre, e o mais importante elemento para a vida humana. Compõe boa parte do nosso peso corporal e regula a nossa temperatura interna, além das funções orgânicas como o suor, urina etc.

O autor Granciera também faz menção sobre o conceito e definição da água:

Substância líquida, inodora e insípida, encontrada em grande abundância na natureza, em estado líquido nos mares, rios, lagos; em estado sólido, constituindo o gelo e a neve; em estado de vapor visível, na atmosfera, formando a neblina e as nuvens e em estado de vapor invisível sempre no ar. Juridicamente, a água é um bem ambiental patrimônio comum da humanidade, ou seja, trata-se de um bem de interesse difuso, do qual todos – Estado, sociedade e cidadão considerado individualmente – devem protegê-lo (GRANZIERA, 2006, p. 25).

A água é encontrada e armazenada de diversas formas e estados diferentes, apesar de não nos darmos conta disso, pois, uma parte considerável dessas águas encontram-se em permanente circulação, sob a ação do calor do sol e dos ventos, em geleiras, neve, nuvens e neblinas.

Segundo RODRIGUES *apud* SIRVINSKAS (2015, p.399):

97,5% da água existente é salgada e apenas 2,5% água doce. Deste percentual, 68,9% estão localizados nas calotas polares e nas geleiras, no subsolo temos armazenado cerca de 29,9%, nos rios e lagos 0,3% e 0,9% restantes em outras formas de reservatórios. Desde que houve o resfriamento da terra a quantidade de água permanece a mesma, ou seja, 1,4 milhão de quilômetros cúbicos divididos em água salgada e água doce. Somente 90 milhões de quilômetros cúbicos desse total encontram-se apropriados para o consumo, mas nem todo esse estoque está disponível na natureza para o uso, e só podemos utilizar os recursos renováveis pelas chuvas, reduzindo-se para 34 milhões de quilômetros cúbicos anuais, correspondendo a 0,002% das águas do planeta. O aumento do consumo duplicará nos próximos trinta e cinco anos, chegando no limite da disponibilidade da água. Atualmente perto de 70% da água do mundo é utilizada na agricultura, 22% na indústria e 8% nas residências (SIRVINKAS, 2015, p.399).

A escassez da água em algumas regiões do país é considerada como uma realidade, porém, regiões onde se encontra água potável em abundância também vem sofrendo com a crise hídrica decorrente do desperdício e a grande utilização de forma irregular.

“A crise hídrica que aconteceu em 2015 na região Sudeste do Brasil teve início em abril de 2012, conforme mostram imagens de satélites. Desde então, a parte mais populosa do país perdeu 56 trilhões de litros de água por ano”. (GRECO, 2020).

O consumo de água vem aumentando junto com o avanço das tecnologias, a criação de novas empresas e a necessidade água principalmente no setor agrícola.

“No século XX, o consumo de água aumentou em 6 vezes — o dobro do crescimento da população mundial. Ao todo, 26 países enfrentam escassez crônica de água e a previsão é de que em 2025 o problema afete 52 países e 3,5 bilhões de pessoas”. (GRECO, 2020).

De acordo com as estimativas, **31 países** passam por estresse hídrico entre **25% e 70%**. Outros **22 países** estão em situação grave de estresse hídrico, ou seja, **acima dos 70%**. Isso significa que essas nações fazem uso intenso do recurso, com grandes impactos na sustentabilidade. (GRECO, 2020).

Não somente no Brasil, mas outros diversos países sofrem com a crise hídrica e o que menos ouvimos falar são de inovações para preservar esse recurso que é essencial para a sobrevivência terrestre.

Bertoldi, (2001) *apud* Lemos (2009) explica em dados como anda e como será futuramente a escassez de água no mundo:

A água potável, componente básico da biosfera, se encontra em um movimento de diminuição tão acelerado que a previsão para 2050 é de 2.500 bilhões de pessoas sem acesso ao precioso líquido vital. Hoje, este número é de 1 bilhão. Segundo a FAO e o Banco Mundial, em 1990, 20 países – 9 no Oriente Médio e 11 na África – sofriam pela falta de água. Em 1996 já eram 26 e em 2020 serão 41. Apenas 2.5% da água existente em nosso planeta é doce e possivelmente já não contamos mais com este percentual. (BERTOLDI, 2001 *apud* LEMOS, 2009)

É nítido que um dos principais motivos para a escassez de água no Brasil e no mundo é o uso inadequado do solo, a falta de dedicação em projetos de preservação e o grande uso da água para gerar recursos financeiros.

Lemos aduz sobre as causas de escassez no mundo, dentre elas o desperdício:

Várias são as causas que dão azo a escassez, dentre elas, destacamos: o desperdício e a falta de responsabilidade ambiental da maioria da população mundial; o aquecimento global, que faz com que a taxa de evaporação seja maior que a de chuvas; a poluição provocada, principalmente, pelas indústrias que despejam detritos nos rios e lagos; falta de saneamento básico etc. (LEMOS, 2009)

No Brasil, a água é um recurso protegido pelo Direito Ambiental, baseada na Lei 9.433/97, também conhecida como Lei das Águas. Assim de acordo com seu Art. 1º e seus incisos da Lei 9.433/97:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

- I - a água é um bem de domínio público;
- II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
- III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
- IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;
- V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. (BRASIL, 1997).

Apesar da água ser protegida pela legislação brasileira como um bem de domínio público, ainda não conseguem preservar e evitar o desperdício, talvez pela falta de conscientização da população e das políticas empresariais.

A água é essencial para a vida humana, em decorrência da escassez ocorre milhares de morte no mundo, além das doenças causadas pela água não tratada.

Um bilhão e 200 milhões de pessoas (35% da população mundial) não têm acesso a água tratada. Um bilhão e 800 milhões de pessoas (43% da população mundial) não contam com serviços adequados de saneamento básico. Diante desses dados, temos a triste constatação de que dez milhões de pessoas morrem anualmente em decorrência de doenças intestinais transmitidas pela água. (CETESB, 2020).

“Dados da Organização das Nações Unidas (ONU) mostram que 2,2 bilhões de pessoas no mundo não têm acesso à água potável. Nos países em desenvolvimento, esse problema está relacionado a 80% das doenças e mortes”. (GRECO, 2020).

A falta de manejo adequado e uso consciente e sustentável dos recursos hídricos contribuem para a escassez de água no planeta. Dessa forma, garantir o acesso à água potável para toda a população brasileira é um dos principais desafios do poder público.

Nesse mesmo sentido:

A discussão em torno do recurso natural água tem se tornado freqüente, tendo em vista que sua escassez é visível. Países da África, se já não contavam com quantias de água suficientes para suas populações, atualmente vêm-se em situação desastrosa, não possuindo o mínimo para a sobrevivência de seus habitantes. (LE MOS, 2009)

Se levarmos em consideração que o próprio Brasil, que possui a maior reserva de água doce potável do mundo, está sofrendo com a escassez desse recurso que é extremamente necessário e indispensável para a vida humana e animal, faz-se uma base dos países que as condições naturais nunca foram abundantes em relação a água.

Nalini (2003) faz uma citação rígida sobre a água no planeta e as consequências da sua escassez. Vejamos:

Ninguém parou para pensar que a água existente no planeta é a mesma, desde que a Terra existe. Não se produz água. Ela não vem de outros planetas, mas a sua conservação advém de um uso moderado. Só que a humanidade não quer mais saber de moderação. Tudo tem de ser consumido em abundância. A agressão desatinada do ambiente já alterou as condições climáticas globais. O desperdício anormal de água desequilibrou as reservas que pareciam intermináveis. Em virtude disso, o homem está, hoje, prestes a fixar o prazo

para a cessação da vida no planeta. Sem água, a espécie não terá condições de realizar o seu ciclo vital. (NALINI, 2003, p. 44).

Apesar dos recursos hídricos serem renováveis, o consumo desregrado e a inconsequente utilização deste não tem conseguido acompanhar o ritmo necessário para a sua reposição, fazendo com que o consumo seja maior.

Pontua-se O processo da expansão agrícola contribuiu significativamente para a alteração da cobertura vegetal e uso do solo, refletindo na perda dos recursos hídricos.

ESCASSEZ COMO CONSEQUÊNCIA DO AGRONEGÓCIO

Apesar da água ser essencial nas produções desde as civilizações antigas, sejam elas agrícolas ou pecuárias, não podemos negar que o setor que mais consome é também o que mais desperdiça água doce no Brasil.

A relação entre produção agrícola e disponibilidade hídrica ocorre desde as civilizações antigas, nas quais as águas dos rios já eram utilizadas no processo de irrigação. No tocante à realidade atual, essa relação ainda é marcante, contudo, a partir da instalação de determinados sistemas técnicos, cuja finalidade é a produção agrícola, é possível explorar os recursos hídricos de maneira diferente. (SILVA; TROLEIS, 2018)

Para Malu Ribeiro, coordenadora da Rede das Águas da ONG SOS Mata Atlântica, a eficiência passa por criar uma relação mais "sustentável" entre o setor e os recursos hídricos. "Há setores que têm reduzido sua pegada hídrica. É preciso separar a agricultura que incorporou a sustentabilidade – muitas vezes porque depende disso para obter certificados internacionais que a permita exportar – da perversa, de muitas monoculturas (que exaurem os recursos do solo) e dos setores que usam muito veneno", opina.

Quando se analisa o aumento no volume das exportações brasileiras de soja, carne e açúcar e, conseqüentemente, constata-se o aumento do volume de água embutido nessa produção, conclui-se que é necessário pensar sobre os possíveis impactos ambientais que a exportação de produtos primários e semimanufaturados pode estar tendo sobre nossos recursos hídricos. (ALY JUNIOR, 2017).

O aumento das exportações representam o aumento dos lucros, mas a diminuição de um recurso natural, porque o que se observa diante das pesquisas é que os impactos no meio ambiente vem acontecendo de acordo com o crescimento das produções.

Há diversos profissionais na área da agricultura que insistem em afirmar que não

existem culpados para a crise de água no mundo, a não ser da própria população. Porém, podemos observar que vários autores que discordam dessas afirmações e explicam:

As cadeias produtivas da agricultura e das agroindústrias têm cada vez mais impactado os recursos naturais em nosso país. Recentemente a água tem se tornado objeto de atenção por conta de diferentes impactos e disputas (muitas vezes não explícitas) relacionadas com a mercantilização das águas doces, que envolve a manutenção dos ecossistemas, a agricultura de alimentos e de exportação, o setor urbano e industrial e a necessidade de garantir a segurança hídrica da população. (ALY JUNIOR, 2017).

Conforme veremos a explicação de vários autores, o agronegócio é um dos ramos que mais se utiliza de água doce, além disso a agricultura e a pecuária desperdiçam uma quantidade extremamente grande.

No que se refere ao Brasil no tocante à destinação dos recursos hídricos, 62% da água é utilizada na agricultura, o abastecimento doméstico responde por 20%, ficando o percentual de 18% destinado para a indústria. Um estudo do biólogo José Borguetti afirma que 50% da água destinada à agricultura e a pecuária são desperdiçadas. (RORIGUES *apud* SIRVINKAS, 2015, p.399).

De acordo com os especialistas, não basta somente a quantidade de água que é utilizada em prol da agricultura e pecuária, mas a metade disso é simplesmente desperdiçada, sem nenhum cuidado e conscientização com esse recurso.

Nessa mesma linha de pensamento o Autor Leonardo Sarmiento entra mais a fundo em relação a esse desperdício:

O setor que mais consome é também o que mais desperdiça água doce no Brasil. A agropecuária usa 70% da água no país, porém quase metade desse montante é jogada fora. As estimativas são do Fundo das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO, na sigla em inglês). Entre os motivos do desperdício estão irrigações mal-executadas e falta de controle do agricultor na quantidade usada em lavouras e no processamento dos produtos. Os impactos recaem sobre o ecossistema, já que lençóis freáticos e rios sofrem com a falta de chuvas e correm o risco de secar ao longo dos anos. Portanto, já a partir deste início expositivo colocamos em xeque as políticas de conscientização do poder público dirigidas à sociedade e o foco de sua atuação na procura de soluções imediatas e à curto/médio prazo. (SARMENTO, 2014).

Diante disso, o autor continua:

O último levantamento do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (Snis), do Ministério das Cidades, mostrou que a média de consumo diário de água de cada brasileiro é de 150 litros, o que resulta em um consumo médio anual de 10,4 trilhões de litros no país. Desse total, pouco mais de 7 trilhões são destinados à agricultura, que acaba desperdiçando cerca de 3 trilhões de litros de água. (SARMENTO, 2014).

Portanto, é nítido que a escassez de água está relacionada com o agronegócio, já que ele é o setor que mais consome água e conseqüentemente o que mais desperdiça. Isso

é um sinal de que práticas inovadoras de economia de água devem ser adotadas pelos produtores para que evite um problema maior.

ASPECTOS JURÍDICOS

As sociedades contemporâneas, no intuito de preservar e conservar o meio ambiente tem cada vez mais elaborado leis que protejam os recursos naturais da ação antrópica, e a água por sua grande importância para a sobrevivência do ser humano possui legislação específica tanto em nível internacional quanto a nível nacional.

A Lei nº 9.433/1997 é a que rege os recursos hídricos no Brasil, mais a diante foi instituído a Política Nacional dos Recursos Hídricos.

Em 1997, foi criada a Lei nº 9.433, conhecida como Lei das Águas, que estabeleceu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) (BRASIL, 2014). A Lei das Águas, a Política Nacional de Recursos Hídricos tem seis fundamentos: A compreensão de que a água é considerada um bem público (não pode ser privatizada), sendo sua gestão baseada em uso múltiplo (abastecimento, energia, irrigação, indústria) e sustentável, esta gestão deve ser de forma descentralizada, com participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades, é um recurso natural limitado, dotado de valores econômicos, em situação de escassez deve priorizar o consumo humano e para criação de animais e por fim, a bacia hidrográfica é a unidade de atuação do SINGREH e de implementação da Política Nacional de recursos Hídricos (SANTA CATARINA, 2013).

Diante da necessidade de se preservar esse bem foram criadas políticas e sistemas de gerenciamento, além da própria legislação acerca do tema. Mas sem a conscientização da população, principalmente dos setores que mais se utiliza da água, não há preservação.

A agenda 21 é de extrema importância para os recursos hídricos, vejamos um trecho:

[...] Agenda 21 Brasileira não é um plano de governo, mas um compromisso da sociedade em termos de escolha de cenários futuros. Praticar a Agenda 21 pressupõe a tomada de consciência individual dos cidadãos sobre o papel ambiental, econômico, social e político que desempenham em sua comunidade. Exige, portanto, a integração de toda a sociedade na construção desse futuro que desejamos ver realizado. Uma nova parceria, que induza a sociedade a compartilhar responsabilidades e decisões junto com os governos, permite maior sinergia em torno de um projeto nacional de desenvolvimento sustentável, ampliando as chances de implementação bem-sucedida. (LEMOS, 2009)

No ano de 2000, fora criada a Agencia Nacional de Águas (ANA) que se trata de uma entidade federal de implementação da PNRH, que fazem parte do sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

“É o artigo 1º da Lei nº 9.433/1997 que enfatiza que todos têm direito à água, de forma que sua propriedade não pode pertencer a um único indivíduo: é um bem pertencente a toda a humanidade”. (MACHADO, 2002, p. 25).

Pode-se dizer que o direito das águas conceitua-se como o conjunto de princípios e normas jurídicas interligadas ao Direito Ambiental que disciplinam o domínio, uso, aproveitamento, a conservação e preservação das águas, assim como a defesa contra suas danosas conseqüências, tendo como fontes a legislação, a doutrina, a jurisprudência e o costume. (POMPEU, 2006, p. 22).

No Brasil está em vigor desde o dia 8 de janeiro de 1997 a Lei nº 9.433, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Esta lei estabeleceu o Plano Nacional de Recursos Hídricos que objetivou principalmente, orientar a gestão das águas em território nacional, em segundo plano pretendeu melhorar a disponibilidade dos recursos hídricos, reduzir possíveis conflitos em relação a seu uso e repassar a percepção de que é necessário conservar a água, por ela possuir um valor socioambiental.

No art. 2º, incisos I e II, da Lei 9433/1997 que é responsável por enfatizar a respeito do princípio do desenvolvimento sustentável. Vejamos:

São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I – assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II – a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável. (BRASIL, 1997).

“Os sistemas de outorga de direitos de uso de recursos hídricos estão regulamentados na Lei nº 9.433/97 no art. 11 objetivando assegurar o controle do uso de forma quantitativa e qualitativa bem como o pleno direito de acesso à água”. (GRANZIERA, 2006, p. 193-194).

A disponibilidade de água refere-se à necessidade de se ter água de boa qualidade, isenta de poluição, que possa atender as necessidades das gerações presentes e futuras. Os outros dois aspectos, a utilização integrada e racional, evidencia a importância da disponibilidade de água de forma igualitária mesmo que se considere que alguns indivíduos necessitem do uso maior que outros, mas que mesmo sobre essa ótica, há de se ater ao critério da razoabilidade, ou seja, que facilite o acesso a todos. (MACHADO 2002, p. 39).

Em relação as conseqüências jurídicas, pode-se dizer que água possui valor por ser um recurso limitado, diferente do que aprendemos, a água além de limitada está em escassez em diversas partes do mundo:

O que determina que a água seja um bem possuía valor econômico é o fato de ser um recurso limitado. Dessa forma a outorga poderá ser concedida através de pecúnia, mas isso não implica em dizer que, aquele que paga pelo uso da água é seu proprietário podendo fazer uso indiscriminado da água. Muito pelo contrário, a cobrança pela outorga estabelece um limite ao uso objetivando a garantia da conservação, recuperação e distribuição equânime desses recursos e a promoção de ações voltadas a proteção do meio ambiente como um todo. (MACHADO, 2002, p. 32).

O autor Carlos Rodrigues, diz sobre a ação civil pública como forma de prevenção dos recursos hídricos e naturais.

Um dos exemplos é a ação civil pública, que tem se tornado um dos instrumentos de eficácia comprovada quando se trata de preservação do patrimônio natural. Essa ação em que dentre os legitimados estão o Ministério Público, é capaz de inibir ou suspender a ação danosa ao meio ambiente com uma elevada carga de credibilidade por parte da população o que encoraja e fortalece o trabalho daqueles que buscam uma sadia qualidade de vida para a sociedade. (RODRIGUES, 2016).

A ação civil pública, portanto, não pode ser utilizada para a defesa de direitos e interesses propriamente privados, ela tem por objetivo além de outros, reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, já que a preservação do meio ambiente é a preservação da vida humana, animal e vegetal do planeta terra, atingindo assim a todos.

PRINCÍPIOS APLICADOS A ÁGUA

A prática da agricultura extensiva trouxe consigo a necessidade de implantação de sistemas de irrigação, do uso de agrotóxicos e fertilizantes químicos e de mecanização. A soma desses fatores resultou num grave problema: o aumento assustador da poluição, que cresce a cada dia e, como consequência, contamina o solo e as águas dos rios, lagos e aquíferos no mundo inteiro.

O Direito Ambiental estabelece alguns princípios e se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo precisam ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente assumi-los. Busca-se, no caso, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza.

Segundo o autor Mello (2007, p. 932-933), em relação a 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 harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 2007, p. 932-933).

Da dignidade da pessoa humana está diretamente ligado aos recursos naturais essenciais para a sobrevivência dos seres humanos, e um dos recursos essenciais é a água, pois, sem ela não é possível que qualquer indivíduo tenha uma vida digna e saudável. Apesar de muitas vezes não prestarmos atenção na essencialidade da água, ela está presente desde a nossa higiene, alimentação, hidratação do corpo/órgãos, produção de alimentos entre outros.

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [...] O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Esse dever configura-se pela exigência do indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do direito romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido). Ressalte-se, por fim, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.” (MORAES, 1998, p. 60-61).

Seguindo esse mesmo pressuposto, podemos citar o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana:

A Carta Magna de 1988 foi a primeira Constituição nacional a estabelecer, de forma expressa, a proteção do meio ambiente (aí incluída a água), por ser bem essencial à sadia qualidade de vida, intrinsecamente ligado ao valor da dignidade humana. Na verdade, o reconhecimento à esse princípio veio apenas confirmar um valor maior, que dá base a todo Estado Democrático de Direito

moderno: o direito à vida, direito fundamental de todo ser humano. (LEMOS, 2009).

Dentro do princípio da dignidade da pessoa humana, abre-se um leque de princípios que protegem o meio ambiente e seus recursos naturais, principalmente da água que é um dos recursos essenciais para a sobrevivência dos seres vivos, podemos citar de forma mais branda, o Princípio do direito à sadia qualidade de vida; o Princípio do controle do poluidor pelo Poder Público (estabelecido no art. 225 da CF/88); E por fim, mas não último, o Princípio da precaução:

O Direito das Águas prima pela precaução no uso dos recursos hídricos (além da prevenção de eventuais danos, como se verá no ítem 2.4.6). Ou seja, deve-se, quando não há certeza de eventuais danos, precaver-se da ocorrência destes, utilizando todos os métodos possíveis para prevenção de quaisquer efeitos indesejados. Caso haja certeza, deve-se prevenir o dano. Não sendo certo, também devemos agir prevenindo. Esta é a idéia central do Direito Ambiental e do Direitos das Águas na atualidade. Contudo, controlar o risco não é aceitar qualquer risco. O bom senso deve ser utilizado. (MACHADO, 2005, p. 72-73).

Há diversos princípios que gerem sobre as água e sua preservação, porém, como não é o intuito esgotar todo o material a respeito, fora citado os mais importantes deixando claro que a água está juridicamente protegida e é um direito de todos.

CONCLUSÃO

Diante da presente pesquisa, o que se constata é que com o aumento das produções houve uma elevação considerável do desperdício de água, que chega a provocar um prejuízo enorme para a população de determinadas regiões. Com isso, podemos observar que não há uma fiscalização rígida e eficaz para essas produções.

Os problemas ambientais têm sido discutidos nos últimos anos com maior frequência, já que as consequências da escassez hídrica são sentidas cada vez mais em nosso dia-a-dia. A água potável, sendo um líquido essencial à vida, a cada momento diminui de maneira absurda, levando várias nações a estado de emergência e calamidade devido a sua falta.

É necessário adotar mecanismos para o uso da água no campo, de forma eficiente e inteligente para não prejudicar a produção já que é necessário tanto para a economia quanto para a sobrevivência humana. Devem ser criadas então, métodos que possam indicar o desperdício e como evita-lo. Para isso, o Estado deve interferir mais, além de incentivar tecnologias hábeis para a mudança da situação em questão.

A política e a gestão dos recursos hídricos são estratégicas para o desenvolvimento do País. A preservação desses recursos, além de essencial para a qualidade de vida humana e de imensurável valor ecológico garante a manutenção de importantes atividades econômicas.

O Brasil, sendo o país com a maior reserva de água doce potável do mundo, conseqüentemente deve ser o principal alvo das grandes potências quando a água começar a acabar em seus territórios. Portanto, deve o país ser o mais interessado em aplicar medidas para evitar o desperdício de água, agindo de forma a concretizar os ideais da sustentabilidade no país e difundir essa cultura perante o mundo inteiro.

Conclui-se que o desenvolvimento sustentável é um mecanismo que deve ser implementado, mas para isso são necessárias mudanças efetivas, começando por uma legislação mais rígida e eficaz para aqueles que desperdiçam água. Principalmente nos casos da agricultura, onde se faz vista grossa por conta da economia do país.

REFERÊNCIAS

ALY JUNIOR, Osvaldo. **Água e agronegócio: uma relação a ser mais bem examinada**. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/agua-e-agronegocio-uma-relacao-a-ser-mais-bem-examinada/>> acesso em: 12 de mai. de 2020.

BERTOLDI, Marcia Rodrigues. **Hidroguerras: o líquido cobiçado deixa de ser o petróleo**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1701>>. Acesso em: 06 de set. de 2020.

BEZERRA, Maria do Carmo de Lima e MUNHOZ, Tania Maria Tonelli (coord. geral). **Gestão dos Recursos Naturais: subsídios à elaboração da Agenda 21 brasileira**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; Consórcio TC/BR/FUNATURA, 2000.

BRAGA, Edson Tavares. **Poluidor-pagador, uma necessidade ambiental**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2494>>. Acesso em: 30 de set. de 2020.

CAMPOS, C. M. S.; BATAIERO, M. O. **Necessidades de saúde: uma análise da produção científica brasileira de 1990 a 2004**. *Interface*, São Paulo, v. 11, n. 23, p. 605-618, set./dez. 2007.

CAREGNATO, R. C. A.; MUTTI, R. **Pesquisa qualitativa: análise de discurso versus análise de conteúdo. Texto & Contexto Enfermagem**, Florianópolis, v. 15, n. 4, p. 679-684, out./dez. 2006.

CARNEIRO, F. F.; ALMEIDA, V. E. S. de. **Os riscos socioambientais no contexto da modernização conservadora da agricultura.** *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 22-23, jan./mar. 2007.

CETESB. Águas interiores. **O problema da escassez de água no mundo.** Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/aguas-interiores/informacoes-basicas/tpos-de-agua/o-problema-da-escassez-de-agua-no-mundo/#:~:text=A%20escassez%20de%20%C3%A1gua%20no,usos%20sustent%C3%A1veis%20dos%20recursos%20naturais.&text=Um%20bilh%C3%A3o%20e%20200%20milh%C3%B5es,t%C3%AAm%20acesso%20a%20%C3%A1gua%20tratada.>> Acesso em: 01 de nov. de 2020.

COSTA, R. E. B. **Modernização agrícola conservadora e as alterações socioespaciais no distrito de Lagoína-Quixeré (CE).** Limoeiro do Norte-CE. 2006. 74 f. Monografia (Especialização em Meio Ambiente)–Faculdade de Filosofia Dom Aureliano Matos, Universidade Estadual do Ceará, Limoeiro do Norte, 2006.

FARIA, N. M. X.; ROSA, J. A. R. da; FACCHINI, L. A. **Intoxicações por agrotóxicos entre trabalhadores rurais de fruticultura, Bento Gonçalves, RS.** *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 43, n. 2, p. 335-344. Acesso em: 01 de set. de 2020.

GONÇALVES, Monize Karen Sant Ana. **A responsabilidade jurídica pela má utilização da água.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52385/a-responsabilidade-juridica-pela-ma-utilizacao-da-agua>> Acesso em: 16 de set de 2020.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de águas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GRECO, Marcia. **Crise hídrica: entenda as principais causas da escassez de água.** Disponível em: <<https://blog.brkambiental.com.br/escassez-de-agua/>> Acesso em: 01 de nov. de 2020.

LEMOS, Thais Rodrigues Mariano de Sousa. **Aspectos jurídicos da sustentabilidade da água.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/aspectos-juridicos-da-sustentabilidade-da-agua/>> Acesso em: 12 de nov. de 2020.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 24. ed. São Paulo : Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1998 – (Coleção temas jurídicos ; 3).

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 2, ed. Campinas: Millenium, 2003.

NOGUEIRA, Rândala. **Constituição e meio ambiente**. *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, volume 7, n. 77, fev/mar 2006.

RODRIGUES, Carlos César Araujo. **Crise hídrica**. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/46286/crise-hidrica>> Acesso em: 16 de set. de 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. **A crise hídrica e as soluções**. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/64593/a-crise-hidrica-e-as-solucoes>> Acesso em: 16 de set. de 2020.

SANTA CATARINA. **Secretaria do Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável. Sistema de Informações de Recursos Hídricos do Estado de Santa Catarina**. Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos, 2015. Disponível em: <<http://www.aguas.sc.gov.br/>> Acesso em: 10 de out. de 2020.

SARMENTO, Leonardo. **Crise hídrica: indispensável hermenêutica jurídica – entenda! Reversibilidade?**. Disponível em: <
<https://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/167331050/crise-hidrica-indispensavel-hermeneutica-juridica-entenda-reversibilidade>> Acesso em: 01 de nov. de 2020.

SILVA, Bruno Lopes da; TROLEIS, Adriano Lima. **Crise hídrica e reestruturação produtiva agrícola no Rio Grande do Norte**. Disponível em: 01 de nov. de 2020.

VASCONCELOS, Jose Wilamy Carneiro. **A crise hídrica brasileira: água um bem precioso**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39802/a-crise-hidrica-brasileira-agua-um-bem-precioso>> Acesso em: 16 de set de 2020.

VILAR, Antônio Houaiss e Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa** /, elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1.ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

Capítulo 5 - DOI:10.55232/1082024.5

**DA EROSÃO DA LEGALIDADE À USURPAÇÃO DA
LEGITIMIDADE: AS TRÊS FASES DA DOUTRINA
JURÍDICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

Antonio Rodrigues Do Nascimento

RESUMO: Mais que os enunciados do direito constitucional positivo que prescrevem a divisão ou separação dos poderes do Estado, a teoria jurídica (dogmática) tem papel determinante para conformação e operacionalização do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, instituto controvertido, preordenado a servir de instrumento do acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político. Diante desta constatação, considerando-se que a tarefa doutrinária de definição da extensão e intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública é fundamental à segurança jurídica e ao equilíbrio político-institucional, o presente ensaio metateórico propõe demonstrar o protagonismo da atividade teórica na configuração dos diferentes modos de controle vivenciados ao longo da história do país, propondo a explicação do desenvolvimento da doutrina nacional sobre a o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa em três fases: (1) controle restrito: a doutrina sobre a discricionariedade administrativa que até então “harmonizava” o instituto com a atividade do “Estado de polícia”; (2) controle amplo: a doutrina promove um deslocamento metodológico da discricionariedade administrativa, afastando-a do “terreno político” para juridicizá-la integralmente; (3) controle extremo: com a promulgação da Constituição de 1988, intensifica-se ao extremo o controle da discricionariedade administrativa, afastando-se a doutrina majoritária de uma vez por todas do princípio da separação de poderes e da legalidade em sua versão tradicional de vinculação à lei em favor do controle jurisdicional com base na vinculação da atividade discricionária da Administração diretamente aos princípios constitucionais positivados (princípios expressos) ou formulados pela própria doutrina (princípios não expressos ou implícitos). A doutrina contemporânea do controle principiológico da discricionariedade administrativa ressentese da falta de consenso mínimo na teoria do direito quanto ao que seja “princípio jurídico”, bem como da identificação destes e de seus respectivos conteúdos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com relação aos princípios ditos “implícitos” ou “doutrinários”. Estas circunstâncias são agravadas diante da instrumentalização judicial de conceitos fundamentais à doutrina principiológica, como “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “ponderação”, frequentemente aplicados como meros topois argumentativos que aludem a determinados pressupostos teóricos, porém não logram demonstrar sua adequada aplicação na atividade de controle dos atos discricionários da Administração Pública.

Palavras-chave: Metateoria do direito, discricionariedade administrativa, controle jurisdicional

INTRODUÇÃO

A denominada “ciência do direito administrativo brasileiro” – ainda que não seja exclusividade dela – trata da discricionariedade administrativa sob viés marcadamente garantístico cuja preocupação principal é reduzir ao mínimo, ou mesmo a “zero”, o conteúdo normativo do instituto que consiste na outorga pelo ordenamento jurídico de margens de escolha para ação administrativa diante dos caso concretos. Quando se diz de um ato administrativo que é *discricionário* vale dizer que na prática de tal ato o agente público competente poderá escolher uma dentre várias decisões possíveis, sendo elas todas juridicamente válidas. A tendência de restrição da discricionariedade administrativa, perfilhada pela maior parte da doutrina administrativista nacional de referência, constitui verdadeiro consenso majoritário quanto ao exame do mérito das decisões atos administrativas discricionárias pelo Poder Judiciário em bases exclusivamente discursivas/argumentativas, prevalecendo as escolhas dos juízes sobre as escolhas da Administração Pública. Diante desta constatação, o presente ensaio metateórico pretende identificar o processo de imbricação teórico-metodológica da doutrina administrativista com o projeto ético-político assumido pelo Poder Judiciário brasileiro no limiar do século XXI.ⁱ Neste processo a doutrina vai construir o arcabouço técnico-científico que será aparelhado à conformação de um modelo de controle jurisdicional que coloca em xeque os tradicionais fundamentos do regime jurídico-administrativo, a exemplo da vinculação da atividade administrativa à lei produzida pelo Parlamento e a legitimidade democrática da Administração Pública.

Verifica-se do ponto de vista teórico-metodológico que houve um deslocamento progressivo do tema da discricionariedade administrativa ao longo do século XX. Inicialmente alocada no campo da “gestão política”, a discricionariedade administrativa foi deslocada para o campo “hermenêutico”, deslocamento teórico que teve efeito relativamente neutralizador da problematização sobre suas causas normativas e relações necessárias com os princípios da separação de poderes e da legalidade democrática. Em outras palavras, a doutrina deslocou a discricionariedade administrativa do plano da “separação de competências (poderes) e da legitimidade jurídico-constitucional” para a “via normativo-teórico-interpretativa” (COLAÇO ANTUNES, 2013).ⁱⁱ Como resultado, os problemas relacionados ao controle jurisdicional da discricionariedade foram remetidos às questões

sobre os conceitos jurídicos indeterminados e à ponderação de princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Para relativização máxima do mérito administrativo, a doutrina atribuiu ao agente público titular da competência discricionária o dever constitucional de decidir sempre por uma “providência ótima” (BANDEIRA DE MELLO, 2000).ⁱⁱⁱ sujeita à aferição valorativa do Poder Judiciário, que a realiza por meio da “ponderação” de princípios constitucionais expressos ou implícitos que permitem afastar as regras atributivas da discricionariedade *in concreto*. Esta justiciabilidade axiológica irrestrita em matéria de escolhas discricionárias radica nas teses neoconstitucionalistas que (i) reivindicam a superação da legalidade pela juridicidade como resultado da conexão necessária entre o direito e a moral; (ii) postulam a diferenciação entre regras e princípios, (iii) afirmando a prevalência destes últimos sobre as regras e, logo, (iv) a superação da subsunção lógico-formal pela ponderação principialista.

Posto isto, pretende-se oferecer uma breve síntese descritiva da contribuição da doutrina administrativista nacional para o processo de *erosão da legalidade* no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, partindo da tese do *controle restrito*, fundada na recepção da doutrina francesa sobre o abuso ou desvio de poder (*détournement de pouvoir*); passando pelo *controle amplo*, cujas teses iniciam o deslocamento do tema campo jurídico-político para o teórico-hermenêutico, para chegar ao *controle extremo* sob a vigência da Constituição de 1988.

DESENVOLVIMENTO

a) A progressiva erosão do princípio da legalidade

Antes de tudo é preciso consignar que o termo *erosão* aplicado ao princípio da legalidade foi utilizado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (, em artigo publicado em 1977, para referir-se aos efeitos da “inflação legislativa” promovida pelos governos militares, que ao recorrer à multiplicação de leis visando solucionar problemas contingentes acabavam por produzir incerteza e insegurança jurídicas.^{iv} Mais recentemente, PAULO OTERO (2011) vai relacionar o termo *erosão* ao princípio da legalidade em pelo menos três sentidos diversos, a saber: i) aplicado à função legislativa, a *erosão* decorreria do fato de que “a profunda evolução do significado e do valor da Constituição (...) veio colocar limites

procedimentais e materiais ao exercício da função legislativa, transformando a lei num ato subordinado”; ii) aplicado à Administração Pública, refere-se à “erosão na legalidade da actuação administrativa provocada pelas ‘normas legais em branco’” e, iii) à “derrogação administrativa, revelando também a erosão da legalidade, [que] confere aos órgãos administrativos uma verdadeira disponibilidade sobre a estatuição legal.”^v

Não obstante, a conotação sugerida neste ensaio não confere com nenhum dos sentidos citados: *erosão da legalidade* indica aqui o *processo de progressiva indeterminação do princípio da legalidade*, com o processo de desgaste de seu conteúdo original – identificado com o direito positivado *a priori* – pela ação relativizante da doutrina e da jurisprudência. Na doutrina francesa, o marco inicial desta indeterminação da legalidade pode ser identificado no início do século XX, com o “bloco da legalidade” (*bloc légal*) de Hauriou.^{vi} Meio século mais tarde, CHARLES EISENMANN (1959) observaria que para os “representantes mais marcantes” da doutrina francesa (citando nominalmente além de Hauriou, André de Laubadère e Georges Vedel), o princípio de legalidade teria passado a representar, mais que a singela vinculação à lei, “uma certa relação entre os atos ou as ações administrativas e a massa imensa de normas gerais e de normas individuais.”^{vii}

No Brasil, identificamos a gênese do processo de erosão na recepção das teses francesas do controle jurisdicional do mérito administrativo restrito aos casos de desvio de poder ou de finalidade, entendimento notabilizado por MIGUEL SEABRA FAGUNDES n’*O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (1948), publicado originalmente em 1941. Já na função de Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e Relator do acórdão da *Apelação Cível nº 1.422*, em 1948, Seabra Fagundes reafirmaria a tese do controle jurisdicional do mérito em caso de ato administrativo que “encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais (...) não obstante originário do exercício de competência livre.”^{viii} O acórdão é unanimemente considerado o *leading case* do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

b) Do “Estado de polícia” ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Dada a incontornável colonialidade epistêmica e cultural, a doutrina jurídica nacional, em regra, descreve institutos desenvolvidos em contextos históricos, políticos e normativos como se fossem realidades transcendentais, neutras e universais, logo, aplicáveis

tout court aos sistemas político-institucional e jurídico-constitucional brasileiros. A reprodução deste padrão na doutrina administrativista parece confirmar a percepção de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA (2008) quanto ao fato de que “trazendo de países distantes nossas formas de vida, nossas instituições e nossa visão do mundo, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos uns desterrados em nossa terra.”^{ix} Esta marca do desterro estará presente na produção teórica do direito administrativo brasileiro também no que concerne à discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional, caracterizada pela transposição da doutrina europeia para a realidade brasileira por vezes de forma acrítica e descontextualizada.

Para os “pais fundadores” da doutrina administrativista nacional não pareceu interessar que o instituto da discricionariedade administrativa não haveria de passar no teste de realidade brasileiro porque, na conformação idel descrita pela doutrina, é um produto do processo histórico, político e social peculiar dos países do ocidente europeu, forjado no interior de conflitos que remontam à formação dos Estados nacionais; às revoluções liberais; às grandes guerras mundiais; à reconstrução política-institucional do século XX até às contradições e desafios da experiência comunitária do direito administrativo europeu e sua doutrina no século XXI. Verifica-se, pois, que as primeiras gerações de administrativistas conviveram com regimes políticos autocráticos e oligárquicos que constituem a maior parte da história republicana brasileira, ficando nítida na produção dogmática deste período a idealização dos conceitos e a mistificação da realidade. Discricionariedade administrativa e arbitrariedade da Administração confundem-se naquele período de “Estado de polícia” (*Polizestaat*) em que a organização estatal “realiza intromissão opressiva na vida dos particulares” (ODETE MEDAUAR, 1995), realidade em tudo contraposta à submissão do poder estatal no Estado de Direito.^x Sob estes regimes a atividade discricionária do Poder Executivo brasileiro – quer sob o Absolutismo Monárquico do Império ou sob as oligarquias autoritárias da República Velha e do Estado Novo –, no comando da Administração Pública era considerada *soberana*, vale dizer, não sujeita a controles externos, pois a dogmática descreverá a discricionariedade administrativa como “ato político” e, com base no direito administrativo francês, preconizará a insusceptibilidade de controle jurisdicional do *mérito administrativo* (conveniência e oportunidade) com base na separação de poderes.

A fase do “Estado de polícia” na doutrina sobre o controle da discricionariedade administrativa só vai começar a ser superada a partir do início da década de 1940, quando elementos igualmente importados do direito administrativo francês

permitirão uma tímida fundamentação da sindicabilidade do *mérito* do ato administrativo nos casos de evidente abuso de poder ou desvio de finalidade, fundamentos que seriam incorporados pelo direito positivo uma década mais tarde, após o fim da ditadura do Estado Novo (1930-1945).^{xi} Este processo de “conversão democrática” da doutrina administrativista será interrompido pelo golpe militar de 1964, restringindo-se novamente, a partir dos governos militares, à admissão do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário aos casos de comprovação de abuso de poder ou desvio de finalidade.

Em fins da década de 1970, começaria projetar-se a geração de administrativistas que teria o privilégio e o desafio de testemunhar, pela primeira vez, a efetiva democratização formal do Estado e da Administração Pública, bem como seus efeitos sobre o regime jurídico-administrativo. Dentre os nomes que se destacam na doutrina administrativista desse período estão Celso Antônio Bandeira De Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Almiro do Couto e Silva, Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari, Diógenes Gasparini, Odete Medauar, dentre outros juristas do campo do direito administrativo, muitos ainda atualmente em plena e profícua atividade. São os integrantes da geração denominada por CARLOS ARI SUNDFELD (2004) “publicistas da geração de 60”, de modo a identificar a década da formação acadêmica e profissional destes investigadores, professores e operadores do direito administrativo brasileiro. A geração de 1960 é aquela que “sofre o trauma do Golpe de 1964, convive duas décadas com o autoritarismo militar, já está madura quando da redemocratização e da Constituinte no final dos anos 80 e ainda testemunhará a ‘Reforma do Estado’ dos anos 90”,^{xii} e, acrescenta-se, será a responsável por elaborar uma doutrina da discricionariedade administrativa e de seu *controle amplo* de cariz manifestamente garantístico.

Após a promulgação da Constituição de 1988 uma geração de administrativistas composta por juristas que bacharelaram-se no Direito ou completaram sua formação acadêmica na década de 1990, sob influência das teses “pós-positivistas” e “neoconstitucionalistas” elaborarão a doutrina do *controle extremo* da discricionariedade administrativa.

Identifica-se, pois, três fases da doutrina administrativista brasileira quanto ao tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, definidas pela *amplitude* e *intensidade* que admitem para este controle. Sem a pretensão de criar uma classificação temporal estanque, uma vez que coexistem simultaneamente aspectos de uma

fase no interior de outras, a doutrina administrativista brasileira sobre o controle jurisdicional da discricionariedade pode ser explicada, então, pelas seguintes fases:

(1) *controle restrito*: a doutrina sobre a discricionariedade administrativa que até então “harmonizava” o instituto com a atividade do “Estado de polícia” e, portanto, não aprofundava teses sobre seu controle, a partir de 1941, ainda que a doutrina majoritária mantenha o instituto no “terreno da gestão política”, passa-se a admitir, sob influência da doutrina francesa, o controle jurisdicional de legalidade e legitimidade do ato discricionário praticado com abuso de poder ou desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*);

(2) *controle amplo*: a doutrina promove um deslocamento metodológico da discricionariedade administrativa, afastando-a do “terreno político” para juridicizá-la integralmente; este movimento inicia a secundarização dos princípios da separação de poderes e da reserva de administração para o controle da discricionariedade administrativa, agora definido como “tarefa interpretativa” do Poder Judiciário, necessária para determinação de sentidos dos enunciados normativos que conferem discricionariedade à Administração, reconhecendo-se à jurisdição o papel de “encontrar barreiras que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa” (BANDEIRA DE MELLO, 1987).^{xiii}

(3) *controle extremo*: com a promulgação da Constituição de 1988, intensifica-se ao extremo o controle da discricionariedade administrativa, afastando-se a doutrina majoritária de uma vez por todas do princípio da separação de poderes e da legalidade em sua versão tradicional de vinculação à lei em favor do controle jurisdicional com base na vinculação da atividade discricionária da Administração diretamente aos princípios constitucionais positivados (princípios *expressos*)^{xiv} ou formulados pela doutrina (princípios *não expressos* ou *implícitos*).^{xv}

c) A deferência da doutrina do *controle restrito*

De saída, é preciso notar que a tradicional adjetivação dos “órgãos de soberania” ou “poderes” do Estado enquanto “*independentes e harmônicos entre si*”, aparentemente exprime uma contradição semântica. Isso porque apesar da ideia contida na palavra “*independentes*” não ser o antônimo de “*harmônicos*”, enquanto a primeira é um parecido de família do conceito de “*soberano*”, denotando uma liberdade assimétrica que não deve obediência ou sujeição de qualquer tipo a ninguém, o conceito de “*harmonia*” remete às ideias de equilíbrio de forças, elementos, interesses ou partes de determinado

conjunto e, ainda, à concórdia, acordo entre partes simétricas ou ausência de conflitos. Ao intentar descrever o conteúdo jurídico-político desta brasileiríssima formulação constitucional, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2021) afirma que “a *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.”^{xvi} O apelo de SILVA à “cortesia” (sinônimo de “gentileza”, “acatamento”, “deferência” etc.) e ao “respeito” não resiste ao teste de realidade imposto pela dinâmica político-institucional, afinal, além de processos de *impeachment* que resultaram na interrupção de mandato de dois presidentes (1992 e 2015), houve subversão da ordem institucional em seis eventos da história republicana.

A primeira Constituição da República foi promulgada em 1891 sob tutela do poder militar que derrubara a Monarquia Constitucional, em 1889. Vigeu até o fim da chamada “República Velha” e sucumbiu em 1930, com o advento do “Estado Novo”, uma ditadura que durou até 1945, ano em que foi promulgada a primeira Constituição democrática do país que vigeu até o golpe militar de 1964, cujo produto seria a ditadura que teria fim com a “Nova República”, instituída pela Constituição de 1988. Durante os 128 anos de constituições republicanas, desde as cartas outorgadas nos períodos autoritários — que representam mais de 60% da história da República —, até a Constituição de 1988, verifica-se uma contradição genética que vai impactar a doutrina sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: por um lado, os textos constitucionais sempre enunciaram expressamente o princípio da separação de poderes em sua versão rígida, conformador de um sistema de administração pública executiva centralizada no Chefe do Poder Executivo ao qual são conferidos o comando dos “poderes-deveres” da Administração Pública (“poder regulamentar”, “poder normativo”, “poder discricionário”, “poder de polícia”, “poder hierárquico” etc.), exercidos sob um regime jurídico-administrativo em quase tudo baseado nos institutos elaborados nos duzentos anos de jurisprudência do *Conseil d'Etat* francês. Por outro lado, desde a primeira Constituição da República foi introduzida a forma de controle jurisdicional da atividade administrativa pela jurisdição comum, extinguindo-se o *Conselho de Estado* do Império e transplando-se ao país modelo estadunidense da *judicial review*, modelo este que além de não compatibilizar-se com o sistema de separação rígida de poderes “à francesa” adotado pela Constituição da República, sequer expressava a vontade dos *Framers*, uma vez que não há na Constituição dos EUA previsão expressa da *judicial review*, tratando-se de um modelo de controle jurisdicional que teve suas características particulares definidas de maneira concreta e pragmática, segundo MARCELO CASSEB

CONTINENTINO (2016), após a Guerra da Secessão como resultado do enfrentamento pela Suprema Corte de “questões contextuais políticas e institucionais, as quais tendem a mostrar que o *judicial review* configura mais propriamente uma estrutura institucional contingente, ainda que de longa duração.”^{xvii}

Esta configuração jurídico-constitucional e político-institucional híbrida, nas palavras de LAFAYETE PONDÉ (1994), “soa como um paradoxo termos uma Constituição rígida, avessa ao regime de ‘common law’, excluirmos a possibilidade de uma ‘justiça administrativa’ e admitirmos a jurisprudência como fonte formal do nosso direito positivo.”^{xviii} O paradoxo, no entanto, pouco repercutiu na doutrina administrativista nos albos da República, que admitia apenas o controle jurisdicional restrito da discricionariedade administrativa com base no princípio da separação de poderes. Durante os períodos de autoritarismo da República Velha (1889-1930) e Estado Novo (1930-1945), a doutrina administrativista, de modo geral, apropriou-se do princípio da separação de poderes para salvaguardar o poder discricionário da Administração da sindicabilidade pelo controle jurisdicional, uma vez que o princípio da legalidade estava comprometido com os regimes de arbítrio que relegavam os Poderes Legislativo e Judiciário ao papel de coadjuvantes legitimadores da atividade administrativa sob as ordens do Poder Executivo.

Assim, a doutrina administrativista contribuiu com elementos para imunização da Administração ao controle das decisões administrativas discricionárias atribuindo-lhes a natureza “política” que afastava o controle do Poder Judiciário com fundamento no princípio constitucional da separação de poderes, diante de uma Administração sob o comando de um Poder Executivo hipertrófico, cujo chefe acumula as chefias de Estado, Governo e Administração, a doutrina consolidou a teoria da insuscetibilidade do *mérito* administrativo, ora identificado com o *motivo*, ora com a *finalidade* do ato, à *judicial review*. O *mérito* seria o elemento do ato administrativo revestido, por excelência, do poder discricionário do Executivo, vedado seu controle pelo Poder Judiciário uma vez que, nas palavras do sempre citado SEABRA FAGUNDES (1957), “se o fizesse, exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade, próprio dos órgãos executivos).”^{xix}

Contudo, ainda sob o Estado Novo, a doutrina vai começar a oferecer subsídios teóricos para que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa comece a ser realizado em bases puramente “garantísticas” para a verificação de eventual abuso de poder ou desvio de finalidade. Nesta primeira fase de *controle restrito* da

discricionariedade administrativa a doutrina nacional buscará os fundamentos para a ultrapassagem da separação de poderes no controle jurisdicional da legalidade e legitimidade do ato administrativo na teoria elaborada a partir do precedente de anulação pelo *Conseil d'Etat* do ato administrativo discricionário praticado com *détournement de pouvoir* (desvio de poder), no *arrêt Lesbats* (julgado em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865), quando o tribunal administrativo decidiu pela anulação de ato do Prefeito de Fontainebleau que no uso do poder de polícia administrativa negara autorização ao ingresso de viaturas no pátio da estação de estrada de ferro para servir os passageiros que desembarcavam. O Conselho de Estado decidiu então que o objetivo do ato administrativo que denegou o ingresso das viaturas não visara atender, como deveria, à finalidade da competência discricionária deferida para garantir o atendimento satisfatório dos usuários, mas na verdade, o ato administrativo buscara garantir ao transportador já autorizado o monopólio do serviço. A partir deste precedente formular-se-ia, segundo HENRI EBREN, “uma teoria engenhosa que alcança no ato administrativo o vício mais oculto e imperceptível, e talvez o mais perigoso, abuso de poder” (apud CAIO TÁCITO, 1974).^{xx}

O precursor doutrinário da abertura do mérito administrativo ao controle jurisdicional no Brasil, ainda que se tratasse de um controle restrito à verificação de abuso de poder ou desvio de finalidade, foi MIGUEL SEABRA FAGUNDES. Sua obra *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, publicada originalmente em 1941 (durante a ditadura do Estado Novo e reeditada em 1950, 1957, 1968, 1979 e 1984), tornou-se referência obrigatória em virtude do trabalho de sistematização inédito e pelo fôlego e profundidade das reflexões sobre o controle jurisdicional da discricionariedade, até então inéditas na doutrina nacional e consideradas, até hoje, uma reviravolta no estudo do tema. Uma década após a publicação da obra, em artigo que também tornar-se-ia referência, Seabra Fagundes discorreria, uma vez mais, sobre a alocação do mérito, enquanto produto da discricionariedade administrativa, no “terreno da gestão política” e sobre os limites de seu controle jurisdicional:

“Considera-se que o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por êle exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica

(contrôle preventivo) ou compeli-Lo a que os retome, se acaso transpostos (contrôle *a posteriori*).” (SEABRA FAGUNDES, 1951)^{xxi}

A escolha de M. Seabra Fagundes para ilustrar o reposicionamento da doutrinação brasileiro pré-1988 sobre os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não é de modo algum gratuita. Agraciado com o título de *Doutor honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por sua produção no campo do direito administrativo,^{xxii} Seabra Fagundes também foi Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, função na qual foi responsável pela relatoria do acórdão do julgamento da *Apelação Cível nº 1.422*, em 1948, considerado ainda hoje, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, o *leading case* do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.

Já em fins dos anos 1960, a doutrina sobre o controle da discricionariedade da Administração Pública vai seguindo a trilha aberta por Seabra Fagundes. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (2007 [1969]), professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC e também desembargador do Tribunal de Justiça do Estado, admitia que atos discricionários “sujeitam-se à apreciação do Judiciário, como já observado, para verificar se existiu, na sua prática, abuso de direito”, uma vez que para ele o ato discricionário era equivalente ao “ato político”. Coerentemente com a premissa de igualar a discricionariedade ao juízo político, O. A. BANDEIRA DE MELLO (2007), vai afirmar a inadmissibilidade de “em princípio, por ilações — do exame em conjunto dos textos, mediante interpretação extensiva ou analógica — estar a Administração presa a poderes vinculantes de ação.”^{xxiii}

Outra não é oposição de HELY LOPES MEIRELLES (1973), para quem “o Poder judiciário visa à defesa dos administrados e à manutenção da Administração dentro das normas legais, pelo que é apenas um *controle de legalidade*.” MEIRELLES admite o controle jurisdicional para verificar a “conformidade com o Direito (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade) e com o interesse público (princípio da finalidade)”, todavia, ressalva peremptoriamente o *mérito* do ato administrativo do controle.^{xxiv} Também JOSÉ CRETELLA JR. (1989), professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, em seu *Manual de Direito Administrativo*, publicado em 1975 originalmente, prelecionava que “*ato discricionário* é insuscetível de apreciação por outro Poder que não aquele que o editou. Assim, nem o Judiciário, nem o Legislativo podem revogar atos do Executivo.”^{xxv} (itálicos no original). A posição declinada no *Manual* seria ratificada por CRETELLA JR. (1975) no mesmo ano do lançamento da obra em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*:

“Seguiu o trâmite assinalado pela norma, não se afastou do *fim* colimado. É juiz do ato editado. Tomou medida insuscetível de revisão por outro poder, no que tange à *oportunidade* ou à *conveniência*. A mais completa intangibilidade revisionista o protege” (itálicos no original). Na 4ª edição do seu *Manual*, publicada em 1989 e atualizada em outubro de 1988, segundo o próprio autor, “em grande parte, adaptando-o aos parâmetros da nova Carta Constitucional”, o mesmo não apresenta mudança de entendimento, restringindo o tema do controle jurisdicional da Administração Pública ao último capítulo da obra destinado ao resumo histórico do contencioso administrativo no Brasil.^{xxvi}

Dos excertos das obras dos juristas citados colhe-se que a doutrina administrativa brasileira de referência no período compreendido entre a década de 1940 e 1980, reconhecia o fundamento jurídico-constitucional da discricionariedade administrativa na separação de poder, evidenciado pela admissão da discricionariedade no “terreno da gestão política” (SEABRA FAGUNDES) e pelo reconhecimento do “caráter político” do ato administrativo discricionário (O. A. BANDEIRA DE MELLO), fundamentos que o tornaria “insuscetível de revisão por outro poder no que tange à *oportunidade* ou à *conveniência*” (JOSÉ CRETELLA JR.).

d) A doutrina garantística do *controle amplo*

A reação à identificação doutrinária da discricionariedade administrativa com a atuação política do Governo ao longo dos períodos de autoritarismo consistirá na elaboração de uma doutrina garantística que começará a ser produzida a partir do momento em que os governos militares entram em declínio, no início dos anos 1980. Fruto do labor teórico de juristas que conviveram e sobreviveram aos abusos do Estado a serviço dos regimes de força, esta doutrina do *controle amplo* surge num momento em que inicia-se a distensão do regime militar instaurado em 1964 e vai fundar suas teses sobre o controle do *mérito* do ato administrativo discricionário em bases garantísticas derivadas da narrativa ético-política liberal do direito administrativo enquanto “*um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.*” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 2011, itálicos no original).^{xxvii}

Nesta fase de transição para a democracia, a doutrina administrativista inicia um processo de despolitização da atividade discricionária da Administração Pública que passa pela supressão de conteúdo dos manuais e monografias de referência sobre o controle

jurisdicional a relação deste instituto jurídico-político com o princípio da separação de poderes, bem como das barreiras que necessariamente decorrem deste princípio sobre o controle dos atos discricionários. Esta pauta vai ser relegada às investigações teóricas do direito constitucional, da teoria geral do Estado e da ciência política, circunstância que cobrará um preço alto ao direito e à própria democracia. A desimportância atribuída à separação de poderes a partir do ocaso da ditadura de 1964 e, logo, aos consectários lógicos e políticos deste princípio, como a *autocontenção* e a *deferência* do Poder Judiciário diante da atuação discricionária legítima da Administração Pública, corresponde ao deslocamento epistêmico e metodológico que a doutrina efetuou ao remeter o tema do controle da discricionariedade administrativa ao campo da teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica, de maneira a circunscrever os debates teóricos sobre seu controle aos problemas de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e à aferição da proporcionalidade e razoabilidade *in concreto*.

Como resposta ao autoritarismo precedente encabeçado pelo Poder Executivo, a fase do *controle amplo* da discricionariedade administrativa adota uma linha teórica que CARLOS ARI SUNDEFELD chama de “*postura de combate*” contra as competências do Chefe do Poder Executivo e da Administração Pública, postulando a “defesa de que as leis sejam maximalistas, não podendo deixar espaço para deliberações próprias da administração” e a “crítica e denúncia de inconstitucionalidade contra leis que atribuam à Administração competências amplas (...)” Para Sundefeld, o grande responsável por esta postura de combate é Celso Antônio Bandeira de Mello, o “manualista intelectualmente mais influente das últimas décadas no direito administrativo brasileiro, que se mantém fiel à clássica formulação de Carré de Malberg (v. *La loi, Expression de la Volonté Générale*, Paris, Economica 1984).”^{xxviii}

Embora desde a 1ª edição de seu *Elementos de Direito Administrativo*, CELSO ANTÔNIO (1980), então professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, reconhecesse *en passant* e apenas nas últimas linhas do *Capítulo VIII*, dedicado à “Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial”, que o controle jurisdicional não poderia invadir o “campo de apreciação meramente subjetiva (...) exclusivo do administrador e indevassável ao juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro” e “se poria às textilhas com o próprio princípio da separação de poderes”, já ali também afirmava que “é precisamente em casos que comportam discricção administrativa, que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado (...) já que a pronúncia representa a garantia última de contenção do administrador.”^{xxix}

Em 1992, CELSO ANTÔNIO publica estudo monográfico intitulado *Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional*, no qual propõe identificar as causas da discricionariedade administrativa, que para ele decorreria exclusivamente três fatores: 1) da *hipótese da norma* (quando a lei descreve de modo impreciso a situação fática que deflagra o comando legal); 2) do *comando da norma* (quando a lei prevê alternativas ao agente quanto à possibilidade de praticar ou não o ato, definir o tipo de medida ser adotada, o melhor momento para sua adoção ou a forma mais adequada para fazê-lo); 3) da *finalidade da norma* (que aponta valores perseguidos pelo legislador cujos conceitos são plurissignificativos, a exemplo da própria expressão “interesse público”). Após esta identificação das causas da discricionariedade administrativa, o autor conclui que qualquer que seja ela, “o controlador da legitimidade do ato (muitas vezes o Poder Judiciário)” será o responsável por “um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos — praticados embora *sub color* de (pretenso) exercício de discricionariedade — sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a **providência ótima** almejada pela lei (...).” (negrito nosso).^{xxx} Esta é a posição que o autor vai adotar ao longo das sucessivas reedições de *Elementos*, que a partir da 4ª edição (1993) passará a ser denominado *Curso de Direito Administrativo*: “já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”, afirmando explicitamente a posição garantística de que “não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela (...)”, limites estes cuja fixação estaria compreendida na “tarefa interpretativa” do Poder Judiciário.^{xxxi}

Pouco mais jovem que CELSO ANTÔNIO, a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (sucessora de JOSÉ CRETTELLA JR. na titularidade da cadeira de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP) vai reforçar as teses do *controle amplo* com sua pioneira na análise dos efeitos da Constituição de 1988 sobre o controle da discricionariedade administrativa, tema objeto de sua tese *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, com a qual obteve, em 1991, o título de Professora Titular. Para a autora, os “princípios e valores” previstos implícita ou explicitamente na novel Constituição, tais como “razoabilidade, moralidade, motivação e interesse público”, ampliaram sobremaneira a própria legalidade administrativa e, conseqüentemente, restringiram a discricionariedade. A introdução de “considerações axiológicas” no ordenamento abriria aos juízes e tribunais a possibilidade de contrastar “atos administrativos praticados com inobservância de certos valores” que ampliavam o controle jurisdicional ao mesmo tempo que o

tornava “mais difícil” porque aos juízes e tribunais atribuía-se a prerrogativa de “perquirir zonas de maior incerteza.” (DI PIETRO, 1991).^{xxxii}

Após duas décadas da publicação de sua tese, DI PIETRO (2012) retornou ao tema para responder críticas à carência de parâmetros jurídicos uniformes e objetivos no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa pós-1988. No artigo “Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, a autora vai admitir que o processo de constitucionalização “produziu nova forma de interpretação judicial que pode gerar maior insegurança jurídica, em decorrência da própria imprecisão dos dispositivos constitucionais consagradores de princípios e valores”. Esta constatação, segundo Di Pietro, constituiria “um paradoxo no momento em que o princípio da segurança jurídica se fortalece no direito público brasileiro,” concluindo seu raciocínio com a esperança de que o risco causado pela “imprecisão” dos princípios constitucionais na aplicação do direito poderia “ser superado com o decurso do tempo, pela formação paulatina de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelo maior conhecimento da Constituição, não pode significar a crise no princípio da legalidade, no sentido de sua redução ou extinção.”^{xxxiii}

Um ano depois, no artigo “Limites do controle externo da administração pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, publicado em 2013, Di Pietro constata que “fácil é concluir-se o quanto a inserção, no conceito de legalidade, de *princípios e valores* (expressos por termos indeterminados) contribuiu para reduzir a discricionariedade administrativa”, concedendo, contudo, que “remanesce para a Administração Pública uma certa margem de apreciação para aplicar os conceitos jurídicos indeterminados, levando em conta principalmente os princípios da razoabilidade e da motivação; como remanesce também o conceito de mérito, ainda que bastante reduzido”.^{xxxiv} Como se percebe, DI PIETRO também pensa a discricionariedade administrativa a partir de seu controle, restringindo a aplicação do instituto, ao fim e ao cabo, aos conceitos jurídicos indeterminados, os quais, ainda assim, terão no Poder Judiciário sua última instância de determinação a partir da ponderação de princípios. Encontram-se ligeiras nuances quanto às causas da discricionariedade administrativa em CELSO ANTÔNIO e DI PIETRO: enquanto o primeiro reconhece a decisão discricionária com base em critérios conveniência e oportunidade, para a segunda a discricionariedade só tem como causa os conceitos jurídicos indeterminados. Contudo, em matéria de controle jurisdicional, ambos sujeitam a discricionariedade administrativa irrestritamente à “tarefa interpretativa” incumbida ao Poder judiciário para “encontrar barreiras que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa” (DI PIETRO, 2013) ou “inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável” (CELSO ANTÔNIO, 2000).

Deste modo, a decisão discricionária da Administração Pública, submetida à legitimidade jurídico-política, é **substituída** pela decisão discricionária do Poder Judiciário, pautada pela interpretação normativa diante do caso concreto e definidora, em última instância e em qualquer caso, da “providência administrativa ótima” ou da “interpretação adequada da lei” no caso concreto. Vê-se que, para os autores referidos, ao controle jurisdicional não é relevante se a discricionariedade administrativa funda-se na separação de poderes e na legalidade ou na imprecisão da linguagem. Em ambos percebe-se a indiferença quanto à discricionariedade administrativa como *categoria ontológica*, como observa DAVID DUARTE (2008), que a identifica como significado de enunciado normativo determinado pelo Legislador para conferir à Administração Pública a prerrogativa de escolher entre duas ou mais soluções diante do caso concreto.^{xxxv} Como consectário lógico não se encontra nestes autores qualquer referência substantiva quanto ao dever de autocontenção judicial ou deferência dos tribunais nos casos de discricionariedade administrativa ontológica como limites inerentes à separação orgânica e funcional de poderes.

e) As teses neoconstitucionalistas do *controle extremo*

Em que pese os contextos jurídico-constitucional e político-institucional totalmente distintos daqueles que ensejaram a “*postura de combate*” da doutrina administrativista em matéria de controle dos poderes discricionários da Administração Pública, as teses neoconstitucionalistas parecem querer recuperar o discurso do início dos anos 1980 ao fazer com referências tardias, porque pós-1988, à “desmistificação” da discricionariedade administrativa, à reversão do seu “enclausuramento político”.^{xxxvi} Dentre as principais teses neoconstitucionalistas que vão influenciar diretamente a doutrina administrativista sobre o controle jurisdicional da discricionariedade destacam-se:

- i) a centralidade da distinção qualitativa entre princípios e regras para a interpretação e aplicação do direito;
- ii) a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais;
- iii) a ponderação de princípios constitucionais como método sucedâneo e oposto à subsunção na interpretação e aplicação do direito;

iv) a primazia do Poder Judiciário em relação ao Legislador e ao Administrador na interpretação dos princípios da Constituição (judicialização das relações políticas e sociais).

A questão do controle principiológico da discricionariedade administrativa remete à teoria do direito, uma vez que a própria definição de “princípios” não é consensual na doutrina. Expressiva maioria recorre ora ao critério hermenêutico de Ronald Dworkin, diferenciando princípios das “regras” pela *dimensão de peso* (*dimension of weight*) na aplicação, uma vez que os princípios, segundo Dworkin, ao contrário das regras que são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), devem ter seu “peso” ponderado na aplicação. Também é comum o recurso ao critério estrutural de Robert Alexy que propõe serem os “princípios” *mandados de otimização* e as regras *mandados de definição*, deixando clara a supremacia dos princípios sobre as regras. HUMBERTO ÁVILA (2010) vai relacionar definições de “princípios” de Josef Esser (“fundamento normativo para que determinado fundamento seja encontrado”); Karl Larenz (“normas que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”) e, Claus-Wilhelm Canaris (“princípios, ao contrário das regras, possuiriam conteúdo axiológico explícito (...) e receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”).^{xxxvii}

Diante desta pluralidade de acepções, RICCARDO GUASTINI afirma que a doutrina sequer deveria buscar uma “definição única” para o conceito de “princípios jurídicos”, mas reconhecer *pragmaticamente* que alguns autores os utilizam com determinado significado e outros com significado diverso, e que o termo “princípio” pode denominar mais de um fenômeno.^{xxxviii} Todavia, tais considerações estão longe de perquirir qual a relevância ou conveniência para a ciência jurídica da densificação do conceito de “princípio”. Pretende-se apenas chamar a atenção para a circunstância de que não obstante a indefinição teórica quanto ao que sejam ou devam ser “princípios jurídicos”, há um consenso da corrente principal do direito administrativo brasileiro quanto ao seu caráter vinculante para a atuação da Administração Pública, sejam os princípios “explícitos” ou “expressos”, constantes do *caput* do art. 37 da Constituição (*legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade*), sejam aqueles princípios elaborados pela doutrina e jurisprudência, denominados por sua condição *não-expressa* como princípios “implícitos”, “inerentes”, “doutrinários”, “reconhecidos”, “decorrentes” etc., os quais variam de autor para autor, de juiz para juiz e de tribunal para tribunal.

A doutrina administrativista (assim como a jurisprudência dos tribunais) vai fornecer inúmeros “cardápios” alternativos de princípios e contribuirá para aquilo que LENIO LUIZ STRECK chama de “pan-principiologismo”, fenômeno autorizativo de que “na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (...) o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”.^{xxxix} Neste quadro de incontáveis (e alguns incontroláveis) princípios, “a legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais”,^{xl} avultando o papel da “ponderação” diante do caso concreto, ainda que não se encontre na literatura especializada de direito administrativo quaisquer tentativas de demonstrar como eventuais “colisões de princípios” podem ser resolvidas dentro de parâmetros de racionalidade nos moldes propostos pela aplicação da “fórmula do peso” de Robert Alexy, jurista alemão ao qual os administrativistas e constitucionalistas brasileiros, em regra, apelam para fundamentar a técnica da “ponderação de princípios”, utilizando o instrumental teórico do autor como meros *topois* argumentativos (por todas as obras de Alexy referidas *ad nauseam*, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais* e o artigo “A fórmula do peso”).

Sob o argumento da “constitucionalização do ordenamento jurídico” o processo de erosão da legalidade administrativa pela ação da doutrina atinge o que parece ser o seu auge no conjunto de teses instrumentalizado pela jurisprudência para relativizar e limitar *in extremis* a atividade discricionária da Administração Pública, usurpando a legitimidade democrática das decisões da Administração Pública, advinda das eleições periódicas dos Chefes dos Poderes Executivos, além de proporcionar a fundamentação jurídica para criminalização político-civil das escolhas discricionárias dos agentes públicos pelo Poder Judiciário e Ministério Público.

CONCLUSÃO

A *mainstream* contemporânea da doutrina administrativista brasileira parece infensa às críticas ao crescente protagonismo judicial e para os riscos que o alargamento do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa baseado exclusivamente na “ponderação de princípios” pode representar para a separação de poderes, a legalidade e legitimidade democráticas da governança e à segurança jurídica. Na apuração do consenso majoritário em torno da “normatividade principialista” no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil percebe-se expectativas empolgadas por teses

que apostam na superação ou reformulação do positivismo jurídico no contexto do regime jurídico-administrativo brasileiro. Estes fundamentos dogmáticos assumidos pela corrente principal da doutrina administrativista nacional contribuem para aquilo que parece ser o estágio final de erosão da legalidade administrativa entendida como vinculação da Administração à lei.

Esta doutrina administrativa ressentese da falta de consenso mínimo na teoria do direito quanto ao que seja “princípio jurídico”, bem como da identificação destes e de seus respectivos conteúdos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com relação aos princípios ditos “implícitos” ou “doutrinários”. Estas circunstâncias são agravadas diante da instrumentalização judicial de conceitos fundamentais à doutrina principiológica, como “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “ponderação”, frequentemente aplicados como meros *topois* argumentativos que aludem a determinados pressupostos teóricos, porém não logram demonstrar sua adequada aplicação na atividade de controle dos atos discricionários da Administração Pública.

A doutrina administrativista que fundamenta a substituição da interpretação dos textos normativos por meio do processo lógico-subsuntivo em favor da “ponderação de princípios” de conteúdo incerto parece fundar-se num certo exagero ético-político quanto aos problemas relativos ao exercício da discricionariedade administrativa, na mesma medida em que parece exagerar as virtudes político-administrativas do Poder Judiciário para controlá-la irrestritamente. Esta postura é responsável pelo arcabouço técnico-operativo utilizado pelo Poder Judiciário para capturar a competência discricionária, tornando-a refém de interpretações casuísticas, contraditórias e, não raras vezes, desprovidas de fundamento constitucional ou legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO. *A Ciência Jurídica Administrativa* Coimbra: Edições Almedina, 2013.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11^a ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo*, 28^a ed., São Paulo: Malheiros Editores: 2011.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4º tir., São Paulo: Malheiro Editores, 2000.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007

BARROSO, LUÍS ROBERTO. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, in VIEIRA, OSCAR VILHENA; GLEZER, RUBENS (orgs.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pp. 25-77, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BINENBOJM, GUSTAVO “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, in *Revista Eletrônica de Direito e Reforma do Estado*, nº 13, março/abril/maio 2008, Salvador.

CONTINENTINO, MARCELO CASSEB. “História do *judicial review*: o mito de Marbury”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, nº 209, jan./mar. 2016 p. 115-132.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

_____. “Ato Administrativo - A tridimensão da discricionariedade”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 119, pp. 33-39, jan./mar. 1975

DEÁK, RENATO ALBUQUERQUE; NOBRE JUNIOR, EDILSON PEREIRA. “O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar”, in *Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife*, Vol. 89, nº 01, jan.-jun. 2017.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. “Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, pp. 9-24, Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro 2013.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. “Da constitucionalização do direito administrativo - Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, in *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, pp. 83-106, jan. / Jun. 2012.

DUARTE, DAVID. “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 2008, pp. 33-77.

EISENMANN, CHARLES. “O direito administrativo e o princípio da legalidade” (trad. por Ruth Barbosa Goulart), in *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, Rio de Janeiro, abr. jun. 1959, pp. 47-70.

FAGUNDES, MIGUEL SEABRA. “Conceito de mérito no Direito Administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, 1951, pp. 1-16.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Edição Revista Forense, 1957.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. “O princípio da legalidade”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 10, 1977, pp. 9-20.

GUASTINI, RICCARDO. *Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, 1998.

HOLANDA, SERGIO BUARQUE. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 30ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LEAL, VICTOR NUNES, “Poder discricionário e ação arbitrária da administração - comentário de Victor Nunes Leal”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, 1948, pp. 52-83.

MEDAUAR, ODETE. “Poder de Polícia”, p. 91, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 199, pp. 89-96, jan./mar. 1995.

MEIRELLES, HELY LOPES. “A Administração Pública e seus controles”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 114, pp. 23-33, out./dez. 1973.

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOGUEIRA, ATALIBA NOGUEIRA. “Seabra Fagundes, *doutor honoris causa*”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 66, pp. 51-75, 1971.

OTERO, PAULO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimp. da edição de Maio/2003, Coimbra: Edições Almedina, 2011.

PONDÉ, LAFAYETE. “A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 196, pp. 85-93, abr./jun. 1994.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNDFELD, CARLOS ARI. *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. “A Ordem dos Publicistas”, in *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, pp. 33-66, 2004.

STRECK, LENIO LUIZ. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, in LUIGI FERRAJOLI; LENIO LUIZ STRECK; ANDRÉ KARAM TRINDADE (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, pp. 59-94, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TÁCITO, CAIO. “Teoria e prática do desvio de poder”, *Revista de Direito Administrativo*, nº 117, pp. 1-18, jul./set. 1974.

ⁱ Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO, “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, passim, in OSCAR VILHENA VIEIRA E RUBENS GLEZER (orgs.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pp. 25-77, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. Em 2014, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na qualidade de “Orador Principal (*keynote speaker*) no 3º Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional”, realizado em Seul, citava textualmente Dalmo Dallari para destacar que “a ampliação das competências do Poder Judiciário, com o reconhecimento de seu papel político, é um fato já reconhecido no final do século vinte. (...) Agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça” (DALMO DALLARI, *O Poder dos Juízes*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 166)”. Fonte: *Portal do STF* [www.stf.jus.br].

ⁱⁱ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES [colaboração de Juliana Ferraz Coutinho], *A Ciência Jurídica Administrativa* Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 297.

ⁱⁱⁱ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discrecionariade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4º tir., São Paulo: Malheiro Editores, 2000, p. 48.

^{iv} MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “O princípio da legalidade”, p. 16, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 10, 1977, pp. 9-20.

^v PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimp. da edição de Maio/2003, Coimbra: Edições Almedina, 2011, pp. 154 e 904.

^{vi} MAURICE HAURIOU trata da questão “De la soumission au ‘bloc légal’ de toutes les existences sociales y compris l’Etat lui-même” (“Da submissão ao ‘bloco legal’ de toda a existência social, incluindo o próprio Estado”) em seu *Précis de droit administratif et de droit public général: à l’usage des étudiants en licence et en doctorat às-ciências politiques*, Paris: Hachette, s/d, fac-símile da edição de 1900, apud RENATO ALBUQUERQUE DEÁK e EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR, “O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar”, p. 145, in *Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife*, Vol. 89, nº 01, jan.-jun. 2017.

^{vii} CHARLES EISENMANN, “O direito administrativo e o princípio da legalidade” (trad. por Ruth Barbosa Goulart), p. 49 -50, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, Rio de Janeiro, abr. jun. 1959, pp. 47-70.

^{viii} VICTOR NUNES LEAL, “Poder discricionário e ação arbitrária da administração - comentário de Victor Nunes Leal”, p. 52, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, 1948, pp. 52-83.

^{ix} SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 30ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 31.

^x ODETE MEDAUAR, “Poder de Polícia”, p. 91, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 199, pp. 89-96, jan./mar. 1995.

^{xi} As primeiras leis sobre o *desvio de poder* ou de *finalidade* só surgiriam a partir dos anos 1950. O art. 3º da Lei nº 1.207, de 25/10/1950, regulou hipótese típica de desvio de poder, embora sem assim denominá-la, ao cominar nulidade da designação pela autoridade administrativa de local inadequado para realização de comércio

político que importasse em frustração do direito de reunião, admitindo a via judicial para indicação de lugar apropriado. O art. 28 da Lei nº 1.522, de 26/12/51 previu aplicação de sanção disciplinar para a prática de ato administrativo eivado de desvio de poder. O art. 2º da Lei nº 4.717, de 29/06/1965, contemplou o desvio de finalidade entre as causas de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

^{xii} CARLOS ARI SUNDFELD, “A Ordem dos Publicistas”, p. 46, in *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, pp. 33-66, 2004.

^{xiii} CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1987, p. 249.

^{xiv} Constituição da República: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que incluiu o “princípio da eficiência” no rol originário)”

^{xv} RICCARDO GUASTINI representa simbolicamente a possibilidade de norma sem disposição como: ? ⇒ N. Para o autor, “a locução ‘norma não expressa’ será uma espécie de oximoro. A rigor, não existem coisas como normas não expressas, já que uma norma ou é expressa por uma disposição, ou não é. (...) Eis porque a distinção entre disposição e norma presta-se também a este uso: traçar uma linha de demarcação entre interpretação de documentos normativos e interpretação do direito.” (*Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005 pp. 42-43). Humberto Ávila afirma que “em alguns casos há norma mas não dispositivo. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 30 e 33).

^{xvi} JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 110 (itálicos no original).

^{xvii} MARCELO CASSEB CONTINENTINO, “História do *judicial review*: o mito de Marbury”, p. 129, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, nº 209, jan./mar. 2016 p. 115-132. Com apoio em J. R. Saylor (“Judicial review prior to Marbury v. Madison”, *Southwestern Law Journal*, v. 7, p. 88-96, 1953), o autor ressalta que “essa premissa, isto é, a não previsão expressa do *judicial review* no texto da Constituição americana significa que os *Fathers* a rejeitaram, é questionável. A propósito, ver opinião de Saylor, para quem sua não instituição no texto constitucional decorreu da desnecessidade de sua elaboração normativa, em face de constituir uma prática já integrada à prática judicial.” (p. 117).

^{xviii} LAFAYETE PONDÉ, “A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo”, p. 85, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 196, pp. 85-93, abr./jun. 1994.

^{xix} MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, (...), p. 170.

^{xx} No texto original: “Une théorie aussi ingénieuse permet d'atteindre dans l'acte administratif le vice le plus caché et le plus imperceptible, et peut-être le plus dangereux, le détournement de pouvoir” (Henri Ebrén, *Théorie du détournement de pouvoir*, 1901, p. 28, apud CAIO TÁCITO, “Teoria e prática do desvio de poder”, p. 3, *Revista de Direito Administrativo*...

^{xxi} MIGUEL SEABRA FAGUNDES, 1951 “Conceito de mérito no Direito Administrativo”, pp. 1-2, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, 1951, pp. 1-16.

^{xxii} Sobre a relevância da doutrina e jurisprudência produzida por Seabra Fagundes, cf. ATALIBA NOGUEIRA, “Seabra Fagundes, doutor honoris causa”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 66, pp. 51-75, 1971.

^{xxiii} OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 484-485 e 487 (primeira edição, originalmente em dois volumes, vol. I em 1969 e vol. II em 1974).

^{xxiv} HELY LOPES MEIRELLES, “A Administração Pública e seus controles”, pp. 23 e 24, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 114, pp. 23-33, out./dez. 1973.

^{xxv} JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 150 (primeira edição em 1975).

^{xxvi} Idem, “Ato Administrativo - A tridimensão da discricionariedade”, p. 36, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 119, pp. 33-39, jan./mar. 1975 e *Manual de Direito Administrativo...*, Capítulo XVII, pp. 401-407.

^{xxvii} CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores: 2011, p. 48.

^{xxviii} CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 133.

^{xxxix} CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 251. A partir de 1993, a obra passou a ser publicada sob o título *Curso de Direito Administrativo*, mantida a posição e redação originais (cf. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 1000).

^{xxx} Idem, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4º tir., 2000, São Paulo: Malheiro Editores, pp. 18-31 e p. 48.

^{xxxi} Idem, *Curso de Direito Administrativo...* pp. 981 e 998.

^{xxxii} MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, passim. São Paulo: Atlas, 1991.

^{xxxiii} Idem, “Da constitucionalização do direito administrativo - Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, p. 5 (itálicos no original), in *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, pp. 83-106, jan. / Jun. 2012.

^{xxxiv} Idem, “Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, pp. 9-24, Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro 2013.

^{xxxv} DAVID DUARTE, “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, pp. 39-40, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 2008, pp. 33-77.

^{xxxvi} Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

^{xxxvii} HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 35-36.

^{xxxviii} RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 276. Guastini vai discorrer sobre a tipologia dos princípios em *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli, 1996, pp. 116 e ss.

^{xxxix} LENIO LUIZ STRECK, “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, p. 67, in LUIGI FERRAJOLI; LENIO LUIZ STRECK; ANDRÉ KARAM TRINDADE (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, pp. 59-94, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

^{xl} GUSTAVO BINENBOJM “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, in *Revista Eletrônica de Direito e Reforma do Estado*, nº 13, março/abril/maio 2008, Salvador.

Capítulo 6 - DOI:10.55232/1082024.6

**TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O PRINCÍPIO DA
COMPLEMENTARIDADE NA PERSPECTIVA DO
HUMANISMO COMO VALOR CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEO**

Raimundo Paulino Cavalcante Filho

RESUMO: Trata-se de pesquisa e reflexão acerca dos fundamentos de concepção do Tribunal Penal Internacional (TPI), assim como dos precedentes à criação ao longo da história, além de exame criterioso quanto à relação entre o princípio da complementaridade, que norteia o Tribunal Penal Internacional (TPI), e o constitucionalismo brasileiro, mediante a adoção de metodologia analítica com revisão bibliográfica. Como resultado, apresenta-se a ideia de uma solução razoável quanto à tensão transconstitucional surgida entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Referida metodologia autorizou concluir pela promoção do humanismo como valor constitucional contemporâneo, porquanto a nova realidade demanda um novo direito, sobretudo diante do pluralismo jurídico e da nova interpretação, enfim, do Direito em mutação, sob a égide da dignidade da pessoa humana e independentemente da origem nacional, da raça, do gênero, da cor, da religião e da concepção política.

Palavras-chave: TPI, Humanismo, Constitucionalismo

INTRODUÇÃO

A existência do Direito transcende o plano do empirismo, porque idealizado no aspecto da realidade cultural, manifestando-se por meio da conduta humana. Derivado da atividade humana – esboçada e construída na perspectiva da realidade das condutas em interferência intersubjetiva –, o Direito ordena comportamentos, estabelecendo-se como preceito de vida social, induzindo as pessoas a se vincularem, empenhando-se entre si, incumbindo-se reciprocamente, sendo certo que a pesquisa científica há de calcar-se tanto na compreensão crítica da realidade quanto no ideal de reconstrução.

Demarcada a compreensão crítica da realidade, conjectura-se, como projeto de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a inauguração de um novo modelo de solução de tensão transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e o regime constitucional brasileiro, traduzida na ideia de que o Tribunal Penal Internacional (TPI) detém apenas competência complementar ou subsidiária, assistindo ao nacional, destarte, o direito subjetivo de submeter-se à jurisdição do Estado brasileiro previamente à entrega ao Tribunal Penal Internacional (TPI).

Como se conhece, o artigo 77, n. 1, alínea “b”, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), adotado em 17 de julho de 1998 e vigente na ordem internacional a partir de 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo n. 112, de 2002, prevê a prisão perpétua, “se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem”.

Por outro lado, o Brasil proíbe a pena de prisão perpétua, consoante dicção do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal de 1988, além de que, segundo o disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV, da referida Carta Magna, veda a aplicação de penas de “caráter perpétuo”, garantia esta incluída na relação dos direitos e garantias individuais, pelo que jamais pode ser suprimida, uma vez que se trata de cláusula pétreia.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LI, dispõe que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da

naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

Portanto, presente uma tensão transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e o regime constitucional brasileiro, mostrando-se plausível uma solução da tensão calcada na aplicação subsidiária da competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), sob a perspectiva de que não detém primazia sobre as jurisdições nacionais, mas apenas competência complementar, especialmente em razão do humanismo elevado à categoria de valor constitucional contemporâneo, despontando-se, assim, a relevância da pesquisa.

Com o fito de contextualização da temática, propõe-se, no primeiro capítulo, uma análise dos fundamentos da criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), assim como dos Tribunais precedentes ao longo da história, para, no segundo capítulo, abordar-se a dignidade humana como valor constitucional contemporâneo e, no último capítulo, o pano de fundo da pesquisa, qual seja, a relação entre o princípio da complementaridade, que norteia o Tribunal Penal Internacional (TPI), e o constitucionalismo brasileiro, dando-se relevo à ideia de uma solução plausível quanto à tensão despontada, nomeadamente sob a perspectiva do humanismo como categoria constitucional contemporânea.

Quanto aos fins, a pesquisa mostra-se descritiva e explicativa. Acerca da orientação de pesquisa, emprega-se o Historicismo Crítico enquanto matriz disciplinar, conquanto considerada a influência cultural sobre o conhecimento. No que se refere aos meios, consiste a pesquisa bibliográfica em análise doutrinária. Utiliza-se o método científico dedutivo, nos moldes da dogmática jurídica.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI)

A criação de um Tribunal Internacional, para fins de julgamento de crimes, pode ser concebida como amíúde, sendo certo que as normas internacionais consecutivamente suscitaram insegurança no que se refere à aplicabilidade, quando o sujeito, isoladamente ou

representando o Estado, perpetrara atos reputados como adversos à humanidade, geralmente causados nas situações de conflitos armados.

Nessa perspectiva, pontua-se que o mundo, indefeso, segue reagindo, mediante a união de forças contrárias, porquanto perecem à comunidade internacional estruturas confiáveis no sentido de reprimir e, sobretudo, prevenir referidos atos, especialmente quando considerados fatos marcantes da história humana, uma vez que são reveladores da barbaridade do homem, como vinganças, torturas, matanças.¹ Nessa linha de reflexão, traz-se à colação a doutrina de Husek (2004, p. 235-236):

¹ Nesse contexto, conquanto longa, mostra-se oportuna e adequada à presente pesquisa teoria de D'Adesky, nos seguintes termos: "A primeira definição jurídica dos crimes contra a humanidade, consta no Estatuto do Tribunal Militar Internacional, instalado em Nuremberg, através do Acordo de Londres de 8 de agosto de 1945, assinado pelos quatro grandes vencedores da Segunda Guerra Mundial: os Estados Unidos, o Reino Unido, a União Soviética e a França. De acordo com o artigo 6 (c) do Estatuto do Tribunal, entende-se por crimes contra a humanidade os seguintes atos: 'atrocidades e delitos, incluindo o assassinato, o extermínio, a redução em escravidão, a deportação, todo ato desumano cometido contra as populações civis antes ou durante uma guerra, bem como as perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, que tenham ou não constituído uma violação do direito interno do país onde foram perpetrados'. Essa definição formal, foi utilizada nos processos dos criminosos de guerra nazistas, em Nuremberg (14 de novembro de 1945 a 1 de outubro de 1946). Segundo o estatuto de Nuremberg, os 'crimes contra a humanidade' dizem respeito ao direito internacional, podendo ser variados e abrangendo, também, os crimes de guerra. Assim, as condenações, naquele julgamento, foram fundamentadas tanto no estatuto quanto nos crimes de guerra, o que permitiu condenar os criminosos nazistas, de acordo como esses dois conteúdos jurídicos. Depois de Nuremberg, a autonomia dos crimes contra a humanidade, afirma-se gradativamente, em relação aos crimes de guerra. Sua definição, já incorporada nos Princípios das Nações Unidas, foi posteriormente complementada com a inclusão do genocídio e do apartheid. Esta inclusão foi feita com base na Convenção Internacional sobre o Genocídio de 1948, na Convenção Internacional sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, e na Convenção sobre o Apartheid, de 1973. No rastro da criação, pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia (TPII) e Ruanda (TPIR), respectivamente em 1993 e 1994, a lista dos crimes contra a humanidade foi novamente ampliada para abrigar, sob certas condições, os estupro e as torturas. Na sentença Tadic, de 2 de outubro de 1995, do Tribunal Penal Internacional da ex-Iugoslávia, a câmara de apelação considerou que, a condição da existência de um laço necessário entre os crimes contra a humanidade e um conflito armado internacional, não era mais requerido pelo direito consuetudinário internacional. Em outras palavras, ficou estabelecido que um crime contra a humanidade, pode ser cometido também em tempo de paz. No Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) de 1988, a definição do crime contra a humanidade tem sido ampliada, através da inclusão da noção de desaparecimento forçado, do estupro, e da escravidão sexual, como novas formas de perseguição. Além disso, a definição do estatuto do TPI faz referência a um 'ataque generalizado ou sistemático'. O termo 'generalizado', de ordem quantitativa, evoca o número de vítimas, enquanto o adjetivo 'sistemático' contém a ideia de um plano metódico, sendo que o ataque deve ter sido realizado contra a população civil. A noção de crime contra a humanidade, alcançou maior autonomia no contexto de situações de guerra, mas a humanidade que o direito internacional pretende proteger, é definida pela enumeração de comportamentos, considerados como 'os mais graves'. Atualmente, os crimes contra a humanidade dizem respeito à enumeração, sempre atualizada, de atrocidades que desafiam a imaginação e que chocam profundamente a consciência humana. Assim, a comunidade internacional reunida em Durban, de 31 de agosto a 7 de setembro de 2001, na Conferência Mundial da ONU, contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, reconheceu: '[...] que a escravidão e o tráfico escravo são crimes contra a humanidade e assim devem sempre ser considerados, especialmente o tráfico de escravos transatlântico, estando entre as maiores manifestações e fontes de racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata [...]'. Entretanto, o crime de ecocídio, bem como os danos maiores infligidos ao meio ambiente, continuam fora da competência do TPI. Observa-se que o porta-voz do tribunal chegou a afirmar, em

A política mundial, dominada pelo egoísmo, pela concentração de poderes, pela conquista – antigamente de territórios – hoje de mercados, impositiva de normas étnicas, religiosas, sociais, econômicas, propicia o aparecimento de ditadores, de grupos de domínio, de fanáticos, sem que tenhamos um sistema de defesa e preservação. Não há governante que consiga preservar o povo e o território dos ventos internacionais. Quem tenta assim agir para um preço alto de isolamento e incompreensão. Governar com os olhos voltados apenas para a área doméstica é um convite à sucumbência político-econômica e ao enfraquecimento, ainda maior, da soberania estatal, já relativizada pela realidade econômica mundial. Para conservar a soberania e a independência é necessário abrir as portas para a negociação e o diálogo. Conviver é a palavra chave. A diplomacia com maleabilidade, talvez uma redundância, aceita o sistema, torna o terreno mundial menos árido e inibe, com maior sucesso, a ação de grupos extremistas. A saída é pelo jogo da inteligência e da sedução: compreensão, assimilação, entendimento, percepção. Estamos a caminho da era do espírito.

Defende o citado teórico que a construção de muros altos para separar povos, como na Alemanha e em Israel, ou “determinar ataques para manter o domínio ou expandi-lo é a estratégia da força e não a força da estratégia”, sobretudo em razão de que a primeira lesa “os princípios internacionais de convivência, de humanismo, de busca da paz; destrói”, enquanto a segunda depende “do uso da inteligência e poderá, também, contrariar normas, mas encontrará obstáculos maiores e a tendência será compor, administrar, redefinir metas” (HUSEK, 2004, p. 236).

Assim, faz-se necessário o aprimoramento do sistema internacional, sendo certo que a criação dos Tribunais internacionais, sob a égide de princípios perfilhados e aceitos, nascidos da harmonia, de uma realidade mundial de paz, de sobrevivência, independentemente de raça, credo religioso e concepção político-ideológica, cumpre parte desse encargo, contrapondo-se à ideia de Tribunais de Guerra, concebidos pelos vencedores, na injunção de razões políticas. Nessa linha de pensamento, mostram-se acertadas as palavras de Husek (2004, p. 236-237), sobretudo quanto à solução dos conflitos internacionais:

Para o Estado dá-se ênfase às soluções negociadas; não causam submissão e são mais duradouras. Para o ser humano ou grupo de pessoas que quebram as regras do trato social, de forma abrupta e com consequências sérias, a solução judiciária é a prática dos Estados e parece ser o caminho no Direito Internacional. Algumas tentativas ocorreram ao longo da história, que pecaram pela base, pelo motivo da criação. Outras, como o Tribunal de Tóquio e o de Nuremberg, buscaram o

março de 2015, que: “[...] as destruições do meio ambiente não podem ser consideradas pelo Tribunal, a não ser que sejam cometidas tendo em vista a efetivação de um dos quatro crimes de sua competência: genocídio, crime contra a humanidade, crime de guerra ou crime de agressão à paz”’. (D’ADESKY, 2020).

estabelecimento de comandos sentenciais exemplares que pudessem impor a futuros desrespeitadores dos direitos fundamentais e dos princípios de convivência, o medo de agir mal. Soluções de urgência, também, vieram à tona, como os Tribunais *ad hoc* de Ruanda e da Iugoslávia, para julgamento dos crimes cometidos nos respectivos territórios. Tais tribunais são bem diferenciados dos Tribunais que cuidam dos atos e litígios dos Estados, como a Corte Internacional de Justiça ou o Tribunal da Comunidade Européia. Contudo, o princípio é o mesmo: a solução por intermédio de um corpo de Juízes.

Segundo doutrina nacional (D'ADESKY, 2020, no prelo), “o valor fundamental que sustenta a humanidade é, antes de tudo, a proteção da vida ameaçada por assassinatos e genocídios”, porém, consoante a referida doutrina, “esse valor não se limita apenas à vida a ser protegida, pois os crimes contra a humanidade incluem também os estupros, que não são necessariamente seguidos de assassinatos”, sobretudo quando praticados “como meta de uma política de purificação étnica”, compreendendo, também, “os atos de tortura, praticados no contexto de um ataque generalizado ou sistemático, lançado contra uma população civil”, pontuando, nessa linha, a citada teoria (D'ADESKY, 2020, no prelo):

Nesse contexto, convém evocar a jurisprudência do TPII, em 1996, no primeiro julgamento de condenação do caso Erdemovic, ao designar expressamente a humanidade como sujeito de direito – “Diferentemente do direito comum, o objeto do prejuízo não é mais somente a integridade física da vítima, mas a humanidade inteira”. E o TPII acrescenta: “[...] é visada e negada a própria humanidade”. É, portanto, a identidade da vítima, que marca a especificidade do crime contra a humanidade. Em outras palavras, o direito internacional penal deve se fundar sobre os valores comuns, compartilhados pela comunidade internacional. O que era um mito, tende a se tornar uma realidade ainda muito frágil, que falta construir e consolidar.

Nessa contextura, urge pontuar o surgimento de uma nova modalidade de julgamento internacional, em relação às pessoas, isto é, a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), pela Conferência Diplomática Internacional da ONU, realizada em Roma, no dia 17 de julho de 1998, o qual entrou em operação em 1º de julho de 2002, confirmando, assim, “a existência de uma realidade do ser humano, atuando de forma ilícita além das fronteiras de seu país ou mesmo dentro dessa fronteira, mas contra a humanidade” (HUSEK, 2004, p. 237).

Pertinente, nessa linha, a doutrina de Madeira Filho e Callegari (2012, p. 198), citando Morin, Giddens, Bauman e Luhmann, sobre o estágio atual da vida moderna, complexa, líquida e sistemicamente acoplada, ao afirmarem ser imperativa “a ruptura de paradigmas para superação dos mais variados obstáculos epistemológicos que prejudicam o desenvolvimento do pensamento científico”.

A DIGNIDADE HUMANA COMO VALOR CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

A dignidade da pessoa humana restou alçada à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, inciso III), sendo considerado pela doutrina constitucional como princípio conformador de todo o ordenamento jurídico nacional, constituindo, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos, seguindo a convergência da comunidade internacional de reconhecer a pessoa humana como o centro e o fim do Direito, valor fundamental dos Estados Democráticos, de consideração ao próximo, no sentido de que todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento da mesma forma digno.²

Nessa contextura, acatada doutrina portuguesa reconhece a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República (CANOTILHO, 2003, p. 226). A dignidade, nas palavras de Nunes (2009, p. 47), é “o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”, sendo ela “que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete”. O princípio da dignidade da pessoa humana representa para Sarmento (2000, p. 59-60) “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

Nesta direção, autorizada doutrina nacional expressa a importância da dignidade humana, caracterizando-a como “um valor que inspira o sistema jurídico como um todo, é a essência axiológica da norma” e “como princípio-essência que é, não admite concorrência” (DERANI, 2008, p. 242-243). O princípio da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Britto (2007, p. 27), apresenta a seguinte acepção:

² Nesse sentido, dispõe o art. 1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.” Na mesma acepção reza o art. 1º da Constituição da República Portuguesa: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

[...]. O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um inverso em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, **se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte**. A exibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão de vida comum civilizada (o próprio Direito a, mais que impor respeito, **se impor ao respeito**, como diria o juiz-poeta sergipano João Fernandes de Britto).

A dignidade da pessoa humana, a toda evidência, está na raiz dos direitos materialmente fundamentais e significa a essência de cada um deles. Representa “a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar” (BARROSO, 2010, p. 252). O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a concepção de Andrade (2004, p. 102), “está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”.

A proteção e defesa da dignidade da pessoa humana atingiram importância ímpar nesta quadra histórica, notadamente em razão dos avanços tecnológicos e científicos experimentados pela humanidade. Diante desse cenário, adverte Melo (2008, p. 11) que “o valor ou princípio da dignidade da pessoa humana deve ter sentido de normatividade e cogência e não de meras cláusulas ‘retóricas’ ou de estilo ou de manifestações de bons propósitos”.

Ao escrever sobre a dimensão humana do Direito do Trabalho, ressalta Dutra (2007, p. 59) que se vivencia “um cenário de desigualdade social e miséria, que leva os pais a entregarem uma filha para trabalhar em casa de terceiros, para não vê-la passar pelo sofrimento da fome”, situação esta que, segundo a autora, “explica o porquê da aceitação cultural do trabalho infante-juvenil, a ponto de traduzir-se como justificativa para a sua legitimação”.

Nesse contexto, colige-se no sentido de que a “dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, que não pode ser alienada ou renunciada, existente em todos os seres humanos de forma inerente, independentemente de circunstâncias concretas”, constituindo-se simultaneamente “limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, além de

possuir uma dimensão defensiva e prestacional”, concebendo-a, ainda, como preexistente ao direito, a ele cabendo o papel “de mero protetor e promotor” (LEITE, 2010, p. 45). Urge registrar, sob essa óptica, a afirmação de Sarlet (2007, p. 50):

Sustenta-se que uma dimensão dúplice da dignidade manifesta-se enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Pode-se coligir, na perspectiva dos direitos humanos, que o “valor da pessoa humana enquanto ‘valor-fonte’ da ordem de vida em sociedade encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” (LAFER, 1988, p. 20). Destarte, a Constituição Federal de 1988, ao alçar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático e Social de Direito, informa a premissa de que o Estado brasileiro existe em função da pessoa humana, vale dizer, a dignidade da pessoa humana é o fim maior do Estado, como se depreende da regra constante do artigo 4º, inciso II, ao inscrever a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios norteadores do Brasil nas respectivas relações internacionais. No tema, mostra-se importante colacionar as ideias de Barroso (2010, p. 253):

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Nunes (2009, p. 50), por seu turno, identifica a dignidade da pessoa humana como uma vitória da razão ético-jurídica, resultado da reação a história de barbaridades que, segundo concebe, marca a existência humana. Acresce o autor (NUNES, 2009, p. 50):

Não é à toa que a Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra traz, também, estampada no seu artigo de abertura que “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”. Foi,

claramente, a experiência nazista que gerou a consciência de que se devia preservar, a qualquer custo, a dignidade da pessoa humana.

Ao proceder à análise do princípio da dignidade da pessoa humana sob a concepção metafísica do ser humano, escrito de majestosa estirpe doutrinária o considera como “valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional – em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º da Carta Política de 1988” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 172).

Alexy (2008, p. 111-114), ao revés, conquanto não tenha a pretensão de desbotar o princípio da dignidade da pessoa humana, a ele recusa o caráter absoluto, pois o concebe enquanto exequível em graus de realização, isto é, em parte como norma-regra, em outra como norma-princípio, sujeitando-se, no caso concreto, a pesagem em face de outra norma-regra ou ponderação em caso de colisão com outra norma-princípio. Nesse contexto, vale transcrever a afirmativa de Bobbio (2004, p. 19-20):

Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar. Nesses casos, a escolha parece fácil; e é evidente que ficaríamos maravilhados se alguém nos pedisse para justificar tal escolha (consideramos evidente em moral o que não necessita ser justificado).

Ousa-se discordar da concepção que marca de relatividade o princípio da dignidade da pessoa humana, isto por reputá-lo como metajurídico, pré-constitucional, valor fundante da soberania popular, justaposto a todos os bens, valores ou princípios constitucionais e, portanto, de caráter absoluto, insuscetível assim, a dignidade humana, de embater-se com eles, “mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos

– ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 174).

Pode-se coligir, nessa contextura, que a concepção moderna do princípio da dignidade da pessoa humana teve como suporte a filosofia de Immanuel Kant, originando teorias éticas suplantadoras do utilitarismo, pois enquanto as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade.³

Urge assinalar que no constitucionalismo moderno, com a passagem do Estado liberal ao Estado social, houve a ampliação da igualdade e da liberdade no corpo social. Nessa conjuntura, consoante os escólios de Bonavides (1996, p. 12-13), essa institucionalização representa a “concretização dos direitos fundamentais em sua concepção humanística, universalizadora, de teor mais largo, atada ao estabelecimento e promoção da justiça”. Desse modo, definiram-se consideráveis direitos, com o fito de garantir a “dignidade social e material do ser humano”, mediante o intervencionismo, a patronagem e o paternalismo (BONAVIDES, 1996, p. 203).

Nesse contexto, as constituições contemporâneas consolidaram a justiça social, de modo a assegurar os direitos da personalidade, resguardando o caráter inviolável e inexorável da dignidade humana. Enfim, a dignidade da pessoa humana está no cerne central dos direitos fundamentais, extraíndo-se dela a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto em seu aspecto físico quanto moral.

Destarte, infere-se que a passagem do Estado liberal para o Estado social, com a ampliação dos ideais de liberdade e de igualdade, proporcionou a institucionalização de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, faz-se primordial a ideia de que, nada obstante o Brasil se submeta à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI), nos termos do artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal de 1988, a entrega de brasileiro para fins de julgamento pelo aludido Tribunal deve ser analisada sob a perspectiva do

³ “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...]. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade” (KANT, 2005, p. 77-78).

humanismo enquanto categoria constitucional contemporânea, tal como delineado nos artigos 4º, inciso II, 5º, inciso LI, e 60, § 4º, inciso IV, da Carta Magna de 1988.

Doutrina constitucional nacional (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 663-664) concebe como delicada a questão da “entrega de brasileiro para julgamento” por parte do Tribunal Penal Internacional, classificando como essencial o debate, exatamente “em face da norma contida no art. 5º, LI, da CF/88, que proíbe a extradição de brasileiros e, por outro lado, do § 4º do mesmo art. 5º da CF/88, a dizer que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Acresce que o próprio “Estatuto de Roma, que instituiu o TPI, em seu art. 102 (Dec. n. 4.388, de 23-9-2002), pretendeu distinguir o instituto da ‘entrega’ daquele da ‘extradição’. Enquanto por ‘entrega’ entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do Estatuto do TPI, por ‘extradição’ entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme prevista em um tratado, em uma convenção ou no direito interno”.

O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE SOB A PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

Como se faz cediço, o Tribunal Penal Internacional (TPI), diferentemente dos Tribunais de Nuremberg, Tóquio, Ruanda e ex-Iugoslávia, tem o escopo de permanência, inserindo-se no sistema internacional, sob a perspectiva do que se denominou no Direito Internacional de “Direito Internacional Humanitário”.⁴

Nesse contexto, cumpre registrar que o papel do Tribunal Penal Internacional (TPI), conforme teoria nacional ((D’ADESKY, 2020, no prelo), “é ser complementar às jurisdições penais nacionais”, ou seja, o Tribunal Penal Internacional (TPI) somente poderá exercer sua competência “no caso em que um Estado tenha evitado abrir inquérito ou não tenha intentado uma ação judicial”, tratando-se, pois, do princípio da complementaridade, o qual, consoante referida teoria, “está acompanhado por numerosas garantias, entre as quais o

⁴ “O Direito Internacional Humanitário é um corpo de normas que regra a atuação das partes nos conflitos armados e logo após o término do conflito (escolha dos meios de guerra. Respeito à pessoa, à sua dignidade e desenvolvimento; respeito aos prisioneiros; proteção de feridos e enfermos; proteção dos civis, etc.), baseado em costumes e convenções.” (HUSEK, 2004, p. 239)

direito para os Estados Nacionais, para o réu, e até mesmo para os Estados não partes de contestar a competência do tribunal para o acolhimento do caso”.⁵

Desponta, nesse contexto, quanto ao Brasil, uma tensão entre a ordem constitucional nacional e o Tribunal Penal Internacional (TPI), porquanto a circunstância em que a norma internacional de proteção dos direitos humanos foi evocada apresenta-se como um cerceamento a direitos fundamentais da Constituição estatal. Nesse sentido, traz-se à colação a doutrina de Neves (2014, p. 196-197)

Esse é o caso da colisão entre a Constituição brasileira e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que foi adotado em 17 de julho de 1998 e entrou em vigor na ordem internacional em 1º de julho de 2002, tendo sido ratificado pelo Brasil mediante o Decreto Legislativo nº 112, de 2002. Enquanto o artigo 77, nº 1, alínea b, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal, prevê a prisão perpétua (“se o elevado grau da ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado a justificarem”), essa pena é proibida conforme o artigo 5º, inciso XLVII, alínea b, da Constituição Federal. Embora o artigo 5º, § 4º, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, tenha estabelecido que o “Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, a questão permanece problemática, tendo em vista que, de acordo com artigo 60, § 4º, inciso IV, do diploma constitucional brasileiro, a vedação de penas de “caráter perpétuo”, incluída no catálogo dos direitos e garantias individuais, não pode ser abolida, pois é cláusula pétrea. Por um lado, a compreensão de direitos humanos pelo direito internacional público parte das preocupações com os crimes escandalosos e chocantes contra a humanidade. Por outro, o ponto de partida da compreensão constitucional brasileira dos direitos fundamentais reside no entendimento de que a prisão perpétua viola os direitos humanos. Uma solução unilateral não é adequada nesse caso. De acordo com os casos precedentes, há a tendência na jurisdição constitucional brasileira de exigir uma condição específica para a extradição do suposto criminoso a ser processado ou do criminoso já condenado pelo Tribunal Penal Internacional (TPI): ele só será entregue se a prisão perpétua for comutada em uma pena de, no máximo, trinta anos. Embora, a rigor, não se trate de extradição na hipótese de uma corte internacional, pois o conceito de extradição refere-se à relação entre Estados, essa solução poderá ser adotada para os casos de pedido ao Brasil da entrega de criminosos, réus ou indiciados ao Tribunal Penal Internacional. Essa é uma solução intermediária, que, embora não seja inteiramente compatível com o Estatuto de Roma, pode ser suportada pelo Tribunal Penal Internacional em uma posição construtiva e disposta ao aprendizado.

Segundo o citado teórico, a questão suscitada poderá tornar-se um tanto quanto precária caso o Supremo Tribunal Federal considere a hipótese como de “extradição” e afirme

⁵ “Observa-se uma diferença fundamental, em relação aos tribunais *ad hoc* (ex-Iugoslávia e Ruanda, por exemplo). Estes últimos têm primazia sobre as jurisdições nacionais, mesmo quando existe um julgamento já em curso, no plano nacional.” (D’ADESKY, 2020)

a respectiva “jurisprudência de não extradição de brasileiros, nos termos do artigo 5º, inciso LI, da Constituição brasileira”, advertindo o referido doutrinador (NEVES, 2014, p. 196-197):

Nesse caso, não seria tão simples a solução do conflito normativo. Porém, não parece correta, como já foi adiantado, a extensão semântica desse preceito, no sentido de que essa proibição valha também para a entrega de criminoso, réu ou indiciado ao TPI, pois a extradição refere-se à relação entre Estados. Sem dúvida, mesmo admitida essa interpretação do conceito de extradição, ainda surgirão novamente problemas pela invocação do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, que não permite a abolição de garantias de direitos fundamentais (“cláusulas pétreas”). O rumo dos desenvolvimentos nesse contexto normativo permanece aberto. Não obstante, a disposição para o aprendizado em ambos os lados, mediante a formação de uma rede transversal construtiva, ou seja, o transconstitucionalismo, é decisiva para soluções satisfatórias nessa área de colisão. Internacionalismo e nacionalismo, nessa hipótese, poderão levar a atitudes destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, o teórico André de Carvalho Ramos, citado por Husek (2004, p. 243), sustenta que o ato de entrega, o qual recebe o nome de *surrender*, não se confunde com a extradição:

O art. 102 do Estatuto expressamente diferencia a extradição do ato de entrega. A extradição é termo reservado ao ato de cooperação judicial entre Estados soberanos. Já o *surrender* é utilizado no caso específico de cumprimento da ordem internacional de proteção de direitos humanos, como é o caso do Tribunal Penal Internacional.

Colige-se, pois, que a barreira se mostra superável, visto que se trata de *surrender*, em inglês, e *remise* em francês, diferentemente de extradição. Com efeito, observa-se em doutrina nacional (D’ADESKY, 2020, no prelo):

Para evitar o estabelecimento de uma “justiça seletiva”, onde os membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU pudessem, eventualmente, controlar a justiça penal internacional, sendo estes ao mesmo tempo excluídos *a priori* do exercício de sua competência, em razão de seu direito de veto em vigor no Conselho de Segurança, o Estatuto do TPI não tem sido imposto pelo Conselho de Segurança, mas negociado pelos Estados. Essa situação, engendrou uma constante tensão entre a lógica de uma justiça penal internacional e uma lógica de soberania. Essa tensão se reflete nas disposições definidas em referência à complementaridade do TPI, aos mecanismos para acioná-lo e às condições restritivas do exercício da sua competência.

Nesse contexto, autorizada doutrinadora nacional, após defender a responsabilidade principal dos Estados nacionais no que se refere ao julgamento de sujeitos por violação dos

direitos humanos, aponta os pressupostos nos quais a atuação do Tribunal Penal Internacional (TPI) mostrar-se-ia legítima (PIOVESAN, 2008, p. 223-224):

Surge o Tribunal Penal Internacional como aparato complementar às cortes nacionais, com o objetivo de assegurar o fim da impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Afirma-se, desse modo, a responsabilidade primária do Estado com relação ao julgamento de violações de direitos humanos, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Vale dizer, a jurisdição do Tribunal Internacional é adicional e complementar à do Estado, ficando, pois, condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. O Estado tem, assim, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, tendo a comunidade internacional a responsabilidade subsidiária. Como enuncia o art. 1º do Estatuto de Roma, a jurisdição do Tribunal é adicional e complementar à do Estado, ficando condicionada à incapacidade ou à omissão do sistema judicial interno. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.

Nessa linha de raciocínio, extrai-se da doutrina de Barreto (2014, p. 17-18) que a “Constituição pode ser vista no plano *jurídico-normativo* ou no plano *fático-político*”, pois “a Constituição sofre os mesmos influxos da vida social e política na qual está inserida”, aproximando-se os conceitos transcritos da ideia do designado “constitucionalismo moderno, movimento que teve início na Inglaterra, no século XIII, e universalizou-se a partir da França do século XVIII”, tendo significado, “nos seus primórdios, um movimento de *contenção do poder*: a luta da *Constituição-garantia* contra o *Estado Absoluto*”.⁶ Acresce a citada doutrina (BARRETO, 2014, p. 17-18):

É voz corrente que as Constituições desse período preocupavam-se em serem *garantia* – daí a ênfase na contenção do poder – muito mais que efetivamente *compromisso* com a satisfação das necessidades dos indivíduos e das coletividades. Passados mais de três séculos, os Estados e as sociedades mudaram as Constituições, sobretudo quantitativa e qualitativamente. Com efeito, uma Constituição que se equilibra entre as *pretensões de estabilidade* e de *mudança* não pode prescindir de mecanismos *formais* e *informais* de atualização.

Ao apontar o futuro do direito, Grau (2008, p. 316), citando Jacques Derrida, conclui:

⁶ “O *constitucionalismo*, na opinião de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, significava que ‘a comunidade política é originária de um contrato, o qual é fonte da autoridade. Há direitos naturais do homem anteriores à sociedade, e, pelo contrato social esta se obriga a protegê-los e garanti-los contra qualquer arbítrio (...)’ e visava ‘(...) a educação cívica do cidadão pela proclamação dos seus direitos; a superioridade da lei escrita sobre o costume.’” (BARRETO, 2014, p. 18)

O tempo passou, e ao modismo dos princípios, após sua aterradora banalização, seguiu-se o da hermenêutica, da qual todos tratam com injustificada familiaridade. Criaturas do direito formal, os juristas permanecem presos à dogmática da subsunção, uma enorme distância apartando os discursos que repetem da prática dos tribunais. Passam à margem de uma incisiva observação de Jacques Derrida, que me permito reproduzir: a decisão justa há de, para ser justa, ser conforme a uma lei preexistente; mas a interpretação dessa lei, que a decisão pressupõe, há de ser reinstauradora, reinventiva, livre; daí que a decisão justa há de ser a um tempo só regrada e sem regra, há de conservar a regra (a lei, *rectius* o direito) e destruí-la ou suspendê-la para reinventá-la em cada caso; cada caso é um caso \neg prossegue Derrida \neg , cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir.

Portanto, pode-se concluir que, ao Tribunal Penal Internacional (TPI), falece preferência sobre as jurisdições nacionais, porquanto detém apenas competência complementar ou subsidiária, sobretudo diante do humanismo enquanto valor constitucional contemporâneo.

Nessa linha de raciocínio, independentemente da discussão em razão da norma inscrita no artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal de 1988, que proíbe a extradição de brasileiros e, por outro lado, do § 4º do mesmo artigo 5º da Carta Magna, no sentido de que o Brasil “se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”, enquanto decorrência do instituto da cooperação judiciária internacional, articula-se a possibilidade de invocação por parte do nacional do direito subjetivo de que seja submetido à jurisdição do Estado brasileiro previamente à entrega ao Tribunal Penal Internacional (TPI), como corolário do humanismo enquanto categoria constitucional contemporânea.

CONCLUSÃO

A nova realidade das sociedades humanas, fundada nos valores de liberdade e igualdade, os quais estimularam a concepção de variadas declarações de direitos e de constituições democráticas, sobretudo a partir de 1776, a despeito de as sociedades humanas seguirem intensamente desiguais, especialmente no que se refere ao acesso à educação, à saúde, à alimentação e ao trabalho digno, houve por instigar a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), nomeadamente sob a égide da dignidade da pessoa humana e independentemente da origem nacional, raça, gênero, cor, religião e concepção política, como

uma nova possibilidade de julgamento internacional, em relação às pessoas, dissolvendo a ideia de soluções de urgência, como ocorrera em outras quadras históricas.

Presente, então, uma tensão transconstitucional entre o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) e o regime constitucional brasileiro, conjectura-se plausível uma solução da tensão calcada na aplicação subsidiária da competência do Tribunal Penal Internacional (TPI), porquanto parece viável a concepção de que não tem primazia sobre as jurisdições nacionais, mas apenas competência complementar.

Espera-se, destarte, nessa perspectiva, sobretudo em razão das diretrizes veiculadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamando, nos artigos I e II, a igual liberdade e dignidade em direitos de todos os seres humanos, independentemente de sua origem nacional, de seu sexo, de sua raça, de sua cor, de sua religião, de sua opinião política, a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a evitar que o internacionalismo e o nacionalismo, na hipótese de estudo, possam levar a posições destrutivas para os direitos humanos ou fundamentais.

Almeja-se, portanto, a obtenção de uma resposta positiva, no sentido de que carece, ao Tribunal Penal Internacional (TPI), primazia sobre as jurisdições nacionais, porquanto detém apenas competência complementar ou subsidiária.⁷

Conclui-se que, como decorrência do humanismo enquanto categoria constitucional contemporânea e independentemente do debate em razão dos institutos da “entrega” e da “extradição”, assiste ao nacional o direito de submeter-se à jurisdição do Estado brasileiro previamente à entrega ao Tribunal Penal Internacional (TPI).

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Bonn: Conselho Parlamentar, 1949. Disponível em:

⁷ Grau (2008, p. 44), nesse sentido, após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas interrelações, compreendeu “a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição – isto é, como de fato ocorre na realidade concreta”.

<http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf> Acesso em: 10 out. 2011.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de [Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2004.

BARRETO, Helder Girão. Direitos indígenas: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Lisboa: Almeida, 2003.

D'ADESKY, Jacques. “Genocídio, crimes contra a humanidade, territorialidade e justiça nacional de competência universal”, Uma breve história do racismo. Intolerâncias, Genocídio e Crimes contra a Humanidade. Rio de Janeiro: Cassará Editora, no prelo, 2020. XXIX.

DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

HUSEK, Carlos Roberto. Curso de direito internacional público. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.

KANT, Immanuel. Fundamentação à metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MADEIRA FILHO, Wilson; CALLEGARI, José Antonio. Formação do espírito científico interdisciplinar: a produção solidária do conhecimento. Confluências, Niterói, v. 12, n. 2, p. 193-212, out. 2012.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade humana e o meio ambiente do trabalho. Amatra 1: no Mérito, Rio de Janeiro, Ano XIII, n. 37, 8-18, abril 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a corte internacional de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

NUNES, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2008.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Lisboa: Assembléia Constituinte, 1976. Disponível em:
< <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >
Acesso em: 10 out. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

A RELATIVIZAÇÃO DO ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL DIANTE OS EFEITOS DA MULTIPARENTALIDADE

Marcos Otávio De Lélis Silva e Eduardo Matias Lino De Souza

RESUMO: O presente trabalho fará análise dos institutos da multiparentalidade e socioafetividade, seus efeitos e possibilidades que geram ante as modalidades de adoção. Faz breve menção à contexto histórico-filosófico e normativo do tema, bem como alguns dos principais princípios norteadores da matéria. Ademais, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, conceituará as modalidades de adoção e alguns dos procedimentos, sua previsão legal e variantes que os determinam. Estudará o crime disposto no art. 242 do Código Penal Brasileiro, além de sua possível derrogação. O tema é grande valia aos estudos jurídicos pois demonstra que algo imaterial e subjetivo, como a afetividade, pode ser fator determinante para o reconhecimento da ilegalidade do ato, bem como para concessão de perdão judicial. Não obstante, ante as reiteradas concessões de perdão judicial, como de reconhecimento da forma privilegiada, estudará a possibilidade de descriminalização do delito de registrar filho de outrem como próprio.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Penal. Socioafetividade. Multiparentalidade. Adoção.

1. INTRODUÇÃO

O conteúdo abordado no presente trabalho cuida da adoção em suas modalidades, sejam legais ou ilegais. Em análise mais profunda é possível identificar certa similitude entre a multiparentalidade – adoção unilateral - executada pelas vias extrajudiciais e a adoção à brasileira, qual também ocorre extrajudicialmente.

Ambas as modalidades incorrem por meio cartorário mediante interesse das partes. Embora a adoção unilateral seja respaldada pela legislação civil, a modalidade à brasileira é genuinamente vedada pelo Código Penal. Esta última beira à contradição legal entre os dois ramos do direito. Então, o que diferencia ambas as situações?

De maneira sucinta, o fator determinante entre a legalidade ou não é a existência da socioafetividade. Esta, nada mais é, que o produto da convivência e afeto de maneira tão estreita que possam igualar os vínculos biológicos àqueles meramente afetivos.

Fato é que nem sempre o afeto paira sobre as relações biológicas, mas é apropriado dizer que a afetividade pode superar qualquer fator de DNA. Neste sentido, nas relações que existam inequívoca socioafetividade podem ser normatizadas perante Registro Civil, dispensando atuação do Ministério Público ou do magistrado. Por outro lado, é improvável que haja afeto e convivência suficientes entre recém-nascido e adotante para que o possa adotar nos termos da adoção unilateral, o que configuraria o delito disposto no art. 242 da legislação Penal.

Pois bem, este trabalho tem como objetivo a diferenciação destas e demais modalidades de adoção, seus procedimentos, análise do contexto histórico e apuração de possível contradição entre os ramos jurídicos. Propõe enfoque na possibilidade da descriminalização do delito de registrar filho alheio como próprio ante as reiteradas decisões que concedem perdão judicial aos adotantes ilegais.

Para a viabilidade da análise e constatação, realizamos pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, além de dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, abordando entendimentos que demonstram ser esse tema contemporâneo.

2. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Preliminarmente é indispensável a análise histórica do brado de família. O Brasil adota o sistema *Civil Law*, de origem românico-germânica, que traz em seu seio a inquietação com a justiça e a moral, havendo um predomínio claro do direito positivado e legislado em comparação às demais fontes do direito. Por conseguinte, trata de maneira ínfima os costumes, doutrinas e jurisprudência.

O direito de família tem sua base no direito romano, onde vestiu-se roupagem jurídica no instituto do casamento, normatizando-o. Para Dias (2015, p. 29), foi desde a intervenção estatal na institucionalização do casamento que se começou a organizar os vínculos interpessoais de maneira legal, embora a organização da sociedade por si só se dê em torno da estrutura familiar.

De maneira histórica, inicialmente acreditava-se que o núcleo familiar se formava com a finalidade de procriação, em que a aglutinavam-se todos os familiares em torno daquele que seria o Chefe da Casa – o homem.

Com a revolução industrial, bem como com o desenvolvimento cultural da sociedade capitalista, tornou aquela crença ultrapassada pois, paulatinamente, foi se inserindo a mão de obra feminina no mercado de trabalho, tirando o papel do homem como principal provedor familiar de subsistência.

Nesse sentido, Dias (2015, p. 29) observa que a igualdade de gênero no mercado financeiro permitiu a aproximação dos membros que compunham um núcleo familiar, valorizando afeto, já que a mulher não precisaria mais do homem para se manter. Nascendo então uma nova concepção de família, concebida pelo carinho e amor, ora, socioafetividade.

Nas últimas décadas, definitivamente houve uma grande mudança no eixo familiar, abrindo margem para várias perguntas e respostas, permitindo assim que novos modelos familiares viessem a surgir. Como diria Cassetari (2017), *“há novas estruturas parentais em curso. Uma delas, e que reclama proteção jurídica, é a parentalidade socioafetiva, que já se apresenta em seu desenvolvimento, ou como sua consequência, a multiparentalidade”*.

3. RELATOS DA SOCIOAFETIVIDADE NA HISTÓRIA

A filiação biológica, como já sabemos, seria aquela baseada no sangue dos genitores, ou seja, filiação consanguínea. Por outro lado, a filiação não-biológica é aquela que deixa de lado a consanguinidade e baseia-se por outra origem, qual seja, um parentesco de afeto, a chamada filiação socioafetiva (DIAS, 2015).

De fato, a filiação socioafetiva sempre esteve presente na sociedade. Historicamente falando, conforme observou de maneira brilhante Oliveira (2020), Jesus Cristo foi o mais famoso caso de parentalidade não-biológica. Este não possuía consanguinidade com seu pai (José de Nazaré). José exercia completa figura paterna na vida de Jesus, ensinando-o, por exemplo, o seu ofício, de carpinteiro. Não há na Bíblia, ou qualquer outro escrito, relatos de que a não-consanguinidade tenha causado qualquer esfacelamento na relação, do contrário, José sentia-se feliz por criar o filho de Deus.

Ocorre que, àquela época, de castidade impositiva, era inadmissível que um homem aceitasse filho de outrem como seu, embora isso não tenha impedido José de ostentar o status de pai de Jesus, amando-o sem qualquer limitação. Conforme menciona Dias (2015, p. 53), *“os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado”*.

Dessa maneira visualizamos que à época de Jesus não se tinha qualquer disposição sobre o tema. Embora a socioafetividade esteja presente em nossa sociedade há, no mínimo, dois mil anos, somente foi introduzido ao nosso ordenamento jurídico recentemente, após muitos debates.

4. EVOLUÇÃO NORMATIVA

A princípio, anteriormente à Constituição Federal de 1988, mais especificamente o disposto pelo Código Civil de 1916, somente se considerava família aquela formada pelo matrimônio. Conceito um tanto restrito e discriminatório, limitando tudo o que hoje entendemos como família no instituto do casamento. Não obstante, inviabilizava a dissolução desta união, além de discriminar uniões estranhas à esta, bem como os filhos frutos destas relações discriminadas (OLIVEIRA; HIRONAKA, 2006).

Por muitos anos o Código Civil de 1916 deixou à mercê da insegurança jurídica aqueles que desejavam dissolver a união matrimonial, bem como os filhos bastardos, ou ilegítimos, pois preocupava-se em preservar tão somente os direitos da família tradicional.

Com o passar dos anos, foi-se evoluindo os costumes sociais, principalmente com as possibilidades de dissolução do casamento, conferindo às mulheres pleno direito de propriedade sobre os bens privados contraídos durante a relação do fruto de seu trabalho, como diria Zeno Veloso (1999, p. 03), “num único dispositivo, espancou séculos de hipocrisia e preconceito”, ao se referir às leis sobrepujadas por nossa Carta Magna.

Em 2016, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, decidiu por afastar a superioridade da filiação biológica sobre a afetiva, ou o inverso, fixando que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 898060. Recorrente: A.N. Recorrido: F.G. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro 2016).

O pleno fundamentou a decisão com base à paternidade responsável, prevista no art. 226, §7º da Constituição Federal, e na busca da felicidade, disposta de forma implícita no inciso III do art. 1º de nossa Carta Magna, à luz dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da liberdade (Idem).

Correlato à fundamentação, também foi arguido diversos provimentos dos Tribunais de Justiça de alguns estados brasileiros que possibilitaram que a paternidade socioafetiva fosse registrada diretamente em cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, sem depender de anuência judicial (Idem).

Trouxe à baila nesta decisão, que no Direito Costumeiro, ou Direito Comparado, a dupla paternidade (Dual Paternity) já faz parte do ordenamento jurídico, havendo, nos Estados Unidos, disposição jurisprudencial sobre o tema (Idem).

Com efeito, introduziu-se ao sistema jurídico brasileiro a possibilidade da multiparentalidade no Registro Civil, estabelecendo a dupla filiação, sendo uma consanguínea e outra socioafetiva.

5. PRINCÍPIOS NORTEADORES

Superada a evolução histórico-normativa, compete avaliar os princípios norteadores aplicáveis no tema abordado para melhor erudição.

5.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

De maneira inicial, cumpre mencionar de imediato o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de caráter constitucional, alicerce axiológico do Estado Democrático de Direito, conforme preceitua a Constituição Federal no art. 1º, III e art. 226, §7º.

Ligero (2015, p. 07) observa que o ordenamento jurídico brasileiro, quase que por inteiro, entende que este princípio é a base de “toda a relação social e humana”. Neste mesmo sentido, Pereira *apud* Dias (2009, p. 61-62), entende que seria este um “macro princípio”, pois todos os demais irradiam-se deste. Assim, é bem verdade que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a base familiar, com proteção constitucional em sua formação (DIAS, 2015).

Com isso, enxergamos que, além de base, este princípio é o centro da sociedade e da família, que apesar dos vários conceitos, poderá ter várias estruturas, sendo todas merecedoras de tratamento digno.

5.2. Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

Este é um princípio de suma importância no âmbito do Direito de Família, pois é garantidor da irretroatividade daquelas obrigações reconhecidas legalmente (LIGIERO, 2015). Como produto desse princípio, temos a figura da paternidade socioafetiva, a qual, anterior à Constituição de 1988, era inviável. Contudo, este princípio impede que esta possibilidade seja revogada, retornando ao *status quo ante* da Carta Magna de 1988.

O retrocesso legal de texto derivado do constituinte originário, ou a redução de sua eficácia, é incabível pois levaria o ordenamento jurídico ao Estado Pré-Constituinte, aos olhos de Lenio Streck (2008, p. 66).

É fato que o direito de família cotidianamente avança em meio às alterações do conceito de “família”. Com isso, o regresso é atroz à todas as conquistas do ramo e de seus jurisdicionados.

Este princípio protege todo o progresso trago pela Constituição Cidadã de 1988, vedando o Estado de alterar os direitos já adquiridos (LIGIERO, 2015).

5.3. Princípio da Afetividade

Este é considerado o âmago da socioafetividade e multiparentalidade. Isto porque para que haja a parentalidade por socioafetividade é indispensável que a relação seja diretamente irrigada pelo afeto. Logo, sem afeto, sem socioafetividade (MAZZOTTI, 2019).

No entendimento da Ministra Nancy Andrighi, o apreço do afeto, bem como das relações que ele constrói, faz com que o ordenamento jurídico deixe de lado o pensamento tradicionalista que encara família com a mera função de procriação (MAZZOTTI, 2019).

Para Groeninga “o amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável”, noutras palavras, o afeto é essencial para a construção de uma relação saudável (GEONINGA, 2006).

6. CONCEITO DE MULTIPARENTALIDADE

Podemos conceituar Multiparentalidade como mais de uma figura exercendo a maternidade ou paternidade. Em termos práticos, é a possibilidade de alguém ter múltiplos pais ou mães no seu registro civil, extrapolando o comum vínculo sanguíneo.

Nas palavras de Cassettari (2017, p. 169), “essa hipótese é viável em várias oportunidades, tais como nos casos em que for possível somar a parentalidade biológica e a socioafetiva, sem que uma exclua a outra.”

Neste sentido, a jurisprudência brasileira acredita que os laços afetivos prevalecem sobre os biológicos, embora deva haver cautela na prática, pois um vínculo não anula o outro, podendo coexistir, tendo como resultado a multiparentalidade (CASSETARI, 2017). Dessa maneira também entende Fachin (2003, p. 255-256), dizendo que o vínculo sanguíneo não pode excluir o vínculo construído no afeto, nem pode haver a busca pela paternidade que se diria verdadeira, pois esta, em regra, não existe.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em voto magistral do Ministro Luis Felipe Salomão (2013):

Direito de família. Recurso especial. Ação investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada “adoção à brasileira”. Rompimento dos vínculos civis decorrentes da filiação biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade reconhecidos. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversa da que ocorre quando o filho registral

é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada “adoção à brasileira”. 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de “erro ou falsidade” (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de “adoção à brasileira”, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada “adoção à brasileira”, independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registra não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada “adoção à brasileira”. 4. Recurso especial provido para julgar procedente o pedido deduzido pela autora relativamente ao reconhecimento da paternidade e maternidade, com todos os consectários legais, determinando-se também a anulação do registro de nascimento para que figurem os réus como pais da requerente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1167993 (2009/0220972-2). Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: C.G.S.; F.S.C. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 15 de março de 2013).

Conforme já relatado, o vínculo afetivo por si só é capaz de construir uma relação tão estreita tal qual aquela consanguínea. O que acontece nos processos de adoção não é diferente. São criados os vínculos e cultivados no afeto para que se assemelhem àqueles biológicos. Todavia, há diversas modalidades de adoção no ordenamento jurídico brasileiro, e sendo legal ou não, é realidade de nossa sociedade. Observemos.

7. A ADOÇÃO NO BRASIL

A adoção foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através das Ordenações Filipinas, de 1603. Este não disciplinava expressamente o instituto da adoção, cabendo aos magistrados a interpretação análoga para prover segurança jurídica aos ordenados (GONÇALVES, 2012).

O procedimento àquela época era estritamente judicial, com realização de audiência para expedição da “Carta de Recebimento do Filho”. Vale ressaltar aqui a materialização do Estado de Posse do filho (MARONE, 2016).

Com o passar dos anos, outros dispositivos legais recepcionaram e passaram a disciplinar a adoção, como por exemplo, o Decreto nº 181 de 1890, que ensejou na inclusão incisiva do Direito de Família no Código Civil de 1916, tratando metodicamente dos requisitos e procedimento para a adoção (MARONE, 2016).

Há quem arrisque dizer que há muito pouco tempo o Estado brasileiro deu importância aos interesses das crianças e dos adolescentes, que antes apenas se importava em questões contratuais, patriarcais e de propriedade (RIBEIRO; SANTOS; SOUZA, 2012).

Não obstante, em decorrência das constantes transmutações no instituto da adoção a legislação se viu obrigada a disciplinar de maneira mais clara, reconhecendo as diversas modalidades de adoção, relativizando algumas e vedando outras. Dentre essas modalidades temo a adoção bilateral, unilateral, de menores, de maiores, de nascituro, internacional, entre outras. Vejamos algumas destas:

7.1. Adoção Bilateral

Regulamentada pelo art. 42, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a adoção bilateral é aquela em que há dois adotantes, sendo estes obrigatoriamente casados ou em regime de união estável, desde que comprovada a estabilidade financeira (BRASIL, 1990).

Para Fábio Ulhoa Coelho (2011, p.184) “*em geral, contudo, os casados e conviventes adotam em conjunto. Para tanto, é suficiente, mas necessária a comprovação da estabilidade da família.*”

Fica claro ao analisarmos a fala de Ulhoa que a estabilidade familiar é precedente fundamental para que tal modalidade seja aceita, ou seja, é indispensável a comprovada segurança familiar, de maneira a atender melhor os interesses da criança ou adolescente.

Todavia, há casos em que casais divorciados ou separados judicialmente podem adotar, dentro dos termos do mesmo artigo, porém no §4º, desde que o estágio de convivência entre adotantes e adotado tenha começado anteriormente, quando ainda havia uma relação afetiva entre o casal, que se mostre vínculo de afinidade com aquele que não tem a guarda e que os adotantes concordem com o regime de guarda da criança ou adolescente (BRASIL, 1990).

Portanto, há possibilidade de separados ou divorciados adotarem uma criança ou adolescente em comum, com base no art. 42, § 4º do ECA.

7.2. Adoção Unilateral

Ocorre a adoção unilateral em três hipóteses, primeira quando da criança ter apenas o nome de um só genitor em seu registro civil; segunda quando apenas um destes tenha perdido seu poder familiar; e por fim, a terceira ocorreria quando, de um casamento ou união estável, um venha a falecer, todavia o sobrevivente pode adotar requerendo que conste o *de cujus* como pai ou mãe no registro público (TÔRRES, 2019).

Barbosa (2020) observa que esta comumente acontece se “*o padrasto ter interesse em assumir como filho aquele com quem já existe uma relação paterno-afetiva*”.

Ulhoa (2011, p. 184) diz que ainda que exista união estável ou casamento, há a possibilidade da adoção unilateral por parte de um dos cônjuges. Contudo, esta hipótese depende da anuência do cônjuge não-adotante, conforme preceitua o art. 165, inc. I do ECA. Noutras palavras, a mulher poderá, individualmente, se cadastrar no Sistema Nacional de Adoção, bem como se tornar mãe unilateralmente de uma criança sem que seu marido se torne legalmente pai do menor.

Resta cristalino no entendimento de Ulhoa que nesta modalidade, ainda que seja unilateral, independe do estado civil do adotante, todavia, na constância do casamento ou união estável, dependerá tão somente da concordância do cônjuge.

7.3. Adoção de Maiores

Esta modalidade está prevista no art.40 do ECA, que dispõe da idade limite do adotando, sendo esta de 18 anos à data do pedido. Todavia, na segunda parte do referido dispositivo ressalva a possibilidade de adotar aquele maior de 18 quando este já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes.

Neste mesmo sentido prevê o art. 1.619 do Código Civil Brasileiro, o qual abre a possibilidade de adoção de maiores, embora esta dependa incisivamente da efetiva assistência estatal e de sentença judicial constitutiva, não obstante a aplicação do ECA no que couber (BRASIL, 2002).

7.4. Adoção de Nascituro

A adoção de Nascituro é a hipótese de adoção de uma criança prestes a nascer. Tartuce e Simão (2012.p. 386) observa pela corrente concepcionista que, considerando-se nascituro uma pessoa, eivada dos direitos de personalidade, fica inafastada a possibilidade de sua adoção. Para que chegassem à essa conclusão Tartuce e Simão (idem) fizeram a analogia de que, se o nascituro tem direito à honra, de receber alimentos, de intimidade, bem como de investigação de paternidade, por que afastar o direito de ser adotado? Nesse sentido, repise-se que o nascituro tem direito aos alimentos, à imagem, à honra, à intimidade, à investigação de paternidade

Isto posto, de acordo com a corrente citada, o nascituro é aquele que, embora não tenha nascido, já foi concebido, bastando para ter direitos personalíssimos, inclusive o da adoção. O ECA e o Código Civil Brasileiro ainda são omissos quanto à possibilidade ou vedação expressa desta modalidade. A possibilidade da adoção de nascituro teve início na doutrina e vem sendo firmada pela jurisprudência, como deixa claro os referidos autores:

O entendimento ainda majoritário de que a adoção a nascituro não seria possível, pois não há norma autorizadora para tanto. Ora, a norma autorizadora é o ECA, conforme defende a Professora Silmara Chinelato. Eis aqui um sério cochilo de esquecimento do legislador da Lei 12.010/2009, que deveria ter regulamentado a questão, deixando-a à mercê da variação doutrinária e jurisprudencial (TARTUCE; SIMÃO, 2012).

Por outro lado, temos correntes contrárias que negam a possibilidade, sendo os principais argumentos a falta de regulamentação ou previsão legal. Deparamo-nos também com a possibilidade de até se configurar como uma forma de adoção *intuitu personae*, como observa Dias (2015, p.504), “não há mais, como sustentar a possibilidade de adoção antes mesmo do nascimento. Às claras configuraria uma adoção *intuitu personae*.”

Aqueles que se fundamentam no argumento da falta de preceito legal, como é o caso de Gagliano e Pamplona *apud* Giorgis (2011, p. 664), sustentam que:

O catálogo protetivo dos infantes recomenda um estágio de convivência entre o adotante e o adotado, o que se revela incompatível em relação a um ser enclausurado no corpo feminino; ademais, sendo a sobrevivência do nascituro mera cogitação, a adoção não pode se atrelada a acontecimento incerto, o que conflitaria com a própria natureza do regime que aspira um parentesco definitivo e irrevogável. Como o legislador não quis reproduzir o alcance imaginado pelo decreto revogado, não cabe ao intérprete dar amplitude ao que foi restringido. A adoção do nascituro, então, não se encontra mais autorizada pelo sistema jurídico em vigor (GAGLIANO; PAMPLONA APUD GIORGIS, 2011).

Para tanto, são estes os principais pontos e argumentos contrários a esta modalidade de adoção.

7.5. Adoção Internacional

Outrossim, a adoção internacional está prevista nos artigos 51 e 52 do ECA. Fábio Ulhoa Coelho (2011 p.181) indica que “a adoção pode ser nacional (...) ou internacional (...), segundo o domicílio dos adotantes se situe no Brasil ou no exterior”. Portanto, o fator determinante para caracterizar a modalidade internacional do instituto é tão somente o domicílio dos autores. À vista disso, em outras palavras, os adotantes estão domiciliados em país diferente do adotado.

Segundo o próprio ECA, no art. 31, esta variante é, na verdade, medida excepcional. Melhor dizendo, acontecerá apenas quando não houver oportunidade de adoção que melhor atenda os interesses da criança no Brasil, revelando uma preferência na adoção entre brasileiros (BRASIL, 1990).

Em termos práticos, para a adoção, serão realizadas buscas nos cadastros do estado de domicílio das partes, em seguida no cadastro nacional, e somente não logrado êxito, ou sendo inviável, se proceder-se-á às possibilidades internacionais, sendo esta, última medida (ULHOA, 2011, p.186).

Imperiosamente, o art. 51 do ECA, determina como requisito da adoção internacional, residência habitual do adotante em país-parte da Convenção de Haia, de 1993, a qual traz ditames relativos à proteção das crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional (BRASIL, 1990).

Verifica-se então, que a adoção internacional, em tese, é similar à adoção nacional, todavia com algumas peculiaridades próprias, embora advenha do legislador a preferência explícita pela adoção nacional, estimulando-a a acontecer cada vez mais.

7.6. Adoção *Intuitu Personae*

A adoção *Intuitu Personae*, também conhecida como adoção direta ou dirigida, é a pressuposição em que os pais biológicos escolhem os adotantes (TORRES, 2019).

Dias (2015, p.496) atenta que essa modalidade acontece “quando há desejo da mãe de entregar o filho a determinada pessoa. Também é assim chamada a determinação de alguém em adotar uma certa criança”.

Não obstante, Dias (2015, p. 498) concorda ao dizer:

E nada, absolutamente nada, deveria impedir a mãe de escolher a quem entregar o seu filho. Às vezes é a patroa, às vezes uma vizinha, em outros casos é um casal de amigos, que têm certa maneira de ver a vida, ou uma retidão de caráter, que a mãe acha que seriam os pais ideais para o seu filho (DIAS, 2015).

Desta maneira, não há que se falar em prévia inscrição no Cadastrado Nacional de Adoção, como vemos nas demais modalidades, e é o que nos traz o art. 50, §13, inc. III do ECA.

7.7. Adoção Póstuma

Outra forma de adoção trazida pelo ECA, comumente chamada de póstuma, ocorre na eventualidade do óbito do adotante no curso do procedimento. Todavia, o art. 42, §6º do ECA, determina que o postulante tenha firmado sua vontade de maneira explícita e inequívoca antes do óbito.

7.8. Adoção à Brasileira

Aqui temos praticamente o que repudia o art. 242 do Código Penal, qual seja, registrar filho alheio como próprio sem os ditames procedimentais da lei. Prática genuinamente ilegal.

Um dos fatores que podem levar alguém à prática deste delito havendo vias legais que o substituem é a sensibilidade ante ao abandono infantil, que tem sido recorrente em nosso país (NASCIMENTO, 2014).

Por outro lado, outro fator que é incentivador, é a morosidade e burocracia dos procedimentos da adoção. Segundo o CNJ, ao final de 2020 tínhamos um total de 32.791 crianças em acolhimento institucional e 5.026 disponível para adoção (CNJ, 2020).

Os processos de adoção no Brasil carecem de celeridade. A título de exemplo, o estado da Paraíba, teve média de duração de processos de adoção, em 2020, de quase 17 meses. À vista disso, a média geral brasileira é de quase um ano (CNJ, 2020).

As regiões norte e nordeste representam juntas 12% dos processos de adoção em andamento no país, e apenas 21% das adoções realizadas em 2020 no Brasil. Em contrapartida, as regiões sul e sudeste, ostentam, juntas, 70% das adoções realizadas em 2020 no Brasil, e 82% das adoções em andamento (CNJ, 2020).

Outro dado alarmante é que 70% dos pretendentes à adoção ainda não estão vinculados a nenhuma criança, e apenas 4% já estão em processo de adoção (CNJ, 2020).

O CNJ (2020, p.26) aponta que cerca de 49% das crianças e adolescentes disponíveis estão aptos à adoção a menos de 2 anos. Contudo, este dado se mostra um tanto incontroverso, evidenciando que a

burocracia e a morosidade assombram o Sistema Nacional de Adoção.

Pereira (2006, p.400) complementa que “o Código Penal faz ainda referência à figura criminal conhecida como ‘adoção à brasileira’, que era identificada, anteriormente, como ‘crime de falsidade ideológica’”. No entanto, foi a Lei nº 6.868, de 30 de março de 1981, quem isolou a conduta com tipificação própria de parto alheio como seu.

Não obstante, quando o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza, vislumbra-se causa de diminuição de pena, é o que versa o parágrafo único do dispositivo. Por sua vez, Pereira (2006, p.400) visualiza a possibilidade da aplicação do perdão judicial, e com isso, tirando do Estado o poder punitivo. Não diferentemente, outros grandes doutrinadores brasileiros acompanham o pensamento de Pereira, como Damásio de Jesus (2011, p.253), bem como Rogério Greco (2014, p.701), demonstrando que é pacífico na doutrina a hipótese de aplicação do perdão judicial.

Essa modalidade, como vemos, burla os requisitos legais e formais em relação a adoção, se tornando irregular, considerada crime disposta no Código Penal, e o autor, ao dar parto alheio como próprio ou registrar filho de outrem como seu, poderá receber a extinção de punibilidade por meio do perdão judicial, ou ter sua pena reduzida, quando esta se der por motivo de nobreza reconhecida.

Neves (2005, p.130) traz de forma detalhada ao ilustrar que alguns casais incorrem no crime tipificado no art. 242 do Código Penal ao, no ato do registro civil da criança, simular ser genitores daquela. Para tanto, a atitude comumente se dá para burlar todo o sistema de adoção brasileiro.

8. ESTUDO DO ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O crime tipificado pelo art. 242 do Código Penal já era enfatizado em meados dos anos 1600, pelas Ordenações Filipinas de 1603. Naquela época a mulher que simulasse a gravidez, ou se esta desse parto alheio como próprio, praticava conduta punível (CÂMARA, 1966).

No Código Criminal do Império brasileiro, de 1830, essa conduta também já era vedada, mais especificamente na “Secção IV – Parto Supposto, e outros fingimentos” (BRASIL, 1830). No mesmo sentido é o que temos no Código Penal vigente, em seu art. 242.

Efetuar o registro de filho de outrem como próprio é a conduta conhecida por “adoção à brasileira”. Esta conduta é vedada pois burla todo o procedimento legal da adoção, apesar de muitas vezes ser feita com boas intenções. Aquele que tenha interesse em adotar, deve procurar a comarca de sua residência para o trâmite de ingresso no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, que após algum tempo de espera e busca, procede-se efetivamente com o processo de adoção (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). A Min. Nancy Andrighi observa:

A ‘adoção à brasileira’, inserida no contexto de filiação sócio-afetiva, caracteriza-se pelo reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, na qual, fugindo das

exigências legais pertinentes ao procedimento de adoção, o casal (ou apenas um dos cônjuges/companheiros) simplesmente registra a criança como sua filha, sem as cautelas judiciais impostas pelo Estado (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 833712 (2006/0070609-4). Recorrente: M.G.A. Recorrido: Espólio de N.O.F. Relatora: Ministra Nancy Andrihgi. Brasília, 17 de maio de 2007).

O bem jurídico tutelado pelo art. 242 é a Segurança do Estado de Filiação e sua fé pública, e neste sentido é o que demonstra Rogério Greco (2006, p. 722), de maneira clara, que o objetivo do tipo penal é a proteção desses bens.

Podemos notar então, que o tipo penal tem dentro de si a necessidade de proteger o registro público, não tendo compromisso com a realidade familiar no que se diz respeito ao Estado de Filiação.

Ao analisarmos quem seria o sujeito ativo do delito, podemos notar as seguintes hipóteses: parto suposto; registro de filho de outra pessoa; ocultação ou substituição de recém-nascido. Contudo, no geral, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que vier a consumir quaisquer das condutas do caput.

Por outro lado, figurando sujeito passivo, temos o Estado. Eis que este é o principal interessado na apuração dos delitos para garantir a lisura perante o registro público das pessoas naturais.

Para tanto, a consumação do crime ocorre na efetiva declaração de parto e registro de recém-nascido o qual não lhe é de sua descendência; na ocultação ou substituição de neonato, impedindo que este seja registrado em registro público por aqueles que efetivamente são seus genitores.

Observe que, quando lemos o dispositivo legal, temos a incriminação de quatro diferentes condutas. O doutrinador Luiz Regis Prado (2011, p. 754) diz que o crime em questão se trata de delito misto cumulativo. Essas quatro condutas não são fungíveis, e quando praticadas mais de uma destas o agente responderá por delitos diferentes em concurso material, disposto no art. 69 do Código Penal.

Ao analisarmos o parágrafo único do referido artigo, visualizamos o crime praticado por motivo de reconhecida nobreza, tratando-se de uma modalidade privilegiada do delito. Todavia, há casos na jurisprudência brasileira que, reconhecidos os requisitos do parágrafo único, deixou-se aplicar a minorante, aplicando o perdão judicial (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 4ª Câmara Criminal. Apelação Criminal: APR 0374879-68.2005.8.13.0687. Apelante: Hedda Maria de Araújo. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Walter Pinto da Rocha. Timóteo, 07 de maio de 2008).

Diante de tamanha relativização no poder punitivo do Estado, havendo reincidência na aplicação do perdão judicial no crime estudado, haveria possibilidade da descriminalização da conduta ante os efeitos positivos da adoção ilegal? Vejamos.

9. A POSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO REGISTRO DE FILHO ALHEIO

À luz das informações contidas, verificamos que, apesar de na maioria das vezes, a adoção se valer de muito afeto, e, contudo, esse possa ser usado até em favor de um possível relaxamento na punição estatal, o instituto também pode seguir trâmites ilegais.

Diante de tamanha relativização no poder punitivo do Estado, havendo reincidência na aplicação do perdão judicial no crime estudado, haveria possibilidade da descriminalização da conduta ante os efeitos positivos da adoção ilegal? Vejamos.

É fato que a maioria das famílias pretendentes à adoção buscam pela complementação do núcleo familiar principalmente quando as tentativas pelas vias biológicas não são exitosas. Conforme já demonstrado, a socioafetividade quebrou parte da burocracia judicial, viabilizando a adoção, bem como a multiparentalidade, de maneira extrajudicial.

Em analogia, a multiparentalidade formal, tramitada extrajudicialmente, é inviabilizada quando o adotado é recém-nascido, ou nascituro. Em verdade, a socioafetividade, senão a afetividade, deriva-se da convivência, levando em consideração seu período. É inviável dizer, sequer comprovar, que há afeto na relação entre um bebê com algumas horas ou dias de vida, ou entre um que ao menos tenha nascido.

O STJ e Tribunais são pacíficos ao entender pelos melhores interesses do adotado, deixando de destituir um núcleo familiar já formado, ainda que por meio ilegal, que o afeto já tenha se instaurado. Vejamos um entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ALTERAÇÃO DE DIREITO INERENTE AO ESTADO CIVIL DE RECÉM-NASCIDO - CRIME DO ART. 242 DO CÓDIGO PENAL - MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA - RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO - POSSIBILIDADE. Há que se reconhecer a forma privilegiada do delito do art. 242 do CP, se demonstrado o altruísmo do gesto de querer criar como próprio filho de outrem, rejeitado pela mãe biológica. V.V.: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - REGISTRAR COMO SEU O FILHO DE OUTREM - CONDUTA PREVISTA NO ART. 242 DO CÓDIGO PENAL - PERDÃO JUDICIAL - APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO - IMPOSSIBILIDADE - AÇÃO QUE NÃO SE REVESTE DE INCONTROVERSA NOBREZA - CONDENAÇÃO MANTIDA. Não restando comprovado nos autos qualquer situação fática que comprove a alegada nobreza na ação do réu, incabível a aplicação do perdão judicial, ou mesmo o privilégio, previstos no art. 242, parágrafo único, do Código Penal. V.V.: APELAÇÃO CRIMINAL - ALTERAÇÃO DE DIREITO INERENTE AO ESTADO CIVIL DE RECÉM-NASCIDO - CRIME DO ART. 242 DO CÓDIGO PENAL - MOTIVO DE RECONHECIDA NOBREZA - PERDÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE. Demonstrado o altruísmo do gesto de querer criar como próprio o filho de outrem, rejeitado pela mãe biológica, deve ser concedido o perdão judicial (TJMG - Apelação Criminal 1.0313.16.006409-0/001, Relator(a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/06/2020, publicação da súmula em 26/06/2020).

Em análise, o TJMG ratifica a possibilidade não só da causa de diminuição de pena, mas também da aplicação do perdão judicial.

Conforme já demonstrado, as duas regiões mais pobres do Brasil são as que representam os menores números de adoções em andamento ou concluídas no ano passado. Com efeito, essas carecem de maior atenção, pois, se não há vazão por meio judicial, projeta-se que talvez sejam essas a que há

maior incidência de adoção à brasileira. Nessa perspectiva, contemplamos um maior número de pessoas que não possuem condições de contracepção; de prover cuidados básicos; bem como de famílias que possuem condições de buscar por aconselhamento, assessoria e acompanhamento jurídico, por se tratar do gentílico com menos acesso à internet em todo o país (IBGE, 2019).

Em observância, por se tratar de regiões que convivem com a miséria, projeta-se que a grande parte das adoções ilegais nelas ocorridas emanaram de motivo de honradez e grande empatia, o que, conseqüentemente, caso apurado, levaria à múltipla aplicação do perdão judicial.

Havendo recorrente perdão, o artigo 242 do Código Penal, ou, pelo menos, parte dele, perderia seu objeto, levando à uma possível revogação ou derrogação.

Embora seja deliberação plausível à população carecente, abriria brecha para que aqueles que buscar fugir dos trâmites vagarosos do judiciário possam adotar sem que seja observado os laços afetivos, ou os melhores interesses da criança ou adolescente.

10. CONCLUSÃO

Desde logo, verificamos que adoção é, sem sombra de dúvidas, matéria nobre, pois diferencia o *homo sapiens* das demais raças de nosso planeta. É brado reconhecer que temos a capacidade de ultrapassar a biologia e amar alguém com quem não possuímos vínculos biológicos, deixando de lado o extinto animal de mera procriação.

O conceito de família tem acompanhado perfeitamente as demandas da sociedade civil, e da mesma maneira a adoção, atendendo desde a família monoparental até a multiparental.

Por hora notamos que já existem várias vias e modalidades de adoção dentro da legalidade, e que, ainda que o Poder Legislativo busque sempre amparar os melhores interesses da criança e as necessidades dos pretendentes à adoção, o Poder Judiciário pode acabar repelindo estes com sua falta de celeridade e com a burocratização, levando-os à ilegalidade.

Para tal, é visto que os menores números de adoção são das duas regiões mais pobres do país, que porventura, são as com menor acesso à informação, aumentando os casos de adoções à brasileira por motivo de honra, puramente relacionado às pessoas baixa-renda se ajudando para não deixar que crianças passem fome ou deixem de ter acesso à educação. Todavia, para essas hipóteses, ficam privilegiada na forma do art. 242, parágrafo único, do CP.

Após análise bibliográfica podemos observar que a jurisprudência e o acervo bibliográfico brasileiro são pacíficos ao entender de maneira contrária à penalização ainda que ínfima na forma privilegiada, estes são defensores da aplicação do perdão judicial.

Para a análise da aplicação do instituto, ou até do privilégio, o magistrado deve atentar-se ao ânimo do agente, o qual tenha agido com culpa ou dolo. Por certo, há quem opina pela adoção à brasileira

por motivo de honradez, o que se arrisca dizer ser o que, de fato, aconteça na maioria das vezes, entretanto, há quem o faça por mera vaidade, se eivando dos ditames legais.

No entanto, havendo grande reincidência da aplicação do perdão judicial nas hipóteses da adoção à brasileira, cogita-se a ideia de uma derrogação da ação global de registrar filho alheio como próprio.

Embora seja alternativa plausível à população carente, a derrogação do dispositivo abriria lacuna que permitiria que aqueles que buscam fugir dos trâmites vagarosos do judiciário possam adotar crianças e adolescentes sem que seja observado os laços afetivos, ou os melhores interesses destes.

Concluimos pela inviabilidade da descriminalização (derrogação) do delito, visto que a possível solução seja, na verdade, a facilitação da tramitação, bem como a desobstrução das vias judiciais nas Varas de Família, ou potencial possibilidade de o fazer de maneira extrajudicial com colaboração de um membro do Ministério Público no procedimento para que possa observar, garantir e intervir para com os melhores interesses dos menores.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Élio. **Adoção no Brasil: Modalidades, realidade, preconceitos e soluções.** JurídicoCerto, 2020. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/eliobarbosa/artigos/adocao-no-brasil-modalidades-realidade-preconceitos-e-solucoes-5749>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF. 2002.

BRASIL. **Lei Imperial de 16 de dezembro de 1830.** Código Criminal do Império do Brasil. Brasília, DF. 1830.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. 1940.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF. 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 833712** (2006/0070609-4). Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade e maternidade. Vínculo biológico. Vínculo socioafetivo. Peculiaridades. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 de maio de 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600706094&dt_publicacao=04/06/2007. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1167993** (2009/0220972-2). Direito de família. Recurso especial. Ação investigatória de Paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "adoção à brasileira". Rompimento dos vínculos

civis decorrentes da Filiação biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade Reconhecidos. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, 15 de março de 2013. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902209722&dt_publicacao=15/03/2013. Acesso em: 29 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 898060**. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do Direito de Família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade[...].

Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 21 de setembro 2016. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 1ª Câmara Criminal. **Apelação Criminal: APR 1.0313.16.006409-0/001**. Alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido. Crime do art. 242 do Código Penal. Motivo de reconhecida nobreza. Reconhecimento do privilégio. Possibilidade. Relator: Edison Feital Leite. Timóteo, 26 de junho 2020. Disponível em:

https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=EC0F735807974C6C8644ED41962290E9.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0313.16.006409-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 4ª Câmara Criminal. **Apelação Criminal: APR 0374879-68.2005.8.13.0687**. Registro indevido de filho de outrem. Art. 242, parágrafo único, do CP. Hipótese de concessão do perdão judicial. Nobreza da motivação. Reconhecimento. Preliminar rejeitada. Apelo provido. Relator: Walter Pinto da Rocha. Timóteo, 07 de maio de 2008. Disponível em:

https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=EC0F735807974C6C8644ED41962290E9.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0374879-68.2005.8.13.0687&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 19 set. 2021.

CÂMARA, José Gomes B. **Subsídios para a História do Direito Pátrio**. Tomo III. 1822-1889. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira Editora, 1966.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva** – Efeitos Jurídicos. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico sobre o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/relat_diagnosticoSNA.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Passo a passo da adoção**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/adocao/passo-a-passo-da-adocao/>. Acesso em: 29 set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10.^a Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 11^o edição. Niterói: Impetus, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GROENINGA, Giselle Câmara. **O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento da personalidade**. In: Família e dignidade humana, PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Brasília: IBGE, 2019. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 01 out. 2021.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, 3^o volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 20^o edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

LIGIERO, Luis Fernando Guerrero. **Certidão de Nascimento**: espelho biológico ou espelho socioafetivo? Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/LuisFernandoGuerreroLigiero.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

MARONE, Nicoli de Souza. **A evolução histórica da adoção**. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-146/a-evolucao-historica-da-adoacao/>. Acesso em: 16 set. 2021.

MAZZOTTI, Ivanir Neves. **Filiação Socioafetiva**: A multiparentalidade e seus reflexos jurídicos. JUS, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77635/filiacao-socioafetiva-a-multiparentalidade-e-seus-reflexos-juridicos>. Acesso em: 20 set. 2021.

OLIVEIRA, Euclides de; Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Lhigierry Carla Moreira. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva – efeitos**. IBDFAM, 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1506/Multiparentalidade+e+parentalidade+socioafetiva+%E2%80%93+efeitos>. Acesso em: 02 set. 2021.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. São Paulo: 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção comentada**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2012.

STRECK, apud DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 66.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**. 7 ed. São Paulo: Método, 2012.

TÔRRES, Lorena Lucena. **O que é adoção e quais os tipos existentes?** Jusbrasil, 2019. Disponível em: <https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/781429580/o-que-e-adocao-e-quais-os-tipos-existentis>. Acesso em: 18 set. 2021.

VELOSO, Zeno. **Homossexualidade e Direito**. Belém: Jornal *O Liberal*, 22/05/1999.

Capítulo 8 - DOI:10.55232/1082024.8

**A IMPORTÂNCIA DA ESTIMATIVA DA MAIOR IDADE PENAL
COMO MEIO FUNDAMENTAL DAS GARANTIAS DO DIREITO
DO APENADO**

Fernando De Souza Marinho e Jane Karoline Carvalho De Aguiar Ramos

A vida e a dignidade humana são os principais bens jurídicos tutelados pelo Estado a todos os cidadãos brasileiros, em liberdade ou apenado. Para as garantias fundamentais do apenado é indispensável a estimativa da idade, através de exames e documentos que permitam a determinação da identificação judiciária do indivíduo. O código penal brasileiro define a idade de 18 anos como limítrofe para a execução, ou de medidas socioeducativas para menores de 18 anos em conflito com a lei ou de medidas punitivas ao indivíduo infrator com idade igual ou superior aos 18 anos. O presente estudo tem por objetivo apresentar a importância do conhecimento da interface das perícias de estimativa de idade de apenado, realizadas no Instituto Técnico-Científico de Polícia do Rio Grande do Norte (ITEP), para os operadores do direito penal. Trata-se de um estudo de caso, exploratório e forense, através do qual é apresentado um exame pericial realizado por meio de métodos científicos forenses validados internacionalmente, no qual é constituído pelas etapas: exame físico geral; exame intra-oral; exame complementar de imagens radiográficas e apresentação dos resultados e conclusões em linguagem jurídica. A perícia para estimativa da idade é o único meio utilizado pelo ITEP para subsidiar o poder judiciário nos casos em que existem dúvidas sobre a inimputabilidade e a imputabilidade penal de acordo com a idade do indivíduo. Esse exame é uma técnica eficaz, cientificamente comprovada e de resultados confiáveis, sendo utilizado nos Institutos de Medicina Legal de todo o País. Portanto, o operador do direito, sempre que necessário, deve utilizar-se desse subsídio da perícia técnico-científica, visando proporcionar as garantias fundamentais dos apenados.

Palavras-chave: Idade penal; Estimativa de idade; Direito penal

Referências Bibliográficas:

1. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados: Edições Câmara.
2. Brasil. Decreto-Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal.
3. Campos ML. Determinação da idade pelos dentes. In: Vanrel JP. Odontologia Legal e Antropologia Forense. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.

Capítulo 9 - DOI:10.55232/1082024.9

**DIREITO FUNERÁRIO: RELATO DE CASO DE CADÁVERES
INSEPULTOS NO RIO GRANDE DO NORTE**

Fernando De Souza Marinho e Jane Karoline Carvalho De Aguiar Ramos

O Direito trata a morte como sendo um fato jurídico cujos desdobramentos se dão desde a sua constatação médica e se estendem após o sepultamento. O ato de sepultar um ente querido é tutelado pelo direito funerário e conecta-se ao direito de personalidade e à proteção da dignidade humana. A comoção social com o estado de calamidade no qual se encontravam inúmeros cadáveres insepultos levou a Direção Geral do Instituto Técnico-Científico de Polícia do Estado do Rio Grande do Norte – ITEP/RN, em janeiro de 2014, a priorizar, dentre suas metas de trabalho, a inumação imediata daqueles corpos que, há vários anos, estavam depositados no pátio do Instituto, visando não só humanizar o local de trabalho como também oferecer aos mortos e respectivas famílias o respeito devido. Uma equipe, composta de um perito odontologista e dois técnicos auxiliares, fora então designada para o cumprimento desta tarefa da qual este estudo objetiva apresentar o protocolo de trabalho de antropologia forense que foi desenvolvido, com a execução do exame médico-legal de cada cadáver para posterior sepultamento. O método utilizado, quanto à abordagem do problema, foi o quantitativo-qualitativo. O protocolo de ação preconizou o levantamento de indivíduos, o inventário de restos mortais e de pertences, a foto-documentação, a coleta de amostra de osso para eventual exame de DNA e exames antropológicos para obtenção do perfil biológico. A aplicação deste protocolo permitiu a determinação de 62 corpos não identificados, insepultos, dos quais foram coletadas cerca de 60 medidas osteométricas e elaborados relatórios individuais com dados antropológicos, mantidos à disposição para eventual identificação. A conclusão dos laudos e relatórios subsidiou à autorização legal para inumação de todos os corpos pelos familiares ou pelo Instituto e representou a busca pelo devido respeito à dignidade da pessoa humana enquanto cadáveres inumados e devidamente documentados.

Palavras-chave: Direito funerário; Antropologia; Identificação.

Referências Bibliográficas:

BERTONCELO, J. A. e PEREIRA, M. B. Direito ao cadáver. Disponível em: . Acesso em: 14/08/2019.

BOTELHO, J. Aspectos gerais sobre Direito Funerário: Necessidade de codificação em prol da Segurança Jurídica. Disponível em: . Acesso em: 14/08/2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados: Edições Câmara.

CUNHA, E. Morphology. Portugal.

FRANÇA, G. V. Medicina Legal. 11. Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

Capítulo 10 - DOI:10.55232/1082024.10

INTERROGATÓRIO DO RÉU POR VIDEOCONFERÊNCIA DURANTE A PANDEMIA

Maiara Motta e Gabriel Moura Aguiar

O interrogatório é o último ato da instrução processual e abarca vários princípios do processo penal, como juiz natural, identidade física, contraditório pleno, ampla defesa, duração razoável do processo. Sua importância decorre da natureza mista de fonte de prova e pelos esclarecimentos necessários para que se operem pleno contraditório e ampla defesa. Sua ausência pode gerar nulidade, porém, o ato nem sempre é essencial, podendo não ocorrer quando o réu, devidamente intimado, não comparece à audiência ou quando este não demonstrar interesse, alegando que a ausência do ato não prejudicará sua defesa. Nas demais situações, contudo, deve ser realizado, mesmo que seja para o acusado exercer seu direito de silêncio, e isso pode ocorrer a qualquer momento até o trânsito em julgado da sentença. O Código de Processo Penal estabelece que o interrogatório do réu preso pode ser realizado excepcionalmente por videoconferência quando houver alguma das circunstâncias taxativas do art. 185, § 2º. Todavia, em decorrência da pandemia causada pelo COVID-19, as audiências presenciais precisaram ser substituídas por sessões on-line, surgindo o debate sobre a necessidade e a conveniência das videoconferências em várias etapas do processo, incluindo o interrogatório. Afinal, a duração razoável do processo é um direito do acusado, principalmente considerando a situação do réu preso. Desse modo, a não realização de nenhum interrogatório, elemento imediatamente anterior à decisão do juiz, traz inegáveis prejuízos aos acusados ao passarem mais tempo aguardando a sentença com sua absolvição ou condenação. Para analisar essa questão e compreender a aplicação prática, será realizado um estudo sobre o conceito do instituto juntamente com a análise de alguns julgados e suas fundamentações sobre a aplicação ou não da videoconferência no interrogatório. Para atingir esse objetivo, a metodologia utilizada será do tipo jurídico-dogmática, para compreender o instituto no contexto do ordenamento jurídico, e jurídico-sociológica, pois complementa o tipo anterior ao analisar a eficácia do objeto de estudo por meio de sua realização concreta. O raciocínio utilizado é o indutivo, partindo de premissas e casos específicos para obter conclusões gerais. Quanto aos materiais, serão utilizados leis, doutrinas e julgados considerados pertinentes dentro do recorte temporal desde o início das medidas de contenção da pandemia que desencadearam nas ações de distanciamento social e, conseqüentemente, das audiências virtuais. Conclui-se que, embora o CPP preveja a videoconferência como situação excepcional com previsões taxativas, o contexto social da pandemia se insere nessa excepcionalidade, sendo enquadrado no inciso IV do §2º do art. 185 do CPP (gravíssima questão de ordem pública). Desse modo, havendo as condições estruturais necessárias e de acordo com a lei, justifica-se sua maior utilização. Afinal, tendo em vista aplicar-se a réus em restrição de liberdade e considerando a incerteza quanto à duração das medidas necessárias de contenção da pandemia, caso o acusado e seu defensor não obstem nem aleguem prejuízos à forma de realização, esse meio permite a observação da duração razoável do processo, sendo plenamente possível, todavia, atender ao

pedido de adiamento caso assim eles entendam ser mais vantajoso aguardar a audiência presencial.

Palavras-chave: processo penal, princípio da duração razoável do processo, interrogatório

Referências Bibliográficas:

BRASIL. Constituição da república federativa do brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. 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/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 jan. 2021.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Processo penal, parte geral. 15º edição reformada. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 3º volume. 32ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

Capítulo 11 - DOI:10.55232/1082024.11

VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Milene Facciolo Pires

A temática dos precedentes judiciais foi ampliada pelo Código de Processo Civil e traz em seu espírito a uniformização da jurisprudência e efetividade das decisões judiciais, reflexão da qual não escapa sua análise no bojo da administração pública. Pretende-se nesse resumo analisar a vinculação da administração pública aos precedentes judiciais, tendo em vista que o artigo 927 do Código de Processo Civil, prevê que “os juízes e tribunais observarão” os precedentes ali elencados, havendo ausência de referência expressa à administração pública. Para tanto, a elaboração do resumo utiliza-se do método bibliográfico. Nas palavras do processualista Alexandre Freitas Câmara: “Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior” (CÂMARA, 2022, p. 441). No mesmo sentido, assevera DIDIER (2014, p. 43) “Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Vale ressaltar que apenas os precedentes enumerados no artigo 927 do Código de Processo Civil são vinculantes. O artigo 2º da Constituição Federal (CF) consagra o princípio da separação dos poderes ao mencionar que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes entre si. Contudo, o mesmo artigo destaca a harmonia que deve permear entre as funções. Segundo o professor Ricardo Duarte Jr, é bem clara que a ideia de separação de poderes tal como vislumbrada por Montesquieu não subsiste mais. Com efeito, trata-se de uma “separação das funções do Estado, em que cada poder possui diversas funções, típicas e atípicas, delimitadas pelo ordenamento jurídico positivo vigente” (JUNIOR, 2014, p. 144). Os poderes devem agir de forma a alcançar o fim almejado. Se, eventualmente, um desses poderes se mostra inerte, a atuação de outro em substituição é necessária. Outrossim, a partir do enfoque pós-positivista, o princípio da legalidade ganhou novos conteúdos, indo além da validade estritamente formal (CAMBI, 2016). Ademais, “Tendo as cortes de vértice conferido determinado sentido ao enunciado legal/constitucional, cuja observância é obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário, não seria lógico nem razoável que o administrador público tivesse a possibilidade de atribuir-lhe sentido diverso, mesmo sabendo que, sujeito ao controle judicial, o ato administrativo pudesse ser posteriormente corrigido para guardar respeito ao precedente judicial vinculante” (CAMBI, 2016, p. 213). Soma-se a isso a perspectiva de que a não vinculação contraria o direito fundamental à boa administração pública, a qual deve ser eficiente e eficaz na proteção e promoção dos direitos fundamentais. Em consonância, a atuação do administrador público deve se pautar pela atuação idônea, econômica e satisfatória na concretização das finalidades públicas, principalmente dos direitos fundamentais. É importante frisar que o não acatamento das decisões do Poder Judiciário pela Administração Pública, para além de violação ao princípio constitucional da eficiência, permite que o Estado continue perpetuando ilegalidades e injustiças, tendo em vista que também viola o princípio

constitucional da igualdade, na medida em que é “inadmissível conceder prestações sociais desiguais, atendendo a alguns cidadãos em detrimento de outros que estejam em idêntica condição” (CAMBI, 2016, p. 214). Portanto, a vinculação garante a segurança jurídica, a igualdade e a liberdade. O direito de acesso à justiça não é materializado somente com a possibilidade de comparecer efetivamente ao Poder Judiciário, mas também de ter pretensões tuteladas pela Administração Pública. Assim, conclui-se que a previsão do artigo 927 do Código de Processo Civil não se restringe ao Processo Civil, repousando na própria essência do Estado Democrático de Direito, o qual garante segurança e previsibilidade através da vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais.

Palavras-chave: Administração Pública, Precedentes judiciais vinculantes

Referências Bibliográficas:

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Grupo GEN, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772575/>. Acesso em: 18 abr. 2022

CAMBI, Eduardo et al. Curso de Processo Civil Completo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2016

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014

JUNIOR. Ricardo Duarte. Agência Reguladora, Poder Normativo e Democracia Participativa. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2014

Capítulo 12 - DOI:10.55232/1082024.12

**PANORAMA SOBRE A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA NO
DIREITO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Wanessa Da Silva Paz

Atualmente a tecnologia está presente no dia a dia da população em seus mais diversos segmentos, seja no trabalho, em casa ou na escola. Com seu avanço ao longo dos anos, fato que ocorreu por intermédio da ascensão da Quarta Revolução Industrial, foi possível notar uma inovação significativa no contexto social, principalmente no modo como os indivíduos passaram a interagir entre si, posto que antigamente eram utilizadas cartas escritas à mão para estabelecer um diálogo à distância e atualmente, para que isso aconteça, faz-se o uso de correspondências instantâneas por meio de aplicativos de mensagens. Logo, pode-se mencionar que essa extensa ferramenta é fundamental para exercer determinadas profissões com qualidade e segurança. Prova dessa afirmação é a ascensão do home office, que consiste em uma alteração no regime de emprego, no qual os empregados exercem suas funções estipuladas no contrato de trabalho fora das dependências da empresa. Contudo, além de tal fator, vale salientar que o âmbito jurídico também foi veementemente beneficiado com a referida modernização. Isso se dá em virtude de, por exemplo, extensos documentos poderem ser digitalizados ao invés de elaborados manuscritamente. Analogamente, torna-se válido citar o acompanhamento eletrônico de processos, com o qual é viável fazer o controle de prazos e ainda realizar pesquisas de petições, jurisprudências e pareceres. Diante dessa conjuntura tecnológica revolucionária no âmbito do Direito, é imprescindível notabilizar o Marco Civil da Internet como a disposição desse meio que disciplina as condutas praticadas no universo cibernético. Regulamentado pela Lei nº 12.965/2014, em seu Artigo 1º elenca que: “Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria”. Tal disposição inicial possui um aspecto de enorme relevância: O reconhecimento da importância das tecnologias introduzidas pela Quarta Revolução Industrial. Assim, é pertinente salientar o significativo trabalho que será exercido pelos entes federativos nesse contexto, em virtude da colaboração quanto à ajuda em orientar os cidadãos quanto aos caminhos legais que podem ser percorridos no âmbito cibernético. Além disso, é relevante que tal norma priorize o valor dos Direitos Humanos para que sejam combatidos ataques à dignidade da pessoa humana dos usuários, princípio este que está elencado no Artigo 1º da Constituição Federal de 1988 como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Desse modo, é fortalecido, tanto o que está previsto no texto constitucional, quanto o respeito para com os cidadãos do território brasileiro. Dessa forma, é por via do Artigo 4º do Marco Civil, em seu inciso III que se faz necessário destacar o Lawtech e o Legaltech, startups bastante importantes para o mercado e/ou indústria jurídica. Um exemplo nacional integrado a essa conjuntura é o Astrea, software da Aurum que possibilita ao advogado a manutenção do escritório com

eficiência por meio de uma mecanização programada com tecnologia avançada. Perante esse cenário, todo o Artigo 7º elenca os direitos e garantias dos internautas, objetivando resguardar principalmente a privacidade de tais pessoas que se valem da rede de computadores. Destarte, pode-se salientar que a Lei nº 12.965/2014, embora seja um dispositivo relativamente novo, é uma norma de grande relevância, pois regulamentou as relações digitais e consagrou os direitos das pessoas na internet. Por fim, notabiliza-se que ele foi um importante preenchimento de lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, visto que fez com que a Justiça deixasse de deliberar apenas sobre as condutas praticadas no espaço real por meio da ampliação das normas para o âmbito virtual.

Palavras-chave: direito, tecnologia, contemporaneidade

Referências Bibliográficas:

LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. FGV Editora; 2005.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de setembro 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília DF., set., 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico; 1988.

Capítulo 13 - DOI:10.55232/1082024.13

A METODOLOGIA DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO LOCAL - DEL TRANSFORMANDO CIDADES DO RIO GRANDE DO NORTE EM DESTINOS TURÍSTICOS SUSTENTÁVEIS E INTELIGENTES

Jane Karoline Carvalho De Aguiar Ramos e Fernando De Souza Marinho

O Rio Grande do Norte é um Estado brasileiro que conta com território privilegiado, correspondendo a um verdadeiro paraíso de ambientes naturais e agrupamentos humanos, que compõem seus 167 municípios. Dentro desse cenário encontra-se um grande potencial turístico, cujo equilíbrio ecológico necessita de boas práticas de desenvolvimento sustentável. Sobre essa temática, o presente trabalho se propõe a analisar a aplicação da metodologia Desenvolvimento Econômico Local (DEL) como ação transformadora dos municípios em cidades inteligentes e sustentáveis. O projeto DEL é uma metodologia inspirada no modelo alemão para gestão do desenvolvimento local, com iniciativas voltadas ao fomento de tecnologia às instituições públicas e privadas locais, para ajudá-las a desenvolver e gerenciar práticas sustentáveis que tornem cada município uma cidade sustentável e inteligente. Em 2017 o DEL foi implantado no Rio Grande do Norte pela Federação do Comércio do RN, por meio do Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial do Rio Grande do Norte (SENAC RN), ao firmarem parceria com a FASISC-SC e FEDERASUL-RS, junto as entidades internacionais; Instituto Educacional da Economia Bávara (BBW), Ministério Federal para a Cooperação e o Desenvolvimento da Alemanha (BMZ), Fundação para o Desenvolvimento Econômico e Qualificação Profissional (SEQUA). Neste contexto à nível mundial o desenvolvimento sustentável faz parte das ações da “Agenda 2030”, que dispõe sobre o plano de ação global para erradicar a pobreza e promover uma vida digna a todos, de forma sustentável, preservando a qualidade de vida para as futuras gerações. A nível local as ações sustentáveis realizadas através da metodologia DEL tem colocado os municípios potiguares entre os 100 destinos sustentáveis mundialmente preferidos. Assim concluímos que o desenvolvimento econômico local, com foco no turismo, venha a ser uma política pública e privada aplicada de maneira à transformar os municípios potiguares em cidades inteligentes e sustentáveis.

Palavras-chave: Cidade inteligente; DEL; Direito ambiental

Referências Bibliográficas:

AIETA, V. S. Cidades inteligentes: uma proposta de inclusão dos cidadãos rumo à ideia de “cidade humana”. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, n.4. 2016. ISSN 2317-7721 pp.1622-1643. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/25427/19155>. Acesso em: 18 fev 2022.

BRAGA JUNIOR, S. A. M. Os desafios tecnológicos da implementação das cidades inteligentes. In: TOALDO, A. M.; MACIEL, C. S. F. S.; GIOLO JUNIOR, C.; ALVES F. G. (Org.). Tecnologia e Direito. 1ªed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021, v. 1, p. 156-171. Disponível em: <https://www.caedjus.com/wp-content/uploads/2021/08/09-CAEDJUS2021-Tecnologia-e-direito.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2022.

DOHLER, A. Manual DEL Turismo. Santa Catarina, 2021.

LAISNER, R. Avaliação dos objetivos do desenvolvimento sustentável nos municípios brasileiros: a construção de uma ferramenta. UNESP, Franca, SP. 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/351779538_AVALIACAO_DOS_OBJETIVOS_D_O_DESENVOLVIMENTO_SUSTENTAVEL_NOS_MUNICIPIOS_BRASILEIROS_A_CONSTRUCAO_DE_UMA_FERRAMENTA. Acesso em: 18 fev. 2022.

LIMA, T. L. M.; GUIMARÃES, P. B. V.; BRAGA JÚNIOR, S. A. M. O direito à cidade inteligente sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável: o caso da agenda Teresina 2030 e do Observatório da Mobilidade. Revista de Direito da Cidade, v. 13, p. 348-364, 2021. Disponível em: https://redib.org/Record/oai_articulo3357349-o-direito-à-cidade-inteligente-sob-a-perspectiva-do-desenvolvimento-sustentável-o-caso-da-agenda-teresina-2030-e-do-observatório-da-mobilidade--right-smart-city-under-sustainable-development-perspective-case-‘agenda-teresina-2030’-mobility-observatory. Acesso em: 18 fev. 2022.

Capítulo 14 - DOI:10.55232/1082024.14

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS À LUZ DO DIREITO DA INTEGRAÇÃO REGIONAL

Raphael Geraldo Estanislau Vaz Ribeiro

A atual ideia que possuímos, acerca da natureza dos Direitos Humanos, foi consolidada, principalmente, a partir de 1993, na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena. Desse modo, consolidou-se o entendimento de que tais direitos são intrínsecos a todos os seres humanos, são todos igualmente fundamentais para a realização de um projeto de vida digna, de tal forma que são indisponíveis e a concretização de um direito requer necessariamente a proteção dos demais (MOURA, 2014). Nesse sentido, desde o contexto pós Grande Guerra, iniciou-se uma maior preocupação global com a necessidade de resguardar e assegurar os direitos humanos fundamentais, sendo concebidos Sistemas Internacionais de Proteção, que visavam a proteção desses direitos em distintos patamares (LIMA, 2020). Em paralelo a tal processo, devido ao crescente processo de intensificação dos processos de integração regional, que ocorreram principalmente a partir da segunda metade do século XX, irromperam transformações nos elementos constitutivos clássicos dos Estados que vem modificando não só o modo de produção do Direito no interior dos países, mas, em uma maior escala, o modo como costumes e práticas são estabelecidos em âmbito internacional. Dessa maneira, no continente americano, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, têm o intuito de resguardar a proteção dos Direitos Humanos nos países membros do bloco que aceitaram a jurisdição da Corte. Em tal âmbito, as sentenças expedidas pela Corte geram decisões vinculantes, com efeitos para os sistemas legais dos países membros, sendo assim, instrumento de criação e interferência na jurisprudência, impondo obrigações positivas e negativas aos governos. Nesse aspecto, o Direito da Integração Regional fornece relevantes subsídios para compreender tal fenômeno. Mata Diz e Jaeger Junior (2016), apontam que tal ramo do Direito pode ser conceituado como uma reinterpretação das particularidades do Direito Interno, do Direito Internacional Público e do Direito da Integração, visto que essas áreas isoladas, atualmente, não são mais capazes de explicar a intensa associação entre organizações supranacionais. Desse jeito, elementos antes consolidados como partes fundamentais da constituição de um Estado, tais quais o povo, o território, e o poder soberano, sofreram relevantes mudanças de significação. Assim, com a associação dos países em blocos, a soberania, anteriormente compreendida como poder absoluto de um país sob o povo e o território, foi alargada, sendo compartilhada com órgãos supranacionais, e delegando parte de algumas decisões para tais instituições (MATA DIZ; MARTINS, 2015). Isso pode ser observado ao se analisar como as decisões referendadas por Cortes Internacionais, nesse caso, a CIDH, possuem potencial vinculante sob a jurisdição de países membros. Desse modo, as entidades públicas e as organizações regionais da América Latina se constituem como uma importante peça no desenvolvimento da concepção de Direitos Humanos Internacionais (SIKKINK, 2015). Apesar do Direito da Integração Regional exercer

um importante papel no âmbito regional, atuando para combater transgressões aos direitos fundamentais, urge ampliar o debate acerca do impacto que decisões proferidas por órgãos transnacionais, sem um amplo conhecimento da vivência e da experiência histórica de um povo, possuem de impor políticas públicas para todo um território, desconsiderando regionalismos tradicionais e particularidades de cada comunidade. Por derradeiro, outro ponto que ainda necessita de maiores discussões trata da problemática em torno da dicotomia da Corte Interamericana, com base em um discurso de combate a violações de Direitos Humanos, ampliar a punibilidade e o sentenciamento de indivíduos.

Palavras-chave: Direito da Integração Regional; Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Referências Bibliográficas:

LIMA, Sabrina Leal. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise e mapeamento de suas sentenças. UNISC, 2020. Disponível em: . Acesso em: 11 de abr. 2022.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; JAEGER JÚNIOR, A. Por uma teoria jurídica da integração regional: a inter-relação direito interno, direito internacional público e direito da integração. Revista de Direito Internacional, v. 12, 2016, p. 139-158.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; MARTINS, Thiago Penido. Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional. In: Direito Internacional, Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MOURA, Iara; MELO, Paulo Victor (coord.). Guia Mídia e Direitos Humanos. São Paulo: Intervezes, 2014, p. 6-15. Disponível em: <https://intervezes.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Guia-Midia-e-Direitos-Humanos-menor.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2022.

SIKKINK, Kathryn. Protagonismo da América Latina em Direitos Humanos. In: Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 12, n. 22, 2015, p. 215-227.

Capítulo 15 - DOI:10.55232/1082024.15

MATTHÄUS-PASSION E O PRINCÍPIO DO JUIZ IMPARCIAL

Anderson Miller Silva Varelo

O “Matthäus-Passion” se trata de um oratório composto por Johann Sebastian Bach e está registrado no Catálogo de Obras de Bach sob o nº 244. Tal obra é a musicalização da narração da Paixão de Jesus Cristo pelo Evangelista Mateus, apresentando, também, complementos poéticos do compositor e criando, assim, um campo propício para meditação das passagens evangélicas. Contudo, na passagem do nº 41 – Rezitavit ao nº 52 – Arie – Alt da obra, tem-se a narração do julgamento de Jesus, trazendo detalhes que podem evidenciar o desrespeito às normas processuais penais daquela época, sobretudo no que diz respeito ao princípio do Juiz Imparcial. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, analítica e dedutiva à obra de Bach, ao Evangelho Segundo Mateus e pesquisas jurídicas relacionadas ao julgamento de Jesus Cristo. Com isso, busca-se visualizar como a música pode proporcionar novos olhares jurídicos sobre um tema já bem explorado e compreender como o direito foi utilizado, naquele tempo, como objeto de manutenção de interesses dominantes, mesmo que através de sangue inocente. Com isso, observou-se que, durante todo o processo ocorrido no Sinédrio e perante Pôncio Pilatos, Jesus não teve acesso a defesa técnica, sendo constantemente acusado por aqueles que deveriam o julgar, num nítido sistema inquisitorial. As acusações elaboradas não passavam de interpretações equivocadas do discurso evangélico de Jesus e escondiam o interesse existente de manutenção do sistema então vigente. Nisso, os julgadores de Jesus agiram com parcialidade em todo o processo, maculando um dos julgamentos mais importantes da história. A obra de Bach, por sua vez, conseguiu mostrar isso com uma assertividade marcante, dando som aquilo que estava apenas escrito.

Palavras-chave: Bach, Direito e Música, Paixão de Cristo.

Referências Bibliográficas:

BACH, Johann Sebastian. Paixão segundo São Mateus. Tradução de Helma Haller. Disponível em: <http://www.dhbyte.com.br/ccantorum/TraduBach_MathausPassion.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BÍBLIA DE JERUSALÉM. Tradução do texto em língua portuguesa diretamente dos originais. 1a. ed. São Paulo: Paulus, 2002.

CIETTO, Luiz; SANTOS, Edley Matos dos. O julgamento de cristo e o direito romano: uma análise sobre a justiça na condenação de Jesus. Acta Científica, Ciências Humanas, [S. I.], v. 4, n. 1, p. 6-9, 2018. Disponível em: . Acesso em: 13 abr. 2022.

RIBEIRO, Roberto Victor Pereira. O julgamento de Jesus Cristo sob a luz do Direito. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2021.

Capítulo 16 - DOI:10.55232/1082024.16

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA EDUCAÇÃO BÁSICA NACIONAL: UM CAMINHO DE INSTAURAÇÃO DA CULTURA DE PAZ NAS ESCOLAS

Dener Rodrigues De Souza e Teresa Cristina Ferreira De Oliveira

INTRODUÇÃO A pesquisa discute a emergência do diálogo sobre os conflitos escolares e propõe a mediação escolar, um princípio da educação em direitos humanos, como uma nova prática educacional, que visa a redução da violência e a promoção da cultura de paz nas escolas. O primeiro ponto a se destacar, é que as violências escolares estão intrinsecamente ligadas ao conceito amplo de violência, pois a escola representa a própria sociedade intramuros (LIMA; JUNIOR, 2015, p. 200), sendo identificada, também, como caixa de ressonância social (CHRISPINO; CHRISPINO, 2011, p. 21). Portanto, o espaço escolar pode tornar-se palco de produção e reprodução das diferentes formas de violência. Dados divulgados pelo PISA (Programa Internacional de Avaliação de Estudantes), ano referencial 2018, demonstram a importância do tratamento dos conflitos escolares, pois estes impactam diretamente o resultado dos estudantes. Dois indicadores analisados são relevantes: o bullying e a indisciplina, sobre os quais o Brasil ultrapassou a média dos países que compõem a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Enquanto a média da OCDE no indicador bullying registrou que 23% dos estudantes já sofreram bullying, no Brasil esse indicador atingiu o percentual de 29%. No tocante à indisciplina, a média incidente dos países da OCDE é de 26%, já no Brasil a média atingiu o índice de 41% (INEP, 2019). Caso paradigmático de extrema violência, nos Estados Unidos, foi o atentado em 1999, no Columbie High Scholl. Muitas foram as vítimas neste caso, o que obrigou a implantação de detectores de metal e sistemas de monitoramento em diversas escolas daquele país. Essas medidas são conhecidas como políticas de tolerância zero (EVANS; VAANDERING, 2018, p. 26). No Brasil, dois casos, em escolas, (Goiânia-GO, em 2017, e de Suzano-SP, em 2019) têm aberto discussões sobre a implantação de detectores de metais e a presença de segurança armada nas escolas. Importante destacar que não há, no país, legislação que determine tais medidas de repressão. Partindo desses dados, a pesquisa apresenta um panorama do sistema educacional nacional, com um olhar atento sobre a produção e reprodução das violências nas escolas. A partir desse cenário, questiona-se como a mediação de conflitos educacionais pode ser um caminho de redução da violência e de promoção da cultura de paz nas escolas. Nesse sentido dentro dos elementos importantes, relativos à temática, destacam-se: o processo histórico-social-cultural em que se estruturou a educação brasileira, que culminou num sistema dualista e excludente (SAVIANI, 2013; ARANHA, 2018); a violência e a sua incidência na escola, entendida como um fenômeno polissêmico, multicausal e multidimensional (MILANI, 2003, p. 33); os conflitos educacionais vistos por um prisma positivo, que oportunizam o crescimento e o amadurecimento (BEZERRA, 2008; RAMOS, 2010; BLAGUER, 2015); a proposta de uma nova prática educativa em que sejam implementadas a cultura dos direitos humanos, de

mediação e de paz (BEZERRA, 2008; AMES, 2018) e, por fim, a análise de programas de mediação no Brasil, destacando avanços e desafios. Assim, a mediação de conflitos apresenta-se como um importante instrumento de reorientação das relações, prevenção da violência e criação de um ambiente saudável, harmônico e pacífico, oportunizando, assim, qualidade no processo de aprendizagem. **METODOLOGIA** A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a investigação qualitativa, que utilizou um conjunto de práticas materiais interpretativas, envolvendo as seguintes características: um ambiente natural (fonte de dados); o pesquisador como instrumento-chave da coleta de dados; o raciocínio complexo envolvendo a dedução e a indução; o foco nas perspectivas dos sujeitos pesquisados, seus significados e as múltiplas visões subjetivas; o contexto social, político e histórico; o pressuposto de um projeto emergente e em evolução; a reflexão e a interpretação; e a visualização de um quadro

Palavras-chave: Mediação de Conflitos; Conflitos Escolares; Cultura de Paz.

Referências Bibliográficas:

AMARAL, Diana Elizabette do; RAMOS, Jeannette Filomeno Pouchain. Mediação de conflitos no ambiente escolar para promover a cultura da paz. *Revista Conhecer: debate entre o público e o privado*. vol. 08, n. 21, 2018. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/1072> acesso em: 10 de abr. 2021.

BEZERRA, Sônia Maria Albuquerque. Educação em Direitos Humanos e Mediação como Instrumento que possibilita a prática do aprendizado em Direitos Humanos. 2008. 95f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Edson Queiroz – Universidade De Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/dissertacoes/edh/disserta_bezerra_edh_mediacao_escolar.pdf acesso em: 12 de abr. 2021.

CHRISPINO, Alvaro; CHRISPINO, Raquel S. P. A mediação do conflito escolar. São Paulo: Biruta, 2011.

MARTINS, Angela Maria; MACHADO, Cristiane et. al. Mediação de conflitos em escolas: entre normas e percepções docentes. *Cadernos de Pesquisa*. vol.46 no.161 São Paulo jul./set. 2016. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742016000300566&lng=pt&tlng=pt acesso em: 02 de nov. 2020.

PRANIS, Kay. Processos Circulares de Construção de Paz. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo/: Palas Athena, 2010.

Capítulo 17 - DOI:10.55232/1082024.17

OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Milene Facciolo Pires

A Constituição Federal de 1988, de caráter essencialmente social, consagrou democrático o Estado brasileiro e estabeleceu a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) como seu fundamento, o que repercutiu sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive na proteção à pessoa com deficiência. Pretende-se, no presente resumo, analisar os avanços na proteção e na inclusão das pessoas com deficiência a partir da promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, utilizando-se do método bibliográfico. Referida promulgação representou um marco protetivo à pessoa com deficiência juntamente com a subscrição pelo Brasil, em 2007, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, primeiro tratado internacional de direitos humanos a ingressar na ordem jurídica com “status” de norma constitucional. Dele teve origem a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (LBI) - Lei nº 13.146/ 2015. A Lei Maior, contendo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da república, consagrando dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos e, determinando a prevalência dos direitos humanos dentre os princípios que regem as relações internacionais, assegura em seus dispositivos a devida proteção às pessoas com deficiência. O princípio da igualdade, previsto pelo artigo 5º, funciona como paradigma à toda a normativa constitucional e infraconstitucional, tendo por finalidade promover tratamento igualitário entre os indivíduos, e eliminar atos discriminatórios. O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello entende que as pessoas com deficiência podem ter a quebra da igualdade, gerando direito a um tratamento diferenciado, como por exemplo, tratamento especial dos serviços de saúde e local de trabalho protegido (MELLO, 1997). Não obstante, a CF também assegura o direito à liberdade, o qual possui, dentre suas ramificações, o direito à liberdade de locomoção. Nesse contexto, há a importância da eliminação de barreiras, a exemplo das urbanísticas, arquitetônicas e dos transportes, e da implementação de tecnologias assistivas, a exemplo de rampas de acesso, em prol do livre acesso. Garantindo-se a liberdade, garante-se a acessibilidade, a independência, o exercício da cidadania e a participação social. Consequentemente, o alcance de vários outros direitos é proporcionado, como os direitos à educação, ao trabalho e ao esporte. Aqui cabe destacar a importância da Lei da Acessibilidade, do Estatuto da Cidade, dos Planos Diretores Municipais e das normas da ABNT NBR 9050/2004. A proteção constitucional também se exterioriza na proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e aos critérios de admissão; com a reserva de percentual de cargos e empregos públicos; com o atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino. Há ainda previsão de que a assistência social elenca como alguns de seus objetivos a habilitação, reabilitação e promoção de integração das pessoas com deficiência, além da garantia de um salário mínimo de benefício mensal quando houver prova de que pessoa com deficiência não possui meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida pela família. Portanto, inúmeros são os exemplos

de dispositivos que caracterizam a proteção constitucional. Conclui-se que são nítidos os avanços na proteção e na inclusão das pessoas com deficiência a partir da CF/88, priorizando-se a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade e à liberdade e os demais direitos fundamentais.

Palavras-chave: Inclusão, Constituição Federal, Pessoa com deficiência

Referências Bibliográficas:

ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência 4^a ed., 2011

LEITE, Flavia Piva Almeida Leite; FILHO, Adalberto Simão Filho, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Inclusão da pessoa com deficiência na sociedade da informação: considerações sobre a cidadania ativa e passiva no processo eleitoral. 2018

LEITE, Flávia Piva Almeida; SEGANTIN, Adriano Fernando. Educação inclusiva: os avanços legislativos nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. 2018. Disponível em: Acesso em: 19 abr. 2022

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. atual., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos.4.ed.Rio de Janeiro: Editora Método, 2017

Capítulo 18 - DOI:10.55232/1082024.18

**A LITERATURA ESPECIALIZADA DO DIREITO COMO
FORMA DE MANUTENÇÃO DA IDEOLOGIA
EUROCÊNTRICA NO CURSO**

Gabriela Santana Da Silva e Italo De Jesus Ribeiro

Uma das bases do curso de Direito, a literatura especializada é essencial para a formação do jurista, pois não traz consigo somente o posicionamento e análise crítica de autores especializados, ela compreende também vivências e experiências dos autores. Diante disso, a diversidade doutrinária faz-se imperiosa à formação com excelência do jurista. Com conhecimento da importância de tal fato, foi desenvolvida uma investigação que estuda tal literatura e suas consequências na formação do futuro jurista. Para construir tal análise, os objetivos específicos do trabalho são divididos em: a) Propor uma reconstrução histórico-social do curso de Direito; b) Executar um estudo com docentes sobre a relação entre a indicação doutrinária e a representatividade preta no corpo docente; c) Averiguar a quantidade de pessoas pretas na docência e as consequências da não indicação de doutrinadores pretos na formação do futuro jurista. Para atingir esses objetivos, optou-se por uma pesquisa qualitativa, com fins descritivos, por meios documentais e bibliográficos, com uso de estudo de caso. Referente a parte bibliográfica, como embasamento para estudo foram usados preferencialmente os trabalhos de mulheres pretas como Carla Akotirene, Sueli Carneiro e Lélia Gonzalez. É importante salientar que a coleta de dados deu-se pelo envio de um formulário de perguntas aos docentes, e nele questionou-se os critérios utilizados por estes em suas indicações doutrinárias como, por exemplo, se ao considerar a indicação de uma dessas literaturas, conhecer um pouco mais sobre o autor é um cuidado do docente na escolha de leitura e indicação, além de alguns dados pessoais, como área de atuação e se durante a formação do docente participante, referências pretas foram evidenciadas, para que se criasse um recorte dos participantes. Com a análise dos resultados pesquisados, confirmou-se as hipóteses levantadas, da falta de doutrinadores pretos em referência especificamente no curso de direito indicados, além da bolha informacional como causa do cenário de discriminação e racista. Além disso, os dados confirmam a proposição de que o racismo estrutural formador do curso na época do Brasil Império continua apresentando-se firme, no entanto, de forma indireta, e permanecendo por meio da autoria literária. Nesta senda, salientou-se a urgência revisional e mudança no sistema educacional do curso de Direito. A pesquisa foi desenvolvida com um grupo limitado de professores, é um trabalho qualitativo, portanto, para que se compreenda com maior completude o contexto descrito, indica-se que uma pesquisa longitudinal seja construída para maior compreensão acerca das inferências causais deste contexto social. Ainda, sugere-se também o uso de critérios como representatividade e proporcionalidade para a coleta de dados no desenvolvimento da pesquisa aplicada. Indica-se na parte bibliográfica e documental, o uso de autores sob uma perspectiva decolonial (Mulheres pretas, homens pretos, preferencialmente brasileiros ou de algum país alvo de colonização) como uma forma libertária que atue

contrariamente às estruturas hierarquicamente segregatórias e que fomente a inclusão e a reconstrução da cultura exclusiva e embranquecida.

Palavras-chave: Racismo no direito; Literatura representativa; Eurocentrismo.

Referências Bibliográficas:

AKOTIRENE, Carla. Interseccionalidade. São Paulo. Pólen, 2019.

CARNEIRO, Aparecida Sueli. Poder, Saber e Subjetivação: Do Epistemicídio. In: CARNEIRO, Aparecida Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento do ser. Orientador: Roseli Fischmann. 2005. Tese (Doutorado em Educação) - Feusp, São Paulo, 2005. p. 96. Disponível em: .

GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. Revista Ciências Sociais Hoje. Águas de São Pedro, São Paulo. nº 2. p. 223-244. 1983.

NEGRAS, Coletivo Narrativas. Narrativas Negras: Biografias ilustradas de mulheres pretas brasileiras. Belo Horizonte. Editora Voo, 2020.