



PONTO DE VISTA JURÍDICO:

Revista Científica do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.

V. 4 – Nº 1 – 2015

Editora:
Profa. Jociane Machiavelli Oufella, Ms.

Catálogo na fonte elaborada pela Biblioteca Universitária
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador -SC

<p>R454r</p> <p>Revista eletrônica Ponto de Vista Jurídico da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP / Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. V.1, n.1. 2012. Caçador (SC): UNIARP, 2012.</p> <p>Semestral (online) ISSN: 2316-4042</p> <p>1. Direito - Periódico. I. Título.</p> <p>CDD 340.05</p>

EDITOR:

Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, Uniarp, Caçador, SC, Brasil

CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Adalcio Machado dos Santos, UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Marilu Pohlenz, UNIARP, Caçador, SC
Profa. Pricila Carla da Silva Ely, UNIARP, Caçador, SC
Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

COMISSÃO CIENTÍFICA AD HOC:

Prof. Dr. Adalcio Machado dos Santos, UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Marilu Pohlenz, UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Pricila Carla da Silva Ely, UNIARP, Caçador, SC, Brasil
Profa. Ms. Jociane Machiavelli Oufella, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA

Prof. Dr. Joel Haroldo Baade, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

BIBLIOTECÁRIA

Célia De Marco, UNIARP, Caçador, SC, Brasil

Ponto de Vista Jurídico é um periódico anual do Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) publicado em formato eletrônico (ISSN: 2316-4042).

Missão: O periódico científico “Ponto de Vista Jurídico” se dispõe a consistir em veículo de registro e comunicação, operado pelo Núcleo de Pesquisa em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp), em função de duas áreas de concentração: I – Direito e Efetividade; e II – Direito e Interdisciplinaridade..

Indexadores e bases de dados: Este periódico está indexado no Portal do Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER/IBICT), no Latindex (Sistema Regional de Informação em Linha para Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal), no Sumários.org emagrecer rapidamente e no Catálogo da Biblioteca da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe-UNIARP. Cadastrado no Diadorim, diretório de políticas das revistas científicas brasileiras sobre o acesso aberto aos artigos por meio de repositórios institucionais.

ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE E EM ESPECIAL DOS DIREITOS DA PESSOA PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA (CÂNCER)¹

Ana Luiza Romano²
Clovis Demarchi³

Recebido em: 11 jun. 2014
Aceito em: 16 out. 2014

Resumo: Nenhuma pessoa gosta de receber notícias ruins. Uma destas notícias que ninguém gosta de receber é o diagnóstico do câncer. Ela assusta qualquer pessoa e enfrentar o tratamento exigirá muita determinação e coragem por parte do portador e dos familiares. A tendência nestas horas é que ninguém se lembre de buscar os seus direitos e as causas desta falta de lembrança podem ser as mais variadas, mas, o mais comum mesmo é o desconhecimento dos Direitos do portador de câncer. Em maio de 2013 entra em vigor a lei 12.732 de 22 de novembro de 2012, publicada no D.O.U em 23 de novembro de 2012, que estabelece mais alguns direitos do portador de neoplasia maligna (câncer) Assim sendo, o objeto do presente artigo é a análise dos direitos sociais que estão disponíveis na legislação brasileira para os portadores de câncer. O objetivo geral da pesquisa foi o de analisar o direito à saúde e em especial os direitos dos portadores de câncer. Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica Indutiva. Foram utilizadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos. Portador de Câncer. Informação.

Abstract: No person likes to receive bad news. One of these stories that no one likes to receive the diagnosis is cancer. She scares anyone and face treatment will require a lot of determination and courage on the part of the holder and family. The trend these times is that no one remembers their rights and seek the causes of this lack of remembrance may be the most varied, but the most common is the same ignorance of the cancer sufferer Rights. In May 2013, comes into force the Law 12,732 of November 22, 2012, published in Gazette on November 23, 2012, establishing certain rights over carrier of malignancy (cancer) Accordingly, the object of this article is the analysis of social rights that

¹ Artigo apresentado como requisito final do Programa de Bolsas de iniciação Científica – Artigo 170, realizado no período de março de 2013 a fevereiro de 2014, pela acadêmica Ana Luiza Romano sob a orientação do professor Dr. Clovis Demarchi.

² Acadêmica do Curso de Direito da Univali no Campus de Itajaí.

³ Professor do Curso de Direito da Univali/Itajaí, integrante do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas.

are available in the Brazilian legislation for patients with cancer. The overall objective of the research was to examine the right to health, and in particular the rights of cancer patients. Regarding methodology, the rationale was used inductive. Techniques used were the Referent, the Category, Operational Concept and Library Research.

Keywords: Rights. Bringer of Cancer. Information.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise dos direitos sociais que estão disponíveis na legislação brasileira para os portadores de câncer. O objetivo geral foi o de analisar os direitos dos portadores de câncer.

Câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum crescimento desordenado (maligno) de células que invadem os tecidos e órgãos, podendo espalhar-se (metástase) para outras regiões do corpo⁴. Quando as células se dividem, tendem a ser muito agressivas e incontroláveis, determinando a formação de tumores (acúmulo de células cancerosas) ou neoplasias malignas. Por outro lado, um tumor benigno significa simplesmente uma massa localizada de células que se multiplicam vagarosamente e se assemelham ao seu tecido original, raramente constituindo um risco de vida⁵.

Os tipos de câncer correspondem aos tipos de células do corpo. Por exemplo, existem diversos tipos de câncer de pele porque a pele é formada de mais de um tipo de célula⁶. Outras características que diferenciam os diversos

⁴ GRIEP, Caroline Zorzo. Investigação das concepções espontâneas sobre câncer e suas possíveis implicações como tema transversal na educação para a saúde. (Dissertação mestrado). UFSM,2010. Disponível em: http://w3.ufsm.br/ppgecqv/Docs/Dissertacoes/Caroline_Griep.pdf. Acesso em 04 mar. 2013. p. 14.

⁵ SOCIEDADE FRANCO BRASILEIRA DE ONCOLOGIA. 10 maneiras para se proteger do câncer. Disponível em: http://www.oncologiafrancobrasileira.com/beta/br/web/pdf/o_que_e_cancer.pdf. Acesso em 04 mar. 2013. INCA. O que é câncer. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=322. Acesso em 04 mar. 2013.

⁶ SOCIEDADE FRANCO BRASILEIRA DE ONCOLOGIA. 10 maneiras para se proteger do câncer. Disponível em: http://www.oncologiafrancobrasileira.com/beta/br/web/pdf/o_que_e_cancer.pdf. Acesso em

tipos de câncer entre si são a velocidade de multiplicação das células e a capacidade de invadir tecidos e órgãos vizinhos ou distantes (metástases).⁷

O objetivo geral da pesquisa foi o de analisar o Direito a saúde e em específico os direitos dos portadores de câncer. Como objetivos específicos: a) Conceituar e identificar as características do câncer; b) Identificar, na legislação brasileira, os direitos do portador de câncer; c) Identificar os procedimentos necessários para que o portador possa ter acesso aos seus direitos. d) Fazer um levantamento, na região de Itajaí, quanto a dados sobre o acesso de portadores de câncer aos direitos que lhe estão disponíveis. Será realizada em cinco etapas.

Quanto à Metodologia, registra-se que, na fase de Investigação foi utilizado o método Indutivo, na fase de tratamento de dados o método Cartesiano. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

2 DIREITO SOCIAL À SAÚDE

2.1 Conceito de Direitos Sociais

Os direitos sociais estão diretamente ligados aos direitos humanos, já que estes correspondem aos princípios morais aos quais fornecem a garantia de satisfação das condições mínimas para a realização de uma vida digna.

Devendo-se entender como vida digna uma vida em que o indivíduo possa satisfazer suas necessidades básicas e possa respeitar a si mesmo.

Os direitos sociais são uma condição para que os direitos básicos, tais como o direito a igual liberdade de ação, direito à livre associação entre os indivíduos, direito a proteção dos direitos individuais, direito a igual

04 mar. 2013. INCA. O que é câncer. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=322. Acesso em 04 mar. 2013.

⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional do Câncer. O que é câncer. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=322. Acesso em 13 mar. 2013.

participação no processo de formação de opiniões e vontades e direitos a garantia de condições de vida, sociais, técnicas e econômicas, possam vir a ser exercidos.

Sendo assim os direitos sociais básicos, os que garantem a igualdade de chances de participação em discursos, para um consenso de regras. Regras estas que devam ser normatizadas, ou seja, institucionalizadas, pois são princípios morais.

Maria Clara Dias⁸ a atribuição de direitos sociais básicos é, assim, uma condição mínima para que o indivíduo possa reconhecer nas normas da sociedade o respeito por sua própria pessoa. Uma Condição mínima, portanto, para que o indivíduo queira se compreender como integrante da comunidade moral.

Em 1934 foi iniciada a institucionalização dos direitos sociais, sob influência das constituições mexicana, alemã, e também pela espanhola. Inicialmente foi tratada com a normatização essencialmente programática, porém, conforme o Professor José Afonso da Silva⁹, a tendência é de conferir a esta normatividade maior eficácia. E, nessa configuração crescente da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais, é que se manifesta sua principal garantia.

A Constituição de 1937 foram retirados direitos políticos e civis, mais na constituição seguinte, no ano de 1946, foram restabelecido direitos sociais aos quais incorporou as ideias privilegiadas pela Constituição alemã de Weimar (1919), dando início a valorização do trabalho humano.

Ao longo dos anos 60, os direitos políticos sofreram um retrocesso, caracterizado pelo período da ditadura militar, mais ao que tange os direitos sociais não trouxe mudanças substanciais.

⁸ DIAS, Maria Clara. Direitos Sociais Básicos. Revista Internacional de Filosofia, Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência da UNICAMP, v. XIX, n. 1, abr, 1996.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.p.465.

Em nossa atual Constituição que foi estabelecida no ano de 1988, o núcleo central dos direitos sociais é constituído pelo direito do trabalho e pelo direito de seguridade social e, em torno deles, gravitam outros direitos sociais, como o direito a saúde, o direito de previdência social, o de assistência social, a educação e ao meio ambiente.

Sobre o atual status dos direitos sociais o Professor José Afonso da Silva¹⁰ que os define da seguinte forma:

os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam dos direitos individuais na medida em que criam condições que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos sociais são pela doutrina classificados como direitos fundamentais de segunda geração e constituem verdadeiros fundamentais de segunda geração e constituem verdadeiros direitos de crédito do indivíduo em face do Estado, instituindo o dever correlato deste de prover a sua concretização¹¹.

2.2 Saúde como Direito Social

Até a constituição de 1988, nenhuma outra constituição havia se referido expressamente a saúde como parte integrante do interesse público e como princípio garantia em benefício do indivíduo, pois, como demonstrado, nas Constituições anteriores a assistência à saúde era assegurada ao indivíduo, exclusivamente na condição do trabalhador.

A constituição de 1988 dispõe sobre os direitos sociais nos artigos 6º ao 11º. Em conformidade com o artigo 6º, “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

¹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p.289.

¹¹ PORT. Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública, p.13.

proteção a maternidade e a infância e a assistência aos desamparados.”

A Constituição Federal assegura o exercício do direito à saúde, especificamente em seus artigos 196 a 200.

Da leitura do artigo 198, podemos abstrair que a saúde é “direito público subjetivo oponível ao Estado”. O citado artigo determina as diretrizes e preceitos ao exercício desse direito e fixa as atribuições constitucionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição trata da Ordem Social no Título VIII (artigos 193 a 232) e subdividiu a seguridade social em normas sobre a previdência social e normas referentes à assistência social e saúde.

Essas normas são subordinadas aos princípios da dignidade, respeito a pessoa humana, universalidade de cobertura e atendimento, igualdade de serviço e o democrático e descentralizado da gestão administrativa.

Vale ressaltar que, quando a prestação de assistência a saúde for executada pela iniciativa privada, devem ser observados ainda os princípios norteadores das relações contratuais, tais como o princípio da boa-fé, o princípio da informação e o princípio da transparência.

2.2.1 Conceito de direitos sociais

O conceito de saúde tem mudado radicalmente nos últimos anos. Antigamente, saúde significava apenas a ausência de doença, mas logo se percebeu que não apresentar nenhuma doença física aparente, não significava ter saúde. Gradativamente, esse conceito foi se expandindo e incorporando as dimensões física, emocional, mental, social e espiritual do ser humano.

Saúde é definida pela OMS como “o estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a não ausência de doença”.

Assim, o conceito de saúde tornou-se muito mais complexo e relacionado com as várias dimensões que fazem parte do ser humano. Ter uma Saúde Perfeita é ter equilíbrio entre estas várias dimensões. Significa também

ter Qualidade de Vida, Bem-Estar e Felicidade.

O conceito de saúde é um conceito dinâmico. Nos dias de hoje, é difícil conservar os mesmos níveis de saúde ao longo dos dias. A cada momento, em função das coisas que estamos vivendo, das demandas que estamos enfrentando, a nossa saúde e o nosso bem-estar é afetado. Podemos sair de um ponto ótimo, onde tudo está muito bem e um acontecimento muda toda a nossa rotina, aumenta o nosso nível de estresse, a imunidade baixa na qual poderá nos levar a uma possível doença.

2.2.2 Efetivação do Direito à Saúde

A sociedade em geral necessita viver de forma digna e o Estado tem obrigação para que esse bem-estar da sociedade seja efetuado de forma primordial, uma vez que tal cumprimento vem de princípio constitucional. Sendo que este direito à saúde faz parte do contexto do direito à vida, portanto, esse direito compõe a cada cidadão o direito a dignidade humana.

À inviolabilidade do direito à vida, vem muito bem colocada no caput do artigo 5º da Constituição Federal, sendo este um direito primário, corroborando para os demais direitos e princípios constitucionais. Por outro aspecto, localizado também na Constituição Federativa do Brasil, temos o art.1º, inciso III, que nos remete à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o jurista Luis Roberto Barroso:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.¹²

André da Silva Ordacgy defende que:

¹² BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009.

a saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, pois se consubstancia em característica indissociável do direito à vida.¹³

Iniciando do ponto em que, a saúde é essencial à vida e sendo a vida o bem mais valioso que temos, esta deve ser vivida de forma decente, não cabendo qualquer possibilidade de linhas diferentes quanto segue a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e ainda o direito a saúde.

A base da garantia ao direito à saúde no Brasil encontra-se no artigo 6º da Carta Magna de 1988, na qual traz os chamados direitos sociais na seguinte forma:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Conceitua os direitos sociais como sendo:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹⁴

É notável que a Constituição, traz o direito à saúde como algo fundamental a toda sociedade, implicando responsabilidades para o Estado, devendo este promover através de políticas públicas, de forma que o garanta a todo o cidadão indistintamente.

A Constituição Federal trata de forma específica o direito à saúde como direito social, no artigo 196, proclamando que “[...] o direito à saúde é um

¹³ ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em 30 jan.2014.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

direito de todos e um dever do Estado”.

Sendo assim, cabe ao Estado, em todas as suas dimensões federativas, ou seja, União Federal, Estados Membros e Municípios, não só a sua garantia, de minimizar possíveis riscos eminentes a saúde pública bem como a garantia do acesso de toda a sociedade sem qualquer tipo de restrição ou distinção que tenham por objetivo a promoção, proteção e recuperação da saúde. O Estado deve cumprir todo e qualquer pressuposto essencial na efetivação do direito à saúde, uma vez que, todo cidadão possui tal direito, sendo este a ele inerente.

Sob este prisma, o direito à saúde representa prerrogativa jurídica pétrea, cabendo apenas ao Poder Público o cumprimento desse dever, garantindo a toda a sociedade o acesso aos serviços de saúde. A Constituição claramente designa a obrigação do Poder Público para com a cobertura e pelo atendimento na área de saúde, de forma, integral, gratuita, universal e de forma igualitária.

Nas palavras de Ingo Sarlet:

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público.¹⁵

Em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio base de todo ordenamento jurídico brasileiro e fundamento do Estado Democrático de Direito, não pode o Estado eximir-se de seu cumprimento de seu dever de promover o direito à saúde de forma eficaz e eficiente para todos. É obrigação das autoridades públicas assegurar a todos, igualitariamente, o direito à saúde, conforme dispõe o dispositivo constitucional.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

2.2.3 Princípio da Igualdade

Posteriormente aos movimentos revolucionários do século XVIII, sendo estes nomeados de revoluções burguesas, destacando-se a independência dos Estados Unidos da América, e a revolução Francesa, a igualdade cogitada como essência jurídica, foi elevada as Constituições, como foi hasteada da Constituição Francesa e do EUA, marcando a partir deste momento a fundação da igualdade de todos perante a lei, cujos antecedentes era o estabelecimento de normas sendo elas genéricas ou abstratas, sendo aplicadas de forma igualitária sem qualquer distinção ou discriminação.

Perceptível que a igualdade em sua origem enquanto categoria jurídica surgiu de forma a extinguir os privilégios da nobreza do regime absolutista, sendo esta a igualdade formal, ao qual se firmou por longa data, até o surgimento das Constituições de caráter social.

A Constituição Brasileira que entrou em vigor no ano de 1988 perfilhou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade, uma igualdade de possibilidades, digamos, todos os cidadãos têm o direito de tratamento igual perante a lei, em concordância com os critérios adotados pelo ordenamento jurídico.

Portanto, o que se veda são as discriminações dos direitos das pessoas, as diferenciações absurdas, porque o tratamento desigual dos casos desiguais, é exigência clássica do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certos detalhes, somente se tem por lesado o princípio constitucional quando o elemento que discrimina não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem esquecer que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação do Estado.

A igualdade se formula como uma eficácia que supera o modo em que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma

constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não compartilhar dos mesmos valores e possuir concordância com a constituição.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera de duas formas distintas. De um lado, o legislador ou o próprio executivo, na confecção, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedem que se possa criar quaisquer tipo de tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações iguais. De outra forma, a obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira idêntica, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas, ou políticas, raça, classe social.

Na Constituição dispõe:

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: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

2.2.4 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade também chamado de justa-medida deve ser considerado um instrumento eficaz contra os ataques cometido pelo Estado que limitam a aplicação dos direitos fundamentais.

Tal princípio dever ser considerado o único que se propõe a solucionar com critério os conflitos entre direitos fundamentais, onde procura buscar o equilíbrio nesta relação confusa entre as partes.

Além disto, ordena que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional. Deve haver uma relação adequada entre as partes envolvidas.

Então, sempre que houver conflito entre direitos fundamentais e ou princípios constitucionais, ele deve ser utilizado na busca do equilíbrio, o que certamente demonstra o respeito que deve ser dado às partes.

Considerado como parte integrante do Estado Democrático de Direito. No Brasil, o STF inclina-se por vislumbrar a proporcionalidade como postulado constitucional que tem sua sede material na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal, em sua perspectiva substancial.

A aplicação do princípio da proporcionalidade segue tendência da regra do direito alemão, onde o interprete e ou julgador ao analisar o conflito de direito fundamental, deverá decompor analiticamente o raciocínio nestas três fases: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

2.2.5 Princípio da Reserva do Possível

Baseado na doutrina germânica entende-se que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para satisfazerem as prestações materiais que constituem seu objeto. E ainda certificam que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos está incluso no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos¹⁶.

O necessário é que mesmo aceitando a teoria do mínimo existencial, deve-se tentar ampliar ao máximo o núcleo essencial do direito, de modo que não reduza o conceito de mínimo existencial à noção de mínimo vital. Enfim, se o mínimo existencial fosse apenas o mínimo necessário à sobrevivência, não seria preciso constitucionalizar os direitos sociais, bastando reconhecer o direito à vida. Hoje se deve buscar a ideia da máxima efetividade, ou seja, devemos lutar não pelo padrão mínimo de existência, e sim o padrão máximo possível dentro do que o poder estatal possa cumprir efetivamente.

O Estado tem o ônus de provar os motivos do não cumprimento de uma prestação a direito social, só assim poderá alegar a reserva do possível. “Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de

¹⁶ KRELL, J. Andreas. Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”.

efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. (...) Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental”¹⁷.

O autor alemão Andreas J. Krell, conhecendo a realidade do Estado Brasileiro, onde já vive desde 1993, dá ênfase que: vários autores brasileiros tentam se valer da doutrina constitucional alemã para inviabilizar um maior controle das políticas sociais por parte dos tribunais. Invocando a autoridade dos mestres germânicos, estes autores alegam que os direitos sociais deveriam também no Brasil ser entendidos como ‘mandados’, ‘diretrizes’ ou ‘fins do Estado’, mas não como verdadeiros Direitos Fundamentais.

Afirmam que – seguindo a ‘linha alemã’ – seria teoricamente impossível construir direitos públicos subjetivos a partir de direitos sociais e que o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar decisões sobre determinados benefícios individuais. Essa interpretação é duvidosa e, na verdade, não corresponde às exigências de um Direito Constitucional Comparado produtivo e cientificamente coerente. Não podemos isolar instrumentos, institutos ou até doutrinas jurídicas do seu manancial político,

¹⁷ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

econômico, social e cultural de origem”.

Alerta ainda o autor, para o fato de que: “Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de ‘assistência social’ que recebem etc.

Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional alemão, se fossem inseridos na mesma situação socioeconômica de exclusão social com a falta das condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado de agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)¹⁸.

A chamada reserva do possível foi criada na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente diferente da realidade histórico-concreta brasileira.

Embora as doutrinas estrangeiras terem trago grandes contribuições ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é necessário deixar especificado, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a

¹⁸ KRELL, J. Andreas. Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”.

condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes¹⁹.

Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível “transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”²⁰.

Apesar de haver autores que divergem deste modo, o entendimento mais condizente com a Constituição é à atuação do poder judiciário, sobretudo para afastar o princípio da reserva do (incompatibilizando-a com os direitos sociais) nos casos em se percebe a utilização, por parte do Estado, desse instituto como uma forma de “desculpa” da administração para não implementar políticas públicas, mesmo havendo dotação orçamentária que possa “bançar” essa atuação. Isso seria um retrocesso.

A efetividade ultrapassa a exigibilidade do direito fundamental. Não é apenas o direito em ser reconhecido pelo cidadão como sendo concretizado, e sim, além disso, estar consciente dos meios necessários para protegê-lo e garanti-lo junto aos órgãos públicos e aos particulares.

Os direitos sociais são direitos caros que exigem custos, e conseqüentemente vão ultrapassar as limitações orçamentárias e políticas do poder público. Só se deve admitir a compatibilização da reserva do possível com os direitos sociais num caso de absoluta impossibilidade de recursos por parte do Estado, pois o mesmo tem limites e não pode o poder judiciário vir a determinar que se faça algo que não for possível. Somente nesse caso, é admissível a compatibilização da Reserva do possível, buscando uma máxima efetivação dentro do possível, ao invés de buscar apenas o mínimo para a existência da população.

¹⁹ CUNHA JUNIOR, Dirleyda. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008. p. 349-395.

²⁰ DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado, p. 66.

Para Dirley da Cunha Júnior, resume-se: em suma, nem a reserva do possível nem a reserva de competência orçamentária do legislador podem ser invocados como óbices, no direito brasileiro, ao reconhecimento e à efetivação de direitos sociais originários a prestações.

Por conseguinte, insistimos, mais uma vez, na linha da posição defendida por este trabalho, que a efetividade dos direitos sociais – notadamente daqueles mais diretamente ligados à vida e à integridade física da pessoa – não pode depender da viabilidade orçamentária.²¹

3 CÂNCER E DIREITO À SAÚDE

O Direito à saúde é composto por diversos direitos, estes chamados de direitos sociais, que tiveram como fonte de inspiração o valor da igualdade entre as pessoas.

No Brasil este direito apenas foi reconhecido na Constituição Federal de 1988, antes disso o Estado apenas oferecia atendimento à saúde para trabalhadores com carteira assinada e suas famílias, as outras pessoas tinham acesso a estes serviços como um favor e não como um direito. Com a vigência da Constituição de 1988, o Estado passou a ser responsabilizado pela saúde de todos como um dever.

O artigo 196 da Constituição de 1988 dispõe:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

O que este artigo nos diz é que, o Estado deve cumprir, não se tratando de nenhuma promessa mais sim de uma responsabilidade do poder estatal com a sociedade, já que este é um direito fundamental do cidadão que tem aplicação imediata, isto é, pode e deve ser cobrado.

²¹ CUNHA JUNIOR, Dirleyda. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. p. 367-378, 2008.

A saúde é um direito de todos por que sem ela não há condições de uma vida digna, e é um dever do Estado por que é financiada pelos impostos que são pagos pela população. O direito à saúde tem que ser real, mais para isso é essencial que o Estado crie condições de atendimento em postos de saúde, hospitais, programas de prevenção, medicamentos, etc., e ainda é preciso que este atendimento seja universal, igualitário e integral.

A criação do SUS (Sistema Único de Saúde) está diretamente relacionada a tomada de responsabilidade por parte do Estado. A idéia do SUS é maior do que simplesmente disponibilizar postos de saúde e hospitais para que as pessoas possa acessar quando precisem, a proposta é que seja possível atuar antes disso, através dos agentes de saúde que visitam frequentemente as famílias para se antecipar os problemas e conhecer a realidade de cada família, encaminhando as pessoas para os equipamentos públicos de saúde quando necessário.

Desta forma, organizado com o objetivo de proteger, o SUS deve promover e recuperar a saúde de todos os brasileiros, independente de onde moram, se trabalham e quais os seus sintomas.

São seus direitos:

Ter acesso ao conjunto de ações e serviços necessários para a promoção, a proteção e a recuperação da sua saúde.

Ter acesso gratuito aos medicamentos necessários para tratar e restabelecer sua saúde.

Ter acesso ao atendimento ambulatorial em tempo razoável para não prejudicar sua saúde. Ter à disposição mecanismos ágeis que facilitem a marcação de consultas ambulatoriais e exames, seja por telefone, meios eletrônicos ou pessoalmente.

Ter acesso a centrais de vagas ou a outro mecanismo que facilite a internação hospitalar, sempre que houver indicação, evitando que, no caso de doença ou gravidez, você tenha que percorrer os estabelecimentos de saúde à procura de um leito.

Ter direito, em caso de risco de vida ou lesão grave, a transporte e atendimento adequado em qualquer estabelecimento de saúde capaz de receber o caso, independente de seus recursos financeiros. Se necessária, a transferência somente poderá ocorrer quando seu quadro de saúde tiver estabilizado e houver segurança para você.

Ser atendido, com atenção e respeito, de forma personalizada e com continuidade, em local e ambiente digno, limpo, seguro e

adequado para o atendimento.

Ser identificado e tratado pelo nome ou sobrenome e não por números, códigos ou de modo genérico, desrespeitoso ou preconceituoso.

Ser acompanhado por pessoa indicada por você, se assim desejar, nas consultas, internações, exames pré-natais, durante trabalho de parto e no parto. No caso das crianças, elas devem ter no prontuário a relação de pessoas que poderão acompanhá-las integralmente durante o período de internação.

Identificar as pessoas responsáveis direta e indiretamente por sua assistência, por meio de crachás visíveis, legíveis e que contenham o nome completo, a profissão e o cargo do profissional, assim como o nome da instituição.

Ter autonomia e liberdade para tomar as decisões relacionadas à sua saúde e à sua vida; consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e com adequada informação prévia, procedimentos diagnósticos, terapêuticos ou outros atos médicos a serem realizados.

Se você não estiver em condição de expressar sua vontade, apenas as intervenções de urgência, necessárias para a preservação da vida ou prevenção de lesões irreparáveis, poderão ser realizadas sem que seja consultada sua família ou pessoa próxima de confiança. Se, antes, você tiver manifestado por escrito sua vontade de aceitar ou recusar tratamento médico, essa decisão deverá ser respeitada.

Ter liberdade de escolha do serviço ou profissional que prestará o atendimento em cada nível do sistema de saúde, respeitada a capacidade de atendimento de cada estabelecimento ou profissional.

Ter, se desejar, uma segunda opinião ou parecer de outro profissional ou serviço sobre seu estado de saúde ou sobre procedimentos recomendados, em qualquer fase do tratamento, podendo, inclusive, trocar de médico, hospital ou instituição de saúde.

Participar das reuniões dos conselhos de saúde; das plenárias das conferências de saúde; dos conselhos gestores das unidades e serviços de saúde e outras instâncias de controle social que discutem ou deliberam sobre diretrizes e políticas de saúde gerais e específicas.

Ter acesso a informações claras e completas sobre os serviços de saúde existentes no seu município. Os dados devem incluir endereços, telefones, horários de funcionamento, mecanismos de marcação de consultas, exames, cirurgias, profissionais, especialidades médicas, equipamentos e ações disponíveis, bem como as limitações de cada serviço.

Ter garantida a proteção de sua vida privada, o sigilo e a confidencialidade de todas as informações sobre seu estado de saúde, inclusive diagnóstico, prognóstico e tratamento, assim como todos os dados pessoais que o identifiquem, seja no armazenamento, registro e transmissão de informações, inclusive sangue, tecidos e outras substâncias que possam fornecer dados identificáveis. O sigilo deve ser mantido até mesmo depois da morte. Excepcionalmente, poderá ser quebrado após sua expressa

autorização, por decisão judicial, ou diante de risco à saúde dos seus descendentes ou de terceiros.

Ser informado claramente sobre os critérios de escolha e seleção ou programação de pacientes, quando houver limitação de capacidade de atendimento do serviço de saúde. A prioridade deve ser baseada em critérios médicos e de estado de saúde, sendo vetado o privilégio, nas unidades do SUS, a usuários particulares ou conveniados de planos e seguros saúde.

Receber informações claras, objetivas, completas e compreensíveis sobre seu estado de saúde, hipóteses diagnósticas, exames solicitados e realizados, tratamentos ou procedimentos propostos, inclusive seus benefícios e riscos, urgência, duração e alternativas de solução. Devem ser detalhados os possíveis efeitos colaterais de medicamentos, exames e tratamentos a que será submetido. Suas dúvidas devem ser prontamente esclarecidas.

Ter anotado no prontuário, em qualquer circunstância, todas as informações relevantes sobre sua saúde, de forma legível, clara e precisa, incluindo medicações com horários e dosagens utilizadas, risco de alergias e outros efeitos colaterais, registro de quantidade e procedência do sangue recebido, exames e procedimentos efetuados. Cópia do prontuário e quaisquer outras informações sobre o tratamento devem estar disponíveis, caso você solicite.

Receber as receitas com o nome genérico dos medicamentos prescritos, datilografadas, digitadas ou escritas em letra legível, sem a utilização de códigos ou abreviaturas, com o nome, assinatura do profissional e número de registro no órgão de controle e regulamentação da profissão.

Conhecer a procedência do sangue e dos hemoderivados e poder verificar, antes de recebê-los, o atestado de origem, sorologias efetuadas e prazo de validade.

Ser prévia e expressamente informado quando o tratamento proposto for experimental ou fizer parte de pesquisa, o que deve seguir rigorosamente as normas de experimentos com seres humanos no país e ser aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) do hospital ou instituição.

Não ser discriminado nem sofrer restrição ou negação de atendimento, nas ações e serviços de saúde, em função da idade, raça, gênero, orientação sexual, características genéticas, condições sociais ou econômicas, convicções culturais, políticas ou religiosas, do estado de saúde ou da condição de portador de patologia, deficiência ou lesão preexistente.

Ter um mecanismo eficaz de apresentar sugestões, reclamações e denúncias sobre prestação de serviços de saúde inadequados e cobranças ilegais, por meio de instrumentos apropriados, seja no sistema público, conveniado ou privado.

Recorrer aos órgãos de classe e conselhos de fiscalização profissional visando a denúncia e posterior instauração de processo ético-disciplinar diante de possível erro, omissão ou negligência de médicos e demais profissionais de saúde durante qualquer etapa do

atendimento ou tratamento.²²

Como é possível observar, os cidadãos possuem inúmeros direitos quando se fala em saúde, o que falta é a cobrança para que tal direito ganhe a efetivação.

E estes direitos são ampliados quando falamos em câncer, pois o Estado protege de forma especial esses casos, diante da sobrecarga de custo financeiro e emocional acarretado por esta doença, tanto no portador quanto aos seus familiares. Para tanto foram criadas inúmeras leis e normas que são capazes de aferir direitos diferenciados aos portadores da doença.

São direitos do portador de câncer o recebimento de um salário mínimo mensal independente de contribuir para o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), retirar PIS/PASEP, bem como retirar o FGTS, isenção de ICMS e por consequência do IPI na comprar de veículos adaptados, isenção de IPTU e IR, enfim, são inúmeros estes direitos.

3.1 Caracterização do Câncer

O ciclo básico de vida de uma célula é se multiplicar quando necessário e morrer quando se torna velha ou quando sofre alguma lesão na sua estrutura.

As nossas células são programas para se autodestruírem em caso de alteração da sua conformação original, principalmente se houver lesão no DNA (código genético da célula, que determina suas características), não passível de reparo. Esta autodestruição se chama apoptose. Este mecanismo evita que lesões no DNA possam ser perpetuadas através da multiplicação de células anômalas.

Lesões celulares ocorrem diariamente em nosso organismo e são amplificadas pelo cigarro, radiação e produtos químicos, todas substâncias com alto potencial de lesão do DNA (carcinógenos). Só o cigarro possui mais

²² GUIA DE DIREITOS.
http://www.guiadedireitos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=10&Itemid=31. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

de 4000 substâncias comprovadamente carcinógenas.

O processo de multiplicação celular e apoptose é controlado por um grupo de genes chamado de protooncogenes. São os genes supressores de tumor. O câncer começa a surgir quando ocorrem mutações nesses protooncogenes, fazendo com que suas funções sejam abolidas. Os genes alterados passam a se chamar oncogenes, e em vez de impedir a formação de tumores, passam a estimulá-los.

A partir desse momento as células com alterações estruturais não só conseguem se multiplicar, como estão protegidas da apoptose. Portanto, são células se proliferam rapidamente e não morrem. Estas são as células cancerígenas.

Existem vários tipos de protooncogenes, cada tipo de câncer está relacionado a um ou mais desses. Os diferentes tipos de oncogenes explicam porque algumas famílias apresentam tendência a desenvolverem alguns tipos de câncer e porque o cigarro causa câncer de pulmão em alguns, de boca em outros, de bexiga, rins etc... A ausência de ativação de oncogenes específicos também explica porque alguns fumantes nunca desenvolvem câncer.

As células cancerígenas além de se multiplicarem, conseguem produzir seus próprios vasos sanguíneos, o que permite a elas receberem nutrientes e formarem as massas de células chamada de tumores. Outro fator determinante é a capacidade dessas células anômalas de alcançarem a circulação sanguínea e viajarem pelo corpo.

Quanto mais lesão tiver sofrido o DNA da célula, mais diferente ela será da célula que lhe deu origem. E se ela é diferente, não consegue desempenhar as funções vitais que a original exerce. Então, passamos a ter um quadro onde células que não desempenham nenhuma função se multiplicam de modo muito mais rápido que o normal e passam não só a competir por alimento, como invadem e tomam o lugar das células normais.

Depois de um tempo passamos a ter um pulmão em que a maioria das

células não consegue captar oxigênio, um intestino que não absorve nutrientes, um rim que não produz urina... Além disso, temos uma massa tumoral que cresce tanto que começa a esmagar e obstruir outros tecidos e vasos importantes. Um tumor do pescoço pode comprimir a traqueia e causar asfixia, um tumor de intestino obstrui a passagem das fezes, um tumor cerebral pode comprimir o cérebro contra o crânio, etc.

A célula cancerígena tem a capacidade de invadir tecidos próximos e alcançar vasos sanguíneos, podendo viajar pela circulação e acometer outros órgãos distantes. Este processo se chama metástase. Os tumores benignos são aqueles que não têm capacidade de metastizar.

Alguns termos para melhor compreensão:

Câncer – São células anômalas com capacidade de multiplicação, invasão a distância e de destruição. O câncer é sempre maligno.

Tumor – É o aumento anormal de um tecido, pode ser maligno se for criado por células cancerígenas, mas pode ser benigno se for por células sem características de câncer.

Neoplasia – Semelhante a tumor.

Carcinoma – Câncer originado das células epiteliais (tipo de células que recobre a pele e a maioria da superfície dos órgãos)

Sarcoma – Câncer originado de células de vasos, músculos, gordura, osso e cartilagem.

Mesotelioma – Câncer originado de células do mesotélio, tecido que envolve alguns de nossos órgãos como a pleura, pericárdio e peritônio.

Leucemia – Câncer que se origina de células do sangue na medula óssea.

Linfoma – Câncer que se origina das células de defesa do organismo.²³

²³ Ministério da saúde. <http://www.mdsaude.com/2009/02/cancer-cancro-sintomas.html> acesso em 18 de fevereiro de 2014 as 14:38.

3.2 Sintomas de câncer

Como eu já disse, existem vários tipos de câncer e cada um tem sua apresentação clínica distinta. Um tumor cerebral tem sintomas completamente diferentes de um tumor de próstata.

Todavia, os cânceres apresentam um grupo de sinais e sintomas que são mais ou menos comuns a todos.

É conhecido de todos que doentes com câncer sofrem de dores crônicas. A maioria das dores dos cânceres são de origem óssea, principalmente pelas metástases. Qualquer tumor pode metastizar para os ossos, e doentes em fases terminais podem apresentar várias fraturas espontâneas pelo corpo.

A cefaleia (dor de cabeça) também é um sintoma comum e pode ocorrer por metástases para o crânio, compressão do cérebro pelo tumor, lesões hemorrágicas ou compressão dos nervos faciais. A compressão de nervos periféricos pela massa tumoral pode ser causa de dor em qualquer local do corpo. A dor também pode ser um efeito colateral da quimioterapia e da radioterapia.

A caquexia é uma diminuição do apetite associado a rápida perda de peso e massa muscular. Diferente da desnutrição comum, a caquexia se caracteriza por uma perda de peso desproporcional a falta de ingestão calórica, que normalmente não é corrigida mesmo com uma alimentação forçada. As células tumorais produzem substâncias que agem diretamente no tecido muscular e adiposo (gorduroso), levando ao seu consumo. Por isso, doentes com câncer apresentam tanta dificuldade em ganhar peso.

O cansaço crônico do doente neoplásico pode ser causado pela própria caquexia, por anemia, por dificuldade em dormir (normalmente pela dor), e pela ação direta de substâncias produzidas pelo tumor. Também pode ser um efeito secundário do tratamento.

A anemia é um achado quase universal nos cânceres. Qualquer doença crônica pode causar uma inibição na produção de hemácias pela medula óssea,

e o câncer não é diferente. A anemia pode ser também por sangramentos do tumor, por inibição da absorção de ferro, por invasão tumoral da medula óssea ou por ação direta da quimioterapia e da radioterapia.

Pacientes com tumores malignos tendem a apresentar um estado de hipercoagulabilidade, ou seja, o sangue inapropriadamente coagula dentro do próprio vaso, formando trombos (leia sobre trombos no texto sobre AVC). Pode haver trombose de artérias e veias, assim como uma síndrome gravíssima chamada de “coagulação intravascular disseminada” (CIVD), onde a cascata da coagulação começa a ser ativada no corpo todo ao mesmo tempo, levando a formação simultânea de trombos e hemorragias difusas.

A ocorrência de trombose pode ser o primeiro sinal de uma neoplasia, e às vezes, antecede o diagnóstico de câncer em vários meses.

Como é de fácil percepção a caracterização do câncer é complexa, porém alguns sintomas e dores são específicas da doença, e pela tecnologia nos dias de hoje felizmente é possível diagnosticar com muito mais rapidez e certeza, contudo, isto só é possível quando o paciente procura o médico para ser feito o diagnóstico, pois a inércia do paciente pode levar o câncer a um nível muito crítico que poderá levar o paciente a óbito.

3.3 Direitos da Pessoa Portadora

Segundo os dados do Ministério da Saúde, só em 2014 devem surgir 500 mil novos casos de câncer no Brasil. Com o diagnóstico de quase 13 milhões de casos a cada ano, em todo o mundo, a estimativa é de que, em 2030, 27 milhões de casos incidentes de neoplasias sejam diagnosticados, conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS). Apesar do crescimento no número de casos, muitos pacientes desconhecem que têm direitos especiais garantidos pela legislação brasileira.

Aos acometidos pela doença, são assegurados benefícios como isenção de pagamento do Imposto de Renda que incide sobre os rendimentos de

aposentadoria, reforma e pensão, isenção de IPI, ICMS e IPVA na aquisição de veículos especiais, fornecimento de medicamento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), desconto na conta de luz e até quitação de imóvel, caso a doença determinante da invalidez tenha sido adquirida após a assinatura do contrato de compra.

Embora haja esta variedade de benefícios e da publicação de cartilhas e materiais informativos por órgãos oficiais como o Inca (Instituto Nacional do Câncer), para orientação dos pacientes com câncer, muitos não têm conhecimento sobre seus direitos, ficando alheios às vantagens que visam diminuir as dificuldades advindas da doença, como aponta Cândido Sá. "As pessoas deixam de usufruir dessas vantagens especiais porque não sabem que elas existem, ou sabem apenas de parte delas, já que a divulgação desses benefícios ainda é insuficiente"²⁴, ressalta.

Um dos direitos garantidos ao trabalhador que fica temporariamente incapaz de realizar suas atividades devido a alguma doença por mais de 15 dias consecutivos é o auxílio-doença, que consiste em um benefício mensal que poderá ser convertido em aposentadoria por invalidez se a incapacidade se tornar definitiva. Para ter direito ao benefício, é preciso comparecer a uma agência da Previdência Social e fazer um exame realizado pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para comprovação da incapacidade para o trabalho.

O segurado do INSS que necessitar de assistência permanente de outra pessoa também tem direito a um acréscimo de 25% na aposentadoria por invalidez, conforme Decreto 3.048/99. Se preferir, o trabalhador cadastrado que tiver neoplasia maligna ou que possuir dependente portador de câncer também pode fazer o saque do PIS/PASEP - que pode ser retirado na Caixa Econômica Federal e no Banco do Brasil - e do FGTS. O trabalhador terá

²⁴ SÁ, Cândido. Advogado, <http://www.candidosa.com.br/> consulta feita nas Notícias, no dia 20 de fevereiro de 2014 as 23:11.

acesso ao saldo total de quotas e rendimentos.²⁵

Na aquisição de veículos adaptados, além da isenção de impostos como ICMS e IPVA, o paciente com câncer também poderá deixar de pagar o IPI, caso apresente deficiência física nos membros superiores ou inferiores que o impeça de dirigir veículos comuns.

Os portadores de deficiência incapacitados para o trabalho também têm direito a um benefício de um salário-mínimo mensal, garantido pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Para ter direito ao benefício, a pessoa deverá comprovar renda familiar inferior a um quarto do salário-mínimo, que é de R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais), além de fazer exame médico pericial no INSS.

Já as famílias que tenham em sua composição algum portador de doença cujo tratamento exija uso continuado de equipamentos com alto consumo de energia elétrica poderão solicitar desconto na conta de luz, que pode ser de até 65%, desde que estejam inclusas no Cadastro Único de Programas Sociais, do Governo Federal. Também é preciso ter renda mensal total de até três salários mínimos.

Caso o doente não tenha condições de arcar com os custos dos medicamentos, a lei também garante o fornecimento gratuito dos remédios pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O paciente deverá ainda ter direito a transporte e hospedagem quando o tratamento precisar ser feito em outro município ou Estado, a chamada rotina de Tratamento Fora de Domicílio, conforme dispõe a Portaria SAS nº 055, de 24 de fevereiro de 1999, do Ministério da Saúde.

É importante lembrar que, para ter acesso aos benefícios garantidos por lei, será necessário apresentação de documentação pessoal, como identidade e carteira de trabalho, por exemplo, e que comprovem o estado clínico do

²⁵

INSTITUTO

DO

CANCER.

http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/orientacoes/site/home/direitos_sociais_cancer.

Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

paciente e sua invalidez, como o exame e laudo médico.²⁶

Os portadores de câncer que tiverem os direitos aos benefícios negados podem recorrer a Justiça, munidos de todos os documentos comprobatórios, inclusive com o relatório médico que comprove a doença. "É preciso procurar um advogado, que irá ingressar com uma medida cautelar solicitando liminarmente que o direito do paciente seja atendido imediatamente"²⁷, orienta Cândido Sá.

Ainda segundo o especialista, o paciente poderá, também, requerer uma ação indenizatória, caso tenha os direitos negados de forma indevida ou injustificada. "É uma doença de causa terminal e, sendo assim, o portar tem pressa e não pode ficar esperando. Qualquer atraso na concessão dos benefícios que não seja justificado representa um dano ao portador"²⁸, ressalta.

O dia 22 de novembro de 2012 foi editada a Lei Federal n. 12.732/2012, trazendo mais um direito sobre o prazo para início do primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada.

Neoplasia maligna ou câncer são termos dispensados a diversas enfermidades que têm em comum o crescimento desordenado, invasivo e nocivo de células, sendo fatal quando não tratado tempestivamente e de maneira adequada.

Esta lei prevê tratamento gratuito para todos os tratamentos necessários ao paciente com câncer e visa diminuir o tempo entre o diagnóstico e o início do tratamento.

²⁶

INSTITUTO

DO

CANCER.

http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/orientacoes/site/home/direitos_sociais_cancer
acesso em 20 de fevereiro de 2014 as 22:23.

²⁷ SÁ, Cândido. Advogado, <http://www.candidosa.com.br/> consulta feita nas Notícias, no dia 20 de fevereiro de 2014 as 23:15.

²⁸ SÁ, Cândido. Advogado, <http://www.candidosa.com.br/> consulta feita nas Notícias, no dia 20 de fevereiro de 2014 as 23:11.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O câncer é considerado a segunda causa de mortes no Brasil, perdendo apenas para as doenças do sistema circulatório. Além disso, cerca de 90% dos tumores são curados se diagnosticados precocemente e tratados de maneira correta. Logo, é muito importante que a população tenha conhecimento de todos os novos tratamentos que estão sendo testados ou utilizados para tentar prevenir ou curar esta doença, bem como é necessário o conhecimento dos direitos das pessoas em relação à saúde e em especial, dos doentes.

A compreensão a ser feita da saúde é trazida pela Organização Mundial da Saúde²⁹: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de afecções ou enfermidades”. Buscar fornecer a todos um estado de completo bem estar-físico, mental e social é, portanto, o compromisso assumido pelo Brasil.

A saúde, juntamente com a previdência e a assistência social são direitos sociais que compõe o sistema de seguridade social brasileiro, tal como preconizado no art. 194 da Constituição. São os direitos sociais que criam as condições materiais para a igualdade real e para o efetivo exercício da liberdade.

Assim, pode-se dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente.

Câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado (maligno) de células que invadem os tecidos e órgãos, podendo espalhar-se (metástase) para outras regiões do corpo.

As causas de câncer são variadas, podendo ser externas ou internas ao

²⁹ OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso 04 mar. 2013.

organismo, estando ambas inter-relacionadas. As causas externas relacionam-se ao meio ambiente e aos hábitos ou costumes próprios de um ambiente social e cultural.

As causas internas são, na maioria das vezes, geneticamente pré-determinadas, estão ligadas à capacidade do organismo de se defender das agressões externas.

O surgimento do câncer depende da intensidade e duração da exposição das células aos agentes causadores de câncer. Por exemplo, o risco de uma pessoa desenvolver câncer de pulmão é diretamente proporcional ao número de cigarros fumados por dia e ao número de anos que ela vem fumando.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, **Revista de Direito Social**, 34/11, abr- jun 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirleyda. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

DIAS, Maria Clara. Direitos Sociais Básicos. **Revista Internacional de Filosofia**, Centro de Lógica, Epistemologia e História da Ciência da UNICAMP, v. XIX, n. 1, abr, 1996.

GRIEP, Caroline Zorzo. Investigação das concepções espontâneas sobre câncer e suas possíveis implicações como tema transversal na educação para a saúde. (Dissertação mestrado). UFSM,2010. Disponível em: http://w3.ufsm.br/ppgecqv/Docs/Dissertacoes/Caroline_Griep.pdf. Acesso em 04 mar. 2013.

GUIA DE DIREITOS.

http://www.guiadedireitos.org/index.php?option=com_content&view=article&id=10&Itemid=31 acesso em 14 de fevereiro de 2014.

INSTITUTO DO CANCER.

http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/orientacoes/site/home/direitos_sociais_cancer. Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

KRELL, Andreas Jhoaquim. **Direito Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Ed. Atlas: São Paulo, 2008

MINISTÉRIO DA SAÚDE. <http://www.mdsaude.com/2009/02/cancer-cancro-sintomas.html> acesso em 18 de fevereiro de 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Instituto Nacional do Câncer. O que é câncer. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=322. Acesso em 13 mar. 2013.

ORDACGY, André da Silva. A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf>. Acesso em 30 jan.2014.

PORT. Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da administração pública**. São Paulo: RT, 2001. p.13.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOCIEDADE FRANCO BRASILEIRA DE ONCOLOGIA. 10 maneiras para se proteger do câncer. Disponível em: http://www.oncologiafrancobrasileira.com/beta/br/web/pdf/o_que_e_cancer.pdf. Acesso em 04 mar. 2013. INCA. O que é câncer. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=322. Acesso em 04 mar. 2013.

JUSTIÇA AMBIENTAL

Débora França Arenhart¹

Recebido em: 11 jun. 2014

Aceito em: 23 abr. 2015

Resumo: O tema principal desta pesquisa diz respeito à justiça ambiental. Tem como objetivo analisar o que é a justiça ambiental e o teor do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que enfatiza que todos os seres humanos têm direito de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado, indispensável para a sobrevivência do homem, tanto no presente como para as gerações futuras. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, cujos dados receberam tratamento qualitativo. De acordo com os estudiosos, o meio ambiente é um bem inestimável que precisa ser preservado pelo Estado e por todas as gerações. A pesquisa também aponta que a luta pela justiça ambiental tem um longo caminho a percorrer, principalmente num país marcado por várias desigualdades sociais, como é o caso do Brasil.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Direito Ambiental. Justiça Ambiental.

1 INTRODUÇÃO

A partir da primeira metade do século XX houve no Brasil a intensificação da exploração dos recursos naturais, dando início a uma crise ambiental, que pode colocar em risco a vida das gerações presentes e futuras.

Apenas a partir da década de 1970, a conscientização do esgotamento dos recursos naturais, do risco de catástrofes ambientais e da incompatibilidade entre o modelo econômico capitalista e a manutenção da qualidade de vida trouxe à tona a necessidade de inserir o meio ambiente no rol dos direitos mercedores de proteção jurídica, com o estabelecimento de um aparato legislativo capaz de conter os excessos praticados contra a natureza e de gerir os riscos ambientais. (LEITE e PILATI, 2011, p. 9).

Nesse contexto emerge a justiça ambiental, que visa justamente encontrar meios de assegurar que as futuras gerações tenham condições de viver num ambiente equilibrado, com boa qualidade de vida.

¹ Universidade Regional de Blumenau – FURB.

A degradação do meio ambiente exige uma utilização racional e segura de todos os recursos naturais. O fundamento dessa racionalidade implica no desenvolvimento de novas técnicas de produção, capazes de satisfazer o crescimento das necessidades humanas a longo prazo, respeitando os equilíbrios ambientais. Assim sendo, é cada vez mais frequente a preocupação com a conservação e proteção da natureza e do meio ambiente em geral.

Ciente de que homem necessita do meio ambiente para sua sobrevivência e como meio de proteger este bem inestimável, o legislador brasileiro criou vários dispositivos constitucionais que tratam da questão ambiental, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, artigo 225.

Nesta perspectiva, o principal objetivo deste artigo, resultado de pesquisa bibliográfica, é analisar alguns fatores relacionados com a justiça ambiental, focalizando as disposições constitucionais do artigo 225 que garante a todas as pessoas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando a qualidade de vida da população.

Para melhor compreensão do tema, o texto foi dividido em duas partes principais: a primeira apresenta o conceito de meio ambiente e as dimensões do direito ambiental, e a segunda, traz reflexões sobre a política constitucional ambiental brasileira e sobre o conceito e as características das correntes que lutam pela justiça ambiental.

2 MEIO AMBIENTE E DIREITO AMBIENTAL

O meio ambiente é definido como: “O conjunto do sistema externo físico e biológico, no qual vivem o homem e os outros organismos.” (VEROCAI, 1992 apud ANTUNES, 2012, p. 69).

Para a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, meio ambiente é “O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, obriga e rege a vida em todas as suas formas”. (ANTUNES, 2012a, p. 70).

Atualmente, não se pode definir o meio ambiente sem considerar a interação existente entre homem e natureza. Não mais prevalece o antropocentrismo clássico, a partir do qual o meio ambiente era tido como objeto de satisfação das necessidades do homem. O meio ambiente deve ser pensado como valor autônomo, como um dos polos da relação de interdependência homem-natureza, já que o homem faz parte da natureza e sem ela não teria condições materiais de sobrevivência. (LEITE e PILATI, 2011, p. 31).

Também é importante mencionar que o meio ambiente possui algumas características, a saber: é incorpóreo, supraindividual, indisponível, indivisível, intergeracional e insuscetível de apropriação exclusiva.

O meio ambiente é um bem incorpóreo porque não é um objeto material suscetível de medida de valor. O meio ambiente, como macrobem, é um complexo ambiental composto de entidades singulares, os microbens (rios, árvores, ar). Em uma visão integrada e globalizada, é bem como entidade e, portanto, *indivisível*, não se confundindo com esta ou aquela coisa.

Como o meio ambiente pertence a toda a coletividade, sendo insuscetível de apropriação exclusiva, trata-se de um *bem indisponível*.

É, ademais, um *bem intergeracional*, porque pertence, desde logo, às futuras gerações. Atribui, portanto, o dever de as gerações presentes transferirem o meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações futuras, sem destruí-lo ou degradá-lo.

Por fim, a *metaindividualidade* do direito – também chamada *supraindividualidade* ou *transindividualidade* – significa que o meio ambiente transcende a esfera de um indivíduo isoladamente considerado; refere-se sempre a um grupo de pessoas. É um interesse coletivo *lato sensu*. (LEITE e PILATI, 2011, p. 32).

Estas características apontam a grandiosidade do que vem a ser o meio ambiente e o que ele representa, ou pelo menos, deveria representar na vida do homem, o seu bem maior.

Como um bem pertencente a toda a coletividade, o meio ambiente está constantemente envolvido em várias situações de conflitos, originadas pelo mau uso dos recursos ambientais. A solução para a maioria desses problemas necessita de intervenção normativa, sendo que o tratamento jurídico do meio ambiente é realizado por intermédio do direito ambiental.

O Direito Ambiental é, portanto, “a *norma* que, baseada no *fato* ambiental e no *valor ético* ambiental, estabelece mecanismos normativos

capazes de disciplinar as atividades humanas em relação ao meio ambiente”. (ANTUNES, 2012b, p. 6)

Como a sobrevivência dos seres humanos depende das condições do meio ambiente, as intervenções do homem na natureza precisam ser reguladas por normas que atendam os princípios ecológicos básicos, que visam garantir a sobrevivência de todas as espécies, e não somente do homem, isoladamente.

O Direito Ambiental envolve a dimensão humana, a ecológica e a econômica. Exemplificando a dimensão humana, Bobbio menciona que “*o mais importante dos direitos sociais e humanos é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído*”. (BOBBIO, 1992 apud ANTUNES, 2012b, p. 5).

Além do art. 225, que é analisado na próxima seção, a Constituição também aponta a responsabilidade pela preservação do ambiente e a legitimidade ativa de todo cidadão no art. 5º, LXXIII, que menciona:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, CF/88).

O direito ambiental abrange a dimensão ecológica, uma vez que é obrigação do Poder Público e da coletividade “Proteger e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico dos ecossistemas, preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genérico do País”. (BRASIL, CF/88).

Essa proteção, inclusive incluindo as espécies da flora e da fauna, tem por finalidade garantir que tanto as presentes como as futuras gerações tenham condições de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Já com relação à dimensão econômica, podem ser citados os artigos 170 e 174 da Constituição.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos

existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (BRASIL, CF/88).

O art. 174, § 3º menciona que a organização de cooperativas de garimpeiros devem necessariamente levar em consideração a proteção ao meio ambiente.

Da análise destas questões, resta claro que o direito ambiental não atua somente na esfera ecológica, uma vez que o meio ambiente faz parte da vida do homem em todas as dimensões, ou seja, o ser humano depende do meio ambiente para sua sobrevivência, inclusive para a produção dos bens de consumo, cujas matérias primas se encontram na natureza. Por esta razão, o direito ambiental necessita indubitavelmente atuar tanto na dimensão humana, como ecológica e econômica.

3 POLÍTICA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E JUSTIÇA

AMBIENTAL

No Brasil, o desenvolvimento do país, desde os seus primórdios, se deu à custa da exploração predatória de seus recursos naturais, [...] onde a conquista de novas fronteiras era tudo que importava na relação homem-natureza (MARUM, 2011, p. 1331).

Entretanto, com a Constituição Federal de 1988, o país começa a viver um novo período com relação a esta realidade, uma vez que, além do texto constitucional garantir a defesa dos direitos humanos, faz menção também ao meio ambiente. Na Constituição são encontrados vários dispositivos que direta ou indiretamente estão vinculados ao meio ambiente, como por exemplo, o art. 5º, incisos XXIII, LXXI, LXXIII e o art. 170, inciso VI, entre outros.

O capítulo do Meio Ambiente (artigo 225) da Constituição Federal é o centro nevrálgico do sistema constitucional de proteção ao meio ambiente e é nele que está muito bem

caracterizada a proteção ao meio ambiente como um elemento de interseção entre a ordem econômica e os direitos individuais. (ANTUNES, 2012a, p. 67).

Na íntegra, de acordo com a Constituição Federal de 1988, capítulo VI, que trata do meio ambiente, art. 225:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua

localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Este capítulo é formado por um único artigo, cujo caput inicia com a expressão “TODOS têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

“Todos”, tal como presente no artigo 225, tem o sentido de qualquer indivíduo que se encontre em território nacional, independentemente de sua condição jurídica perante o nosso ordenamento jurídico. “Todos” quer dizer todos os seres humanos. [...] O artigo 225, ao se utilizar da expressão “todos”, buscou estabelecer que mesmo os estrangeiros não residentes no País e outros que, por motivos diversos tenham sido suspensos os seus direitos de cidadania, ainda que parcialmente, são destinatários da norma atributiva de direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (ANTUNES, 2012a, p. 68).

Também menciona a referida norma jurídica, que todos os seres humanos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Equilíbrio ecológico baseia-se na ideia de que todos os organismos vivos estão de algum modo inter-relacionados no meio ambiente natural.

Por outro lado, cada vez mais os cientistas se dão conta de que os sistemas naturais não são tão previsíveis como dão a entender as expressões populares, do tipo “equilíbrio ecológico” ou “equilíbrio da natureza”. Na verdade, o equilíbrio ecológico, no sentido utilizado pela Constituição, antes de ser estático, é um sistema dinâmico. [...] o que se busca é assegurar que tal estado dinâmico de equilíbrio, em que se processam os fenômenos naturais, seja conservado, deixando que a natureza siga seu próprio curso.

Uma vez juridicizado, o equilíbrio ecológico perde sua referência científica pura, transformando-se em preocupação de interesse geral, objeto de políticas públicas – vale dizer, de intervenção do Estado – por afetar um grande número de pessoas. (BENJAMIM, 2012, p. 133-134).

A este respeito, vale mencionar o comentário de Paulo de Bessa Antunes:

A Constituição não desconsiderou, nem poderia fazê-lo, que toda a atividade econômica se faz mediante a utilização de recursos ambientais. O legislador constituinte buscou estabelecer um mecanismo mediante o qual as naturais tensões entre os diferentes usuários dos recursos ambientais possam ser amenizadas dentro de uma perspectiva de utilização racional.

A fruição de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi erigida em direito fundamental pela ordem jurídica constitucional vigente. Esse fato, sem dúvida, pode se revelar um notável campo para a construção de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos e de desenvolvimento econômico que se faça com respeito ao Meio Ambiente. (ANTUNES, 2012a, p. 65-66).

Destas afirmativas, pode-se concluir que o meio ambiente é um bem pertencente a todos os seres humanos, mas que, para ter condições satisfatórias de sobrevivência, necessita que seu uso, manejo e gestão sejam ecologicamente equilibrados, pois se assim não for, corre o risco de ter a sobrevivência ameaçada.

Com relação ao meio ambiente ser um bem de uso comum do povo, a norma jurídica também aponta que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos os seres humanos para uso comum, ou seja, um direito do indivíduo e da coletividade.

O *caput* do art. 225 destaca a dupla dimensão da proteção do bem ambiental: como um *direito subjetivo do indivíduo e da coletividade*, já que constitui pressuposto da vida humana; e, também como *bem autônomo*, que merece proteção por si só, independentemente do interesse humano. Trata-se de uma visão antropocêntrica alargada, porquanto repele a proteção ambiental em função do interesse exclusivo do homem.

Conforme dito, o bem ambiental é também protegido como bem autônomo, independentemente do interesse econômico. Nessa medida, não se restringe a um mero conjunto de bens materiais (florestas, lagos, rios) sujeitos ao regime jurídico privado ou mesmo público; o ambiente constitui um bem de uso comum do povo, uma entidade uma e abstrata, cuja titularidade é difusa. Trata-se um de *macrobem* que está ligado à qualidade de vida para todos. (LEITE e PILATI, 2011, 12-13).

O conceito “bem de uso comum do povo” não pode ser entendido somente como um bem pertencente à esfera pública, pois como observa o autor:

A Constituição Federal estabeleceu que, mesmo sob a égide do domínio privado, podem ser fixadas obrigações para que os proprietários assegurem a fruição, por todos, dos aspectos ambientais de bens de sua propriedade. A fruição, contudo, é mediata, e não imediata. O proprietário de uma floresta permanece proprietário da mesma, pode estabelecer interdições quanto à

penetração e permanência de estranhos no interior de sua propriedade. Entretanto, está obrigado a não degradar as características ecológicas que, estas sim, são de uso comum, tais como a beleza cênica, a produção de oxigênio, o equilíbrio térmico gerado pela floresta, o refúgio de animais silvestres etc. (ANTUNES, 2012a, p. 70).

Todas as cidades possuem áreas de preservação ambiental, cujo proprietário é o próprio município. Estas áreas são consideradas de suma importância para garantir a qualidade de vida do homem, uma vez que procuram proteger a diversidade biológica existente em cada região. Entretanto, o setor privado também pode ser proprietário de vastas áreas de terras. Contudo, o que não pode ocorrer é a intervenção do setor privado a seu bel prazer, sem levar em consideração as consequências que podem advir do seu ato, principalmente com relação à degradação do meio ambiente, pois este é segundo a Constituição, um bem de uso comum, uma vez que pertence a toda coletividade.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem de uso comum de todo ser humano, essencial à sadia qualidade de vida.

No caso brasileiro, a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (=sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade de vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa – a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões. (BENJAMIM, 2012, p. 134).

Como destaca Antônio Herman Benjamin a qualidade de vida não está relacionada somente aos aspectos que geram a boa qualidade de vida do homem, como acesso à moradia, educação, saúde, água potável etc., mas também a todos os fatores que asseguram a sobrevivência de todas as espécies. Por esta razão, mais uma vez, se defende que o meio ambiente deve ser ecologicamente equilibrado, caso contrário, não tem como proporcionar sadia

qualidade de vida.

Finalizando, o dispositivo constitucional afirma que é dever do Poder Público e da coletividade defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Assim, a Constituição passou a denominar os deveres fundamentais de proteção do meio ambiente, deveres estes que são de responsabilidade tanto do Poder Público como da coletividade, ou seja, de uma responsabilidade compartilhada, para que as presentes e futuras gerações tenham a oportunidade de usufruir de um meio ambiente equilibrado.

Os deveres da coletividade provenientes da responsabilidade compartilhada e solidária também se relacionam com a limitação de direitos subjetivos dos sujeitos da coletividade, pois tendem a incidir, reduzindo a manifestação de determinadas liberdades, como, por exemplo, o direito de propriedade. Destaque-se que não apenas os indivíduos estão obrigados à proteção do bem ambiental, mas, principalmente, o setor produtivo, por meio da responsabilidade social, e o próprio Poder Público, como tutor do bem comum do povo. (LEITE e PILATI, 2011, p. 13).

Nota-se que o legislador não incumbiu somente ao Poder Público o dever de proteger o meio ambiente, mas também impôs essa condição a coletividade, fazendo com que tanto o setor público como o privado (cidadãos e empresas) tenha que defender e preservar o meio ambiente, para as presentes e futuras gerações, bem como contribuindo para o desenvolvimento sustentável.

Como observa Antônio Herman Benjamin, ocorre destacar que a construção de um mundo sustentável é tarefa que não cabe apenas ao Estado:

Ao contrário, os deveres associados a essa mudança de paradigma devem ser cobrados de qualquer pessoa, em especial dos agentes econômicos. Daí que não basta dirigir a norma constitucional apenas contra o Estado, como fazem certos países, pois a defesa do meio ambiente há de ser dever de todos. [...] Em especial no art. 225, fica clara essa opção legislativa do constituinte, que, ao tratar da questão ambiental, reconhece a “indissolubilidade entre Estado e sociedade civil”. [...] Além de ditar o que o Estado não deve fazer (= dever negativo) ou o que lhe cabe empreender (= dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de

que só assim chegará à sustentabilidade ecológica. (BENJAMIM, 2011, p. 139).

Sobre a questão da sustentabilidade, são oportunas as observações de Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, citadas por Paulo de Bessa Antunes:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra seu porte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (ANTUNES, 2012b, p. 17).

O § 1º do art. 225 estabelece de que forma o Poder Público deve exercer o seu dever fundamental de proteção ao ambiente. São deveres do Poder Público, a proteção dos processos ecológicos essenciais e o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas; proteção da diversidade e da integridade do patrimônio genético; definir espaços territoriais para serem protegidos; estudo prévio de impacto ambiental; gestão dos riscos; política nacional de educação ambiental; proteção da fauna e da flora.

O impacto ambiental pode ser entendido como uma alteração brusca e inesperada no meio ambiente, podendo acarretar a degradação ambiental. Por esta razão, empreendimentos que possam causar algum tipo de impacto ambiental são submetidos a estudos prévios de impacto ambiental. Estes estudos são realizados por órgãos competentes e servem como precaução e orientação.

O princípio da precaução *não determina* a paralisação da atividade, mas que ela seja realizada com os cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida. Merece ser lembrado que o princípio da precaução, com base no direito ambiental, não pode ser utilizado indiscriminadamente, mas com razoabilidade. (ANTUNES,

2012b, p. 27).

Os demais parágrafos do art. 225 tratam sobre o dever de recuperar áreas degradadas, informam as regiões do Brasil consideradas patrimônio nacional, bem como afirmam que tanto pessoas físicas como jurídicas serão penalizadas juridicamente por condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Como direito fundamental, o meio ambiente impõe limitação à atuação tanto do setor público como privado, que devem agir levando em consideração a preservação do meio ambiente, cujo interesse visa a justiça ambiental.

3.1 Justiça Ambiental

Analisando a organização do movimento ambientalista no mundo e seguindo as observações de Joan Martínez Alier, podem ser destacadas três correntes.

A primeira corrente é conhecida como culto ao silvestre, para o qual o homem deve preservar e manter intocada o que resta da natureza.

A segunda corrente é denominada evangelho da ecoeficiência, cujo foco é o impacto negativo que o crescimento econômico pode ocasionar ao meio ambiente.

A terceira corrente, ecologismo dos pobres também é conhecida como ecologismo popular ou movimento de justiça ambiental.

Com relação a primeira corrente, Joan Martínez Alier observa:

A primeira corrente é a da defesa da natureza intocada, o amor aos bosques primários e aos cursos d'água. O culto ao silvestre não ataca o crescimento econômico enquanto tal. Porém, visam a preservar e manter o que resta dos espaços da natureza original situados fora da influência do mercado.

A principal proposta política dessa corrente do ambientalismo consiste em manter reservas naturais, denominadas parques nacionais ou naturais, ou algo semelhante, livres da interferência humana. (ALIER, 2009, p. 22 e 24).

Diferentemente da primeira, a corrente do evangelho da ecoeficiência

é:

Preocupada com os efeitos do crescimento econômico, não só nas áreas de natureza original como também na economia industrial, agrícola e urbana. Sua atenção está direcionada para os impactos ambientais ou riscos à saúde decorrentes das atividades industriais, da urbanização e também da agricultura moderna. Acredita no desenvolvimento sustentável, na modernização ecológica e na boa utilização dos recursos. Preocupa-se com os impactos da produção de bens e com o manejo sustentável dos recursos naturais, e não tanto pela perda dos atrativos da natureza ou dos seus valores intrínsecos. (ALIER, 2009, p. 26-27).

Portanto, esta corrente tenta manter um equilíbrio entre a expansão da produção e a preservação ambiental. Dos estragos que vem exercendo sobre a natureza, o homem tenta buscar soluções no sentido de expandir cada vez mais sua produção. Neste contexto, surge o conceito de desenvolvimento sustentável que se caracteriza por novas concepções de produção, com recursos básicos, processos e produtos que atendam às necessidades, objetivando que gerações futuras possam usufruir de seus recursos (natureza), garantindo assim, uma produção eficiente.

Sobre a corrente da justiça ambiental, Joan Martínez Alier esclarece:

Essa terceira corrente assinala que desgraçadamente o crescimento econômico implica maiores impactos no meio ambiente, chamando a atenção para o deslocamento geográfico das fontes de recursos e das áreas de descarte dos resíduos. Nesse sentido, observamos que os países industrializados dependem de importações provenientes do Sul para atender parcela crescente e cada vez maior das suas demandas por matérias-primas e de bens de consumo.

Isso gera impactos que não são solucionados pelas políticas econômicas ou por inovações tecnológicas e, portanto, atingem desproporcionalmente alguns grupos sociais que muitas vezes protestam e resistem. [...] O eixo principal desta terceira corrente não é uma reverência sagrada à natureza, mas, antes, um interesse material pelo meio ambiente como fonte de condição para a subsistência; não em razão de uma preocupação relacionada com os direitos das demais espécies e das futuras gerações de humanos, mas, sim, pelos humanos pobres de hoje. Essa corrente não compartilha os mesmos fundamentos éticos (nem estéticos) do culto ao silvestre. Sua ética nasce de uma demanda por justiça social contemporânea entre os humanos. (ALIER, 2009, p. 33-34).

Assim sendo, para esta corrente o crescimento econômico desempenha

papel de vital importância sobre os impactos que vem sendo causados ao meio ambiente, em decorrência do aumento da produção de bens de consumo, que vem se configurando nas últimas décadas, com o avanço das novas tecnologias.

“As novas tecnologias talvez possam reduzir a intensidade da utilização de energia e de matérias-primas por parte da economia. Mas somente depois de já terem causado muita destruição”. (ALIER, 2009, p. 36).

O conceito de justiça ambiental teve início na década de 1960, nos Estados Unidos, quando algumas organizações decidiram começar a lutar pelos direitos civis das populações pobres e grupos que vinham sendo discriminados por sua maior exposição a riscos ambientais.

A justiça ambiental é a condição de existência social configurada através da busca do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, origem ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entende-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão dessas políticas. Por justiça ambiental, portanto passou-se a entender, desde as primeiras lutas que evocaram tal noção no início dos anos 80, o conjunto de princípios que asseguravam que nenhum grupo de pessoas, seja grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. (ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA, 2004, p. 9-10).

Assim, a justiça ambiental não pode favorecer esse ou aquele indivíduo, não pode levar em consideração somente a classe social dominante. É obrigação de a justiça ambiental pensar num todo, pois o meio ambiente pertencente a toda coletividade, como o disposto no art. 225. O cerne da justiça ambiental é o que se denomina equidade social, onde todos os envolvidos devem ser beneficiados.

A equidade social serve de critério para avaliar o papel dos fatores sociológicos nas decisões ambientais, tais como raça, etnicidade,

classe, cultura, estilos de vida, poder político etc. As pessoas pobres geralmente trabalham nos empregos mais perigosos, vivem nas comunidades mais poluídas e seus filhos se encontram expostos a toda série de agentes tóxicos nos lugares em que brincam ou nas suas casas.

A estrutura da justiça ambiental repousa no desenvolvimento de ferramentas, estratégias e políticas públicas para eliminar condições e decisões injustas, parciais e iníquas. Sua estrutura procura desvelar os pressupostos subjacentes que podem contribuir para produzir exposições diferenciadas e proteção desigual. Traz à superfície as questões éticas e políticas sobre quem possui o quê, quando, como e quanto. (BULLARD, 2004, p. 47).

Para a justiça ambiental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todo o ser humano, onde as expressões “preconceito” e “discriminação” não podem ser mencionadas, nem sequer pensadas por aqueles que tomam as principais decisões ambientais, uma vez que precisam ter consciência e reconhecer que o próximo tem a mesma igualdade de direitos que percebe e espera para si, fazendo da justiça a maior das virtudes do ser humano.

Com base nesta constatação, são características da estrutura da justiça ambiental:

O esquema analítico da justiça ambiental adota um modelo para a saúde pública de prevenção (isto é, a eliminação das ameaças antes que os danos ocorram) como estratégia preferencial.

O esquema analítico da justiça ambiental transfere o ônus da prova para os poluidores que causam danos, que discriminam e que não dão proteção igual para as pessoas de cor, de baixo rendimento e outras classes menos “protegidas”.

O esquema analítico da justiça ambiental admite a prova da discriminação a partir de dados estatísticos e impactos diferenciados ou de testes de efeito, em lugar de requerer a existência de intenção.

A justiça ambiental requer avaliar os impactos desproporcionais através de ações e recursos definidos. Em geral, esta estratégia tem como alvo recursos onde os problemas ambientais e de saúde são mais graves. (BULLARD, 2004, p. 48).

Em suma, essas características apontam que a justiça ambiental é formada por um conjunto de princípios e práticas que atuam em conformidade com o disposto no art. 225 da Constituição, para o qual todo ser humano tem

direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, sendo que para a justiça ambiental esses princípios e práticas:

- a) asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;
- b) asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país;
- c) asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito;
- d) favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso. (ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA, 2004, p. 15).

Fazer com que esses princípios e práticas sejam uma realidade não é tarefa fácil, uma vez que envolve não somente a ação do Poder Público, mas todos os atores da esfera social, que muitas vezes agem apenas com base na lógica econômica, sem levar em consideração os impactos que essa lógica pode ocasionar ao meio ambiente, e conseqüentemente, ao próprio homem.

O que se percebe em alguns países e especialmente no Brasil, é que os princípios e práticas da justiça ambiental tem um longo caminho a percorrer, uma vez que as desigualdades sociais em nosso país são enormes e bastante visíveis.

No Brasil, país caracterizado pela existência de grandes injustiças, o tema da justiça ambiental vem sendo reinterpretado de modo a ampliar seu escopo, para além da temática específica da contaminação química e do aspecto especificamente racial da discriminação denunciada. As gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam um conjunto de situações caracterizadas pela desigual distribuição de poder sobre a base material da vida social e do desenvolvimento. A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e na exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento. (ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA,

2004, p. 10).

Ainda comentam os autores:

No caso do Brasil, [...] o país é extremamente injusto em termos de distribuição de renda e acesso aos recursos naturais. **Sua elite governante tem sido especialmente egoísta e insensível, defendendo, de todas as formas os seus interesses e lucros imediatos, inclusive lançando mão da ilegalidade e da violência.** [...] O desprezo pelo espaço comum e pelo meio ambiente se confunde com o desprezo pelas pessoas e comunidades. Os vazamentos e acidentes na indústria petrolífera e química, a morte de rios, lagos e baías, as doenças e mortes causadas pelo uso de agrotóxicos e outros poluentes, a expulsão das comunidades tradicionais pela destruição dos seus locais de vida e trabalho, tudo isso, e muito mais, configura uma situação constante de injustiça socioambiental no Brasil. (ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA, 2004, p. 11). (grifo nosso)

Com base na opinião desses autores, no Brasil só se reforça a visão de que em algumas decisões, aí incluídas as com relação ao meio ambiente, ainda prevalece as ideias e opiniões de alguns integrantes da classe dominante, que pouco ou nada fazem para reverter a situação, cujo objetivo maior é a obtenção do lucro. Assim, tem-se que no Brasil as desigualdades sociais são muito intensas, onde a concentração de renda e poder estão nas mãos de uma pequena parcela da população, e onde os riscos ambientais afetam a população mais vulnerável.

A distribuição dos riscos ambientais por classe social é uma consequência normal das economias capitalistas. Os mercados, livres para funcionar sem intervenção estatal, irão normalmente distribuir mercadorias e serviços com base na riqueza. Os benefícios econômicos da produção tendem a se concentrar nas camadas mais altas do sistema de estratificação. Proprietários, gerentes e investidores colhem uma parcela maior dos proveitos econômicos gerados pela produção do que os trabalhadores. Inversamente, os riscos ambientais gerados pela produção de mercadorias e de serviços tendem a se concentrar nas camadas inferiores do sistema de estratificação. A contaminação da água, do solo e do ar por efluentes industriais tóxicos e suas consequências negativas sobre a saúde humana, impacta desproporcionalmente trabalhadores e desempregados, ao passo que proprietários, dirigentes e investidores podem usar a riqueza ganha da produção para comprar moradias em áreas ambientalmente seguras. (GOULD, 2004, p. 70).

Justamente por esta constatação é que vê tantas injustiças sendo cometidas em nosso país. Entretanto, essa mesma elite dominante não pode se esquecer de que o meio ambiente não é um direito exclusivo seu, não é propriedade sua. Cientistas e pesquisadores têm apontado que o desrespeito ao meio ambiente pode acarretar prejuízos para toda a população, onde todos serão afetados, independentemente de raça, etnia ou classe social.

Entretanto, como observa o autor supracitado:

A distribuição de poder nas unidades de produção reflete a distribuição da riqueza, mas está inversamente relacionada à distribuição do risco ambiental. Como resultado, aqueles com poder de fazer com que mudanças pró-meio ambiente ocorram são o grupo menos provável de perceber a necessidade de fazê-lo. E aqueles que têm mais probabilidade de perceber como necessárias tais mudanças pró-ambientais são os que têm menos poder para efetuar-las. (GOULD, 2004, p. 71).

Com isso, assiste-se em todo o Brasil, o que os estudiosos denominam não de justiça ambiental, mas de injustiça ambiental.

Entendemos por injustiça ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis.

Estamos convencidos de que a injustiça ambiental resulta da lógica perversa de um sistema de produção, de ocupação do solo, de destruição de ecossistemas, de alocação espacial de processos poluentes, que penaliza as condições de saúde da população trabalhadora, moradora de bairros pobres e excluída pelos grandes projetos de desenvolvimento. Uma lógica que mantém grandes parcelas da população às margens das cidades e da cidadania, sem água potável, coleta adequada de lixo e tratamento de esgoto. Uma lógica que permite que grandes empresas lucrem com a imposição de riscos ambientais e sanitários aos grupos que, embora majoritários, por serem pobres, têm menos poder de se fazer ouvir na sociedade e, sobretudo, nas esferas do poder. Enquanto as populações de maior renda têm meios de se deslocar para áreas mais protegidas da degradação ambiental, as populações pobres são espacialmente segregadas, residindo em terrenos menos valorizados e geotecnicamente inseguros, utilizando-se de terras agrícolas que perderem fertilidade e antigas áreas industriais abandonadas, via de regras contaminadas por aterros tóxicos clandestinos. (ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA, 2004, p. 14-15).

Ao contrário do que ocorre com a justiça ambiental, que leva em consideração a totalidade, a injustiça ambiental tende para a parcialidade, prevalecendo a política do “EU” quando deveria ser “TODOS”. Para a justiça ambiental todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para a injustiça ambiental “EU” tenho direito de um ambiente ecologicamente equilibrado, mesmo que isso signifique que alguém seja prejudicado.

O que se observa daqueles que praticam a injustiça social é que não estão levando em consideração o que reza o art. 225 da Constituição, como se o que importa é o aqui e agora, sem se preocupar com as gerações futuras. Aliás, isso mostra que a lógica econômica atual não está realmente levando a sério nem as gerações presentes, cujos impactos ambientais já são sentidos por uma parcela significativa da população. O que dizer então das gerações futuras?

Apesar dessa realidade, os autores acreditam que essa situação pode ser modificada e melhorada, afirmando que:

O ambientalismo brasileiro, além disso, tem um grande potencial para se renovar e expandir o seu alcance social, na medida em que se associe e se solidarize com as massas pobres e marginalizadas, que vêm se mobilizando em favor dos seus direitos. Os movimentos sindicais, sociais e populares, entre outros, também podem renovar e ampliar o alcance da sua luta se nela incorporarem a dimensão da justiça ambiental: o direito a uma vida digna em um ambiente saudável. Todas essas lutas, na verdade, representam uma só e mesma luta pela democracia, pelo bem comum e pela sustentabilidade.

[...] a questão da justiça ambiental, para ser adequadamente equacionada no Brasil, deve abrangar uma ampla gama de aspectos. É preciso considerar, por exemplo, tanto as carências de saneamento ambiental no meio urbano quanto, no meio rural, a degradação das terras usadas para acolher os assentamentos de reforma agrária. Não são apenas os trabalhadores industriais e os moradores no entorno das fábricas aqueles que pagam, com sua saúde e suas vidas, os custos das chamadas “externalidades” da produção de riquezas, mas também os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, onde fica espalhado o lixo químico, os moradores das favelas desprovidas de esgotamento sanitário, os lavradores induzidos a consumir agrotóxicos que envenenam suas famílias, terras e produção; as populações tradicionais extrativistas, progressivamente expulsas de seus territórios de uso comunal. A expansão do modelo de desenvolvimento dominante da agricultura brasileira, por exemplo, tem-se associado à

inviabilização da pequena agricultura familiar, da reprodução dos grupos indígenas, da pesca artesanal e do abastecimento de água para as comunidades. Ao erodir e compactar os solos, reduzindo seus nutrientes, alterando microclimas e afetando negativamente a biodiversidade animal e vegetal, os efeitos dessa expansão têm atingido em particular os mais pobres. (ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA, 2004, 11-12).

Os defensores da justiça ambiental não são contrários ao crescimento econômico, mas o modo pelo qual esse processo vem sendo conduzido, onde muitas empresas lucram à custa da degradação do meio ambiente, principalmente em regiões onde a parcela mais carente da população é mais atingida.

O motivo pelo qual o movimento da justiça ambiental não leva em consideração somente o ambiente natural é porque seus defensores entendem que o principal motivo para tantas disparidades é a desigualdade econômica e política que impera em algumas regiões.

O paradigma da justiça ambiental adota uma abordagem holística para formular políticas públicas e regulamentações em saúde ambiental, desenvolver estratégias de redução de riscos múltiplos, cumulativos e sinérgicos, garantindo a saúde pública, promovendo a participação pública nas decisões ambientais e o empoderamento das comunidades, construindo uma infraestrutura que possibilite alcançar a justiça ambiental e a sustentabilidade das comunidades, assegurando a cooperação intersetorial e a coordenação interagências, o desenvolvimento das estratégias inovadoras de parcerias e colaboração entre o público e o privado, acentuando as estratégias de prevenção baseadas nas comunidades, assegurando o desenvolvimento econômico sustentável baseado na comunidade e desenvolvendo projetos geograficamente orientados e de abrangência comunitária. (BULLARD, 2004, p. 48).

A justiça ambiental acredita no desenvolvimento econômico ambientalmente sustentável, ou seja, naquele que busca manter um equilíbrio entre a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, garantindo uma qualidade de vida mais justa e igualitária para as presentes e futuras gerações.

Para alcançar esse objetivo, defende uma associação entre o público e o

privado, gerando oportunidades para que a sociedade civil tenha participação no processo de tomada de decisão a nível local, e tenham a convicção de que a ação coletiva gera melhores resultados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cada vez mais frequente a preocupação com a conservação e proteção da natureza e do meio ambiente pelos ambientalistas. Sendo esta uma preocupação também do legislador constituinte, a Constituição de 1988 dedicou o art. 225 a proteção ao meio ambiente, que tanto na visão dos estudiosos como desta pesquisadora é um dos direitos fundamentais do ser humano.

Da análise do art. 225, conclui-se que o meio ambiente equilibrado é patrimônio de toda humanidade, portanto um direito fundamental do ser humano. Assim, torna-se inconstitucional qualquer alteração que a referida norma possa sofrer, procurando eliminar ou atenuar esse direito. Também vale mencionar, que independentemente da situação, nenhuma outra norma deve prevalecer sobre aquela que defende o meio ambiente, evitando que as futuras gerações possam ser afetadas por uma decisão impensada no presente.

Tanto o art. 225 como a corrente da justiça ambiental visam a proteção e a defesa do meio ambiente, que deve ser praticada tanto pelo Poder Público como por toda a coletividade, uma vez que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, sem exceção, para as presentes e futuras gerações.

O que não pode continuar ocorrendo é a falta de respeito para com o meio ambiente e com a vida, onde a busca pelo lucro se apresenta em muitas circunstâncias como mais importante. Mesmo que a passos lentos, a busca pela justiça ambiental deve ser constante em todo o mundo, sendo que o Brasil não pode ficar de fora dessa luta.

A responsabilidade por manter o meio ambiente ecologicamente

equilibrado para as presentes e futuras gerações é do Estado, é minha, é sua, é de todos nós. Se todos tiverem consciência da importância que esta causa representa, com certeza esta luta não será em vão.

5 REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil: uma introdução. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 9-22.

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. São Paulo: Contexto, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012a.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83-161.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

Acesso em: 25 jul. 2013.

BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 41-68.

GOULD, Kenneth A. Classe social, justiça ambiental e conflito político. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 69-80.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso. Crise ambiental, sociedade de risco e estado de direito do ambiente. In: PILATI, Luciana Cardoso; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9-11.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso. Política constitucional ambiental. In: PILATI, Luciana Cardoso; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 12-17.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso. Meio ambiente: conceito, características e política nacional. In: PILATI, Luciana Cardoso; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental simplificado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31-35.

MARUM, Jorge Alberto Oliveira. Meio ambiente e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. **Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1313-1338.

O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*MORAL HARASSMENT AT THE WORKING PLACE UNDER THE LIGHT
OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY*

Nahyra Ferreira dos Santos¹
Solange Lucia Heck Kool²

Recebido em: 11 jun. 2014
Aceito em: 23 abr. 2015

Resumo: Observando a evolução da relação de emprego entre os indivíduos, encontrou-se a necessidade de uma proteção ao empregador e principalmente ao empregado. O trabalhador tem que ser mais protegido, pois sua vulnerabilidade é mais notória, porquanto este se encontra subordinado à vontade do empregador, podendo passar por situações de rebaixamento moral para alcançar objetivos em benefício do empresário. Mas não se pode generalizar, porque essas situações podem vir do inverso, que é no caso de empregado humilhar o empregador, ou poderá ainda ser entre um trabalhador em face de outro trabalhador. Esse tipo de conjuntura é denominado de assédio moral, que, muito embora, não esteja regulamentado pelo nosso ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm entendido a existência deste e condenando o indivíduo que realiza esse ato a reparação do dano através do dano moral.

Palavras-chave: Assédio Moral. Trabalho. Dignidade da Pessoa Humana. Dano Moral.

Abstract: Observing the evolution of the working relation between individuals, the need was found to offer a protection to the employer and, mainly, the employee. The worker must be better protected, for his vulnerability is more notorious, as he is subordinated to the employer's will, subject to situations of moral degradation, in order to reach goals in benefit to the entrepreneur. But one cannot generalize, because these situations can come from the opposite, that is, if the employee humiliates

¹Aluna da graduação do curso de Direito, 8º período, na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, campus Itajaí. E-mail: nana_kofmann@hotmail.com

²Mestre em Gestão em Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Brasil (2001). Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI nas disciplinas de Direito Processual do Trabalho e Direito do Trabalho. Advogada. E-mail: skool@univali.br

the employer, or could be from a worker in the face of another worker. This kind of situation is called moral harassment, which, though is not regulated in our legal system, has its existence confirmed by the doctrine and the jurisprudence, with the condemnation of the person who performs this act to indemnify the damage.

Keywords: Moral Harassment. Work. Dignity of the Human Person. Moral Damage.

1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é uma questão que deve ser tutelada em todas as áreas do Direito, pois sua essência é de grande relevância para todos os indivíduos.

Para iniciar o presente estudo, partiu-se dos seguintes questionamentos: Quais são os princípios constitucionais que estão relacionados com o Direito do trabalho e conseqüentemente com o da dignidade da pessoa humana? O que é o assédio moral? Há legislação sobre o assédio moral? O que a doutrina e a jurisprudência entendem por assédio moral? A reparação do assédio moral se dá através do que?

Nas relações de trabalho, como existe uma hierarquia entre empregador e trabalhadores e até mesmo entre esses últimos, a sua dignidade pode ser atingida para procurar alcançar o objetivo de maior produtividade, uma demissão ou até mesmo por simples antipatia. A utilização dessas atitudes, bem como a de palavras humilhantes e degradantes, são denominadas juridicamente como Assédio Moral, que, embora não possua uma legislação que trata sobre essa questão, as jurisprudências e as doutrinas têm condenado os agentes que cometem esse ato ilícito à reparação de dano moral, por causa do seu caráter compensatório.

Acerca disso, decorre-se a análise do assunto em cada item.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO DO TRABALHO

Os princípios constitucionais formam a estrutura básica do

ordenamento jurídico de um Estado, nele estão contidos os valores axiológicos e ontológicos de uma sociedade. Não possuem caráter absoluto, podendo ser moldados a cada caso concreto.

A palavra princípio deriva do latim *principium* que significa primeiro, ou seja, que dá início. Tem sua origem derivada da filosofia da metafísica de Aristóteles, "a ciência do ser como ser, ou dos princípios e das causas do ser e de seus atributos essenciais."³

Como todo o nosso ordenamento jurídico possui como fundamentos os princípios constitucionais, isso não seria diferente na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo que no seu artigo 8º está presente que

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.⁴

Em outras palavras, os princípios serão utilizados basicamente para suprir lacunas. As normas especiais prevalecem sobre as normas gerais, ou seja, as normais estabelecidas na CLT prevalecerão sobre os princípios, porém toda norma jurídica tem como base os principais princípios constitucionais, principalmente o da Dignidade da Pessoa Humana.

2.1 Princípio da Valorização do Trabalho

Esse princípio está ligado diretamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual iremos analisar mais adiante.

O Princípio da Valorização do Trabalho está inserido na nossa Carta

³ MADJAROF, Rosana. **Aristóteles**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/aristoteles.htm#ixzz24n54hLRx>>. Acesso em 27 ago 2012.

⁴ BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho. Decreto-Lei n.º 5452**. 01 mai 1943. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Magna no capítulo que regula os Princípios Gerais da Atividade Econômica, no seu artigo 170:

Art. 170.- A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.⁵

O núcleo do artigo mencionado é a Justiça Social, porém nele está contido que

a ordem econômica estabelece a primazia do trabalho humano sobre o capital e os demais valores da economia de mercado. Disso resulta que a atividade estatal deve ser orientada à proteção de tal prioridade e à promoção, em um sentido amplo, dos valores sociais do trabalho.⁶

Além disso, esse princípio está implicitamente contido nos direitos fundamentais da Constituição no seu artigo 1º, IV:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;³

Em suma, a interpretação desse axioma jurídico deve ser feita como o

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁶ FANFA, Vitor Luiz. **Justiça social e constituição**. 05 abr 2012. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3596839>>. Acesso em 28 ago 2012.

direito de cada um exercer o seu emprego, seja ele qual for, tendo como única obrigação de ser lícito, o qual irá proporcionar ao sujeito a sua existência digna, conforme o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estabelecendo a Justiça Social.

2.2 Princípio da Justiça Social

Como já citado no item anterior, esse princípio tem ligação tanto com a lei fundamental da Valorização do Trabalho, quanto com a da Dignidade da Pessoa Humana.

Esse axioma está inserido além do já analisado artigo 170, está presente também no artigo 193 da *Lex Legum*: “**Art. 193** - A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”⁷

A Justiça Social visa o bem comum e a relação do indivíduo com a sociedade.

Nas palavras de Luis Fernando Barzotto:

Na justiça social, [...] visa-se diretamente o bem comum e, indiretamente, o bem deste ou daquele particular. O ser humano é considerado "em comum", como diz Tomás de Aquino. Em uma sociedade de iguais, isto significa que o outro é considerado, simplesmente por sua condição de pessoa humana, membro da comunidade. Assim, o que é devido a um é devido a todos, e o benefício de um recai sobre todos. [...] O ato que visa diretamente o bem comum alcança indiretamente o bem de cada membro da comunidade.⁸

Com isso, a Justiça Social atinge o “todo” de maneira igual, mas isso reflete também em cada indivíduo que forma esse todo, ou seja, a comunidade.

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça social – gênese, estrutura e aplicação de um conceito**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 28 ago 2012.

2.3 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade tem sua origem ligada diretamente à Doutrina e Legislação Alemã.

Para André Ramos Tavares⁹, o critério desse postulado exige três elementos: a conformidade ou adequação dos meios empregados, a necessidade ou exigibilidade da medida adotada e a proporcionalidade *stricto sensu*.

O primeiro elemento diz respeito ao princípio estar em conformidade com a lei. A doutrina entende que esse axioma serve para fazer as adequações necessárias do meio e do fim a serem atendidos. “Não se trata, pois, da verificação da realização efetiva do objetivo, mas da simples possibilidade de tê-lo realizado (realizabilidade) com o emprego do meio selecionado.”⁹

O segundo elemento tem conexão direta com o primeiro, pois além da possibilidade para a realização desse princípio no caso concreto, exige-se também a necessidade ou exigibilidade, ou seja, “à melhor escolha possível dentre os meios adequados, para atingir os fins.”¹⁰

O último elemento está ligado aos princípios fundamentais, principalmente com o axioma da Dignidade da Pessoa Humana,

trata-se, pois, de um sopesamento (balanceamento) dos valores do ordenamento jurídico, em que se procura atingir a mais oportuna relação entre meios e fins para melhor garantir os direitos do cidadão em situações concretamente relacionadas. São “pesadas” e comparadas, numa perspectiva jurídica, as desvantagens do meio em relação as vantagens do fim.¹¹

O Princípio da Proporcionalidade está vinculado aos valores axiológicos de uma comunidade, realiza a harmonização dos direitos fundamentais para evitar entendimentos antinômicos, ou seja, serve para evitar

⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 780, 2012.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 781, 2012.

¹¹ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 782, 2012

violações constitucionais e a aplicação adequada dos direitos fundamentais.

2.4 Princípio da Igualdade

Esse princípio deve ser entendido como uma igualdade apenas jurídica. Está relacionado com a famosa frase de Aristóteles: “A igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.”

Está positivado no nosso Pacto Fundamental no artigo 5º, caput.

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[...]¹²

Em outras palavras, enseja a cada um o exercício dos direitos e das garantias fundamentais.

Nas doutrinas, encontra-se esse princípio subdividido em igualdade positiva e igualdade negativa. O primeiro diz respeito a uma ação do Estado, ou seja, uma prestação de serviço do Estado para/com todos, atendendo as necessidades sociais. O segundo já envolve a inércia do Estado, proibindo discriminações e os privilégios, proporcionando a todos o mesmo *status* perante a lei.

Porém, não se pode esquecer que esse axioma também diz respeito a tratar desigual os desiguais, como no caso da proteção à mulher ou à criança, mas essa desigualdade não pode ser arbitrária, se não todo tipo de discriminação seria autorizada, tem que ter uma relação direta com o indivíduo e a sua necessidade de um tratamento desigual.

2.5 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o postulado mais importante e é à base da maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo.

Sua positivação está na Declaração Universal dos Direitos do Homem

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

de 1948, no seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”¹³

Encontra-se também no artigo 1º da Constituição da Alemanha:

Artigo 1 - Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais.

1. A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

2. O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.¹⁴

Isso não seria diferente no nosso ordenamento jurídico, onde também está no artigo 1º, III da Magna Carta, onde estabelece as diretrizes básicas do sistema de direitos fundamentais regido pelo *Quím* da Dignidade da Pessoa Humana. A primeira interpretação que se deve fazer é que a dignidade está relacionada a todas as pessoas e a cada uma individualmente; a dignidade é apenas da pessoa e não da situação em que ela se encontra; o SER prevalece sobre o TER, ou seja, a liberdade prevalece sobre a propriedade; a dignidade justifica a procura da qualidade de vida; a dignidade está relacionada diretamente com a autonomia vital da pessoa, isso quer dizer, não se pode impor algo determinado à pessoa, se isso não for de acordo com as convicções da mesma, porquanto isso iria ferir o princípio em destaque.

Esse axioma maximiza-se a liberdade individual, esse é o seu núcleo, com isso, pode-se entender que os direitos sociais não podem se sobrepor sobre os direitos individuais.

A dignidade estabelece uma relação de igualdade entre os homens e se

¹³ Assembléia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 29 ago 2012.

¹⁴ BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 11 ago 1919. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em 29 ago 2012.

relaciona com o valor jurídico fundamental que é a liberdade individual.

É a dignidade como princípio geral do sistema de direitos nas relações interpessoais e entre o Estado e o indivíduo.

Verifica-se, nesse sentido, que a liberdade, inicialmente referida neste estudo (condições de autonomia), não significa tão somente uma permissão jurídica; inculca a ideia de agir em conformidade com as leis posta pela própria sociedade politicamente organizada (e, portanto, pelo próprio indivíduo no uso da razão) ou, na ausência dessas leis, agir de maneira que entender mais conveniente, conveniência esta obviamente pautada nos ditames da razão.¹⁵

A Dignidade da Pessoa Humana rompeu com o referencial político liberal, em outras palavras, “[...]passando o ser humano, a figurar como o ponto principal do Direito e do Estado, posto que no Estado Absoluto, o mesmo se dava em razão da propriedade; consolidando-se assim, o primado do homem.”¹⁶

Essa mudança fez “[...] defende-se que a pessoa humana, enquanto valor, e o princípio correspondente, de que aqui se trata, é absoluto, e há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio.”¹⁷

Com isso, conclui-se que esse princípio pode ser considerado, além do mais importante, a base absoluta do ordenamento jurídico da maioria dos países, sendo que todos os axiomas e até mesmo o próprio direito devem ser em conformidade com a Dignidade da Pessoa Humana.

3 ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O assédio moral, conhecido como *mobbing*, é caracterizado pela exposição do trabalhador em situações que lhe causem vexame e opressão, as

¹⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 588, 2012.

¹⁶ LUNA, Marta Moreira. **O princípio da dignidade da pessoa humana como lócus hermenêutico da nova interpretação constitucional**. 22 jan 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1080> Acesso em 29 ago 2012.

¹⁷ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Mar 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana#ixzz24x716vxu>>. Acesso em 29 ago 2012.

quais têm de ser repetitivas para a caracterização desse fenômeno, uma vez que, se essa situação ocorrer uma única vez, não poderá ser caracterizado esse tipo de assédio.

Em outras palavras

pode-se dizer que o assédio moral é toda e qualquer conduta – que ocorre por meio de palavras ou mesmo de gestos ou atitudes – que traz dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica do trabalhador, põe em risco seu emprego ou degrada o ambiente de trabalho.¹⁸

Existem vários tipos de assédio moral, sendo eles:

a) Assédio Moral Horizontal: o qual constitui em um empregado humilhar o outro empregado, ou seja, ambos estando na mesma posição hierárquica.

b) Assédio Moral Vertical Descendente: sendo este é o mais comum, onde o superior hierárquico deixa o seu subordinado em situação de rebaixamento moral.

c) Assédio Moral Vertical Ascendente: é o tipo de assédio mais extraordinário, que consiste no subordinado deixar o superior hierárquico em situações vexatórias.

O assédio moral é considerado como uma violência psíquica, a qual poderá levar o assediado a danos físicos e mentais, porém não deve ser visto apenas como uma atitude que acomete a vítima do assédio e sim ao coletivo, pois atingem também todos que estão nesse ambiente de trabalho.

Esse evento tem aumentado nos últimos anos por causa do perfil do empregado, o qual é individualista, autônomo, capaz, perfeccionista e qualificado, exigindo que a sua saúde mental esteja em perfeitas condições, e se por acaso ele não fizer parte desse perfil, o desemprego é a sua consequência, fazendo com que a vítima ature esse sofrimento em silêncio, por medo de perder o seu emprego.

¹⁸ SINASEMPU, Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério Público da União. **Cartilha sobre assédio moral**. Disponível em: <<http://www.prt5.mpt.gov.br/cartilhas/assediomoral-sinasempu.pdf>>. Acesso em 11 out 2012. p. 03.

Sobre esse fato, Barreto explica que

a humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do trabalhador e trabalhadora de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.¹⁹

O assédio está relacionado também ao desequilíbrio social em trabalhar muito e se ter pouco tempo para o lazer.

O poder faz com que as pessoas afastem-se de sua essência que é a de ser semelhantes e não superiores em relação ao outro. Diante disso, as mulheres tornaram-se alvo preferencial porque a força física, ou seja, o poder se deu encontro a sua sutileza o que aparentemente é uma fraqueza, enquanto na realidade traduz o amor.²⁰

Há estatísticas que demonstram que 80% (oitenta por cento) dos indivíduos brasileiros sofrem de estresse, estando este relacionado paralelamente com o crescimento do assédio moral no trabalho. O Ministério do Trabalho de Florianópolis afirma que os casos de assédio moral lideram os processos desse órgão.

Pessoas humilhadas sofrem mais de hipertensão, dores no peito, falta de ar, enjôos e doenças psicológicas¹⁸, pensando até mesmo no suicídio.

O tema em questão surge no momento em que as pessoas se transformam

em mera mão-de-obra, taxando-lhe o menor valor possível, está fazendo, na verdade, é negar a condição do trabalhador como pessoa humana – como um ser físico, mental e espiritual. O ser humano desconectado da sua essência, do núcleo, da sua inter-relação com o Universo, com o Cosmos, está vagando sem rumo, tropeçando em conflitos.²¹

¹⁹ BARRETO, M. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo: FAPESP; PUC, 2000. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>>. Acesso em 11 out 2012.

²⁰ Paulo Esteche, **Assédio moral e sexual nas relações de trabalho – o papel da mulher na construção de um mundo neo-humanista**, p. 104 e 105, 2003.

²¹ Paulo Esteche, **Assédio moral e sexual nas relações de trabalho – o papel da mulher na**

Com palavras de Marilena Chauí, o assédio moral “é tudo aquilo que reduz um sujeito à condição de objeto”.²² Ele pode aparecer de várias maneiras como pela arrogância, discriminação, racismo, humilhação, exposição do indivíduo a situações de medo, entre outras. Diante dessas atitudes é que o assediado está amparado pelo artigo 5º, III da nossa Carta Magna que dispõe: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante²³, confortando diretamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, já citado no item a cima.

Esse tema parece ser atual, mas as situações em que ocorre esse tipo de ato são tão antigas como o próprio trabalho, porém só atualmente que esse tema tornou-se forte, porque as vítimas o tornaram público.

Diante de esse assunto, por tê-lo se tornado notório, é que houve a necessidade de criações de projetos de leis para inibir essa ocorrência nas relações de trabalho. Possui um projeto de lei que busca elencar esse assunto no artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, colocando a alínea “h”, modificando o § 3º e acrescentado o artigo 483-A com as seguintes redações:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

h) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele, coação moral, por meio de atos ou expressões que tenham por objetivo ou efeito atingir sua dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade que lhe conferem suas funções.

§ 3º Nas hipóteses das alíneas d, g e h, o empregado poderá pleitear a rescisão de seu contrato e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo.

Art. 483-A. Quando a rescisão do contrato de trabalho for decorrente da prática de coação moral prevista na alínea “h” do artigo anterior, o juiz aumentará, pelo dobro, a indenização devida em caso de culpa exclusiva do empregador.²⁴

construção de um mundo neo-humanista, p. 106, 2003

²² Rosângela de Souza, **Assédio moral e sexual nas relações de trabalho – do assédio moral**, citando Marilena Chauí, p. 123, 2003.

²³ **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴ CASTRO, Adriana Vieira. **Assédio moral no trabalho e o princípio da dignidade da**

Apesar dos Tribunais estarem condenando os agentes do assédio ao dano moral (tema a ser analisado no item 5) por entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, essas mudanças na CLT se vêem necessárias pelo fato desse problema ainda fazer parte do cotidiano de muitas pessoas e de ter consequências muito lesivas, como a depressão que pode resultar uma auto-lesão ou até mesmo o suicídio.

As diferentes formas de assédio são a forma visível da degeneração das relações humanas, do desrespeito à individualidade.²⁵

4 JURISPRUDÊNCIA

Acórdão - RO 0001479-21.2011.5.12.002 2 ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO.

As ofensas e constrangimentos impingidos aos trabalhadores pelo superior, aliadas à grande pressão psicológica levam à materialização da figura jurídica do assédio moral, ato ilícito que sujeita o empregador ao dever de reparação.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da 2ª Vara do Trabalho de Itajaí, SC, sendo recorrentes **1.MARCELO DE OLIVEIRA, 2.CASA BAHIA COMERCIAL LTDA.** e recorridos **1.CASA BAHIA COMERCIAL LTDA, 2.MARCELO DE OLIVEIRA.**²⁶

No caso apresentado, o empregado foi submetido a constrangimentos e humilhações que afetaram a sua dignidade. De acordo com a testemunha S. M. D., ocorria o caráter punitivo conhecido como “boca de caixa”, sendo essa uma “espécie de castigo imposto ao vendedor que não atingia a meta de vendas, além do constrangimento a que eram submetidos os empregados nos

peessoa humana. 08 fev 2007. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3176/Assedio-moral-no-trabalho-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 11 out 2012.

²⁵ ESTECHE, Paulo. ALVES, A. F. P. et al. **Tribunal popular: Assédio moral e sexual nas relações de trabalho**. 01. ed. Florianópolis: AGNUS, 2003. p.105, 2003.

²⁶ **TRT 12ª Região – Santa Catarina. Processos de segundo grau**. 07 nov 2012. Disponível em:

<<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/ProcessoListar.do?plocalConexao=sap2&pvfclassenumerotrt=RO%20%20V%20%20%20%200118502011>>. Acesso em 29 out 2012.

treinamentos.”²⁷ Também ocorria a pressão exercida pela empresa “que chegava a obrigar os vendedores a portar alguns produtos que estavam à venda durante o expediente”.²⁵ Outro fato é que o gerente de nome V. se dirigia aos seus subordinados com palavras que causam vexame e opressão.

É permitida a imposição de metas aos trabalhadores feitos pelo empregador, porém o sistema “boca de caixa” como punição aos trabalhadores é ilícito, sendo que o empregador fazia os empregados que não alcançavam essa meta exigida a imitar a “eguinha pocotó”. Outra questão foi o anexo *dos e-mails* juntados onde mostra que o empregador “utilizava de palavras ríspidas, com ameaças de dispensa e designações dos piores vendedores para trabalhar em plantões.”²⁵

O empregador foi condenado por conta deste fato a ter que pagar indenização de 10.000 (dez mil) reais ao empregado, pois a

indenização por dano moral é de natureza compensatória, visto que o valor arbitrado tem a finalidade de neutralizar os sentimentos negativos, compensando-os com a alegria. O dinheiro seria apenas um lenitivo, que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos.²⁸

Diante desse fato, fica claro que o assédio moral é um tema atual e que está no dia-a-dia de diversas pessoas, sendo que as suas consequências podem causar danos irreparáveis. Por causa disso que as vítimas têm que denunciar, para que esse problema possa ser combatido.

²⁷ LEIRIA, Maria de Lourdes. **Acórdão-5ªC. TRT 12ª Região – Santa Catarina**. 07 nov 2012. Disponível em: <
<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=207079>>.
Acesso em 29 out 2012.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **A responsabilidade civil por dano moral**. R. Literária de Direito, São Paulo, jan fev 96, p.9. apud LEIRIA, Maria de Lourdes. **Acórdão-5ªC. TRT 12ª Região – Santa Catarina**. 07 nov 2012. Disponível em: <
<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=207079>>.
Acesso em 29 out 2012.

5 DANO MORAL RESULTANTE DO ASSÉDIO MORAL

Como já citado nos itens anteriores, o assédio moral deve ser recompensado, e diante desse fato é que surge a indenização relativa a esse tipo de ato ilícito, o qual é o dano moral.

No nosso atual Código Civil a reparação de dano moral foi ampliada, não precisando está relacionada com a reparação material, o dano pode ser exclusivamente moral, como dispõe o artigo 186 do mesmo.

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O dano moral deve ser aplicado nos casos em que afeta o psicológico, a dignidade, a saúde, a liberdade em suas diversas formas, entre outras. “Trata-se de lesão que atinge valores físicos e espirituais da pessoa e que trazem amargura, privação do bem-estar, padecimento, inquietação mental e perturbação da paz.”²⁹

No entanto, a valoração desse tipo de dano é difícil de fazer, dependendo do dano sofrido, do poder de discricionariedade do juiz, onde este, de acordo com sua experiência, irá determinar o valor que a moral atingida deve ser recompensada. Porém a indenização não pode ser tão grande que gere um enriquecimento injustificado para o assediado, mas também não pode ser tão pequeno que seja irrelevante ao agente, de modo que seu caráter punitivo e educativo não atingiria essa finalidade.

Nas palavras de Venosa, o dano moral tem caráter compensatório e não ocorre a reparação de um prejuízo material,

a compensação é o lenitivo da dor [...]. A reparação é indireta. Não há, porém, que se entender que o dano moral é sempre aquele que acarrete uma dor psíquica. A compreensão de sua amplitude evoluiu para todas aquelas situações nas quais existe um incômodo incomum. [...] Para a configuração do dever de indenizar em sede de dano moral não há necessidade que se

²⁹VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: ATLAS, 2012. p. 327.

comprove intensa dor física: o desconforto anormal, que ocasiona transtornos à vida do indivíduo, por vezes, configura dano indenizável [...]. Mais recentemente a doutrina destaca o caráter punitivo do dano moral, muito mais do que simples compensação. Há também uma visão pedagógica na condenação por dano moral [...]”.³⁰

O STJ definiu o dano moral como sendo “aquele que afeta a personalidade e, de alguma forma, ofende a moral e a dignidade da pessoa. Doutrinadores têm defendido que o prejuízo moral que alguém diz ter sofrido é provado *in re ipsa* (pela força dos próprios fatos).”³¹

Diante disso, o assédio moral deve ser punido em relação ao agente e recompensado em relação ao assediado, sendo estas as suas finalidades, pois seu caráter é compensatório, educativo e punitivo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações de trabalho são tão antigas quanto à história do próprio homem, com isso se tem uma notória constatação, a de um indivíduo está subordinado a outro, o que no caso da relação estudada é o empregado estando às ordens do empregador, e diante desse fato é que surge muitas vezes situações em que os sujeitos dessa relação podem deixar um ou o outro em situações humilhantes e degradantes, seja ela para aumentar a produtividade, para gerar uma demissão ou até mesmo como antipatia. Esse fenômeno é denominado assédio moral, mas para a sua caracterização necessita serem atos repetitivos que causem danos ao psicológico do assediado, ou seja, a sua dignidade. Diante desse fato é que o assédio moral está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana e todos os princípios que dele se desmembram.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 12. ed. São Paulo: ATLAS, 2012. p. 328.

³¹ Supremo Tribunal de Justiça – STJ. **STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em 24 nov 2012.

Embora não exista uma legislação específica no nosso ordenamento jurídico sobre esse assunto, as doutrinas e as jurisprudências têm entendido a favor da existência desse ato e condenado os agentes a reparação de danos morais, cujo caráter dessa reparação é compensatório, pois sua finalidade é de compensar o sofrimento que a vítima passou e para inibir o agente de cometer novos assédios morais.

7 REFERÊNCIAS

ALVES, A. F. P. et al. **Tribunal Popular: Assédio Moral e Sexual nas Relações de Trabalho**. 01. ed. Florianópolis: AGNUS, 2003.

Assembléia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 29 ago 2012.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social** – Gênese, Estrutura e Aplicação de um Conceito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm>. Acesso em 28 ago 2012.

BARRETO, M. **Uma Jornada de Humilhações**. São Paulo: FAPESP; PUC, 2000. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/spip.php?article1>>. Acesso em 11 out 2012.

BUNDESTAG, Deutscher. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. 11 ago 1919. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em 29 ago 2012.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n.º 5452. 01 mai 1943. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out 1988. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Adriana Vieira. **Assédio Moral no Trabalho e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 08 fev 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3176/Assedio-moral-no-trabalho-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 11 out 2012.

FANFA, Vitor Luiz. **Justiça Social e Constituição**. 05 abr 2012. Disponível em <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3596839>>. Acesso em 28 ago 2012.

LEIRIA, Maria de Lourdes. **Acórdão-5ªC**. TRT 12ª Região – Santa Catarina. 07 nov 2012. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/doi/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=trre&id=207079>>. Acesso em 29 out 2012.

LEITE, Gisele. **Princípios Constitucionais**. 11 mar 2007. Disponível em: <<http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=409174>> Acesso em 28 ago 2012.

LUNA, Marta Moreira. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Como Locus Hermenêutico da Nova Interpretação Constitucional**. 22 jan 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1080> Acesso em 29 ago 2012.

MADJAROF, Rosana. **Aristóteles**. Disponível em: <<http://www.mundodosfilosofos.com.br/aristoteles.htm#ixzz24n54hLRx>>. Acesso em 27 ago 2012.

MORVAN Patrick, tradução de NASCIMENTO, Carlos Eduardo Bistão. **O Princípio no Direito, O Princípio de Direito**. Disponível em: <http://investidura.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1520:o-que-e-um-principio&catid=56:filosofiadodireito&Itemid=874> Acesso em 27 ago 2012.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Mar 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana#ixzz24x716vxu>>. Acesso em 29 ago 2012.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 1999.

SILVA, Roberta Pappen. **Algumas Considerações Sobre o Princípio da Proporcionalidade**. Jun 2004. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/6198/algumas-consideracoes-sobre-o-principio-da-proporcionalidade>>. Acesso em 28 ago 2012.

SINASEMPU, Sindicato Nacional dos Servidores do Ministério Público da União. **Cartilha Sobre Assédio Moral**. Disponível em: <<http://www.prt5.mpt.gov.br/cartilhas/assediomoral-sinasempu.pdf>>. Acesso em 11 out 2012.

Supremo Tribunal de Justiça – STJ. **STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido**. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106255>. Acesso em 24 nov 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRT 12ª Região – Santa Catarina. **Processos de Segundo Grau**. 07 nov 2012. Disponível em:

<<http://consultas.trt12.jus.br/SAP2/ProcessoListar.do?plocalConexao=sap2&pvfclassenumerotrt=RO%20%20V%20%20%20%200118502011>>. Acesso em 29 out 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 12. ed. São Paulo: ATLAS, 2012.

**O ALCANCE DA FACULDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIME
MATRIMONIAL DE BENS PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA
ISONOMIA E DA LIBERDADE**

*Reach college of regime change in marital property under civil code of
2002: An analysis in the light of constitutional principles of equality and
freedom*

Eloisa de Souza Hobus Linhares¹
Claudia Regina Althoff Figueiredo²

Recebido em: 09 jul. 2014
Aceito em: 23 abr. 2015

Resumo: O presente artigo tem como objeto o alcance da faculdade de alteração do regime matrimonial de bens previsto no código civil de 2002: uma análise à luz dos princípios constitucionais da isonomia e da liberdade alteração do regime de bens para preservação do casamento, contextualizado o instituto no direito brasileiro e analisando sob a ótica constitucional. Apresenta como objetivo geral analisar a necessidade da alteração do Código Civil atual para garantir a possibilidade da mudança do regime de bens à todos os matrimônios, inclusive aos celebrados sob a vigência do antigo Código Civil de 1916, afim de garantir a preservação do casamento, e os princípios Constitucionais da liberdade e da isonomia. Concluiu-se com a pesquisa realizada a tendência do direito brasileiro em considerar a vontade dos cônjuges tanto antes da celebração do casamento, como na sua vigência, com fito de respeitar as mudanças da vida dinâmica, o que é uma inovação muito positiva no direito brasileiro. Utiliza-se o método indutivo como base lógica e

¹ Bacharel em Administração pelo Instituto Blumenauense de Ensino Superior, Blumenau, Santa Catarina (IBES). Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí, Balneário Camboriú, Santa Catarina (UNIVALI). Assessora Jurídica na empresa Siframar Corretora de Seguros e Imóveis Ltda.

² Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Especialista em Direito Civil pela Universidade Regional de Blumenau - FURB; Mestre em Ciência Jurídica do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela UMSA. Advogada e Professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: claudia.f@univali.br.

o cartesiano na fase de tratamento dos dados.

Palavras-chave: Regime de bens. Princípio da liberdade. Casamento.

Abstract: This article focuses the scope of the college to amend the matrimonial property regime provided for in Civil Code 2002: an analysis in the light of the constitutional principles of equality and liberty amendment of scheme assets to preserve the marriage, contextualized in the institute under Brazilian law and analyzing the constitutional perspective. Presents as a general objective to analyze the need of changing the current Civil Code to ensure the possibility of regime change of goods to all marriages, including those concluded under the under the old Civil Code of 1916 in order to ensure the preservation of marriage, and Constitutional principles of freedom and equality. It was concluded with a survey of Brazilian law tend to consider the wishes of both spouses before the marriage, as in her lifetime, with view to respect the dynamic changes of life, which is a very positive innovation in Brazilian law. We use the inductive method as a logical basis and the Cartesian phase of data processing.

Keywords: Scheme of goods. Principle of freedom. Marriage.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto os regimes de bens, contextualizando o instituto no direito brasileiro, com a identificação de seu amparo legal e principiológico, e a análise da possibilidade da alteração do regime de bens mesmo nos matrimônios celebrados sob a vigência do antigo Código Civil revogado, visando a preservação do casamento, e ainda, da necessidade de mudanças no Código Civil brasileiro atual para que a aplicação de suas normas alcancem a real eficácia. A imutabilidade do regime de bens fere alguns princípios da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como a isonomia, a preservação da família como entidade maior através do princípio da função social da família, e a garantia à liberdade.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a necessidade da alteração do Código Civil atual para garantir a possibilidade da mudança do regime de bens à todos os matrimônios existentes, inclusive aos matrimônios celebrados sob a vigência do antigo Código Civil de 1916, afim de garantir a preservação do

casamento, e os princípios Constitucionais da liberdade e da isonomia.

A possibilidade da alteração do regime de bens era incabível no Código Civil brasileiro de 1916, sendo regido pelo princípio da imutabilidade. E assim é considerada até hoje, pois o princípio citado tem por justificativa que os regimes de bens devem ser antenupciais e não podem ser post-nupciais. Isso porque os regimes apresentam-se como pactos de família. No entanto, o Código Civil de 2002 no seu artigo 1.639 autoriza a alteração do regime de bens mediante alguns requisitos, mas o artigo 2.039 do mesmo dispositivo proíbe tal alteração aos matrimônios celebrados sob a vigência do Código Civil de 1916.

Na recente data de 28 de fevereiro de 2013 foi proferida pelo colegiado do Superior Tribunal de Justiça decisão deferindo pedido de alteração de regime de bens de matrimônio celebrado no ano de 1999. O pedido foi feito devido a divergência conjugal do casal em relação a sua vida financeira, e foi deferido para a garantia da preservação do instituto casamento. Este trabalho visa analisar o alcance da faculdade da alteração dos regimes de bens autorizado pelo artigo 1.639, do vigente Código Civil, quer pelas sociedades conjugais atuais, quer pelas celebradas anteriormente à vigência do atual sistema legal. Em linhas gerais, é nesse universo que se desenvolverá a pesquisa, não com o intuito de esgotar o tema, mas sim o de contribuir, nessa medida, à Ciência Jurídica.

2 CONCEITO DE REGIME DE BENS

O casamento gera efeitos patrimoniais, entre eles o regime de bens. Para Almeida³ trata-se de “um complexo de normas jurídicas que regulamenta as relações patrimoniais entre os cônjuges na vigência da sociedade conjugal”.

³ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p.177.

Outro conceito apresentado por Brandão⁴ em seu livro é “O regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges”.

Seguindo um mesmo padrão conceitual os autores concordam com a ideia de regime de bens como um regulador da vida econômica de um casal, com regras que definem como será a administração dos bens entre os cônjuges e também perante terceiros.

3 OBJETIVO DA ADOÇÃO DO REGIME DE BENS

Conforme os ensinamentos de Rizzardo⁵ o objetivo do regime de bens é de disciplinar a relação econômica do casal em relação aos bens adquiridos antes do casamento e dos bens que sobrevierem durante o matrimônio. O patrimônio deve suprir as necessidades dos cônjuges e da sua prole, exatamente por esta razão se faz necessário um ordenamento que administre as relações pecuniárias. Existem vários regimes de bens para que o casal opte por aquele que regularize de forma mais adequada à administração de seus bens. Veja-se o que diz Rizzardo⁶:

O regime de bens disciplina a propriedade, a administração, o gozo, e a disponibilidade dos bens; a responsabilidade dos cônjuges por suas dívidas e as fórmulas para o partilhamento dos bens quando da dissolução da sociedade conjugal. (Rizzardo, 2011, p.552)

Porém, há algumas regras referentes aos direitos e bens patrimoniais que dizem respeito aos cônjuges, mas que não estão ligadas ao regime de bens como por exemplo, as obrigações de alimentos entre os cônjuges, a cooperação na satisfação das necessidades financeiras rotineiras da moradia, situações que

⁴ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 552.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**,. 2011. p.552

não decorrem do regime de bens.

Para Venosa⁷, o casamento é uma relação de mútua cooperação e não uma relação econômica, no entanto a administração patrimonial é inerente a sua existência, e para este fim adota-se o regime patrimonial. Explica o autor:

Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens. Ainda que não se leve em conta um cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida. (Venosa, 2007, p.303)

Um estatuto que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre eles e terceiros, assim o autor descreve a função do regime de bens. Sua importância está diretamente relacionada à forma pela qual os bens da família responderão por obrigações perante terceiros e também pela titularidade de quem vai administrá-los, dessa forma pode-se afirmar que o regime de bens entre um casal compõe umas das consequências jurídicas do casamento e seu objetivo é reger as relações patrimoniais oriundas do casamento.

Explica Amaral⁸ que para os casamentos, como regra geral, aplica-se o regime parcial de bens, salvo se, os nubentes optem por fazerem um pacto antinupcial, na modalidade de regime parcial de bens comunica-se entre o casal apenas os bens adquiridos durante a vigência do casamento. Cada cônjuge preserva individualmente os bens advindos anteriormente à celebração do matrimônio, bem como os oriundos de doação ou herança.

Da mesma forma aplica-se às uniões estáveis o regime parcial de bens, no caso de os nubentes não manifestarem vontade de escolher outro regime. Se o casal vive em uma união estável, sem a existência de uma escritura pública, ocorrendo a separação, o regime considerado para partilha dos bens também

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.303- 304.

⁸ AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. Normas na união estável. Como no casamento ela traz obrigações e direitos. **Revista jurídica** Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/51/normas-da-uniao-estavel-182560-1.asp>. Acesso em: 03 fev. 2014.

será o regime parcial de bens.

4 REGIMES DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O direito de família, mesmo sendo ramo de direito privado, é regido por normas cogentes em sua maioria, inclusive em relação aos regimes matrimoniais de bens.

Do casamento decorrem efeitos jurídicos, entre eles os patrimoniais. Examinam-se os efeitos patrimoniais resultantes do casamento, efeitos que recaem sobre os cônjuges e também sobre a relação dos cônjuges com terceiros. Explica Cardoso⁹ que o Código Civil de 1916 sofreu influência dos Direitos Canônico, Romano, Germânico e também das Ordenações do Reino de Portugal. Eram quatro as espécies de regimes de bens neste Código Civil, quais sejam, da comunhão universal, da comunhão parcial, da separação total e o dotal. O regime de bens deveria ser escolhido antes da celebração do casamento e possuía caráter de irrevogabilidade, ou seja, nem o regime de bens e tampouco o pacto antenupcial permitiam qualquer alteração. Posteriormente este código foi revogado pelo Código Civil de 2002.

5 REGIME DE BENS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para Gagliano e Pamplona Filho¹⁰ o novo Código Civil, de 2002, trouxe inovações para o direito de família, do qual, suprimiu o ultrapassado regime dotal e apresentou um novo regime chamado participação final nos aquestos. São as palavras do autor: “De acordo com as suas regras, a mulher poderia conservar sob a sua exclusiva propriedade determinados bens incomunicáveis, denominados bens parafernais.”

O regime dotal há muito tempo já não era adotado pelos nubentes, via-

⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. 2010. p. 61.

¹⁰ GAGLIANO, Paulo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família. as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed., São Paulo. Saraiva, 2013. p.323.

se sobre ele apenas em novelas de época, dessa forma passou a não existir mais no Código Civil vigente.

Ensina Maia Júnior¹¹ que o Código Civil de 1916 trazia como regimes de bens: a comunhão universal, a comunhão parcial, a separação de bens e o dotal. Neste código o regime legal acolhido era o regime de comunhão universal de bens. Porém, a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), alterou o artigo 258 do Código Civil de 1916, elegendo então, o regime parcial de bens como regime legal. Fala o autor sobre o vigente Código Civil¹²:

O atual Código conservou de forma geral a estrutura dos regimes patrimoniais do matrimônio previsto pelo Código de 1916, mantendo, inclusive, o regime da comunhão parcial de bens como regime supletivo legal, de acordo com seu artigo 1.640. Porém, eliminou o regime dotal, de nenhuma relevância para a sociedade brasileira, e introduziu o regime de participação final nos aquestos, *ex vi* dos artigos 1.672 a 1.686, inspirados no Código Civil italiano.

A decisão sobre o regime de bens a ser adotado pelo casal é determinante, pois trata da capacidade contratual dos cônjuges permitindo a celebração de negócios jurídicos. Pode o regime de bens limitar a prática destes atos jurídicos ou convenciona-los a anuência do outro cônjuge.

5.1 Regime da Comunhão Parcial

O regime da comunhão parcial de bens é atualmente o regime legal ou supletivo, que é o regime patrimonial que incide na falta de pacto antenupcial por escritura pública ou sendo nula a convenção. O regime legal de bens do Brasil até o advento da lei do divórcio, Lei 6.515/77 era o regime da comunhão universal de bens, no código civil vigente, de 2002, é o regime da comunhão parcial de bens. Neste regime existem três conjuntos de bens: os bens particulares do marido, os bens da mulher e os bens comuns. Rolf

¹¹ MAIRAN, Gonçalves Maia Júnior. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2. ed. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 2011. p.180.

¹² MAIRAN, Gonçalves Maia Júnior. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2011, p. 180.

Madaleno¹³ explica como se dividem os bens antes e depois do casamento.

O que pertencia ao cônjuge, por ocasião do casamento, dele continua a ser; igualmente, o que se sub-roga a tais bens. Porém parte do que pertence ao segundo período também fica imune a comunicação: os bens que sobrevierem, na constância da sociedade conjugal, ao cônjuge, por doação, ou sucessão. Outrossim, os que se sub-rogarem a esses.

No silêncio dos cônjuges, ou ante a ineficácia, nulidade ou anulação do pacto antenupcial o regime adotado será sempre o regime de comunhão parcial. Conforme o artigo 1.659, I do Código Civil, se dá a incomunicabilidade da massa de bens pertencente a cada cônjuge anteriormente a data do matrimônio e os que forem adquiridos durante o casamento, por doação, sucessão os substituídos em seu lugar. Portanto, em regra geral comunicam-se os bens adquiridos pelo esforço mútuo dos cônjuges após a celebração do matrimônio.

Para Rizzardo¹⁴ o regime de comunhão parcial é o melhor, pois é o mais justo, conforme se verifica:

O regime de comunhão parcial [...] aparecia também como regime de comunhão limitada, é o que melhor atende aos princípios de justiça, por assegurar a autonomia recíproca dos cônjuges, conservando, cada um deles, a propriedade, a administração e o gozo excluídos dos respectivos bens.

De acordo com o autor neste regime existem três massas de bens: os particulares do marido e os da mulher, e os bens comuns. Evidenciando a diferença do regime de comunhão universal de bens, no qual, todos os bens pertencem a ambos os cônjuges, resultando em um único conjunto de bens.

5.2 Regime da Comunhão Universal de Bens

Quando os noivos desejam realizar casamento com comunhão de vidas e de bens é necessário formalizar esta vontade através de um pacto antinupcial,

¹³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 720.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2011, p.566.

neste caso haverá a fusão dos bens trazidos para o casamento pelos nubentes.

Ensina o doutrinador Rizzardo¹⁵ que o regime da comunhão universal de bens foi o regime predominante no direito brasileiro até 1977, com a promulgação da Lei nº 6.515, denominada lei do divórcio, como vê-se a seguir:

Através da sua adoção, com poucas exceções, todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como as dívidas, se comunicam. Não importa a natureza, sejam móveis ou imóveis, direitos ou ações, apreciáveis ou não economicamente, passam a formar um único acervo, um patrimônio comum, que se torna individual até a dissolução da sociedade conjugal.

Da mesma forma entende Rolf Madaleno¹⁶ que afirma, “ocorre uma fusão entre os bens trazidos para o casamento pela mulher e pelo homem, formando uma única massa”. Assim sendo, a massa de bens somados se torna indivisível onde cada cônjuge tem direito a metade do patrimônio comum e das dívidas em comum.

Portanto, na comunhão universal de bens tudo que é trazido pelos nubentes na data do matrimônio, torna-se como se tivesse sido adquirido na constância do casamento, à cada um dos cônjuges pertence imaginariamente a metade dos bens, esta massa indivisível só se desmanchará com o divórcio.

5.3 Regime da Separação de Bens

Existem dois tipos de regime de separação de bens, a convencional e a obrigatória ou legal. Nesse sentido, explicam Wald e Fonseca¹⁷ que o regime de separação convencional tem como principal característica a incomunicabilidade dos bens dos cônjuges. Da mesma forma ocorre no regime de separação obrigatória ou legal, só que neste caso não há autonomia para a escolha do regime, pois a lei o determina em alguns casos os nubentes a

¹⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2011, p.576.

¹⁶ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2011, p.752.

¹⁷ WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v 5 p. 202-205.

casarem sob o regime de separação. Como por exemplo, nos casos daqueles que casam com a inobservância das causas suspensivas para o casamento ou ainda para aqueles que dependem de autorização judicial para casar. No regime convencional de separação de bens os bens dos cônjuges não se comunicam, tantos os anteriores como os posteriores ao casamento. É previsão do artigo 1.687 do Código Civil de 2002¹⁸:

Art. 1.687. Estipula a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.” (CÓDIGO CIVIL 2002)

O regime de separação de bens não pode ser confundido com a separação legal ou obrigatória. Ensinam em seu livro Gagliano e Pamplona Filho¹⁹

Estipulado o regime de separação de bens, cada cônjuge mantém o seu patrimônio, compreensivo dos bens anteriores e posteriores ao casamento, podendo, como visto, livremente aliená-los, administrá-los ou gravá-los de ônus real.

No regime mencionado não há que se falar em meação porque existe autonomia absoluta para que cada um dos cônjuges administre ou negocie seus bens individualmente, salvo em situações excepcionais.

O regime de separação de bens pode ser acolhido de duas formas a) voluntário ou convencional ou, b) legal ou obrigatório. O artigo 1.641 do Código Civil²⁰ traz o seguinte texto:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;
III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

¹⁸ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23. fev. 2014.

¹⁹ GAGLIANO, Paulo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família**. as famílias em perspectiva constitucional. 2013, p.370.

²⁰ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23. fev. 2014.

Em alguns casos este regime é obrigatório, quais sejam, no matrimônio contraído sem a observância das causas suspensivas, nos casamentos realizados entre pessoas maiores de setenta anos e para todos que dependerem de autorização judicial para casar.

Entendem Wald e Fonseca²¹ que afirmam, “O regime da separação caracteriza-se pela incomunicabilidade dos bens presentes e futuros dos cônjuges.” Trata-se de regime de bens, no qual, cada cônjuge possui independência para gerir seus próprios bens como lhe convier, cabe ressaltar que havendo dívidas, estas também ficam sob a responsabilidade somente daquele que as assumiu.

Para compreender melhor a importância e a função de cada um destes regimes é necessário entender sua origem e as mudanças que sofreram no decorrer dos anos. Por isso analisa-se a seguir um breve histórico sobre os regimes de bens.

5.4 Regime da Participação Final nos Aquestos

Ensinam Gagliano e Pamplona Filho²² que pode-se identificar a participação final nos aquestos como um regime misto, formado com características de separação e de comunhão parcial de bens. Neste regime, durante a vigência do casamento cada um dos cônjuges tem seu próprio patrimônio podendo administrá-lo individualmente como quiserem. Porém na dissolução do casamento os cônjuges possuirão direitos sobre a meação dos bens adquiridos onerosamente pelo casal. Veja-se o artigo 1.672 do Código Civil²³:

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo

²¹ WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil**. direito de família, 2013, p. 202.

²² GAGLIANO, Paulo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família**. as famílias em perspectiva constitucional. 2013, p. 382.

²³ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23. fev. 2014.

seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. (Código Civil 2002)

Portanto a participação dos bens neste regime ocorre somente no momento da dissolução da sociedade conjugal, o que explica o nome do regime, participação final nos aquestos.

6 VALIDADE E EFICÁCIA DA MUDANÇA DE REGIME

O Código Civil de 2002 passa a admitir a mudança de regime patrimonial no curso do casamento através de ação judicial provocada por pedido formulado por ambos os cônjuges. Esta permissão para a alteração do regime de bens trouxe a tona uma discussão a cerca da validade e da eficácia deste ato em relação a terceiros credores, que supostamente correm o risco de sofrer prejuízos. Neto²⁴ comenta o enunciado 113 do Conselho de Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça durante a I Jornada de Direito Civil:

113 – Art. 1.639: é admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

O que significa que impossibilita-se a alteração de regime se houver constatação de dívidas. Segundo Neto esta não seria a melhor interpretação, ele entende que “caso a mudança venha a prejudicar terceiros, não se discutirá a sua validade ou não, mas apenas sua eficácia”. (Neto, P.03.)

Afirma ainda o autor que a alteração de regime de bens é viável e válida desde que arguida pelos cônjuges, não podendo nenhum credor se opor a tal prática, mas se tornando prejudicial a terceiros esta será ineficaz a cerca

²⁴ NETO, Mario de Carvalho Camargo. Alteração Administrativa de Regime de Bens, Mediante Escritura Pública, Estatuto das Famílias. **Ibdfam**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Altera%C3%A7%C3%A3o%20Regime%20M%C3%A1rio.pdf. Acessado em 17 de novembro de 2013. p. 3.

destes, sobrepondo efeitos sobre o casal e os demais terceiros.

Para Simão²⁵ a alteração de regime também é válida, pois, terá reflexos no que diz respeito apenas a sua eficácia em relação a terceiros e jamais haverá discussão quanto a sua validade:

A mudança de regime afeta o plano da eficácia e não da validade do casamento. Aliás, os deveres dos cônjuges e os regimes de bens se situam no plano da eficácia. Em termos de eficácia prevalece a lei do momento em que o negócio jurídico negócio jurídico produz os efeitos.

Portanto, no momento adequado o credor terá a oportunidade de requerer ao juízo que declare a ineficácia da mudança de regime em seu favor. Ou se tratando de alteração de regime para cônjuges idosos da mesma forma será válida se o casal não tiver idade superior a 70 anos no momento da propositura da ação. Diante disso, pode-se concluir que a mudança de regime produz efeito apenas no plano da eficácia e não na validade do casamento.

Uma pesquisa recente realizada pelo IBGE e divulgada pelo site da Globo²⁶ demonstra a relação entre o regime de bens adotado e a incidência de divórcios no país. Veja-se: “A pesquisa mostra ainda que houve queda das percentagens de divórcios cujo regime de bens do casamento foi o de comunhão universal, passando de 29,9%, em 2000, para 13,9%, em 2010.”

O percentual de divórcios de casamentos com regime de comunhão parcial de bens subiu, em 10 anos, de 66,1% para 81,7%. Os divórcios dos casamentos com regime de separação de bens, por sua vez, se elevaram, de 3,7%, em 2000, para 4,1%, em 2010.

Nota-se a princípio o aumento de divórcios no Brasil nos últimos anos, exceto pelos cônjuges com regime de comunhão universal de bens que apresentou uma diminuição nos últimos dez anos pesquisados. Já ao contrário

²⁵ SIMÃO, José Fernando. **Novamente a mudança do regime de bens – maiores de 70 anos.** Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0713.html. Acesso em: 17 nov. 2013. p. 01.

²⁶ Do G1, em São Paulo. **Número de Divórcios no Brasil é o Maior desde 1984, diz IBGE.** Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/numero-de-divorcios-no-brasil-e-o-maior-desde-1984-diz-ibge.html>. Acesso em: 17 nov. 2013.

deste, houve aumento considerável do número de divórcios propostos por casais com regime de comunhão parcial bens e regime de separação de bens. O que indica a importância do regime de bens para a proteção do casamento e das famílias já que é ferramenta essencial para a administração dos bens do casal. Percebe-se que a possibilidade da alteração do regime de bens pode trazer benefícios para a proteção das famílias brasileiras evitando em alguns casos o divórcio por razão de discordância em relação a administração do patrimônio adquirido.

7 PRINCIPIOLOGIA

A cerca do dos regimes de bens existem três princípios básicos para disciplinar a matéria, como explicam Gagliano e Pamplona Filho:²⁷ “Nessa seara, três princípios fundamentais informam o sistema: o princípio da liberdade de escolha, o princípio da variabilidade e o princípio as mutabilidade.”

O princípio da liberdade de escolha significa que os nubentes tem a liberdade de escolher o regime de bens que considerarem mais adequado a sua realidade. Enquanto o princípio da variabilidade mostra-se como forma de afirmar que não se admite, apenas uma forma de regime patrimonial, é imprescindível que os nubentes tenham a opção de escolha e portanto torna-se imprescindível a variedade de regimes. E o principio da mutabilidade por fim, demonstra que a liberdade patrimonial ganhou novos ares conforme vê-se no artigo 1.639 de Código Civil de 2002²⁸:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

Parágrafo 2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges,

²⁷ GAGLIANO, Paulo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito de família.** as famílias em perspectiva constitucional. 2013, p. 312.

²⁸ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23. fev. 2014.

apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Importa destacar que a alteração somente é possível “se for fundada em ‘pedido motivado’, desde que ‘apurada a procedência das razões invocadas’”. Esse justo motivo constitui uma cláusula geral a ser preenchida pelo juiz caso a caso, à luz da operabilidade”.²⁹ Além do que não deve prejudicar direito de terceiros.

É forçoso salientar que, caso venha a prejudicar terceiros, não se discutirá a sua validade ou não, mas apenas a sua eficácia. Corretamente, o Código Civil impõe simplesmente a ineficácia da mudança quanto aos terceiros prejudicados, produzindo esta alteração do regime todos os efeitos, não só com relação aos cônjuges, como também quanto aos terceiros não prejudicados.³⁰

De acordo com o texto legal observa-se a admissão da mudança do regime de bens a qualquer momento desde que obedecidos os requisitos legais.

Wald³¹ considera o princípio da autonomia da vontade o princípio básico norteador do assunto regime de bens. Assim como Gagliano diz, da importância da liberdade garantida aos cônjuges no momento da escolha do regime que preferirem. Nas palavras do autor:

O regime deve ser escolhido antes do casamento, por convenção ou pacto antenupcial, que deve ter a forma de escritura pública (art. 1.653 do nosso CC.) Se as partes não escolherem determinado regime – como acima já se sublinhou –, a lei supletivamente manda aplicar o regime legal, que é o da comunhão parcial de bens, também denominada comunhão de aquestos.³²

Porém, para que exista validade dos regimes antenupciais é imprescindível a realização do casamento, apenas a celebração válida a vigência dos pactos antenupciais. Comenta o autor que uma das mudanças

²⁹ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 110.

³⁰ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 111.

³¹ WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil. direito de família**, 2013. p. 202.

³² WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil. direito de família**, 2013. p. 202.

mais importantes estabelecidas pelo novo Código Civil de 2002 foi a possibilidade de alterar o regime escolhido após o casamento de acordo com o parágrafo 2º do artigo 1.639, a mudança pode ocorrer com autorização judicial, por pedido motivado feito por ambos os cônjuges, desde que verificada a procedência das razões relatadas e resguardados os direitos de terceiros.

8 O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS

Como forma de traduzir os valores sociais dominantes da época, o Código Civil de 1916 constituiu a indissolubilidade do casamento, fazendo das relações conjugais, relações perpétuas. Cita-se Maia Júnior³³: “O casamento celebrado o era por toda a vida dos cônjuges, desencorajando a norma jurídica sua dissolução. A separação judicial era vista como um mal para a sociedade e para a família patriarcal.” A imutabilidade do vínculo matrimonial estava prevista no artigo 230 do antigo Código Civil e era considerada naturalmente como um efeito decorrente do casamento. O fato de as mulheres serem economicamente dependentes dos seus cônjuges e do regime matrimonial legal ser o regime de comunhão universal de bens também justifica a escolha do legislador em considerar imutável o regime adotado pelos nubentes na época de seu casamento.

No mesmo sentido ensina Cardoso³⁴ quando afirma que a irrevogabilidade do regime de bens sempre vigorou no Brasil ao longo da vigência do Código de 1916, no qual era vedada a alteração do regime de bens adotado pelos cônjuges quando da celebração do casamento. Tal norma foi alterada apenas com a chegada do Código Civil de 2002, a partir de janeiro de 2013, com a seguinte redação:

³³ MAIRAN, Gonçalves Maia Júnior. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2011. p. 147.

³⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. 2010. p.63.

[...] tendo sido substituído pela norma atual do parágrafo 2º do artigo 1.639, nesses termos: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver. Parágrafo 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”

O princípio da imutabilidade do regime de bens teve origem do Código Francês e foi divulgado pelo próprio Napoleão, a norma tinha a pretensão de proteger os direitos de terceiros e também a manutenção dos pactos familiares, realizados na época abundantemente. Neles, as famílias dos noivos firmavam acordos materiais e sociais à cerca do matrimônio dos filhos e tal costume deveria ser mantido.

Cardoso³⁵ explica que muitos países adotam a regra da mutabilidade, mas alguns ainda seguem o princípio da irrevogabilidade do regime matrimonial, que encontra fundamento em um código internacional chamado Código de Direito Internacional Privado para as Américas:

A regra da imutabilidade do regime é princípio de ordem pública internacional, reconhecido expressamente no Código de Direito Internacional Privado para as Américas (ou Código de Bustamante), incorporado ao sistema pátrio pelo Decreto 18.871, de 13 de agosto de 1929, determinando que “não se pode celebrar ou modificar contratos nupciais na constância do matrimônio, ou alterar o regime de bens por mudanças de nacionalidade ou de domicílio posterior ao mesmo (art,188). (Cardoso, 2013, p. 64)

Alguns países como, por exemplo, Argentina e Portugal ainda permanecem seguindo o princípio da irrevogabilidade dos regimes matrimoniais sob os principais argumentos de preservar direitos de terceiros e manter a segurança jurídica estabelecida nas relações entre os cônjuges.

9 MUTABILIDADE JUSTIFICADA

No decorrer dos anos, os valores, os interesses pessoais assim como as

³⁵ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**, 2011, p.64.

necessidades dos cônjuges foram tomando nova forma na sociedade, tais mudanças ocasionaram reflexos nas leis, a partir daí vislumbrou-se a possível necessidade de uma adequação do regime de bens durante o casamento se esta fosse a vontade do casal, como de fato tornou-se possível com o advento do Código Civil atual. Cardoso³⁶ cita as seguintes palavras sobre o assunto:

Alguns países deixaram a regra da imutabilidade e adotaram a da modificabilidade do regime patrimonial na constância do casamento, mediante a vontade dos cônjuges, ainda que diante de algumas exigências e providências legais, judiciais ou notariais.

Explica Cardoso³⁷ que durante algum tempo a imutabilidade do regime matrimonial foi alvo de crítica dos doutrinadores de direito que reivindicavam que a legislação se adequasse a nova realidade das famílias brasileiras, uma realidade onde a mulher conquistou autonomia profissional e financeira. Em um conteúdo em que países como a França e a Alemanha já haviam permitido a alteração do regime durante o casamento.

Para Mairan Júnior³⁸ a escolha do regime de bens é uma conciliação de vontades dos nubentes, por isso a modificação do regime depende de pedido realizado por ambos os cônjuges, não sendo aceita tal modificação se houver discordância por parte de um dos envolvidos. Está sob a responsabilidade de ambos os cônjuges o sustento familiar daí a importância do aspecto patrimonial para a família e proveniente dessas razões é a razoabilidade da exigência de pedido de modificação formulado por ambos, em sintonia de vontades, para garantir que não haverá influência desleal de um sobre o outro. Outra regra para a modificação do regime é a de que o pedido deve relatar as razões da pretensão de alteração como explica Mairan Júnior³⁹:

Outrossim, o pedido deduzido deverá apresentar as razões da modificação pretendida. A disciplina do patrimônio da família é

³⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**, 2010. p. 64.

³⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**, 2010. p. 64.

³⁸ MAIRAN, Gonçalves Maia Júnior. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2011. p. 150.

³⁹ MAIRAN, Gonçalves Maia Júnior. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2011. p. 150 -151.

questão assaz importante, e por este motivo deve ser analisado se a pretendida alteração atende efetivamente aos interesses da família, ou visa apenas a satisfazer os caprichos ou desejos de um dos cônjuges, aos quais o outro se submete ou concorda, mesmo em detrimento dos filhos e da família.

O pedido de alteração de regime deve ser rejeitado ao perceber-se a menor possibilidade de prejudicar terceiro ou a própria família, pois a preocupação do Estado em relação a proteção da família precisa estar sempre presente.

10 A VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS CONSTITUÍDOS SOB A LEI ANTERIOR

O Código Civil atual fixa o entendimento de que a validade dos negócios e dos atos jurídicos instituídos sob a vigência do Código Civil de 1916 devem obedecer as disposições legais do referido código. Todavia os efeitos produzidos no decorrer do matrimônio estão sujeitos a modificações autorizadas pelo Código Civil atual. Observa-se o que diz a lei⁴⁰:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Para Martins⁴¹ existe diferença quanto a cerca da aplicabilidade da lei e a validade dos seus efeitos jurídicos, conforme o entendimento do autor, a imutabilidade sugerida diz respeito apenas aos atos constituídos sob a vigência da lei anterior, mas que os efeitos decorrentes destes atos no período de vigência do Código Civil de 2002 devem sofrer influência da lei atual. Veja-se

⁴⁰ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23. fev. 2014.

⁴¹ MARTINS, Ronaldo Alvaro Lopes. **Artigo: A imutabilidade do regime de bens no casamento**. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto80.html>. Acesso em: 19 de dez. 2013.

trecho do artigo do autor citado:

Esse dispositivo a toda evidência não trata da aplicabilidade da lei nova e sim da validade e dos efeitos dos atos jurídicos constituídos ao tempo da lei antiga e tem caráter retroativo, eis que se refere a efeitos futuros de contratos celebrados antes de sua vigência. O que se deve ter em mente é que a imutabilidade do regime de bens "é efeito do casamento", tanto que começa a vigorar a partir da data do enlace.⁴²

Sendo efeito do casamento, a administração patrimonial deve submeter-se a segunda parte do artigo 2.035 do Código Civil atual, ou seja, não há razão para a imutabilidade do regime de bens de matrimônio celebrado sob a vigência do Código Civil anterior. O regime de bens entendido como efeito do casamento deve obedecer as determinações do Código Civil vigente.

Para Maia Júnior⁴³, o alcance da decisão que determina alteração do regime de bens será *ex nunc*. Veja-se:

Do mesmo modo, serão *ex nunc* os efeitos produzidos quanto aos cônjuges quando não houver pedido expresso de retroação da eficácia do novo regime, respeitando-se os atos e os negócios jurídicos realizados na vigência do regime patrimonial anterior.

Conforme o autor, os negócios jurídicos praticados na vigência do Código Civil anterior devem ser respeitados, alterando-se assim apenas os atos praticados após o advento do Código Civil de 2002. Dessa forma, garantindo segurança jurídica para os nubentes e terceiros acerca das suas relações econômicas.

⁴² MARTINS, Ronaldo Alvaro Lopes. **A imutabilidade do regime de bens no casamento**. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto80.html>. Acesso em: 19 de dez. 2013.

⁴³ MAIRAN, Gonçalves Maia Júnior. O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável. 2011. p. 153.

11 A RELAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ISONOMIA E DA LIBERDADE COM A MUTABILIDADE DOS REGIMES DE BENS

A sociedade caminha para rumos liberais em que se predomina a liberdade de escolha das pessoas, não cabe no contexto atual qualquer ato que venha a compelir ou suprimir a liberdade dos indivíduos, e o direito de família acompanha este movimento no que diz respeito aos regimes matrimoniais. Nesse sentido ensina Nicknich:⁴⁴

Em face do princípio da autonomia da vontade é concedido aos cônjuges a liberdade na escolha do regime, podendo as partes acolherem um regime legal existente, ou modificá-lo de acordo com as suas necessidades, desde que não sejam infringidas as normas relativas aos fins do casamento e à estrutura da família. (Nicknich, 2006)

Explica a autora que a justiça brasileira tem por principal objetivo dar a cada um, o que é seu de direito, para tanto há que se respeitar a liberdade, a equidade e a boa-fé. Os compromissos firmados e as normas jurídicas devem ser obedecidos, mas no instante em que uma das partes vem a ser demasiadamente favorecida ou prejudicada, faz-se necessária uma reflexão e adaptação da legislação às circunstâncias reais, o que vem ocorrendo.

A redação do parágrafo segundo do artigo 1.639 do código Civil de 2002 causou discordâncias e até correntes distintas sobre seu entendimento.

Trata-se do princípio da autonomia privada, que “decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar”.⁴⁵ Em relação ao regime de bens, o Código Civil vigente adotou o princípio da mutabilidade justificada. A redação do parágrafo

⁴⁴ NICKNICH, Mônica. A (i)mutabilidade do regime de bens no casamento sob a ótica do Código Civil brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1284>. Acesso em: 24 dez. 2013.

⁴⁵ TARTUCE. Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 108.

segundo do artigo 1.639 do código Civil de 2002 causou discordâncias e até correntes distintas sobre seu entendimento. No texto legal⁴⁶:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

[...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Explica Nicknich⁴⁷ que existe corrente doutrinária que entende que a modificação do regime de bens pode ser realizada apenas aos casamentos celebrados após a vigência do Código Civil de 2002. Por outro lado, existe outra que entende que a modificação se estende aos casamentos realizados também sobre a vigência do código anterior com fundamento no princípio da isonomia e da proteção da família. A Constituição Federativa do Brasil em seu artigo 5º prescreve que “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 igualdade, a segurança e a propriedade [...]”.

Na opinião da autora surge um verdadeiro desafio aos doutrinadores que terão de definir padrões de igualdade que garantam realmente a justiça plena aos casos concretos. Cabe salientar que a legislação não restringe direitos quando fala da mutabilidade do regime de bens, portanto, não caberia ao poder judiciário fazê-lo pois estaria cerceando o direito das pessoas. Para que a norma tenha efetividade é imprescindível cumprir a finalidade do princípio da isonomia previsto na Constituição da República Federativa do

⁴⁶ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23. fev. 2014.

⁴⁷ NICKNICH, Mônica. A (i)mutabilidade do regime de bens no casamento sob a ótica do Código Civil brasileiro. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1284>. Acesso em: 24 dez. 2013.

Brasil, tarefa que cabe aos doutrinadores através da interpretação do artigo 1.639 do vigente Código Civil.

Para Gagliano e Pampona Filho⁴⁸ a possibilidade de alteração do regime de bens, trazida pelo parágrafo segundo do artigo 1.639 do Código Civil, aplica-se aos matrimônios anteriores, explicam os autores que esta tese tomou força e já se tornou sólida no direito brasileiro. Decidiu da seguinte forma o Superior Tribunal de Justiça:

Civil. Casamento. Código Civil de 1916. Comunhão parcial de bens. Alteração de regime. Comunhão universal. Possibilidade jurídica.

Ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte assentaram que o art. 2.039 do Código Civil não impede o pleito de autorização judicial para mudança de regime de bens no casamento celebrado na vigência do Código de 1916, conforme a previsão do art. 1.639, parágrafo 2º, do Código de 2002, respeitados os direitos de terceiros.⁴⁹

Visto isso, não há que haver dúvidas de que as pessoas que contraíram matrimônio durante a vigência do Código de 1916, têm o direito de requerer a modificação do seu regime de bens, respeitando os requisitos da lei, para garantir a justiça e a obediência à isonomia constitucional.

No mesmo sentido se posicionam Tartuce e Simão, afirmando ser o referido art. 1639, §2º norma geral em relação ao regime de bens, podendo ser aplicada a qualquer casamento.⁵⁰

Além do Enunciado 260 do CJF/STJ⁵¹, aprovado na III Jornada de

⁴⁸ GAGLIANO, Paulo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: direito de família. as famílias em perspectiva constitucional. 2013, p.335.

⁴⁹ GAGLIANO, Paulo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**> direito de família. as famílias em perspectiva constitucional. 2013, p.335.

⁴⁹TARTUCE. Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 113.

⁵⁰ TARTUCE. Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 113.

⁵¹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V** : enunciados aprovados. coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 16. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2014.

Direito Civil em 2004, *in verbis*:

260 – Arts. 1.639, § 2º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no §2º do art.1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior.

Visto isso, não há que haver dúvidas de que as pessoas que contraíram matrimônio durante a vigência do Código de 1916, têm o direito de requerer a modificação do seu regime de bens, respeitando os requisitos da lei, para garantir a justiça e a obediência à isonomia constitucional.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O código civil de 2002 apresentou uma nova perspectiva ao permitir a alteração do regime de bens durante a constância do casamento, porém, é importante salientar que tal possibilidade não deve ser utilizada como uma ferramenta que permita causar dano a terceiros. Daí a relevância a cerca do tema, sendo os magistrados responsáveis por identificar na vida prática as situações reais de necessidade de alteração do regime e ao mesmo tempo afastar os casos onde uns dos cônjuges deseja transferir todos os seus bens para o outro, com o único fito de lesionar eventuais credores.

Observou-se neste artigo o conceito de regime de bens, seu histórico, também os objetivos dos regimes de bens. O regime de bens no Código Civil de 2002 bem como a validade e a eficácia dos regimes. Analisaram-se, os princípios relacionados ao regime de bens e a possibilidade da mutabilidade justificada, assim como a validade dos atos jurídicos constituídos sob a lei anterior.

Salientou-se ainda a relação dos princípios constitucionais da isonomia e da liberdade com a mutabilidade dos regimes de bens. Destacou-se a mudança trazida pelo artigo 1.639 do Código Civil atual que derrubou o princípio da imutabilidade do regime de bens que vinha vigorando há anos no Brasil, e deu lugar ao princípio da mutabilidade, permitindo a alteração do

regime de bens na constância do casamento, mediante pedido judicial, avaliando-se as razões do pedido e garantindo os direitos de terceiros.

Em relação aos matrimônios celebrados durante a vigência do Código Civil de 1916, entende o poder judiciário que deve atender aos pedidos formulados solicitando alteração, da mesma forma que aos celebrados durante a vigência do Código Civil de 2002, como forma de respeitar os princípios da isonomia e não acabar cerceando direitos. Apesar das mudanças cabe ao Estado - poder judiciário conceder ou não a alteração do regime de bens para evitar abusos e para proteger a família brasileira. A possibilidade da alteração do regime de bens durante a constância do casamento foi uma das mais significativas mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, visto que o casamento traz consigo implicações patrimoniais que tornam o regime de bens assunto de extrema importância na vida familiar.

Revela-se na pesquisa realizada a tendência do direito brasileiro em considerar a vontade dos cônjuges antes da celebração do casamento, bem como na sua vigência, com fito de respeitar as mudanças da vida dinâmica, o que é uma inovação muito positiva no direito.

13 REFERÊNCIAS

AIDAR, Antonio Ivo. **Prática no direito de família**: alimentos, regime de bens, união estável e concubinato. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. **Direito civil**: famílias. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. Normas na união estável. Como no casamento ela traz obrigações e direitos. **Visão jurídica**. Disponível em <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/51/normas-da-uniao-estavel-182560-1.asp>. Acesso em: 03 fev. 2014.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. **Regime de bens no novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V** : enunciados aprovados. coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 16. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2014.

CARDOSO, Fabiana Domingues. **Regime de bens e pacto antenupcial**. São Paulo: Método, 2010.

Do G1, em São Paulo. **Número de divórcios no brasil é o maior desde 1984, diz IBGE**. Disponível em <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/numero-de-divorcios-no-brasil-e-o-maior-desde-1984-diz-ibge.html>. Acesso em: 17 nov. 2013.

GAGLIANO, Paulo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família. as famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAIRAN, Gonçalves Maia Júnior. **O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Ronaldo Álvaro Lopes. **A imutabilidade do regime de bens no casamento**. Disponível em: <http://www.jurisite.com.br/textosjuridicos/texto80.html>. Acesso em: 19 dez. 2013.

NETO, Mario de Carvalho Camargo. **Alteração administrativa de regime de bens, mediante escritura pública, estatuto das famílias**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Alter%C3%A7%C3%A3o%20Regime%20M%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 17 nov. 2013.

NICKNICH, Mônica. A (i)mutabilidade do regime de bens no casamento sob a ótica do código civil brasileiro. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1284>. Acesso em: 24 dez. 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Novamente a mudança do regime de bens – maiores de 70 anos**. Disponível em: http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_cf0713.html. Acesso em: 17 nov. 2013.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. **Direito civil: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v 5.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TRANSPORTADOR AÉREO DOMÉSTICO NO BRASIL

Michelle Andréia Spuldaro¹
Jociane Machiavelli Oufella²

Recebido em: 17 out. 2014

Aceito em: 23 out. 2014

Resumo: O presente trabalho versa sobre a responsabilidade civil do transportador aéreo doméstico no Brasil nas situações mais comuns onde o transportador é chamado a reparar os passageiros lesados em virtude da utilização dos serviços aéreos, regulado pelas legislações gerais e especiais, doutrina e jurisprudência. Apresentado sob a forma de artigo científico atendendo requisito obrigatório para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela UNIARP. Para melhor compreensão, o relato é dividido em três partes. Na primeira parte será abordado sobre a Teoria Geral da Responsabilidade Civil. Em um segundo momento o estudo dissertará a respeito do contrato de transporte aéreo de bagagens e pessoas na legislação brasileira e na terceira parte relata-se a respeito do dever de indenizar do transportador aéreo e o *quantum* indenizatório, as principais causas de danos e as formas de indenização e/ou reparação. Conclui-se que alguns juristas e doutrinadores optam pela reparação limitada ou tarifada de acordo com o Código Brasileiro de Aeronáutica, enquanto outros, que perfazem a maioria, apontam a responsabilização civil prevista no Código Civil em conjunto com o Código de Defesa do Consumidor, quando couber. O método adotado foi o dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com produção descritiva, de acordo com a normalização dos trabalhos acadêmicos da UNIARP e normas da ABNT.

Palavras-chave: Transporte aéreo. Contrato. Responsabilidade Civil. Danos Morais. Indenização.

Abstract: The work deals with the liability of the domestic air carrier in Brazil in the most common situations where the carrier is required to repair the injured passengers because of the use of air services, governed by the general and special laws doctrine and jurisprudence. Presented in the form of a scientific paper given mandatory requirement for the

¹ Acadêmica da 10ª fase, do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – Caçador - SC.

² Doutoranda do Doutorado de Ciências Jurídicas da Pontificia Universidad Catolica Santa Maria De Los Buenos Aires - Argentina. Master em Direito pela Universidade de Pádova – Itália; Especialista em Direito Processual Civil pela UnC. Graduada em Direito pela Unoesc – Videira. Coordenadora do Curso de Direito da UNIARP – Caçador. Professora da Graduação e Pós Graduação da UNIARP e UNOESC. Advogada militante na Comarca de Caçador-SC.

degree of Bachelor of Law from UNIARP. For better understanding, the report is divided into three parts. In the first part will be covered on the General Theory of Liability. In a second step the study will be regarding the carriage of luggage and people contract the Brazilian legislation and the third part is reported regarding the duty to indemnify Air Carrier and indemnity quantum, the main causes of damage and ways to compensation and / or repair. It is concluded that some jurists and scholars opt for limited repair or billed according to the Brazilian Aeronautical Code, while others who make up the majority point to civil liability provided for in the Civil Code in conjunction with the Consumer Protection Code, when it fits. The adopted method was deductive and literature with descriptive production, according to the standardization of academic papers and UNIARP ABNT

Keywords: Air transportation. Contract. Civil Liability. Moral damages. Indemnification.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo científico apresenta como tema a responsabilidade civil do transportador aéreo na reparação dos danos causados ao passageiro. Este assunto vem ganhando relevância tanto na mídia, quanto nos Tribunais e doutrinas, em razão da ocorrência cada vez maior e a divergência nos julgamentos sobre a tutela legal aplicável a cada caso concreto.

O problema analisado está sob os aspectos da responsabilidade objetiva ou subjetiva e do quantum indenizatório. Como a legislação pátria se posiciona para caracterizar a responsabilidade civil do transportador aéreo?

Na configuração desta responsabilidade civil, deve-se ter em mente que depende da classificação do serviço prestado, sendo que para cada caso uma legislação é pertinente.

Nos casos de relação de consumo o amparo é do Código de Defesa do Consumidor. Em outras situações o respaldo poderá vir do Código Brasileiro de Aeronáutica, do Código Civil e ainda da Constituição Federal, conforme análise do caso concreto.

A Lei Aeronáutica prevê responsabilidade subjetiva, ou seja, deve-se comprovar a culpa e o dolo do agente. Já com o advento do CDC, que passou a

tutelar as relações de consumo, inclusive aéreas, a responsabilidade passa a ser objetiva, isto é, não há que se falar em culpa, uma vez o dano ocorrido, a reparação deverá ser integral.

Entretanto, há que se ressaltar que os problemas neste setor nem sempre são dirimidos de forma pacífica, dado controverso entendimento de cada lei, onde faz-se necessária a intervenção dos Tribunais para a solução da demanda.

A pesquisa desenvolveu-se em três partes, sendo estudado no primeiro momento a teoria geral da responsabilidade civil; na segunda parte será elaborado um estudo sobre o contrato de transporte aéreo de bagagens e pessoas na legislação brasileira; e por fim pesquisar sobre o dever de indenizar do transportador aéreo e o *quantum* indenizatório.

O método adotado foi o dedutivo e a pesquisa bibliográfica, com produção descritiva, de acordo com a normalização dos trabalhos acadêmicos da UNIARP e normas da ABNT.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceitos de Responsabilidade Civil

Inicialmente o dano encontrava-se fora da esfera do direito, pois era reparado através da vingança privada. Depois, já tutelado juridicamente, através da Lei do Talião, onde o legislador intervém declarando a condição de retaliação por parte da vítima. Posteriormente, surge a composição a critério da vítima, subsistindo a forma de reintegração do dano sofrido³.

Assim, o Estado assumiu a função de punir, o que fez nascer a ação de indenização. O que era antes então uma responsabilidade só passou a ser dividida entre civil e penal, onde a indenização e a pena tornaram-se institutos

³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 26-30

separados.

A responsabilidade, segundo Venosa⁴ poderá dividir-se em objetiva ou subjetiva. Quais sejam: a objetiva interessa o dano e nexos causal, enquanto que para a subjetiva entra também o fato culpa se não há culpa, não há responsabilidade.

Gonçalves posiciona-se quanto à responsabilidade civil na teoria geral do direito:

A responsabilidade civil decorre de uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, isto é, da prática do ato jurídico, que pode ser lícito ou ilícito. Ato jurídico é espécie de fato jurídico. Fato jurídico, em sentido amplo, é todo acontecimento da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do direito. O que não têm repercussão no mundo jurídico é apenas “fato”, dos quais não se ocupa o direito, por não serem “fatos jurídicos”.⁵

Rodrigues⁶ ensina que cabe antes de tudo diferenciar a responsabilidade civil da responsabilidade penal. No caso penal, o agente infringe uma norma, perturbando a ordem social, norma esta de direito público, sendo esta coagida por uma pena, independente do prejuízo sofrido pela vítima. Ao contrário do âmbito civil, o interesse é privado, causando dano a outrem, que deverá ser reparado. Sendo plenamente possível que o ato ilícito repercuta tanto na esfera civil como penal, infringindo uma norma de direito público, no caso do crime ou contravenção, ou gerando prejuízo à terceiro. Desta forma, a sociedade estabelecerá a pena e o terceiro prejudicado será indenizado pelo prejuízo sofrido.

2.2 Lineamentos Históricos da Responsabilidade Civil

Para a compreensão da responsabilidade civil atual, necessário se faz entender sua evolução histórica, que tem seu ponto de partida no Direito

⁴ VENOSA, 2010, p. 541

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva. 2007, p.13

⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p.6-7

Romano, como ensina Aguiar Dias, citando Alvino Lima:

A princípio, o dano escapa ao âmbito do direito. Domina então a vingança privada, “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal.”⁷

Ainda na linha do tempo de Aguiar Dias⁸, a regra jurídica era o talião, o legislador apropriando-se da iniciativa particular declarava os termos para a retaliação. Após esse período surge a composição. Percebe-se que a retaliação não reparava os danos, mas os aumentava, então mais eficiente se o autor da ofensa ressarcisse os danos de forma imediata mediante a prestação da *poena*. A partir daí fica vedado à vítima fazer justiça com as próprias mãos, aceitando a composição estabelecida pela autoridade.

Esta nova conjuntura marcada pela ampliação da ressarcibilidade indica uma alteração gradativa na sua estrutura, com semelhante pensamento, Bittar, ensina que o avanço da responsabilidade se dá no sentido da máxima proteção às vítimas e da “concreta efetivação da reação da ordem jurídica contra o lesante, seja individual, seja coletivamente, a fim de que a Teoria da Responsabilidade cumpra, em todo o seu vigor, as respectivas funções”⁹.

Desta forma, a reparação do dano ultrapassa a esfera privada, passando a constituir importante instrumento de equilíbrio social, promovendo-se à condição de instrumento de compensação e desestímulo, por conta do qual se procura coibir a adoção de comportamentos lesivos aos interesses individuais e coletivos.

2.3 Elementos Caracterizadores da Responsabilidade Civil

São três os elementos que caracterizam a responsabilidade civil: 1 – Ação ou omissão do agente; 2 – Culpa do agente; 3 – Nexa causal ou de

⁷ LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo. 1938, p.10 *apud* DIAS, 2006, p. 26.

⁸ DIAS, 2006, p. 26

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 630

causalidade; 4 – Dano ou prejuízo de outrem. A partir daí faz-se necessário discorrer sobre cada um deles.

Ação ou omissão do agente é o primeiro pressuposto a ser elencado, de forma sucinta, porém esclarecedora nas palavras de Silvio Rodrigues, “a responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste.”¹⁰

Quanto à culpa do agente, Rizzardo¹¹ citando Capitant descreve como ato ou omissão que descumpre intencionalmente ou não, tanto de uma obrigação contratual, de prescrição legal ou simplesmente ato cotidiano de “bem viver” com o semelhante. Porém, para o autor difícil é definir a culpa, pois a tem como a falta de cumprimento de um dever que prejudica alguém.

Para Silvio Rodrigues, nexos causal ou causalidade, entende-se o viés que liga a situação que ocasionou o dano da vítima com o agente, gerando assim o dever de reparação.¹²

No que se refere a dano ou prejuízo a outrem, Gagliano e Pamplona Filho¹³, explicam como característica indispensável na configuração da responsabilidade civil. Pois na inocorrência deste, não há que se falar em indenização, seja contratual ou extracontratual.

Para Rizzardo:

O dano é o pressuposto central da responsabilidade civil. [...] Para Orgaz, desdobra-se em dois aspectos. No primeiro se identifica com a lesão de um direito ou de um bem jurídico qualquer. [...] Envolve um comportamento contrário ao jurídico. A nota de antijuridicidade o caracteriza, de modo geral. Mas não emana, necessariamente, de um desrespeito à lei ou de uma conduta antijurídica. Possível que nenhuma infração se consuma, e nasça o dever de reparação. [...] Se alguém persegue um animal em propriedade alheia, e causa danos, não é cominada de antijuridicidade da ação, mas os danos provocados devem ser reparados. A lesão determinada por uma conduta impelida pelo

¹⁰ RODRIGUES, 2008, p.163

¹¹ CAPITANT *APUD* RIZZARDO, 2007, p.01

¹² RODRIGUES, 2008, p. 17-18

¹³ GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 81

estado de necessidade não isenta da indenização, apesar da ausência da ilicitude.

O antijurídico não equivale ao delito. Muitos atos se revestem de antijuridicidade porque violaram uma regra de direito. Entrementes, não passaram para o campo do ilícito. Há infrações que nascem de meras inobservâncias de mandamentos legais, mas não atingem a esfera do delito. Se a culpa macula o ato, originando o dano, aí entramos no mundo do delito. No simples rompimento de um contrato, não há previsão legal de tipicidade penal, embora se configure a antijuridicidade em decorrência do descumprimento de um artigo de lei. O ato não é jurídico mas também não é ilícito.¹⁴

Cavaliere Filho faz com propriedade um apanhado geral da responsabilidade contratual e extracontratual, assinalando, por óbvio a violação do dever jurídico preexistente. Porém a diferença se dá na origem do fato, o dever contratual pelo qual as partes estão adstritas deve ser cumprido, do contrário nasce a necessidade de reparação, é o caso do ilícito contratual ou inadimplemento. Porém, muitas situações passíveis de reparação não vêm especificadas em contratos pré-estabelecidos, mas nem por isso deixam de contrariar uma norma, de onde vem nasce o dever de indenizar, pois a vítima seja de qual forma for, não pode arcar com prejuízos de um dano que não cometeu.

Ainda para o doutrinador, as duas muitas vezes se fundem, já que seus efeitos são uniformes, teoria esta defendida pelos monistas. Enquanto que, para os dualistas, teoria acolhida no Brasil, são duas figuras distintas.

2.4 Excludentes de Ilicidade

São as excludentes: culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade e legítima defesa, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior; cláusula de não indenizar e exercício regular de um direito. Dos quais veja-se pontualmente:

Por culpa exclusiva da vítima entende Venosa¹⁵ como a concorrência

¹⁴ RIZZARDO, 2007, p. 15-16

¹⁵ VENOSA, 2010, p. 546

de culpas, ou seja, ainda que o agente tenha se comportado com culpa, a vítima também o fez.

No caso de estado de necessidade, a lei excepcionalmente permite que se deteriore ou destrua a coisa alheia para evitar mal maior. Já legítima defesa, funda-se no artigo 188 do Código Civil, inciso I, primeira parte, em que o indivíduo está em situação atual ou iminente de injusta agressão, contra si ou terceiro.

Fato exclusivo de terceiro, por Ulhoa Coelho¹⁶, desfaz o liame do nexo causal e conseqüentemente a indenização pleiteada. Pois, se a culpa é de terceiros, não há que se falar em causa e efeito entre o prejuízo da vítima e o ato do demandado. Assim sendo a vítima tem o direito de mover ação contra o terceiro culpado.

Depreende-se da visão de Silvio Rodrigues¹⁷, que o artigo 393, parágrafo único do Código Civil define caso fortuito ou de força maior como que se verifica no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir. É ato que foge ao controle dos contratantes ou do agente, pois não ocorreu por culpa de nenhum deles.

Por meio dos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho¹⁸, na excludente por cláusula de indenizar as partes convencionam a não obrigação de indenizar em caso de inadimplemento, que também é conhecida como cláusula de irresponsabilidade.

Outra hipótese de escusa da responsabilidade é o exercício regular de um direito reconhecido. Na concepção de Venosa¹⁹, no ato ilícito, há uma contrariedade ao direito, daí o exercício de um direito elimina a ilicitude. Pois, se há o exercício do direito, não há a provocação do dano.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. 2.ed. 2005, p.390

¹⁷ RODRIGUES, 2008 p. 174

¹⁸ GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 168-169

¹⁹ VENOSA, 2010, p. 551

3 O CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO DE BAGAGENS E PESSOAS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1 O Contrato de Transporte

O transporte tem muita importância na evolução da civilização. Começando pelo vapor, que foi determinante para o crescimento da indústria no século XIX, substancialmente na aplicação à locomotiva, onde o Estado veio a legislar, contribuindo assim para o desenvolvimento de uma legislação do setor.²⁰

O Art. 730 do Código Civil o conceitua como sendo, o contrato em que “alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas.”²¹ Já para Silvio de Salvo Venosa, “é um negócio jurídico pelo qual um sujeito assume a obrigação de entregar coisa em algum local ou percorrer um itinerário para uma pessoa.”²²

O artigo 734 do Diploma Civil diz que:

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

O início do contrato de transporte aéreo terá início com a execução da avença.²³

Prescreve o artigo 735, CC: “a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de

²⁰ DIAS, 2006, p. 242

²¹ BARROSO, Darlan e ARAÚJO JUNIOR, Marco Antonio coord. **Vade Mecum**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 294

²² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009, p. 234.

²³ SANTOS, Emerson e FREIRE, Regina Tabossi Freire. Exame do contrato de transporte carreado no Código Civil à luz da Constituição Federal sob o enfoque do princípio da boa-fé objetivo. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8498>; Acesso em 09 Nov 2013.

terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.²⁴

Também o artigo 730 do Código Civil define o contrato de transporte como negócio jurídico bilateral, consensual e oneroso, quando uma das partes fica obrigada mediante pagamento, transportar pessoa ou coisa a destino convencionado. Ainda o mesmo diploma regula especificamente o transporte de coisas em seus artigos 743 a 756 e o transporte de pessoas, nos artigos 734 a 742.²⁵

3.2 O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor

Pela teoria do risco do empreendimento, onde a base se faz a partir da atividade desenvolvida no mercado de consumo, o transportador responderá por eventuais danos ou defeitos no serviço prestado, protegendo assim o consumidor.

E tendo o transporte aéreo como uma forma de prestação de serviço, inclui-se neste panorama, reforçado com o advento do CDC:

[...] Eis porque o art.12 do CDC dispõe que o fabricante, o produtor o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de seus produtos. No mesmo sentido, orientou-se o art. 14 do CDC, em relação aos danos causados aos consumidores por defeitos na prestação de serviço. Num ou noutro caso, ao consumidor cabe provar apenas a conduta violadora do dever geral de segurança, o dano e o nexo causal.²⁶

O CDC adotou uma posição inovadora abandonando o clássico conceito de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em seu art. 6º, VI, diz que um dos direitos básicos do consumidor é a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Portanto, aquele que causar um dano é obrigado a repará-lo,

²⁴ BARROSO E ARAÚJO JUNIOR, 2013, p.295.

²⁵ GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, p. 345.

²⁶ CAVALCANTI, 2002, p.46

independentemente de culpa.²⁷

Para Marques, o Código de Defesa do Consumidor denota fortemente a função social da legislação:

O Código de Defesa do Consumidor é uma destas leis de função social, as quais têm mérito de positivar as novas noções valorativas orientadoras da sociedade, procurando, assim, assegurar a realização dos modernos direitos fundamentais (direitos econômicos e sociais) previstos na Constituição Federal.²⁸

Neste contexto inegável se faz a responsabilidade do transportador aéreo baseado no CDC, como fornecedor, pois conforme Nelson Nery Junior, “o fornecedor só não será responsabilizado, segundo o artigo 14, §4º do CDC, se provar a inexistência de defeito e/ou a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro, não admitindo então outra justificativa.”²⁹

3.3 Conflito de Leis

A responsabilidade civil do transportador, é hoje regulada pelo CC, CDC e neste caso particular do transportador aéreo, ainda pelo CBA.

Alan Liegel citando a Revista da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial diz sobre o assunto:

A responsabilização civil com espeque no Código de Defesa do Consumidor é muito mais favorável ao usuário do que ao transportador, pois defende a inversão do ônus da prova. A responsabilidade é objetiva. Portanto, não há o que se perquirir da ocorrência ou não de culpa pelo transportador e se trata de uma responsabilidade ilimitada quanto ao valor da indenização, pois é adotado o princípio da reparação efetiva e integral, devendo ser indenizados os Danos materiais e imateriais, ao contrário do que dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica que em sintonia com a legislação internacional, prevê uma indenização tarifada.³⁰

²⁷ Ibid., p. 976

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor: antinomia entre a norma do CDC e de Leis Especiais. **Revista de Direito do Consumidor**. n.3. 1992, p.5

²⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de direito do consumidor**. n.03. 2011, p.86

³⁰ PEDRO, Fábio Anderson de Freitas de. A Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo.

A princípio aparentava que a solução de tal conflito dar-se-ia através da teoria nacional adotada, conforme a corrente de cada Tribunal: monista ou dualista. Porém, o Supremo Tribunal Federal tem decidido pela aplicação da lei em favor do passageiro lesado na reparação integral do dano sofrido.

Ainda em 2000, a Portaria 676/GC5 regulamentou, propriamente dito, o contrato de transporte aéreo, com emissão de bilhetes eletrônicos e previsões para cancelamento, atraso e *overbooking*. Por fim, após os ataques terroristas de 11.09.2001 nos Estados Unidos, editou-se a Portaria 152/DGAC de 7.3.2002, estipulando cobertura mínima de seguro de responsabilidade civil a terceiros, por danos oriundos de atos terroristas e de guerra.³¹

Sobre o tema acrescenta Rodrigues:

O vigente Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.7.565, de 19-12-1986), em seu art.257, limita a responsabilidade do transportador. Essa limitação da responsabilidade deixa de existir se houve dolo ou *culpa grave* do transportador. É a regra do art.248 do citado Código, juntamente com seu §1º.

“Art.248”. Os limites de indenização, previstos neste Capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos.

§1º Para os efeitos deste artigo, ocorre o dolo ou culpa grave quando o transportador, ou seus prepostos quiseram o resultado ou assumiram o risco de produzi-lo.”

A inovação trazida pelo novo Código foi a de admitir a culpa grave como agravadora da responsabilidade. O acórdão cuja ementa abaixo se transcreve, prolatado na vigência do Código anterior, mostra, de certa maneira, a evolução da matéria:

“A conduta do piloto e as demais circunstâncias que provocaram o acidente podem caracterizar até culpa grave, não configurando, porém, o dolo. Podem ser demonstrativas de negligência e até de imprudência, mas não se pode dizer há de reconhecer a responsabilidade indenizatória limitada prevista no ART. 106 do Código Brasileiro do Ar”.³²

Porém, mesmo na tentativa do legislador pátrio em esclarecer através de novos diplomas legais, inovações dos já existentes ou mesmo na

Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. n. 106. p.3 *apud* LIEGEL, Alan Rocha. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo na Reparação de Danos Provenientes de Acidentes e Incidentes Aeronáuticos;** 2011; p. 56

³¹ MORSELLO, 2007, p.85

³² RODRIGUES, 2008, p. 245-246 *apud* 1º TACSP, 2ª Câmara, j.8-6-1983, RT, 576/114

participação em tratados internacionais, o assunto ainda carece de clareza para a solução das lides.

3.4 Normas Internacionais

Já com o intuito de solucionar os problemas inerentes à aviação, a princípio internacional, porém também nacional no que a legislação interna for silente, o Brasil aderiu a Tratados e Convenções internacionais que supram as deficiências.

A enorme necessidade de regras que responsabilizem os transportadores quanto aos usuários e os serviços prestados não só de caráter local ou regional, uma vez que a aeronave não está restrita à sua bandeira, tem importante papel na integração entre países e continente, seja no transporte de cargas ou passageiros.³³

Em 1999, com a Conferência pela Organização Internacional de Aviação Civil, em Montreal, resolveram-se algumas questões cruciais no ramo da aviação, como os concernentes ao pagamento antecipado pelas empresas de transporte aéreo de indenização sem qualquer reconhecimento expreso ou tácito de responsabilidade e revisão dos limites de responsabilidade de forma quinquenal.

4 DEVER DE INDENIZAR DO TRANSPORTADOR AÉREO E O QUANTUM INDENIZATÓRIO

4.1 A Responsabilidade do Transportador Aéreo no Transporte de Passageiros

O transporte aéreo é caracterizado como prestação de serviços, assim

³³ SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. Questões polêmicas e atuais: contrato de transporte aéreo de passageiros. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**. Rio de Janeiro: Publicado em 2000. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br>. Acesso em 09 Nov 2013, p.02

sendo, após contratado, surgem obrigações para a empresa prestadora, seja legal ou contratual. Dentre elas, a primeira é o transporte seguro do passageiro.

Dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA):

Art.256. O transportador responde pelo dano decorrente:
I – de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque;³⁴

Acerca de tal tema o posicionamento de Morsello é o de que no que concerne à legislação doméstica há efetiva antinomia, entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Aeronáutica, na medida em que, neste diploma legal, há previsão expressa quanto à adoção da teoria da culpa e da limitação da responsabilidade do explorador da aeronave causadora do dano, ao passo que a Lei n° 8078/90 filia-se à teoria do risco do empreendimento do fornecedor, ínsita à sua responsabilidade objetiva, nos termos dos arts. 12 e 14 do referido diploma legal.³⁵

Nesse sentido, ainda no entendimento de Morsello, esta obrigação tem caráter consensual, porém para a formação do contrato não é exigível o embarque ou emissão de documento escrito. Ainda, concerne ao transportador, além da obrigação essencial de proteção, de modo que o passageiro chegue ao destino nas mesmas condições em que partiu, os direitos de receber o preço pactuado, condicionar o transporte de passageiros, não realizar o transporte quando as circunstâncias justificarem e requerer indenização ao passageiro que der origem a perdas e danos. Porém se ao transportador são exigidos deveres também o são ao passageiro, quais sejam: o pagamento pelo transporte contratado, a apresentação no aeroporto no dia e hora pactuados, o adimplemento das disposições administrativas, observância dos regulamentos fixados pelo transportador, acatando as instruções do comandante e tripulação da aeronave e ainda informar ao transportador se portador de doença grave.

³⁴ VIEIRA, 2009, p. 67

³⁵ MORSELLO, 2007, p. 278

Neste último caso o contratado decidirá sobre a conveniência do transporte.³⁶

Segundo o blog *Aviação e Direito* a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), em 2008, reajustou em 188% as indenizações a serem pagas pelas companhias aéreas por morte ou lesão corporal em acidentes aéreos e por perda ou dano à bagagem. No caso de morte ou lesão, o valor passa de R\$ 14.223,64 para R\$ 40.950.³⁷

4.2 A Responsabilidade do Transportador Aéreo no Extravio de Bagagem

Para José da Silva Pacheco, bagagem é o conjunto de produtos para uso pessoal, podendo ser despachada ou como bagagem de mão. Assim como o transporte de passageiros, o de bagagens também faz parte do contrato de transporte.³⁸

Assim preceitua o CBA em seu artigo 234:

Art.234. No contrato de transporte de bagagem, o transportador é obrigado a entregar ao passageiro a nota individual ou coletiva correspondente, em 2 (duas) vias, com a indicação do lugar e data de emissão, pontos de partida e destino, número do bilhete de passagem, quantidade, peso e valor declarado dos volumes.

§ 1º A execução do contrato inicia-se com a entrega ao passageiro da respectiva nota e termina com o recebimento da bagagem.

§ 2º Poderá o transportador verificar o conteúdo dos volumes sempre que haja valor declarado pelo passageiro.

§ 3º Além da bagagem registrada, é facultado ao passageiro conduzir objetos de uso pessoal, como bagagem de mão.

§ 4º O recebimento da bagagem, sem protesto, faz presumir o seu bom estado.

§ 5º Procede-se ao protesto, no caso de avaria ou atraso, na forma determinada na seção relativa ao contrato de carga.³⁹

Aqui mais uma vez se levanta a polêmica sobre a limitação ou não da indenização no extravio de bagagem, na lição de Gagliano e Pamplona Filho

³⁶ MORSELLO, 2007, p. 100

³⁷DANIEL, Emerson Signoberto, ANAC eleva indenização por morte e bagagem, 2008, Disponível em:<<http://aviacao-direito.blogspot.com.br/2008/08/anac-eleva-valor-da-indenizacao-por-morte.html>>, Publicação de 10 ago 2008, às 09h58minhs.Acesso em 29 jan 2014, p. 1

³⁸ PACHECO, José da Silva, **Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.431

³⁹ VIEIRA, 2009, p. 63

fica claro que nenhum dos diplomas legais, CBA, CDC ou a CF, não estabeleceram tarifamento indenizatório, concluindo assim que qualquer limitação estaria contrária às normas pátrias.⁴⁰

Acerca do tema ressalta Morsello:

Na seara do transporte aéreo doméstico, fixou-se, outrossim, responsabilidade limitada do transportador, por perda, destruição ou avaria de bagagem, ressalvada a prova de culpa grave ou dolo do transportador ou de seus prepostos. No entanto, referido patamar não utilizou como base de cálculo o peso da bagagem, estribando-se, ao revés, um montante fixo para cada passageiro, ou seja, 150 OTN, abarcando, outrossim, a bagagem de mão, *ex vi* do que preceitua o art. 260 do Código Brasileiro de Aeronáutica. Cumpre ressaltar, ademais, que, na hipótese de atraso na entrega da bagagem, também se fixou patamar-limite até 150 OTN por passageiro, *ex vi* do que preceitua o art. 257, 2ª parte, do referido diploma legal.⁴¹

A jurisprudência é vasta no campo do extravio de bagagem, aumentando consideravelmente a indenização pelos danos materiais e reconhecendo também o dano moral, conforme seguem alguns exemplos:

A companhia TAM Linhas Aéreas S.A. deverá pagar indenização de quase R\$ 23 mil a pai e filha que tiveram a bagagem extraviada em viagem de Belo Horizonte a São Paulo. A decisão é da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).

Em Primeira Instância, o juiz Eduardo Veloso Lago condenou a companhia aérea a pagar R\$ 10.848 por danos materiais e R\$ 12 mil por danos morais para as duas vítimas. Inconformada, a TAM recorreu ao Tribunal.

Em relação aos danos materiais, o desembargador João Cancio, relator do recurso, considerou o artigo 734 do Código Civil: O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade.

No que diz respeito aos danos morais, o relator entendeu que pai e filha não sofreram apenas aborrecimentos. Viram-se privados do uso de todos os pertences que levaram à viagem, incluindo vestuário, medicamentos, resultados de exame, e outros objetos pessoais, que incluem uma máquina de extrair leite e um colchonete, que se destinavam a assegurar o bem-estar da menor. Para o magistrado, ficaram comprovados a angústia, o transtorno e o sofrimento causados pela conduta da empresa.

O relator manteve a decisão de Primeira Instância, tendo seu voto acompanhado pelos desembargadores Delmival de Almeida

⁴⁰ GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2012, p.362

⁴¹ MORSELLO, 2007, p. 212

Campos e Guilherme Luciano Baeta Nunes.⁴²

CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. CARGA. MERCADORIA. EXTRAVIO. TRANSPORTADOR. INDENIZAÇÃO INTEGRAL. CDC. APLICAÇÃO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. AFASTAMENTO.

1 - A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada. 2 - Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença. (STJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, 4ª Turma, Resp 552553 / RJ RECURSO ESPECIAL 2003/0109312-3, decisão 12/12/2005).⁴³

4.3 A Responsabilidade do Transportador Aéreo Decorrente de *Overbooking*

Como o contrato de transporte dá-se pela compra do bilhete e a reserva antecipada com dia e hora para o embarque, muitos passageiros com reserva confirmada não comparecem, o que caracteriza o *overbooking*, que no conceito de José da Silva Pacheco é:

[...] muitos passageiros, com reserva confirmada, não se apresentam no aeroporto para o embarque na hora prevista (*no show*), formou-se a praxe de se fazer reservas acima da capacidade da aeronave, em determinados voos (*overbooking*). O excesso de reservas registradas ou “sobre-reserva” caracteriza o fenômeno comum nas praxes do transporte aéreo, conhecido como *overbooking*, que não se confunde com o excesso de venda de passagens (*oversale*). [...] Nas linhas aéreas domésticas, o usuário com reserva confirmada deverá comparecer para embarque no horário estabelecido pela empresa, ou, no máximo, até trinta minutos antes da hora estabelecida para a partida da aeronave nas linhas domésticas e até sessenta minutos antes da partida nas linhas internacionais. A hora de apresentação para embarque deverá ser obrigatoriamente anotada pela empresa no bilhete de passagem. A reserva só será considerada confirmada

⁴² ASSESSORIA de Comunicação Institucional. Ascom - TJMG - Unidade Raja. Disponível em: < <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100679689>>, **Publicado em 2012**. Acesso em 29 jan 2014, p.1

⁴³ Disponível em: <<http://www.jurisway.org.br>> Jurisprudência, **publicado em 2008**, p. 1. Acesso em 29 jan 2014

quando devidamente anotada no bilhete de passagem.⁴⁴

Por óbvio, nesta situação, alguns passageiros terão seus embarques negados, restando assim, prejudicados em seus compromissos, o que gerará além da frustração, onde é cabível o dano moral, ainda o descumprimento de um compromisso profissional, situação geradora do dano material. A aplicação da punibilidade à empresa se dá por analogia, já que não há previsão específica em lei. Atrasos por mais de quatro horas receberão as penas dos arts. 230, 231 e seu parágrafo único do CBA. E quanto à indenização é afastada a limitação, de acordo com as regras do CDC, sem prejuízo de danos morais.⁴⁵

Em consulta pública, diante da polêmica figura do *overbooking*, a ouvidoria da ANAC manifestou-se sobre o assunto nas seguintes palavras:

Ressalte-se, no entanto, que quando se trata da competência sobre a aplicabilidade de sanções relativas ao não cumprimento do contrato de transporte aéreo, a matéria passa a ser de competência judicial e aplicável, no caso, o Código de Defesa do Consumidor. O usuário deve ser entendido como o consumidor e a companhia aérea deverá

responder por abusos praticados, como qualquer outro fornecedor de produtos ou serviços.

O “overbooking” é conduta enganosa e abusiva, sem nenhuma validade legal, face ao direito do consumidor. Há que aplicar-se o Código de Defesa do Consumidor em harmonia ao Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA que estabelece, em seu art. 232, que o direito do consumidor só tem início a partir de quatro horas de atraso em relação ao horário marcado. Aqui, cabe ressaltar a necessária

intervenção normatizadora da ANAC para a atualização desta norma, uma vez que, os usuários atuais do transporte aéreo precisam ganhar tempo em suas atividades, o que nos indica a necessidade de diminuição deste prazo do CBA.

No mais, jurisprudencialmente tem sido assentado, como mínimo, que a companhia aérea deve embarcar o passageiro em outro avião com mesmo destino, mesmo que seja de outra companhia. Caso, no outro voo da própria companhia ou de outra só existir lugar em classe superior à adquirida pelo passageiro, este deve ser embarcado sem nenhum acréscimo. Todas essas alternativas não elidem o direito do passageiro que se sentir prejudicado pleitear na justiça indenização por danos materiais e morais. Esta, salvo melhor juízo, a melhor doutrina sobre a matéria que leciona a hipótese de “overbooking”, ou seja, o

⁴⁴ PACHECO, 2006, p.338

⁴⁵ CAVALCANTI, 2002, p. 151

passageiro deve ser embarcado em outra aeronave, para o mesmo destino, no prazo de quatro horas após a partida da aeronave para a qual tinha a reserva confirmada.⁴⁶

4.4 Da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo Quanto ao Cancelamento e Atraso de Voo

A legislação estabeleceu punição às empresas nos casos de atrasos ou cancelamento de voos exatamente numa tentativa de coibir abusos e preservar a pontualidade. O CBA adota a hipótese de responsabilidade objetiva, como também prevê o CDC em seu artigo 14, que responsabiliza o fornecedor de serviços, independente da existência de culpa, pela reparação de danos causados ao consumidor por defeitos na prestação do serviço. Sendo assim o atraso é passível de indenização, salvo por força maior extrínseca, culpa exclusiva da vítima ou de terceiros.⁴⁷

Ainda de acordo a jurisprudência, no caso de cancelamento do voo:

Prestação de serviços - Transporte aéreo - Cancelamento de voo - Danos morais e materiais. 1. Apesar do caráter consumerista da relação estabelecida entre a empresa de transporte aéreo e seus passageiros, o caso fortuito e a força maior podem ser considerados como causas excludentes de responsabilidade da prestadora de serviço. 2. Excluída a responsabilidade da empresa ré, não há que se falar em danos morais a serem indenizados. 3. Apesar de, com o cancelamento do voo, não ter usufruído do serviço de transporte aéreo, o consumidor deve desembolsar a quantia relativa ao transporte terrestre que lhe foi disponibilizado. Negado provimento ao recurso.⁴⁸

Neste ínterim, o posicionamento da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), informações estas, inclusive, usadas como instrução aos passageiros:

⁴⁶ BRASIL, **Agência de Aviação Civil**. Nota Técnica 4: Consulta Pública sobre Overbooking. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/arquivos/pdf/notaTecnica04.pdf>>, publicado em 2012, Acesso em 12 fev 2014.p. 2-3

⁴⁷ CAVALCANTI, 2002, p.143-144

⁴⁸ BRASIL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. (TJ-SP - APL: 1537192120088260002 SP 0153719-21.2008.8.26.0002, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 02/03/2011, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/03/2011). Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18676208>> Acesso em 17 fev 2014

Nos casos de atraso e cancelamento de voo e preterição de embarque (embarque não realizado por motivo de segurança operacional, troca de aeronave, overbooking, etc.), o passageiro que comparecer para embarque tem direito a assistência material, que envolve comunicação, alimentação e acomodação. Essas medidas têm como objetivo minimizar o desconforto dos passageiros enquanto aguardam seu voo, atendendo às suas necessidades imediatas. A assistência é oferecida gradualmente, pela empresa aérea, de acordo com o tempo de espera, contado a partir do momento em que houve o atraso, cancelamento ou preterição de embarque, conforme demonstrado a seguir:

A partir de 1 hora: comunicação (internet, telefonemas, etc.).

A partir de 2 horas: alimentação (voucher, lanche, bebidas, etc.).

A partir de 4 horas: acomodação ou hospedagem (se for o caso) e transporte do aeroporto ao local de acomodação. Se estiver no local de domicílio, a empresa poderá oferecer apenas o transporte para sua residência e desta para o aeroporto.

Se o atraso for superior a 4 horas (ou a empresa já tenha a estimativa de que o voo atrasará esse tempo), ou houver cancelamento de voo ou preterição de embarque, a empresa aérea deverá oferecer ao passageiro, além da assistência material, opções de reacomodação ou reembolso.

Direitos dos passageiros em caso de atraso de voo superior a 4 horas:

Se estiver no aeroporto de partida ou se estiver em aeroporto de escala ou conexão:

- Receber o reembolso integral, incluindo a tarifa de embarque. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.

- Receber o reembolso integral e retornar ao aeroporto de origem, sem nenhum custo. A empresa deverá oferecer assistência material.

- Remarcar o voo para data e horário de sua conveniência, sem custo. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.

- Permanecer na localidade onde ocorreu a interrupção e receber o reembolso do trecho não utilizado. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.

- Embarcar no próximo voo da mesma empresa, se houver disponibilidade de lugares, para o mesmo destino. A empresa deverá oferecer assistência material.

- Embarcar no próximo voo da mesma empresa ou de outra empresa aérea, para o mesmo destino, sem custo, se houver disponibilidade de lugares. A empresa deverá oferecer assistência material.

- Concluir a viagem por outra modalidade de transporte (ônibus, van, táxi, etc.). A empresa deverá oferecer assistência material.

- Remarcar o voo, sem custo, para data e horário de sua conveniência. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.

Direitos dos passageiros em caso de cancelamento de voo:

Se estiver no aeroporto de partida ou se estiver em aeroporto de escala ou conexão:

- Receber o reembolso integral, incluindo a tarifa de embarque. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.
- Receber o reembolso integral e retornar ao aeroporto de origem, sem nenhum custo. A empresa deverá oferecer assistência material.
- Remarcar o voo, sem custo, para data e horário de sua conveniência. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.
- Permanecer na localidade onde ocorreu a interrupção e receber o reembolso do trecho não utilizado. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.
- Embarcar no próximo voo da mesma empresa ou de outra empresa aérea, para o mesmo destino, sem custo, se houver disponibilidade de lugares. A empresa deverá oferecer assistência material.
- Remarcar o voo, sem custo, para data e horário de sua conveniência. Nesse caso, a empresa poderá suspender a assistência material.
- Embarcar no próximo voo da mesma empresa ou de outra empresa aérea, para o mesmo destino, sem custo, se houver disponibilidade de lugares. A empresa deverá oferecer assistência material.
- Concluir a viagem por outra modalidade de transporte (ônibus, van, táxi, etc.). A empresa deverá oferecer assistência material.⁴⁹

De acordo também a jurisprudência:

Prestação de serviços - Transporte aéreo - Cancelamento de voo - Danos morais e materiais. 1. Apesar do caráter consumerista da relação estabelecida entre a empresa de transporte aéreo e seus passageiros, o caso fortuito e a força maior podem ser considerados como causas excludentes de responsabilidade da prestadora de serviço. 2. Excluída a responsabilidade da empresa ré, não há que se falar em danos morais a serem indenizados. 3. Apesar de, com o cancelamento do voo, não ter usufruído do serviço de transporte aéreo, o consumidor deve desembolsar a quantia relativa ao transporte terrestre que lhe foi disponibilizado. Negado provimento ao recurso.⁵⁰

4.5 Do Cabimento do Dano Moral

Dano traduz-se pela existência de prejuízo causado à outrem, o qual

⁴⁹ BRASIL: ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil, Informações aos passageiros, disponível em: <<http://www2.anac.gov.br>>, **publicado em 2012**, p 8 acesso 17 fev 2014

⁵⁰ BRASIL: **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**. (TJ-SP - APL: 1537192120088260002 SP 0153719-21.2008.8.26.0002, Relator: Itamar Gaino, Data de Julgamento: 02/03/2011, 21ª Câmara de Direito Privado, **Data de Publicação: 22/03/2011**). Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18676208>> p.3. Acesso em 17 fev 2014

deverá ser reparado. Porém este poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial, o caráter patrimonial, vê-se mais palpável pela aferição do dano em si, porém o dano extrapatrimonial tem caráter mais subjetivo, ou seja, é a moral do indivíduo que restou abalada.⁵¹

A Carta Magna versa sobre o tema em seu artigo 5º, onde são disciplinados os direitos e garantias individuais:

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:

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.⁵²

O CC de 2002 assim se manifesta:

“Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”⁵³

Ainda o mesmo diploma dispõe:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar o prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.⁵⁴

Maria Helena Diniz entende como a lesão à pessoa física ou jurídica

⁵¹ MORAES, Maria Cecília B., **Danos à Pessoa Humana**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.57

⁵² ANGER, 2012, p. 21-22

⁵³ Ibid, 2012, p. 138

⁵⁴ BARROSO E ARAUJO JUNIOR, 2013, p.309

em seus interesses não patrimoniais. O que diferencia o dano mora do patrimonial é o efeito da lesão jurídica, isto, a repercussão do dano sobre o lesado. Como por exemplo, sobre o direito à vida, à saúde, que poderá repercutir também na seara patrimonial, vez que pode restar incapacidade do indivíduo para o trabalho e/ou despesas com tratamento. Então, nada obsta a coexistência de ambos os interesses na ofensa de um mesmo direito.⁵⁵

Em que pese, para Cavalcanti cabe indenização em qualquer tempo e independentemente do ressarcimento das despesas e devolução do valor do bilhete, desde que demonstrado o efetivo dano. Afirma que um pequeno atraso (quinze minutos por exemplo) não faz jus ao dano moral. Situação muito diferente é aquela do passageiro permanecer dezesseis horas no aeroporto, em razão de atraso, sendo impossibilitado de banho ou devido descanso, o que dá causa à situação de humilhação, onde se perfaz indubitavelmente o dano moral.⁵⁶

Para o mesmo autor:

Já no que se refere ao atraso de voo, é evidente que poderá ensejar atraso em detrimento do usuário para chegada ao local de destino, de modo que, inexistindo prova de qualquer eximente ínsita à responsabilidade objetiva, viabilizará, na hipótese, *e.g.*, de compromissos profissionais, efetivo acolhimento de pretensões ressarcitórias. Como foi o caso onde o autor da ação era produtor de shows de Sons e Luzes, de modo que o cancelamento do voo com horário predeterminado impediu-o de honrar seus compromissos, condenando-se o transportador, que não apresentou qualquer justificativa plausível para referida conduta.⁵⁷ No que concerne às viagens de lazer, conforme vários acórdãos elencados por José Gabriel Assis de Almeida, *Jurisprudência brasileira sobre transporte aéreo*, cit., p. 198-203, nota-se tendência ao reconhecimento presumido da figura do dano moral em atraso de várias horas ou até dias⁵⁸. Sob nossa ótica, poderá restar caracterizar aventado dano, desde que sopesadas as circunstâncias fáticas de cada conflito de interesses em conjunto com o princípio da razoabilidade, de modo que inexistente nex

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena; **Curso de direito civil brasileiro**:, responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva. v. 7. 2009. p.91-93

⁵⁶ CAVALCANTI, 2002, p. 145-146

⁵⁷ MORSELLO, 2007, p. 176

⁵⁸ ALMEIDA, José Gabriel Assis de apud Morsello, 2007, p. 176

causal automático entre o atraso e o alegado dano.⁵⁹

Há que ter em mente que a restituição do valor do bilhete ou embarque em outro voo, mesmo que de companhia diversa, não elide o dano moral ou outros danos provocados, desde que comprovados. Incluindo-se aqui também os atrasos na escala e interrupção de voo em aeroporto de escala, os quais incidem nas obrigações do mesmo artigo 230 do CBA (caso de atraso na partida originária).⁶⁰

5 CONCLUSÃO

Este trabalho teve sua como foco de pesquisa, a responsabilidade civil do transportador aéreo em suas variadas nuances possíveis geradoras de dano ao consumidor.

A responsabilidade civil é entendida como a restituição ao sofredor do dano, seu *status quo ante*, ou seja, deverá ser reparado de forma que sua situação anterior seja restabelecida, se não for possível, então haverá a indenização.

Neste sentido pode-se observar através do trabalho, que algumas linhas doutrinárias e até mesmo jurisprudenciais voltam-se no sentido de indenização limitada ou tarifada nos casos relacionados ao transporte aéreo, baseando-se no CBA, que hoje já é tido por muitos como ultrapassado, sabendo-se que esta previsão se deu em função no início do funcionamento das companhias aéreas e tinha como intuito sua prosperidade.

Ora veja, que já não é mais o caso, diante do grande número de companhias atuais, por isso a corrente contrária defende, que nos dias atuais, no direito moderno a reparação deva ser na medida do dano causado, ou seja, *in integrum*, isso para qualquer das situações elencadas, inclusive no dano moral, obviamente devem ser devidamente provadas.

⁵⁹ Ibid., p.176

⁶⁰ CAVALCANTI, 2002, p. 148

6 REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (org.) **Vade mecum acadêmico de direito**. São Paulo: Rideel, 15. ed. 2012, 2056 p.

BARROSO, Darlan; ARAÚJO JUNIOR, Marco Antonio coord. **Vade Mecum**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, 2173 p.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 830 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. 2.ed. 2005, 390 p.

DANIEL, Emerson Signoberto, **ANAC eleva indenização por morte e bagagem**, 2008, Disponível em:<<http://aviacao-direito.blogspot.com.br/2008/08/anac-eleva-valor-da-indenizacao-por-morte.html>>, Publicação de 10 ago 2008, às 09h58minhs.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, 832 p.

DINIZ, Maria Helena; **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva. v. 7. 2009. 387 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva. 2007, 432 p.

LIEGEL, Alan Rocha. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo na Reparação de Danos Provenientes de Acidentes e Incidentes Aeronáuticos**; 2011; 96 p.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999, 121 p.

PACHECO, José da Silva, **Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 638 p.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas de. **A Responsabilidade Civil no Transporte Aéreo**. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**. n. 106. 113 p.

SANTOS, Emerson; FREIRE, Regina Tabossi. **Exame do contrato de transporte carregado no Código Civil à luz da Constituição Federal sob o enfoque do princípio da boa-fé objetiva**. **Âmbito Jurídico**. Disponível em:

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8498

.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Questões polêmicas e atuais: contrato de transporte aéreo de passageiros.** Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. Rio de Janeiro: Publicado em 2000. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br>>.

Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Resp. nº 169000/RJ.** Rel. Min. Paulo Costa Leite. Julgado em 04.04.2000. DJ 14.08.2000. Disponível em: <www.stj.gov.br>.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: ANÁLISE DO ART. 421 DA LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002, À LUZ DA POLÍTICA JURÍDICA

Adelcio Machado dos Santos¹
Evelyn Scapin²

Recebido em: 28 abr. 2015

Aceito em: 28 abr. 2015

Resumo: “O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais, não deixa de ser mais escravo do que eles. Como adveio tal mudança? Ignoro-o. Que poderá legitimá-la? Creio poder resolver esta questão”. Com este pensamento Rousseau inicia o seu “Contrato Social”. Já o artigo 421 do novo Código Civil Brasileiro, cuja Lei foi sancionada em 10 de janeiro de 2002, afirma que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. A partir destas premissas, neste artigo encontram-se as respostas à questão propostas de que se objeto da Política Jurídica deve ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões, como deve ser o Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças? Deverá ser ele descompromissado com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a Natureza ou como poderoso mecanismo da prevenção desses males? O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir?

Palavras-chave: Função social do contrato. Política Jurídica. Direito.

Abstract: “The man is born free, and everywhere he is enslaved. Who considers himself as owner of the others, is but more slave than they. How did such change happen? I do not know. What can legitimate it? I believe I can solve this problem”. With this thought Rousseau begins his “Social Contract”. The article 421 of the new Brazilian Civil Code, whose law was sanctioned on January 10, 2002, already states, “The freedom of negotiating will be implemented in function and in the limits

¹ Pós-Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente e Pesquisador da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (Uniarp). Advogado (OAB/SC nº 4912),. Endereço: Rua Prof. Egidio Ferreira, nº 271, Apto. 303 – 88090-500 (SC) Brasil. E-mail: adelciomachado@gmail.com.

² Bacharela em em Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP). Advogada. Procuradora Geral do Município de Imauí. Endereço: Pc Getúlio Vargas, 1, Imaruí - SC, 88770-000, Brasil. E-mail: evy@ipps.org.br.

of the social function of the contract”. Starting from these premises, this article brings the answers to the proposed question that if object of the Juridical Politics should be considered in the universe of the great reflections and of the great decisions, how should be the Law? Should it be rhetorical result of the dominance or strategic instrument of the changes? Should it be indifferent with environment degradation, staying as ineffective solution for the crimes against the nature or as powerful mechanism of the prevention of those evils? Should the Law just have commitment with the present or should it be determined in the ethical construction of the future?

Keywords: Social function of the contract. Juridical Politics. Law.

1 INTRODUÇÃO

O art. 421 do Código Civil, cuja Lei foi sancionada em 10 de janeiro de 2002, clangora que “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. A função social do contrato, como pode ser observado, protege a liberdade de contratar submetendo, entretanto, os contratantes, aos princípios de probidade e da boa-fé. Ou seja, toda base negocial, repousa, em última análise, em princípios de moral e ética. A palavra “ética” etimologicamente origina-se do grego “*ethos*”, que também significa costumes; a palavra “moral” provém do latim “*mores*”, que também significa costumes. Há uma tendência de separar ou diferenciar o sentido destas palavras.

De outro vértice, cumpre referir o enunciado de Carlin (*apud* PASOLD) para quem a ética não se confunde com o direito, posto que este se consubstancia num conjunto de regras obrigatórias para todos viverem em sociedade e sancionadas em caso de seu descumprimento. A noção de ética, nota-se, é muito mais ampla que a de direito. Preocupar-se com ela equivale a interrogar a apropriada consciência.

Faz-se mister colimar as questões colocadas por MELO (1994), para quem “o objeto da Política Jurídica deve então ser considerado no universo das grandes reflexões e das grandes decisões”: Como deve ser Direito? Fruto retórico da dominação ou instrumento estratégico das mudanças? Deverá ser

ele descompromissado com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os delitos contra a natureza ou como poderoso mecanismo da prevenção desses males? O Direito deve ter compromisso apenas com o presente ou deverá estar empenhado na construção ética do devir? (MELO, 1994, p.38)

2 A POLÍTICA JURÍDICA

A Política Jurídica é um conjunto de estratégias as quais visam verificar nos novos direitos que estão surgindo, se estes possuem valores de utilidade, necessidade, e, sobretudo, de eticidade. Deve-se também, citar os preceitos de MELO (2000), para quem a Política Jurídica é o conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, e sua adequação aos valores de Justiça e utilidade social e que o fim buscado pela Política Jurídica e pela Justiça Política, que se exterioriza pelo agir moralmente correto. MELO (1994) enfatiza que sem desmerecer o valor de uma Política Jurídica que trate do “dever-ser” legislativo, ocupada na legalidade do futuro, destaca a importância de uma Política Jurídica que pretenda considerar o Direito desde o lugar dos acontecimentos, da cidadania, e do ponto de fuga, dos quais emergem virtuais novos destinos sociais. A cidadania, o acontecimento como política do Direito.

3 O DIREITO

O estudo da definição do Direito, de sua origem, fundamento e desenvolvimento são o tema da filosofia do Direito, concebida às vezes como um dos ramos da filosofia e às vezes como a parte básica de uma ciência autônoma do Direito. A palavra "direito", em inglês, *right*; em alemão, *recht*; em italiano, *diritto*, liga-se a uma metáfora na qual uma figura geométrica assumiu, primeiro um sentido moral, e depois jurídico. O direito é literalmente

linha reta, que se opõe à curva, ou à oblíqua, e aparenta-se às noções de retidão, de franqueza, de lealdade nas relações humanas. Mas essa aceção é muito frágil para definir as complexas redes de significados que o direito oferece na organização da sociedade moderna.

De acordo com MORA (2000) o que é de direito é entendido, em sentidos muito diversos, mas alude quase sempre ao que moralmente deve ser uma coisa, caso em que o que ocorre em conformidade com o direito se opõe ocasionalmente ao que transcorre em conformidade com a Natureza. MELO (2001) afirma que a interpretação do Direito, como elemento que integra a Hermenêutica Jurídica, com é percebida atualmente, direcionou todas as suas apreensões e empenho para encontrar o direito nas palavras e no sentido da lei.

Isto aconteceu, diz o autor, desde a origem de seus estudos formalizados, que se pode identificar com o desenvolvimento da Escola de Exegese³. Interpretar o Direito conhecê-lo e entendê-lo, para aplicá-lo, era interpretar a lei, pois, para este enfoque teórico, que dominou nossas academias durante décadas, o Direito estava na lei (MELO, 2001).

Todavia, afirma o autor, algumas escolas filosóficas desviaram a atenção dos juristas das leis para os fatos, para o comportamento humano, onde, realmente, segundo novas teorias, encontrava-se o Direito.

MORA (2000) descreve que “para alguns, o que é de direito é o que é justo; outros afirmam a independência mútua da justiça e do Direito; outros ainda, por fim, chegam a subordinar a justiça ao Direito, afirmando que algo é justo porque se ajusta ao Direito”. MELO (1998) diz ser possível e desejável buscar uma teorização sobre a conciliação entre Política e Direito,

³ Surgida juntamente com o capitalismo, a Escola da Exegese é um modelo clássico de positivismo jurídico, com presença forte nos meios acadêmicos marcadamente conservadores. A partir do século 19, a Escola da Exegese identifica-se com dois aspectos fundamentais. Primeiro, a percepção de que a burguesia tinha interesse em acalmar os insatisfeitos e desprovidos de privilégios, com a nova ordem estabelecida com a Revolução Francesa; segundo, a consideração de que a nova forma de organização do Estado, com o poder tripartite, era liderada pelos líderes burgueses, que se utilizaram do aparato teórico e doutrinário para - sob uma alegada neutralidade dos juizes - calar, ideologicamente, os tribunais.

compreendidas ambas as categorias numa definição ético-social e identificados os conceitos referentes, tanto quanto aceitáveis, com o conceito do justo e do legitimamente necessário, isto é, do socialmente útil.

Destarte, à Política do Direito caberia, do mesmo modo, intercomunicar os elementos que a compõem, compreendendo-se os campos da Política e do Direito como espaços de constantes e ambicionadas influências mútuas. Em consequência dessa reciprocidade, o Direito precisa da Política para sempre se renovar nas fontes de legitimação e esta necessita daquela para pretender, de fato, as exigências sociais legítimas, ou seja, escolher um sistema de categorias, conceitos, princípios e normas adequadas para garantir não só relações econômicas mais justas, mas também o alcance de um ambiente social realmente ético e estimulador das práticas solidárias.

Para Max Weber⁴, a definição e a caracterização da norma fundamental situam-se numa realidade extrajurídica. Na base de toda a arquitetura legal e constitucional está a aceitação de certas expressões históricas e políticas, ideologicamente revestidas do poder de organizar o estado.

De qualquer forma, as normas ou decisões fundamentais, prévias ou pressupostas à constituição, não estão sujeitas ao controle das constituições. Elas têm o caráter de puro poder, que os monarcas, o povo ou as revoluções acionam, rompendo a legalidade preexistente. A constituição representa a base de toda a ordem do direito. A partir dela se disciplinam as relações sociais, dentro de uma estrutura homogênea, teoricamente liberta de contradições. A constituição não coincide, entretanto, com a lei constitucional.

Há princípios imanentes, que expressam num plano global o caráter da decisão política básica ou da norma fundamental, que servem de roteiro à interpretação das leis constitucionais, que são comandos enfeixados na própria

⁴ WEBER, Max (1864-1920). Sociólogo alemão, de formação jurídica. A obra weberiana interessa acima de tudo aos sociólogos e aos historiadores. Chamou também a atenção dos filósofos, tanto por sua contribuição para a epistemologia das ciências humanas quanto pelo desafio que a análise da modernidade por ela proposta representa para o projeto de uma filosofia prática. (HUISMAN, 2001)

constituição.

4 O CONTRATO

Contendo embasamentos éticos e pragmáticos, o contrato é um instrumento essencial para garantir as relações de convivência entre os indivíduos. Contrato, na realidade, é um pacto estabelecido voluntariamente entre duas ou mais partes, em que se estipula a obrigação futura de fazer, ou deixar de fazer, alguma coisa. O acordo de vontades, além de compor interesses contrapostos, deve ser capaz de estabelecer uma situação jurídica entre as partes, de natureza obrigacional.

O contrato é, desta forma, o instrumento básico pelo qual os particulares garantem o livre exercício de sua autonomia para decidir e regular, por si mesmos, seus próprios interesses. O contrato tem como pressuposto a equidade jurídica e se estabelece de três elementos fundamentais: capacidade do agente, legalidade do objeto - vedados os que se oponham à lei, à ordem pública e aos bons costumes - e observância da forma prescrita ou não proibida em lei.

O estado moderno interfere nas relações contratuais para instituir limitações, impor condições e interferir na execução dos contratos, a fim de assegurar a igualdade real entre as partes. A liberdade de contratar não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo.

Assim, os contratantes deverão sujeitar sua vontade:

a) às normas de ordem pública, que fixam, atendendo os interesses da coletividade, as bases jurídicas fundamentais em que repousam a ordem econômica e moral da sociedade, uma vez que são atinentes ao estado e à capacidade das pessoas; à organização da família; aos princípios básicos da ordem de vocação hereditária, da sucessão testamentária, do direito de

propriedade, da responsabilidade civil, da liberdade e da igualdade dos cidadãos, da liberdade de trabalho, de comércio e de indústria; e à organização política, administrativa e econômica do Estado; e

b) aos bons costumes, relativos à moralidade social de forma que sejam proibidos, p. ex., contratos que versem sobre exploração de casas de tolerância, corretagem patrimonial, usura, por contrariarem os bons costumes. Consideramos um grandíssimo avanço tal intromissão do Estado. Mantendo a liberdade contratual na forma de criação destes, ao mesmo tempo em que, em respeito aos direitos fundamentais e naturais, além de proteger não só a todos os indivíduos como ao próprio Estado, evitando abusos e absurdos.

5 HISTÓRICO DO CONTRATO

No direito romano, os contratos eram regidos pelo Código de Justiniano⁵, que distinguia diversos tipos de contrato, alguns exigíveis, outros não. Somente na etapa final de seu desenvolvimento, o direito romano deu força obrigatória aos contratos informais.

A posterior germanização da Europa levou a alteração da sociedade urbana e comercial em sociedade agrícola, substituindo-se os administradores e tribunais romanos por instituições ordinárias e imperfeitas, com a perda do progresso jurídico conquistado pelo direito romano.

O renascimento e desenvolvimento do direito contratual foi determinado pela expansão econômica, política e intelectual da Europa. Os acordos habituais demonstraram-se impróprios, criando-se práticas informais e flexíveis mais aptas para a ativa vida comercial em desenvolvimento. A obrigatoriedade dos contratos foi finalmente reconhecida mediante o estabelecimento, no século XIII, dos tribunais comerciais, administrados por

⁵ Quando assumiu o trono, Justiniano encomendou uma revisão das leis romanas a partir do Edito Perpétuo, promulgado por Adriano em 121 procurando harmonizá-las com a doutrina cristã, religião oficial do império. Em 530, o “código Justiniano” foi promulgado. Esse código transformou-se na base jurídica do Império do Oriente e de todo o Ocidente.

comerciantes sensíveis aos costumes da época e às questões mercantis, que procuravam solucionar de forma rápida e eficaz.

A partir do século XIII, o direito inglês enfrentou problemas contratuais derivados de dois tipos de ação: de dívidas e de promessas. A exigência de uma dívida em contrapartida a um benefício concedido era reconhecida pelo direito, assim como a indenização que se devia pagar pela ruptura de um compromisso escrito. Não ocorria o mesmo com a ruptura de um acordo informal, até que no século XV, os tribunais concederam a exigibilidade desse acordo mediante uma forma de ação que no século XVI denominou-se "assunção".

No restante da Europa, o estudo do direito clássico romano teve enorme influência no desenvolvimento da doutrina do contrato, especialmente em relação à validade dos acordos. A Igreja Católica exerceu influência positiva no direito contratual. Para o direito canônico, uma simples promessa, ainda que não formalizada, tinha força obrigacional. Essa tendência expandiu-se e chegou ao código francês de 1804, que admitia que as obrigações livremente assumidas eram exigíveis, exceto quando a defesa da sociedade e de certas categorias de pessoas exigissem o contrário.

6 FUNDAMENTOS DO DIREITO CONTRATUAL

Três são os princípios que governam o direito contratual:

Princípio da autonomia:

Apresenta-se sob duplo aspecto: de um lado, a liberdade de celebrar ou não o contrato; de outro, a possibilidade de os contratantes ajustarem as cláusulas que se lhes afigurarem convenientes, fixando o conteúdo do contrato;

Princípio da supremacia da ordem pública:

Deriva das limitações da ordem pública, da moral e dos bons costumes que refletem o interesse da coletividade.

Princípio da obrigatoriedade dos contratos:

Significa que o estatuído deverá ser fácil e amplamente cumprido, ressaltadas, além das hipóteses excepcionais, as escusas de caso fortuito e força maior.

A doutrina e a jurisprudência tendem, modernamente, a atenuar o rigor da obrigatoriedade do contrato, admitindo a possibilidade de sua revisão judicial se, pela superveniência de acontecimentos imprevisíveis, há alteração da situação de fato na qual se formou a convenção, com ônus excessivo para uma das partes.

A grande contribuição do pensamento grego para o direito foi o desenvolvimento de uma associação de idéias filosóficas e cosmológicas sobre a justiça, mais apropriado para apelações nas assembléias populares do que para instituir normas jurídicas aplicáveis a situações gerais. As primitivas cosmologias gregas consideravam o indivíduo dentro da transcendente harmonia do universo, derivada da lei divina (*logos*) e expressa, em relação à vida diária, na lei (*nomos*) da cidade (*polis*).

No século V a.C. os sofistas⁶, atacados mais tarde por Sócrates e Platão, examinaram criticamente todas as afirmações relativas à vida na cidade-estado, destacando as amplas disparidades entre a lei humana e a moral, rejeitando a idéia de que a primeira obedecia necessariamente a uma ordem universal.

O objeto de estudo dos sofistas era o homem, "a medida de todas as coisas"⁷, segundo Protágoras, o sujeito, capaz de conhecer, projetar e construir.

⁶ Seguindo Platão, muitos filósofos, e inclusive historiadores da filosofia, julgaram os sofistas negativamente. A acepção usual de sofista - aquele que produz argumentos aparentes (e geralmente intrincados) para defender uma proposição falsa e também aquele que está disposto a defender qualquer proposição, seja verdadeira ou falsa - testemunha a longa influência platônica. A maior parte das definições se refere aos sofistas que hoje são considerados como os principais representantes da tendência: Protágoras, Pródico, Hípias, Górgias, Trasímaco, Cálicles, Antífonte, Pólo, Crítias, dos quais costumam ser destacado sempre os quatro primeiros. (MORA, 2001)

⁷ A tese essencial de Protágoras está expressa na frase: "O homem é a medida de todas as coisas, da existência dos existentes e da não-existência dos não-existentes". Enquanto os intérpretes modernos vêem nisso a marca da atividade de um sujeito transcendental universal e consideram o homem em questão aqui como a expressão de uma humanidade universal e

Eles negavam que a lei e a justiça tivessem valor absoluto, pois eram criadas pelos homens, de acordo com determinadas circunstâncias, e por isso mesmo relativas e sujeitas a transformações. Platão criticou esse conceito e contrapôs ao que considerava como subjetivismo sofista a eternidade das formas arquetípicas, de que a lei da cidade-estado seria um reflexo. Na utopia descrita em sua República, Platão afirma que a justiça prevalece quando o estado se encontra ordenado de acordo com as formas ideais asseguradas pelos sábios encarregados do governo. Não há necessidade de leis humanas, mas unicamente de conhecimentos transcendentais.

ARISTÓTELES (2000), discípulo de Platão, que tinha em comum com ele a idéia de uma realidade que transcende a aparência das coisas tais como são percebidas pelos sentidos humanos, defendia a validade da lei como resultado da vida prática: o homem, por natureza, é moral, racional e social e a lei facilita o desenvolvimento dessas qualidades inatas. A concepção do direito natural como emanção do direito da razão universal foi obra da filosofia estoíca⁸. O ideal ético dessa doutrina, iniciada na Grécia e de grande influência no pensamento romano, foi sintetizado no século III de nossa era por Diógenes Laércio: a virtude do homem feliz e de uma vida bem orientada consiste em fundamentar todas as ações no princípio de harmonia entre seu próprio espírito

racional, nenhum intérprete antigo pôs em dúvida um único instante a idéia de que o termo homem designasse a realidade singular deste ou daquele indivíduo, e não a humanidade. Cada um de nós é medida, assim como a plegada ou o cinocéfalo, e isto significa que a percepção fornecida pela sensação (e pensamento se reduz a sensação) produzida pelo encontro dos objetos exteriores é sempre verdadeira, aconteça o que acontecer e seja qual for a sua natureza. (HUISMAN, 2001)

⁸ O estoicismo foi criado pelo cipriota Zenão de Cício por volta do ano 300 a.C. O termo tem origem em *Stoà poikilé*, espécie de pórtico adornado com quadros de várias cores, onde Zenão se reunia com seus discípulos. Cleantes e Crisipo, entre os discípulos oriundos da Anatólia, tiveram papel relevante na escola estoíca. Os estoícos se vangloriavam da coerência de seu sistema filosófico. Afirmavam que o universo pode ser reduzido a uma explicação racional e que ele próprio é uma estrutura racionalmente organizada. A capacidade do homem de pensar, projetar e falar (logos) está plenamente incorporada ao universo. A natureza cósmica - ou Deus, pois os termos são sinônimos para o estoicismo - e o homem se relacionam um com o outro, intimamente, como agentes racionais. O homem pode alcançar a sabedoria se harmonizar sua racionalidade com a natureza. Lógica e filosofia natural estão, portanto, em íntima e essencial relação. (MORA, 2001)

e a vontade do universo.

Na Idade Média coube a AGOSTINHO (2000) iniciar a tarefa de articular as tradições gregas, romanas, judaicas e cristãs. O pensamento jurídico de Agostinho contribuiu para manter a idéia de um governo legítimo ante a desintegração do mundo antigo e do império Romano.

Fixou-se no dogma religioso, mas buscou novos caminhos para os problemas da fé e da razão, os filósofos escolásticos deram seguimento a esse trabalho. Mais tarde, TOMÁS DE AQUINO (2000) fez a distinção entre o direito natural e o “direito temporal”, positivo, criado pelos seres humanos em prol da comunidade, em nome da vontade divina.

Durante o Renascimento, ficou caracterizada a emergência e consolidação de Estados nacionais e do poder divorciado da autoridade da Igreja. MAQUIAVEL (2000) foi o primeiro a acentuar a descrição, em vez de prescrição, como sendo o procedimento básico para a preservação do poder estatal. Maquiavel acentuou a necessidade de estados fortes e centralizados; mostrou que a política é um “jogo de dados”, que serve apenas para manter o poder, que não dispensa fraude, mentira e traição.

7 O CONTRATO SOCIAL

O pensamento escolástico imaginava duas espécies de contrato político aos quais os indivíduos podiam submeter-se: o *pactum inionis* ou *societatis*, que regia a passagem dos homens do estado de natureza ao estado social, e o *pactum subjectionis*, sob certas condições determinadas por uma justiça absoluta e uma ética de valores intrínsecos. Esses dois tipos de consenso não eram realizados por “indivíduos”, membros autônomos de uma sociedade, mas por “criaturas” integrantes de um rebanho, animadas por uma tendência natural de buscar essencialmente o bem, mas preocupadas em restringir as “razões de Estado”, em caso de guerra e nas relações entre os governos (SCURO NETO, 1997).

Os mesmos teóricos que criaram os conceitos de contrato social e estado natural reconhecem que essas noções são desprovidas de raízes históricas e só se justificam como hipóteses aplicáveis à discussão de problemas políticos comuns a todas as épocas. As doutrinas que em filosofia política defendem a celebração de um "contrato social" se caracterizam pela tentativa de justificar a autoridade política com base no interesse individual e no consentimento racional.

Essas teorias tiveram maior difusão nos séculos XVII e XVIII, associadas aos nomes de Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau. Elas procuram mostrar as vantagens da vida civil organizada, em contraste com as desvantagens do "estado natural", condição hipotética de vida social que se caracteriza pela total ausência de autoridade.

Para HOBBS (2000), os homens em estado natural levariam uma existência solitária, pobre e de guerra permanente, que só cessaria se renunciassem à liberdade em favor do poder absoluto do soberano. Para construir uma sociedade, o homem tem que renunciar a parte de seus direitos e estabelecer um "contrato social", garantido pela soberania. Esta, para ser efetiva, tem que recair sobre uma só pessoa, donde a conveniência da monarquia absoluta. Contudo, é importante notar que, ao contrário dos autores que o precederam, para Hobbes a fonte do poder monárquico não residia no direito divino, mas na manutenção do contrato social.

LOCKE (2000) sustenta que a obrigação de obediência, de acordo com o contrato social, está condicionada pela proteção não só do indivíduo como da propriedade. O autor admite a perda da liberdade quando afirma que “*o homem, por ser livre por natureza,...não pode ser privado dessa condição e submetido ao poder de outro sem o próprio consentimento*”. O princípio da liberdade torna-se, assim, apenas uma questão de fato e deixa de ter o valor humanista e a força renovadora da vida social.

De acordo com HOBBS (*apud* Mora, 2001), a transferência mútua de

direitos é o que os homens chamam de contrato. Há uma diferença entre a transferência de direitos à coisa e a transferência da tradição, isto é, a entrega da coisa em si mesma. E também: os sinais do contrato são ou expressos ou por inferência (MORA, 2001, p. 576).

ROUSSEAU (2000) por sua vez, afirmou que a ordem social não está fundada na natureza, mas em “convenções”. A sociedade mais antiga e natural é a família. O primeiro modelo das sociedades políticas é aquele no qual o chefe assume a imagem de um pai. O mais forte, com a finalidade de continuar a sê-lo, transforma a força em direito e a obediência em dever.

Em todo caso afirma ROUSSEAU (2000) para explicar a sociedade é preciso remontar sempre a uma primeira convenção, assim se forma o “pacto social”. Para o autor, a essência do contrato social é: *“cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral (...) e assim consideramos cada membro como parte indivisível do todo”*

A concepção rousseauiana do direito político é, essencialmente democrática, na medida em que faz depender toda autoridade e toda soberania de sua vinculação com o povo em sua totalidade. Além disso, a soberania é inalienável e indivisível e, como base da própria liberdade, é algo a que o povo não pode renunciar ou partilhar com os outros, sob pena de perda da dignidade humana.

A soberania pode, contudo, ser delegada em suas funções executivas, segundo formas diversas; nascem, assim, os governos monárquicos, aristocráticos e republicanos, cada um devendo corresponder a circunstâncias históricas e geográficas específicas. Para ROUSSEAU (2000), a lei como ato da vontade geral e expressão da soberania, é de vital importância, pois determina todo o destino do Estado. Assim os legisladores têm relevante papel no Contrato Social, sendo investidos de qualidades quase divinas.

8 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A função social do contrato, reconhecida na nova lei contratual, o transforma de simples instrumento jurídico para o movimento de riquezas no mercado, em instrumento jurídico para a realização dos legítimos interesses do consumidor.

O contrato foi se transformando em um instrumento de legitimação dos abusos do mais fraco pelo mais forte, e forçou o Estado a intervir nas relações econômicas para igualar o poder das partes contratantes. Essa interveniência estatal visa, ainda, disciplinar setores fundamentais da economia que não poderiam ser deixados sob o comando do livre mercado.

"Realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos, não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão, também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social, aos interesses individuais de cunho meramente egoístico", é a inclinação contemporânea do Direito das Obrigações, de acordo com ROUSSEAU (2000).

Após a Primeira Guerra Mundial, no século XX, a crise da economia que se disseminou pelo mundo foi de encontro às teorias individualistas, cobrando do Estado uma política intervencionista, na maioria das vezes apresentada sob a configuração de preceitos cogentes que limitavam a liberdade de contratar. A capacidade de se autogovernar foi privada e acabou se reduzindo de forma vagarosa, acentuando-se as restrições com a Segunda Guerra. A imputação da função social ao contrato, que com a concordância do Projeto do Código Civil se tornará lei, do mesmo modo contribuiu para aumentar a abrangência da responsabilidade de maneira a atingir situações que impliquem em exploração do lado mais fraco e em detrimientos a terceiros.

Com o aparecimento do Estado social, em todo sistema jurídico a Constituição determina os limites maiores da atividade econômica. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 170, diz que é livre a atividade

econômica, ressaltados determinados princípios. O fundamental é o da justiça social, em seguida vem os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades sociais e busca do pleno emprego, do tratamento favorecido à empresa nacional.

A função social do contrato firma-se na aproximação dos homens, facilitando com que os mesmos contemporizem até concordarem harmonicamente na forma do negócio desejado. Não há abuso em se dizer que o direito contratual foi em dos instrumentos mais eficazes da ampliação do capitalismo em sua primeira etapa.

A obrigatoriedade dos contratos tem por fundamento que uma vez acordados as partes, nascidos o vínculo obrigacional, criada, pois a obrigação, em tese, temos que só as vontades que o originaram, por igual, podem desfazê-lo.

9 O DIREITO

A busca de um conceito de direito é extremamente complexa. Inúmeras vezes a Ciência do Direito tem tentado encontrar por via indutiva um conceito de Direito, de como deve ser o direito, procurando extraí-lo dos próprios fatos ou fenômenos jurídicos. A matéria objeto do Direito é o mundo cultural, resultante das experiências históricas do homem em contínua convivência. Assim, a Ciência Jurídica deve ser concebida através de uma Ciência Social, empregando elementos que comportem as variações dos atritos culturais, transformando o Direito em uma realidade social e, assim, mutável de acordo com as necessidades vigentes no tempo e espaço

À luz do magistério da lavra de GUSMÃO (1998), as especulações jurídicas a respeito do direito estão divididas em duas correntes antagônicas: as dos que admitem o conceito universal do direito e a dos que consideram impossível estabelecê-lo. Entre os que os negam estão os céticos e os

agnósticos. Os céticos não admitem constantes no fenômeno jurídico “em face da multiplicidade e variabilidade dos dados fornecidos pela experiência jurídica, que impossibilitaria logicamente tal tarefa” (GUSMÃO, 1998, p.67). Já os agnósticos só admitem o conceito geral do direito correspondente a determinado direito positivo.

Entre os que o formularam, não existe acordo entre kantistas e positivistas, entre idealistas, empiristas e positivistas. STAMMLER e DEL VECCHIO *apud* GUSMÃO (1997, p.67) “submete-os a severa crítica por não ser possível reconhecer o direito entre as demais normas sociais sem ter em mente, pelo menos vagamente, um critério do jurídico, indispensável para selecionar o fenômeno jurídico dos demais fenômenos sociais”.

Os kantistas definem o direito colocando logicamente a experiência jurídica na dependência do conceito, transformando-o em condição de conhecimento jurídico e da própria experiência jurídica. Contrapondo-se a estes, os positivistas, através de sucessivas generalizações, pensam poder formulá-lo. A análise da idéia que se tem do direito leva a um sistema de normas à semelhança da moral, dos costumes, da religião e da educação. Portanto, o gênero próximo do direito deve ser a norma e não o fato.

KELSEN (1999), a respeito da Teoria do Direito, destaca:

Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. (KELSEN, 1999, p. 99)

Este autor procurou estudar o direito como sendo uma ciência e o reduziu a um conjunto de normas jurídicas destituídas de valor moral, histórico ou político, não se preocupando com a questão da justiça. Consoante o pensamento kelseniano, se a norma jurídica ofende o sentimento do justo, não

compete ao cientista do Direito resolver este problema. Kelsen propõe uma visão sistêmica do ordenamento jurídico. As normas jurídicas não se encontram postas desordenadamente, mas, sim, umas em função das outras.

Kelsen concebe o ordenamento jurídico como um sistema escalonado e gradativo de normas, que em cujo topo deveria figurar a chamada Norma Fundamental, Norma Ancestral ou Norma Hipotética Fundamental (Ursprungnorm). Em sentido ascensional, as normas inferiores estão em relação de derivação com as superiores. Em sentido descensional, de fundamentação. As normas superiores determinam a forma de produção das inferiores autorizando sua produção e, até mesmo, determinando seu conteúdo. Todavia, este sistema deveria ser uno e fechado, ou seja, o ordenamento jurídico é finito; há um fecho que lhe garante a unidade - a Norma Hipotética Fundamental.

As teses de Kelsen constituem temática largamente explorada pelos doutrinadores pátrios e alienígenas, já que as atividades jurídica e estatal tendem a ser amplamente debatidas e questionadas.

Kelsen é marcado pelos extremos. Ou se adota seu pensamento com arroubos, defendendo-se suas idéias até as últimas conseqüências, ou se rechaça com firmeza suas construções doutrinárias. Mister, antes de tudo, conhecer, ainda que de forma perfunctória, sua obra tão utilizada no universo jurídico. LARENZ (1989, p. 63) analisa o direito e as outras ciências, concluindo que não há possibilidade de restringir-se ao positivismo puro.

Do Direito ocupa-se hoje uma série de disciplinas diferentes: a filosofia do Direito, a teoria do Direito, a sociologia do Direito, a história do Direito e a Jurisprudência (“dogmática jurídica”), para referir somente as mais importantes. Todas elas contemplam o Direito sob um diferente aspecto, e assim, de modo distinto. Tal não seria possível se o Direito não fosse na realidade um fenômeno complexo, que se manifesta em distintos planos do ser, em diferentes contextos. Tal como a língua, a literatura, a arte, mas também o Estado e a civilização tecnológica, pertence ao amplo domínio das realizações humanas; é uma parte integrante do mundo que diz respeito ao homem e só a ele; nesse sentido não pertence à natureza.

Para a doutrina do positivismo, o Direito se identifica com as normas ou sistemas normativos, como regras postas por quem detenha o poder em uma determinada sociedade e trata de impô-las coativamente nesse âmbito. De acordo com esta perspectiva, o traço caracterizador do Direito é a nota de sua validade. Uma norma é jurídica somente se cumpre os requisitos procedimentais previstos no próprio sistema normativo para a produção de normas.

Várias teorias integram o Positivismo Jurídico, entre elas as Teorias do Cepticismo e do Realismo Empírico; o Positivismo Ideológico, o Formalismo Jurídico e o Positivismo Metodológico ou Conceitual. BOBBIO (1999) acredita que o direito não pode ser reduzido ao conjunto de normas jurídicas e dá a impressão que o positivismo não teria o condão de responder às dificuldades práticas. Importa o direito ser concebido como um ordenamento jurídico, em um sentido amplo:

Dissemos que a teoria do ordenamento jurídico constitui uma integração da teoria da norma jurídica. Entretanto, devemos precisar de antemão que fomos levados necessariamente a essa integração pelos resultados a que chegamos na busca de uma definição do direito, realizada na obra anterior. Para resumir brevemente tais resultados, digamos que não foi possível dar uma definição do direito do ponto de vista da norma jurídica, considerada isoladamente, mas tivemos de alargar nosso horizonte para a consideração do modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devem exercê-las e a sua execução. Essa organização complexa é o produto de um ordenamento jurídico. Significa, portanto, que uma definição satisfatória do Direito só é possível se nos colocarmos do ponto de vista do ordenamento jurídico. (BOBBIO, 1999, p. 68).

Sabe-se que Bobbio pertence a uma corrente denominada Positivismo Analítico. O autor aceita a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico de Kelsen, e procura explicar o aspecto mais vulnerável da teoria excogitada por Kelsen (Norma Fundamental) com a clareza e dramaticidade que lhe são peculiares. Assim, para BOBBIO (1999):

Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas

que se encontram mais acima, chegamos a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a Norma Fundamental. (BOBBIO, 1999, p. 70).

Fala-se, então, em princípios jurídicos implícitos, "que não precisam ser estabelecidos explicitamente, senão que também podem ser derivados de uma tradição de normas detalhadas e de decisões judiciais que, para o geral, são expressões de concepções difundidas acerca de como deve ser o direito" (ALEXY *apud* ROTHENBURG, 1999, p.55).

O positivismo jurídico considera o direito como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. Na linguagem do positivista jurídico o termo "direito" é absolutamente avaliativo, isto é, privado de qualquer conotação valorativa ou ressonância emotiva: o direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor. Portanto, percebe-se que a doutrina se debate sobre o próprio conceito de direito não chegando a um consenso.

JEHRING (1972, p. 25), destaca:

O Direito é o trabalho sem descanso e não somente o trabalho dos poderes públicos, como também de todo o povo. Se abraçarmos em um momento dado toda a sua história, ele nos apresentará nada menos do que o espetáculo de toda uma nação, desenvolvendo sem cessar, para defender seu direito, tão penosos esforços quanto os que emprega para o desenvolvimento de sua atividade na esfera da produção econômica e intelectual.

O estudo do direito está inserido em padrões culturais e as idéias e as terminologias que integram o saber jurídico vivem e mudam em ligação com condições histórico-sociais. O conceito de Direito compreende três estratos: o Direito que é, o Direito que pode ser e o Direito que deve ser.

10 O DIREITO QUE É

De forma cronológica e logicamente, entende-se que o Direito surge quando o indivíduo vive em sociedade, estabelecendo regras de vivência. Portanto, considera-se que ele é um elemento estruturador da sociedade, tendo relevo especial na dinâmica social, uma vez que procura regular ações e comportamentos para a vida entre os indivíduos funcionar de forma adequada. Destarte, o Direito só é considerado relevante quando o indivíduo integrado na sociedade tem um caso que precisa ser resolvido. Desta forma, para defini-lo, o contato entre a vida e Direito é fundamental. Esse contato surge nos casos e nos problemas. Então, o Direito é aquilo que é decidido nos casos concretos.

Para o cidadão não existe um interesse em saber o que é Direito, a não ser quando depara com ele na sua vida. Enquanto não surge um caso na vida do cidadão, não existe Direito, apenas uma potência de Direito.

Devido a isso, o Direito que é, é aquele que resulta dos critérios e da decisão aplicada aos casos e problemas surgidos na sociedade. A lei ou o costume são apenas Direito que pode ser. O Direito é só aquele que no caso concreto nos venha a ser definido pelo órgão competente. A lei apenas permite vaticinar um resultado. Só é Direito quando aplicada. O “Direito que é” é o conjunto de regras de decisão prática e seus resultados. Essas decisões são tomadas em grau soberanamente mais acentuado pela atividade de jurisprudência como Universidades, Sociedades Comerciais, Clubes desportivos, entre outros, e o confronto do indivíduo na vida com o Direito não se dá somente nos tribunais.

Aliás, pode-se afirmar que a maior parte das vezes dá-se na repartição de finanças, quando o funcionário toma uma decisão, quando um policial decide ou não aplicar uma multa de trânsito, na Universidade quando, por exemplo, o Reitor define um regime de transição de ano. Existem assim várias entidades criadoras e aplicadoras de Direito numa Sociedade, que vão desde os Juízes aos funcionários públicos e aos órgãos legítimos das instituições auto

reguladas.

Para LASK *apud* LUISI (1993), o direito é uma realidade cultural, referida aos valores. Este conceito deriva a possibilidade de uma dupla consideração do direito: científica e tecnológica. A consideração científica pode adquirir três aspectos: a Jurisprudência ou Ciência do Direito, a Doutrina Social do Direito e a História do Direito. Já RADBRUCH *apud* LUISI (1993), afirma que o direito é um dado cultural, igualmente uma realidade referida a valores. Nada mais é do que a idéia de justiça. “O direito é aquele complexo de normas gerais tendo por objetivo a vida de relações, ou seja, a vida social.” (RADBRUCH *apud* LUISI, 1993, p. 49)

A camada básica do conceito de Direito é “O direito que é”. Direito é o critério, resultado das decisões dos Juizes, dos órgãos de administração pública e dos órgãos das instituições auto reguláveis, nos casos concretos.

11 O DIREITO QUE PODE SER

As regras e as decisões dos casos concretos, no entanto, têm que recorrer a uma validade fundamentante, senão não se está perante o Direito, mas sim perante o arbítrio puro. A validade fundamentante será constituída pelo sistema jurídico aberto e seu "castelo" normativo-dogmático pelas Leis, precedentes judiciários, costumes, doutrina e demais elementos normativos formais. Frente ao exposto, pode-se perceber que existem dois estratos que constituem o conceito de Direito. O primeiro - que representa o Direito - é a decisão do caso concreto. O segundo é aquele a que o órgão decisor pode recorrer para fundamentar sua decisão; Lei, Costume, etc.

Para se passar do primeiro ao segundo estrato, não se aplicará o tradicional silogismo subjuntivo, pelo contrário, habitualmente perante um caso o decisor instrui a decisão a ser tomada, ou pelo menos os critérios e premissas necessários a essa decisão e então seleciona a fundamentação formal a ser aplicada. No fundo buscará um instrumento eficaz para o resultado

pretendido. O segundo estrato formal e positivo pode ser chamado de “o direito que pode ser”.

12 O DIREITO QUE DEVE SER

O terceiro estrato constitutivo do conceito do Direito poderá ser apontado como “o Direito que deve ser”. Este conceito de “Direito que deve ser”, expressa um Direito justo ou assente em valores. Neste caso, o Direito que assentaria na natureza das coisas. Assentar o Direito numa ordem de valores é estimulante, apesar de existirem inúmeras dificuldades e interrogações que acompanham esta tese, aparentemente sedutora quer pela facilidade das soluções, quer pela ética que incorpora no Direito.

De acordo com ELY (1995, p. 72), não existe uma única resposta acerca de quem define os valores e quais são aqueles que deveriam ser mantidos e prosseguidos. O valor pode ser só uma expressão individual de gosto ou uma pura e arbitrária criação do indivíduo. Naturalmente que estas teorias psicológicas dos valores se opõem às teorias realistas, que acreditam que os valores são coisas reais e objetivas.

O valor da vida, por exemplo, pode ser considerado tendencialmente universal, a partir do qual se possam deduzir os apropriados conceitos e critérios de decisão jurídica. Em princípio, ninguém discutirá que o valor da vida é absoluto, universal, ou inabalável. Tendo em vista sua aplicação jurídica e vários problemas, pode-se dizer que o primeiro deles que surge é em relação ao aborto. Há os que defendem o aborto entendendo que a vida só começa com o nascimento completo e com vida, por isso este não afeta o valor da vida.

Por outro lado, quem é contrário ao aborto defende que a vida começa com a concepção. Assim, quem defende o aborto é contra o valor da vida. Vê-se já que o valor da vida acaba por ser irrelevante para a questão. Ambas as posições pró e contra o aborto não põem em causa a vida, apenas dão-lhe conteúdos diferentes. Não se sabem os seus limites, nem quando começa.

Frente ao exposto, conclui-se facilmente que não é possível radicar as decisões jurídicas em valores. Estes são demasiado fluídos e plurais para servir de base a qualquer decisão. As valorações dominantes sofrem mutações e manipulações. Poder-se-á, mesmo em certas circunstâncias, nem saber quais são as ideias dominantes. Nesses casos o aplicador do Direito terá que decidir com as suas ideias pessoais de justiça. O que fecha o círculo levando ao Direito que é.

A existência de uma pluralidade de valores é garantia de uma sociedade livre, não se devendo impor um único valor ou hierarquia absoluta dos mesmos. Assim, haverá que proceder a um cuidado balanço e reapreciação constante dos valores a aplicar aceitando um pluralismo em constante reapreciação, o que remete também a consideração dos valores que tornam o Direito para o aplicador.

Portanto, em última análise, a consideração dos valores relevantes no Direito acaba sempre por remeter para o decisor, para o aplicador concreto do Direito, o que culmina na ideia que o Direito é aquele que resulta da decisão do Juiz (ou outros), tornando-se por isso os valores irrelevantes para o conceito de Direito, apenas relevando para a compreensão da dinâmica do Direito e eventualmente dos valores subjetivos subjacentes às decisões.

13 O COMPROMISSO COM O MEIO AMBIENTE

O Direito ambiental estuda os problemas ambientais e suas interligações com o homem, objetivando a proteção do meio ambiente para a melhoria das condições de vida como um todo. O Direito Ambiental é importantíssimo para a garantia da qualidade de vida da sociedade, sendo ao mesmo tempo uma garantia de preservação das demais formas de vida, bem como dos recursos florestais, hídricos e minerais de nosso país. É correto afirmar que o direito não deverá agir de maneira descompromissada com a degradação do meio ambiente, mantendo-se como ineficaz remédio para os

delitos contra a natureza e sim como poderoso mecanismo da prevenção desses males.

Acima de qualquer debate acerca da essência do Direito, deve-se voltar para a preservação do que é parte do mundo natural. Pode-se divisar a formação de uma escola natural de pensamento filosófico, em face da própria necessidade de o homem re-aproximar-se de uma harmônica interação com a natureza. Afinal, o meio ambiente pertence a todos. É nele que estão presentes os itens essenciais à uma qualidade de vida saudável. Logo, toda a sociedade possui o direito de ter um meio ambiente equilibrado, propício à vida descecente.

O dano ambiental pode ser compreendido como qualquer lesão aos recursos ambientais, causando a degradação e, conseqüentemente, o desequilíbrio ecológico. Caracteriza-se pela pluralidade de vítimas. Pelo inciso IV do artigo 225, da constituição Federal, o Poder Público, para garantir o meio ambiente equilibrado e sadio, deve exigir estudo prévio de impacto ambiental para obras ou atividades causadoras de significativa degradação do meio ambiente, ao que deverá dar publicidade; ou seja, tornar disponível e público o estudo e o resultado, o que implica na obrigação ao fornecimento de informação ambiental.

A discussão acerca do meio ambiente não se resume a uma tarefa da Ecologia, ou, na área jurídica, do Direito Ambiental. Repensar as atitudes humanas frente ao meio ambiente passa, necessariamente, por uma atitude de “re-criação” da leitura que se possui acerca da natureza.

14 KANT E A CONSCIÊNCIA DO DEVER

Para Kant, a lei é justa se tiver um fundamento na consciência do dever. A consciência do dever é o fundamento de tudo, inclusive da própria liberdade. Para saber se esta ação é justa ou não, deve-se responder à seguinte pergunta: Você ficaria satisfeito em viver num suposto mundo em que a máxima da sua conduta se tornasse uma lei necessária (que não tem

exceções)?

Se você gostaria de viver nesse mundo, então você deveria começar dando o exemplo, ou seja, você deveria agir assim. Isso é a consciência do dever. Por exemplo: você viu aquele garoto que ultrapassou o sinal vermelho ali na esquina e quase provocou uma colisão? Você gostaria de viver num mundo onde todos, sem exceção, desrespeitassem os sinais de trânsito? Pois então, todos vocês devem respeitar os sinais de trânsito: essa é a consciência do dever. É uma consciência que nasce na razão pura.

Esta consciência do dever nasce na própria razão, independente de outras influências. É fruto, portanto, da própria autonomia. E, além do mais, tem-se a consciência de que se deve respeitar, porque sabe que poderia não respeitar. Kant diria: *deves, portanto podes*. Se a liberdade nasce da consciência do dever, como nem todos obedeceriam à consciência do dever, surgiu o Estado Civil, que faz as leis, para obrigar que cada um cumprisse o seu dever, caso contrário, poderiam ser punidos. O Estado Civil é a garantia da liberdade individual externa.

O fato de os indivíduos serem controlados pelo estado para não impedirem o exercício da liberdade de todos os outros, é o que Kant chama de heteronomia, isto é, o fato de ser controlado pelos outros, externamente. Como o exemplo daquele garoto que poderia ter sido multado, caso a polícia não estivesse ocupada com o menor que teria cometido um furto. É justa aquela lei que respeita a consciência do dever que nasce na razão pura, sem interferências externas, a lei que é fruto da própria autonomia.

A interpretação no Direito exerce uma função importantíssima, de modo que se torna um universo de estudo inesgotável, pois, como é de praxe relatar, a hermenêutica jurídica extrapola a visão metódica de outros tempos e açambarca a multidisciplinariedade do nosso tempo. A hermenêutica, antes entendida como uma arte de interpretar, hoje, no entanto, é concebida como a ciência que tem como objeto a interpretação. A hermenêutica, sendo assim,

tem uma estrutura disciplinar e uma disposição científica própria que, quando aplicável ao direito, busca solucionar, como de resto, a qualquer segmento de estudo da atividade intelectual, os diversos problemas interpretativos na esfera jurídica, sendo certa a inesgotabilidade de sentido nos textos em geral.

15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, há que discernir a interpretação entre a lei e o contrato, entretanto, hodiernamente, a moderna teoria das fontes de direito aproxima o contrato da lei, pois que ambos são atos jurídicos no sentido amplo da expressão, e geradores de efeitos análogos, variáveis, porém distintos pela sua extensão. Tratando-se o contrato de um negócio jurídico típico, ele deve ser encarado com toda instrumentalidade interpretativa possível, quero dizer, o intérprete deve ater-se a todos os meios disponíveis aliando posturas distintas de interpretação, engendrando no labutar interpretativo as diferentes escolas interpretativas para melhor atingir o fim a que se destina a toda exegese digna de mérito: a vontade das partes.

O contrato gera efeitos inadiáveis entre as partes, no sentido que estas deverão, cedo ou tarde, cumprir a prestação estipulada na convenção. O cumprimento do contrato é a representação maior da plena consecução do mesmo, ora um contrato sem a devida obrigatoriedade/responsabilidade não passaria de um enlace de vontades sem a verdadeira força proporcionadora de riquezas que é o contrato nos tempos atuais.

Daí, advém com a sua maior carga coercitiva, o princípio da obrigatoriedade do contrato entre as partes, que é uma decorrência natural de sua função social. As partes tornam-se servas do pacto (*pacta sunt servanda*) e, portanto, devem engendrar todo o seu potencial – seja econômico ou moral – para resolver a situação de pendência contratual, pois quem pactua, pactua com todos os seus direitos e deveres, e eximir-se dos deveres, é retirar-se das estipulações do contrato.

16 REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Constituição de Atenas**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10^a. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- ELY, John Hart. **Democracy and distrust – A theory of judicial review**. 11.^a imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. Primeira edição em 1980.
- HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- HUISMAN, Denis. **Dicionário dos filósofos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- JHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2^a. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LUIZI, Luiz. **Filosofia do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.
- LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica jurídica: uma reflexão sobre novos posicionamentos**. Itajaí: Ed. Univali, 2001.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis, OAB/SC, 2000.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1994.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: CMCI-UNIVALI, 1998.
- MORA, J. Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Escritos Políticos**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira e Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica: lógica e método do direito, problemas sociais, controle social**. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOMÁS DE AQUINO. **Vida e obra**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

O DIREITO E A POLÍTICA DE SAÚDE MENTAL: A CONSCIENTIZAÇÃO FAMILIAR DOS PACIENTES PSIQUIÁTRICOS

*THE RIGHT AND THE MENTAL HEALTH POLICY: AWARENESS OF
PSYCHIATRIC PATIENTS FAMILY*

Josely Cristiane Rosa¹
Sara Priscila Caviquioli²

Recebido em: 03 mai. 2015
Aceito em: 05 mai. 2015

Resumo: O objetivo deste artigo foi avaliar a conscientização dos familiares dos pacientes psiquiátricos sobre o conhecimento dos seus direitos na sociedade brasileira, pautando-se em uma análise da realidade em comparação com o campo teórico normativo e uma observação crítica do ser em relação ao dever ser. Para tanto, tornou-se necessário uma abordagem histórica sobre a doença psiquiátrica e o tratamento dos doentes psiquiátricos através dos tempos para, enfim, se chegar ao fenômeno do constitucionalismo do século XX e a elevação do homem ao centro da sociedade através da consagração de direitos e valores em diversas constituições. Do ponto de vista metodológico, a pesquisa tem caráter quantitativo e qualitativo. Os dados quantitativos foram levantados junto ao Ministério da Saúde e do Centro de Atenção Psicossocial no município de Brusque. Os dados quantitativos foram coletados através de entrevista a Coordenação do CAPS e da aplicação do questionário aos familiares dos pacientes psiquiátricos. Dentre os resultados obtidos foi possível constatar o desenvolvimento da política de tratamento psiquiátrico no Brasil, como também demonstrar o comprometimento da atuação do CAPS no município de Brusque aos pacientes psiquiátricos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Pacientes Psiquiátricos. Reforma Psiquiátrica.

||| **Abstract:** The aim of this paper was to evaluate the awareness of family caregivers on the knowledge of their rights in Brazilian society, basing

¹Mestre em Gestão de Políticas Públicas (UNIVALI); Pós-Graduação em Recursos Humanos (UNILAS); Pós-Graduação em Marketing Empresarial (UNILAS); Pós-Graduação em Psicologia e Psicopedagogia (UNILAS); Graduação em Ciência Política (UNIVALI). E-mail: jo.cris.rosa@gmail.com

² Acadêmica da 4ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário de Brusque – UNIFEBE. E-mail: s.pcsara@hotmail.com

on an analysis of reality compared to the normative theoretical field and a critical remark of being in relation to duty be. Therefore, it became necessary a historical approach to psychiatric illness and the treatment of psychiatric patients over time to finally get to the twentieth century constitutionalism of the phenomenon and the elevation of man to the center of society through the rights of consecration and values in various constitutions. From a methodological point of view, the research is quantitative and qualitative. Quantitative data were collected from the Ministry of Health and Psychosocial Care Center in the city of Brusque. Quantitative data were collected by interviewing the CAPS Coordination and implementation of the questionnaire to family caregivers. Among the results was possible to see the development of psychiatric care policy in Brazil, but also demonstrate the performance of CAPS in the city of Brusque commitment to psychiatric patients.

Keywords: Human Rights. Psychiatric Patients. Psychiatric Reform.

1 INTRODUÇÃO

Partindo de uma revisão da história da reforma psiquiátrica no Brasil, o artigo discute a conscientização dos familiares dos pacientes psiquiátricos sobre o conhecimento dos seus direitos na sociedade brasileira, pautando-se em uma análise da realidade em comparação com o campo teórico normativo e uma observação crítica do ser em relação ao dever ser.

Neste estudo, o termo “doença mental” é usado por falta de outra expressão que sintetize a ideia de doença ainda prevalecente, e que, ao mesmo tempo, traduza a noção de existência sofrimento do sujeito em relação ao corpo social como é a proposta alternativa feita pela psiquiatria democrática italiana, bem como a de sofrimento psíquico, usada, atualmente, por muitos autores que, contudo, não deixam de usar também o termo doença mental.

Sob a perspectiva metodológica, a pesquisa tem caráter quantitativo e qualitativo. A pesquisa quantitativa se ocupa com números e usa modelos estatísticos para explicar os dados. É caracterizada também pelo emprego da quantificação, tanto nas modalidades de coleta de informações, quanto no tratamento delas por meio de técnicas estatísticas. A maior parte da pesquisa quantitativa está centrada ao redor do levantamento de dados e de

questionários. (BAUER; GASKELL; ALLUM, 2004).

A pesquisa qualitativa, para Minayo (1994), transcende a captação dos fatos e as regularidades atemporais, isto é, trabalha com o universo dos significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, correspondendo a um espaço mais profundo das relações humanas.

Os primeiros dados quantitativos foram levantados junto a coordenação do CAPS, Centro de Atenção Psicossocial no município de Brusque, onde constatou-se que há cerca de 132 usuários do mesmo, sendo que 33% são do sexo masculino e 67% são do sexo feminino. Em relação a faixa etária dos usuários, 17% possuem idade entre 18 a 30 anos, 28% têm entre 31 e 39 anos, 24% possuem entre 40 e 49 anos, 23% possuem entre 50 e 59 anos e 8% possuem 60 anos ou mais. Os demais dados quantitativos foram obtidos por meio do Ministério da Saúde.

Os dados qualitativos estão relacionados às respostas dos questionários e entrevistas, onde estas permitiram coletar informações sobre o cumprimento da lei 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, bem como analisar o perfil socioeconômico dos usuários.

A entrevista foi realizada junto a Coordenação do CAPS e o questionário foi aplicado a 16 familiares de portadores de transtornos mentais, na ocasião da assembleia ocorrida no Centro de Atenção Psicossocial em Brusque. Após orientação sobre objetivos, finalidades e sigilo na condução do trabalho, em cumprimento à Resolução 196/96 sobre pesquisa envolvendo seres humanos, as famílias consentiram livremente em participar da pesquisa.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE A HISTÓRIA DA LOUCURA

A consideração do transtorno mental como doença e da psiquiatria como especialidade médica são aspectos recentes na história da humanidade, tendo aproximadamente 200 anos. Segundo Pessotti (1994) a antiguidade

propôs algumas pressuposições sobre a loucura. Começando por Homero (séculos 9-8 a.C.) que definia a loucura como ordenação divina, desresponsabilizando o indivíduo por seus atos por estar possesso pelos deuses. Assim o doente mental não era culpado por seu sofrimento ou o sofrimento que causaria a outrem. Desta forma, a prática da cura era inexistente, sendo realizados apenas rituais e oferendas para acalmar a ira divina.

Mudanças só ocorreram na Idade Média Europeia séculos depois, onde a loucura passou a ser equiparada à possessão demoníaca. Essa determinação retirava qualquer competência médica, reservando-a a esfera da crença e da fé. As práticas de cura eram realizadas iguais as expiações dos pecados, como confissões, ritos de preces, exorcismo torturas e, quando necessário, até mesmo a morte na fogueira. (MURARO, 1997; PESSOTTI, 1994).

No século XVII, conforme explica Foucault (2000), a loucura é redefinida como perda da razão, da vontade, da liberdade, onde a cura deveria ser praticada num meio social moralmente aceito, surgindo assim os grandes asilos, instituições para recolher, isolar, alimentar e abrigar os pobres, criminosos e todos os que não se enquadrassem nas normas sociais. No entanto, esses asilos não tinham por função o tratamento, mas a punição e isolamento visando a segregação social, onde o louco era igualado ao miserável e ao criminoso, isto é, aqueles que causavam transtornos a sociedade.

Essa característica mudou somente aos esforços de Pinel³ (1745 – 1826), sendo a loucura concebida como um problema médico-social. Com esta mudança, os loucos começaram a ser tratados e não punidos, passando por um

³ Para Pinel (conforme citado por Foucault, 2000) os loucos deveriam ser tratados e não surrados, deveriam ser “reeducados” em sua moral e reinseridos na comunidade quando curados, inaugurando a psiquiatria moderna que estudava e tentava viabilizar a capacidade/incapacidade de reinserir os loucos na sociedade - o pensamento pineliano se insere no contexto de pressões sociais da Revolução Francesa: internar sem perspectivas de tratamento constituía privação da liberdade e desrespeito aos direitos dos homens.

processo de “reeducação” e reinseridos na comunidade quando curados. (FOUCAULT, 2000).

Mudança essa que combateu, mas não findou a prática de castigos aos doentes psiquiátricos. Nos séculos XVIII e XIX a loucura passou a ser entendida como lesão orgânica, vendo-se a loucura como um desequilíbrio organofisiológico do indivíduo, sendo função da medicina readaptar o indivíduo por meio de tratamento específico com tônicos, sangrias, purgações, banhos, etc.

2.1 A História da Loucura no Brasil: A Loucura sob Olhar Médico

Em abril de 1879, com a promulgação do decreto nº 7247, a loucura passou a ser vista no Brasil como uma doença que necessita de tratamento, sendo criada desta forma, a disciplina de psiquiatria nas faculdades de medicina no Rio de Janeiro e Bahia. Logo em seguida, em 1880 foi criada a cátedra de Moléstias Mentais, sendo proposta pelo professor Nuno de Andrade, a separação do Hospício de Pedro II da Casa de Misericórdia e que fosse o Estado responsabilizado por sua direção. As críticas médicas à administração do Hospício abrangiam a necessidade de medicalização no estabelecimento, desta forma, tornou-se preciso em sua direção o poder médico, para poder contar com uma organização embasada por princípios técnicos. (AMARANTE, 1995, 1996).

Apenas em 1890, com a Proclamação da República ocorreu a desvinculação do hospício de Pedro II da Casa de Misericórdia, sendo seu nome mudado para Hospício Nacional de Alienados. Desta forma, a loucura deixou de ser parte do discurso religioso passando para a área da medicina, sendo o médico o único responsável pelo diagnóstico da loucura, tratando como louco ou incapaz, alguém que precisa ser tratado e protegido. (MACHADO, 1978).

No ano de 1903, o Deputado Teixeira Brandão conseguiu a aprovação

da lei federal nº 1.132, que designou a ‘assistência a alienados’, fazendo da psiquiatria a autoridade sobre a loucura no Brasil, e, conseqüentemente, o hospício tornou-se o único lugar para a internação dos considerados loucos, sendo estes subordinados ao parecer médico. Segundo Resende (1990):

A saúde pública e a psiquiatria dão-se as mãos na tarefa comum de sanear a cidade, remover a imundice e a morrinha, os focos de infecção que eram os cortiços, os focos de desordem que eram os sem-trabalho maltrapilhos a infestar as cercanias do porto e as ruas do centro da cidade. (RESENDE, 1990, p. 45).

Este foi apenas o primeiro passo para a loucura ser vista sobre a égide da medicina, servindo para que nos anos seguintes, fossem abertas novas instituições destinadas a recepção de doentes mentais em todo o Brasil.

3 A REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL

A prática da reforma psiquiátrica é comum no cotidiano de profissionais da área da saúde mental, tendo em vista as condições degradantes da assistência que era prestada aos pacientes em asilos e hospitais psiquiátricos. A Reforma Psiquiátrica no Brasil visa à substituição das internações em manicômios por outras práticas terapêuticas como, por exemplo, a desinstitucionalização – que vem sendo discutida não só entre profissionais da saúde, mas também em toda a sociedade – a implantação da rede extra hospitalar e atenção multiprofissional, a proibição e construção de novos hospitais psiquiátricos ou a ampliação dos existentes e a desativação progressiva dos leitos existentes, inserindo, assim, leitos e alas de cunho psiquiátrico em hospitais gerais, adicionando a saúde mental a outros programas de saúde. (GONÇALVES; SENA, 2001).

A Reforma Psiquiátrica não visa simplesmente retirar o doente mental de hospitais para confiná-lo em casa ou entregá-lo a própria sorte, mas estabelecer a cidadania do enfermo mental, para que deste modo, o portador de doença mental tenha garantido o seu direito a família, trabalho e lazer.

Entretanto, apesar dos esforços dos profissionais da saúde, a reforma contou com oponentes poderosos, como proprietários de hospitais psiquiátricos privados, pois os mesmos deixariam de auferir altíssimos lucros. Além disto, as famílias eram induzidas a acreditar que o tratamento mental só era possível no interior de hospitais psiquiátricos. (JORGE; FRANÇA, 2001).

No âmbito legislativo brasileiro, foi de grande relevância o Projeto de Lei Nº 08/91, do Deputado Federal Paulo Delegado, que propunha a formalização da Reforma Psiquiátrica como lei nacional, vedando a internação involuntária e definindo a atenção extra hospitalar em saúde mental. Porém, somente com a Lei n.º 10.216 de 2001, vigente em nossa legislação atual, o texto sofreu alterações, sendo estas de cunho progressista, assegurando em seu texto os direitos dos portadores de transtornos mentais. Entre outros está o direito ao acesso ao tratamento de saúde, sendo este de maneira humanamente respeitosa, visando alcançar sua recuperação com a inserção na família, no trabalho e na sociedade. Além disto, a Lei n.º 10.216 trás a proteção contra qualquer tipo de abuso, exploração e garante o sigilo de informações prestadas pelo paciente, tendo este, também, livre acesso a qualquer meio de comunicação disponível e ao maior número de informações sobre seu transtorno e tratamento. (JORGE; FRANÇA, 2001).

3.1 A Capacidade dos Doentes Psiquiátricos na Esfera do Direito Civil

É de suma importância a análise da capacidade de entendimento e consequências que o doente psiquiátrico possui quanto aos contratos cíveis (casamento, direito de herança, deixar testamento, comprar e vender, etc).

O Código Civil Brasileiro de 2002 em seus artigos 3º e 4º apresentam três graduações de capacidade civil, são elas: a) a plena capacidade para maiores de 18 anos, ou maiores de 16 anos com emancipação, sem desarranjos na saúde mental; b) a incapacidade relativa para maiores de 16 anos e menores de 18 anos, ébrios ou viciados em tóxicos, deficientes mentais com

discernimento reduzido ou desenvolvimento mental incompleto ou excepcionais e os pródigos; c) a incapacidade absoluta, para menores de 16 anos, portadores de enfermidade ou deficiência mental sem discernimento e qualquer um que não consiga expressar sua vontade, mesmo que transitoriamente.

Os autores Fontana-Rosa (1996) e Moura (1996) realizam uma crítica a esta norma, onde apresentam a ideia de que existem escalas da doença mental desconsideradas, levando parte dos doentes mentais a perder totalmente sua capacidade civil, mesmo tendo entendimento e discernimento para exercer os atos da vida civil. Por este motivo, entende-se que deve haver a proposição de uma interdição parcial para as especificidades de cada indivíduo portador de doença mental.

Ainda segundo Moura (1996), o exercício daqueles que realizam perícias cíveis não é a aferição da capacidade civil, mas sim, a avaliação psicológica e psiquiátrica, estabelecendo diagnósticos de transtornos mentais, pelos quais a capacidade civil é avaliada. Para este autor, a capacidade civil deveria ter, para cada diagnóstico, uma determinada categoria, sendo assim: os oligofrênicos (portadores de desenvolvimento mental incompleto) que seriam inimputáveis e incapazes absolutos, os epiléticos (pessoas portadoras de transtornos, alterações cerebrais) seriam imputáveis e capazes, os esquizofrênicos (doentes mentais com sofrimento psíquico grave) seriam inimputáveis e capazes, os maníacos depressivos deveriam ser considerados semi-imputáveis (caso cometessem os atos no momento da crise) e, ainda, os paranoicos, que seriam inimputáveis e de capacidade relativa.

Além disso, os doentes psiquiátricos por serem incapazes não são considerados por danos causados a terceiros, sendo essa responsabilidade recai sobre familiares, representantes legais ou tutores, ou seja, a responsabilidade de indenização.

3.2 A Responsabilidade dos Enfermos Psiquiátricos na Esfera Criminal

No Código Penal (1940) e no Código de Processo Penal (1941), esses que vigoram até hoje, o doente mental pode cometer crimes como qualquer cidadão, porém, as suas penas são atenuadas (de um a dois terços) quando o indivíduo entende as consequências de seus atos e, quando não as entende, lhe são aplicadas somente medidas de segurança.

O estatuto jurídico criminal do doente mental é considerado no Código Penal como inimputável, pois devido a sua constituição mental, não tem discernimento para entender e responder por seus atos. No entanto, pode ser considerado, em determinadas ocasiões, semi-imputável, caso em que o médico/psiquiatra avalia que o indivíduo cometeu o crime no denominado “intervalo lúcido”, mas o doente mental jamais será imputável.

Portanto, sendo avaliado por peritos como portador de doença mental, o sujeito não será condenado, mas responderá por seus atos por meio de medidas de segurança. Assim surgiram locais diferenciados para que os enfermos psiquiátricos fossem responsabilizados, como hospitais de custódia ou manicômios judiciais, para reprimi-los como forma de prevenção social até que finde o seu estado de periculosidade, sendo este avaliado por profissional competente.

4 A ATENÇÃO PSICOSSOCIAL NO BRASIL HOJE

Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2004), os Centros de Atenção Psicossocial – CAPS são instituições destinadas a acolher os pacientes com transtornos mentais, estimular sua integração social e familiar, apoiá-los em suas iniciativas de busca da autonomia, oferecer-lhes atendimento médico e psicológico. Sua característica principal é buscar integrá-los a um ambiente social e cultural concreto, designado como seu território, o espaço da cidade onde se desenvolve a vida quotidiana de usuários e familiares. Os CAPS constituem a principal estratégia do processo de

reforma psiquiátrica. Os CAPS oferecem atendimento à população, realizam o acompanhamento clínico e a reinserção social dos usuários pelo acesso ao trabalho, lazer, exercício dos direitos civis e fortalecimento dos laços familiares e comunitários, além da prestação de atendimento aos enfermos nos momentos de crises.

O primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) do Brasil foi inaugurado em março de 1986, no município de São Paulo. A criação do CAPS é o resultado de um intenso movimento social, inicialmente de trabalhadores de saúde mental, que buscavam a melhoria da assistência no Brasil e denunciavam a situação precária dos hospitais psiquiátricos, que ainda eram o único recurso destinado aos usuários portadores de transtornos mentais. (BRASIL, 2004).

O objetivo dos CAPS é oferecer atendimento à população de sua área de abrangência, visando:

- a) Prestar atendimento diariamente ao usuário;
- b) Coordenar os projetos terapêuticos oferecendo cuidado clínico eficiente;
- c) Promover a inserção social dos usuários através da educação, trabalho, esporte, cultura e lazer.
- d) Dar suporte e supervisionar a atenção à saúde mental na rede básica, PSF (Programa de Saúde da Família), PACS (Programa de Agentes Comunitários de Saúde);
- e) Regular a porta de entrada da rede de assistência em saúde mental de sua área;
- f) Gerenciar, junto com o gestor local, as atividades de supervisão de unidades hospitalares psiquiátricas que atuem no seu território;
- g) Manter atualizada a listagem dos pacientes de sua região que utilizam medicamentos para a saúde mental.

Os CAPS contam com espaço próprio e preparado para atender à sua

demanda específica, contendo:

- a) Consultórios para atividades individuais (consultas, entrevistas, terapias);
- b) Salas para atividades grupais;
- c) Espaço de convivência;
- d) Oficinas;
- e) Refeitório
- f) Sanitários;
- g) Área externa para lazer.

As práticas realizadas nos CAPS se caracterizam por ocorrerem em ambiente aberto e acolhedor. Os projetos desses serviços, muitas vezes, ultrapassam a própria estrutura física, em busca da rede de suporte social, potencializadora de suas ações, preocupando-se com o sujeito e sua individualidade, sua cultura e sua vida cotidiana.

4.1 Serviço Residencial Terapêutico (SRT)

Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2004), o Serviço Residencial Terapêutico, também conhecido como Residências Terapêuticas são locais de moradia construídos visando suprir as necessidades de pessoas portadoras de transtornos mentais graves. O número de usuários pode variar de 1 a 8 integrantes, acompanhados de profissionais sensíveis às dificuldades de cada um. As residências não devem ser vistas como mais um “serviço” de saúde, mas como uma casa para os moradores. Cada moradia deve ser considerada única, buscando se aproximar dos gostos e hábitos de seus moradores. O que diferencia uma residência da outra é a autonomia de seus moradores, por isso, há residência de cuidado intensivo com a presença de cuidadores 24 horas, de cuidado parcial com cuidadores apenas durante o dia, e de alto grau de autonomia com nenhum, ou quase nenhum, tipo de cuidador. (BRASIL, 2004).

4.1.1. Origem do serviço residencial terapêutico no Brasil

A necessidade de serviços residenciais terapêuticos no Brasil se deu no início das ações de desinstitucionalização, buscando-se um local adequado para alojar portadores de transtornos mentais que não contavam com suporte familiar. Conseqüentemente, a II Conferência Nacional de Saúde Mental, em dezembro de 1992, destacou a importância dos então chamados “lares abrigados” para a reestruturação da assistência mental no país. A implantação dos SRTs vem sendo discutida em diversos âmbitos, visando assegurar que esta seja uma alternativa adequada para auxiliar o morador em seu processo de reintegração a sociedade. (BRASIL, 2004).

4.1.2 Quem pode se beneficiar dos SRT's?

O serviço foi criado visando estabelecer a condição de moradia de egressos de hospitais psiquiátricos e portadores de transtornos mentais que possuem precariedade quanto à moradia, entretanto, há algumas especificações que precisam ser respeitadas, tais como:

Portadores de transtornos mentais, egressos de internação psiquiátrica em hospitais cadastrados no SIH/SUS, que permanecem no hospital por falta de alternativas que viabilizem sua reinserção no espaço comunitário.

Egressos de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, em conformidade com decisão judicial (Juízo de Execução Penal).

Pessoas em acompanhamento nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), para as quais o problema da moradia é identificado, por sua equipe de referência, como especialmente estratégico no seu projeto terapêutico. Aqui se encontram aquelas localidades que, a despeito de não possuírem hospitais psiquiátricos, frequentemente se defrontam com questões ligadas à falta de espaços residenciais para alguns usuários de serviços de saúde mental.

Moradores de rua com transtornos mentais severos, quando inseridos em projetos terapêuticos especiais acompanhados nos CAPS. (BRASIL, 2004, p. 08).

Esse modelo, através das residências, representa uma importante etapa no processo de ressocialização do doente psiquiátrico e garantia da

preservação de sua dignidade como ser humano na observância de seus direitos.

4.1.3 Tipos de serviço residencial terapêutico

Existem dois tipos de SRT. O SRT I focaliza-se na reinserção dos moradores na rede social existente, ou seja, tem como função a ressocialização do paciente, trazendo-lhe trabalho, lazer e educação. O SRT II trata de antigos moradores de Residências Terapêuticas, moradores que recebem cuidados substitutivos aos de familiares, tendo em vista a estruturação do espaço residencial como moradia. (BRASIL, 2004).

4.1.4 Quotidiano nas residências terapêuticas

É necessário montar uma estrutura que faça o morador sentir segurança com os profissionais das Residências Terapêuticas, não se podendo descartar eventuais inseguranças trazidas por pacientes egressos de hospitais psiquiátricos, tornando-se preciso a existência de profissionais de referência para cada morador, bem como o estabelecimento de projetos terapêuticos individuais. Na Residência Terapêutica são abordadas as questões ligadas ao morar. As várias outras questões devem ser trabalhadas em outros espaços. Ou seja, os moradores aprendem a conviver em conjunto, lidando com as eventuais diferenças entre si, como a discórdia, a disputa pelo espaço, o barulho, etc., devendo o respeito à individualidade de cada um prevalecer junto ao grupo. (BRASIL, 2004).

4.1.5 Regulamentação das SRT's

A regulamentação dos Serviços Residenciais Terapêuticos se dá por meio de leis e diretrizes, sendo elas:

Lei Federal n.º 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental (especialmente artigo 5º).

Lei n.º 10.708/2003, que institui o auxílio reabilitação para pacientes egressos de internações psiquiátricas (Programa De Volta Para Casa).

Diretrizes de redução de leitos constantes nas Portarias GM n.º 52 e 53/2004, do Ministério da Saúde, que estabelecem a redução progressiva de leitos psiquiátricos no País.

Portaria n.º 106/2000, do Ministério da Saúde, que introduz os Serviços

Residenciais Terapêuticos no SUS para egressos de longas internações.

Portaria n.º 1.220/2000, que regulamenta a portaria 106/2000, para fins de cadastro e financiamento no SIA/SUS. (BRASIL, 2004, p. 08).

Essa legislação apresentada a assunção de responsabilidade por parte do Estado sobre os doentes psiquiátricos e, demonstra também uma evolução no sentido de assegurar os direitos humanos.

4.2 A Importância da Família no Tratamento do Doente Mental

Consoante ao artigo 226 da Magna Carta (BRASIL, 1988), a família é a base da sociedade que necessita da máxima e inteira proteção do Estado. Desta forma, torna-se importante a análise sobre a grande importância que tem a família para o sucesso no tratamento e rotina do doente mental.

A família é a maior responsável pela formação da personalidade do ser humano, logo, é de grande importância para o portador de doença mental a presença dela para que se obtenha maior sucesso no seu tratamento e qualidade de vida. Segundo Souza (1997, p. 23):

O sentimento de família engloba todas as emoções inerentes a pessoa: identidade, pertença, aceitação, amor, carinho, raiva, medo, ódio [...]. Certamente é esta fusão de opostos que torna a família tão complexa e sua compreensão e desafio interminável.

O doente mental, por diversas vezes, é excluído da sociedade por não conseguir cumprir as normas sociais, por ser considerado louco e visto como anormal diante de outros membros do grupo em que convive, sendo vítima de preconceito. Desta forma, a família torna-se a base de uma estrutura de apoio para que o enfermo mental consiga durante a evolução do tratamento, resgatar

sua autoimagem e autoestima.

É oportuno aqui ressaltar que, no sistema capitalista, exclui-se do trabalho aqueles que se mostram mentalmente desequilibrados – que já não produzem como antes – ainda que não possuem transtorno mental. Portanto, a família sofre e também é excluída do processo, de forma que é necessário entender que o tratamento do doente mental está intimamente ligado a família, sendo esta o porto seguro do enfermo. Fantazia (1997, p. 156) ressalta que:

A ciência psicológica mostra que certos transtornos mentais podem ocorrer em consequência da incapacidade de se adaptar a uma ocorrência vital estressante ou através de comportamentos aprendidos, demonstrando mais uma vez que a atenção e o afeto são essências ao desenvolvimento humano.

Para Losacco (2000, p. 64) a família abrange o afeto das relações, sendo “constituída por uma constelação de pessoas interdependentes girando em torno de um eixo comum”. Deste modo, entende-se que é de suma importância o papel da família na rotina e tratamento do doente mental. É importante que a família sinta que pode fazer algo para ajudar o seu familiar a recuperar-se quando tal e possível e, mesmo quando não é, que seja capaz de compreender a situação e acompanhar o paciente, dando apoio, compreensão, carinho e dedicação (LAZURE, 1994).

4.3 Situação Atual dos Centros de Atenção Psicossocial

Para os devidos fins, é de suma importância a compreensão da realidade do tratamento psicossocial no Brasil. Desta forma, torna-se essencial a análise dos dados quanto ao tratamento prestado aos portadores de transtornos mentais em todo o país. A seguir, verifica-se a postura dos CAPS e Residências Terapêuticas em todo o país, bem como a quantidade e redução de Hospitais e Leitos Psiquiátricos ao longo dos últimos anos após a Reforma Psiquiátrica.

Em relação a quantidade de Centros de Atenção Psicossocial, o quadro 01 revela os seguintes dados:

Quadro 1 – Quantidade de Centros de Atenção Psicossocial

CAPS	QUANTIDADE
CAPS I – Serviço de atenção a saúde mental em municípios com população: de 20 mil até 70 mil habitantes	Existem 788 unidades no país
CAPS II – Serviço de atenção a saúde mental em municípios com população: 70 mil a 200 mil habitantes	Existem 424 unidades no país
CAPS III – Serviço de atenção a saúde mental em municípios com população: 200 mil habitantes	Existem 56 unidades no país

Fonte: Pesquisa de Campo (2014)

Na presente tabela, pode-se analisar a quantidade de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) no Brasil. O CAPS é um serviço de atenção aberto e comunitário do Sistema Único de Saúde, onde pessoas portadoras de transtornos mentais, bem como demais casos que necessitam de permanência e/ou atenção diária, recebem assistência e tratamento adequados para sua respectiva enfermidade.

O manual do Ministério da Saúde de 2004 apresenta o Centro de Atenção Psicossocial – CAPS, como um novo serviço de Saúde Mental, onde aponta que:

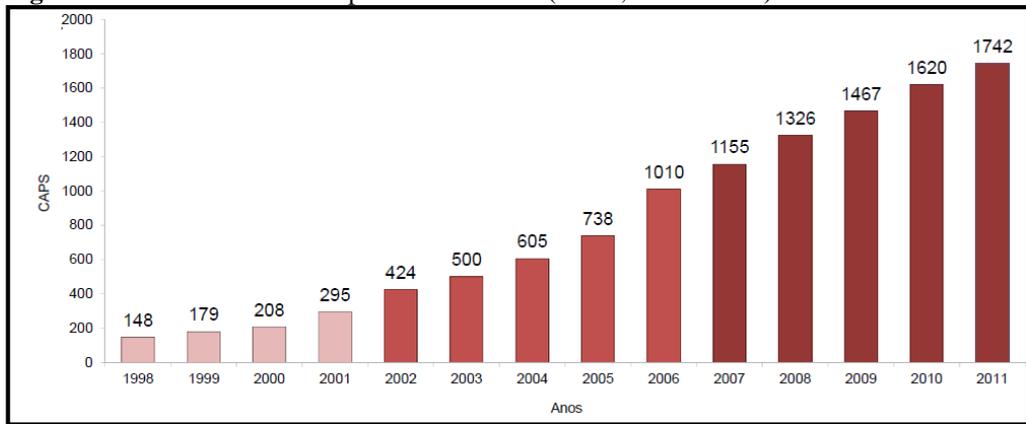
Os CAPS são instituições destinadas a escolher os pacientes com transtornos mentais. Estimular sua integração social e familiar, apoiá-lo em suas iniciativas de busca da autonomia, oferecer-lhes atendimento médico e psicológico. Sua característica principal é buscar integrá-los a um ambiente social e cultural concreto, designado como seu “território”, o espaço da cidade onde se desenvolve a vida cotidiana de usuários e familiares. Os CAPS constituem a principal estratégia do processo de reforma psiquiátrica. (BRASIL, 2004, p. 09).

A diferença entre os CAPS I, II e III é a quantidade de habitantes nos municípios para qual seu atendimento é prestado. No CAPS I, por exemplo, recebem atenção psicossocial municípios de até 20 mil habitantes, onde o mesmo contém 1 médico psiquiatra, 1 enfermeiro, 3 profissionais de outras categorias da saúde – como psicólogos e terapeutas – e 4 profissionais de nível médio – como auxiliares de enfermagem, técnicos administrativos e

educacionais. Já o CAPS II possui 1 médico psiquiatra, 1 enfermeiro, 4 profissionais de nível superior e 6 profissionais de nível médio. Além destes, o CAPS III possui 2 médicos psiquiatras, 1 enfermeiro, 5 profissionais de nível superior e 8 profissionais de nível médio.

Sobre a expansão histórica dos CAPS, o gráfico abaixo demonstra o seguinte desenvolvimento:

Figura 1 – Série histórica da expansão dos CAPS (Brasil, 1998 - 2011)

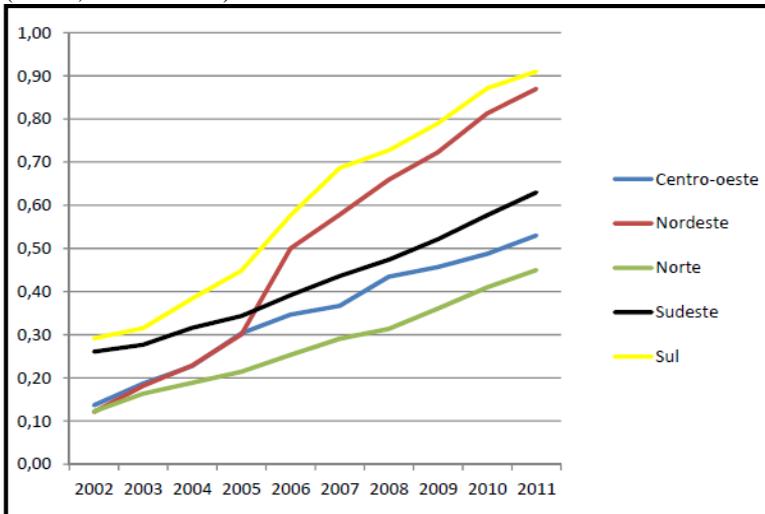


Fonte: BRASIL (2012, p. 05)

Conforme os dados do gráfico 01, no ano de 1998, o Brasil contava com apenas 148 CAPS, crescendo vagarosamente até o ano de 2003, onde a ampliação começou a ocorrer chegando a 500 Centros de Atenção Psicossocial. A partir daí, o crescimento continuou com maior força, chegando a uma média de 300 construções de novos CAPS entre 2008 e 2010, alcançando o total de 1742 CAPS em todo o território nacional.

A seguir, o seguinte evidencia o indicador de cobertura CAPS em relação as regiões do Brasil.

Figura 2 – Série Histórica Indicador de Cobertura CAPS/100.000 habitantes por região. (Brasil, 2002 a 2011)



Fonte: BRASIL (2012, p. 08)

No presente gráfico é possível ter uma clara análise a evolução do indicador CAPS/100.000 habitantes nas cinco regiões do Brasil no período de 2002 à 2011. Percebe-se o crescimento do indicador na cobertura das regiões Sul e Nordeste, apresentando estes o maior índice de cobertura. A expansão dos serviços Centro-oeste e Norte permanece com necessidade de maior prestação de serviços. A região Sudeste permanece com crescimento semelhante ao das regiões Centro-oeste e Norte, menor do que das regiões Sul e Nordeste.

Outro dado importante a ser explanado é em relação a quantidade de residências terapêuticas espalhadas pelos estados. Vale destacar que as Residências Terapêuticas são casas constituídas para abrigar pessoas com transtornos mentais graves. O número de usuários varia de 1 indivíduo até no máximo 8 pessoas, que contam com um suporte profissional para suprir as necessidades de cada um. Os SRTs são pontos essenciais no processo de desinstitucionalização e reabilitação psicossocial, pois a inserção de uma Residência Terapêutica é o início de um processo de busca a inclusão social do morador.

A seguir a tabela abaixo demonstra a quantidade de SRTs estendidas

pelo Brasil:

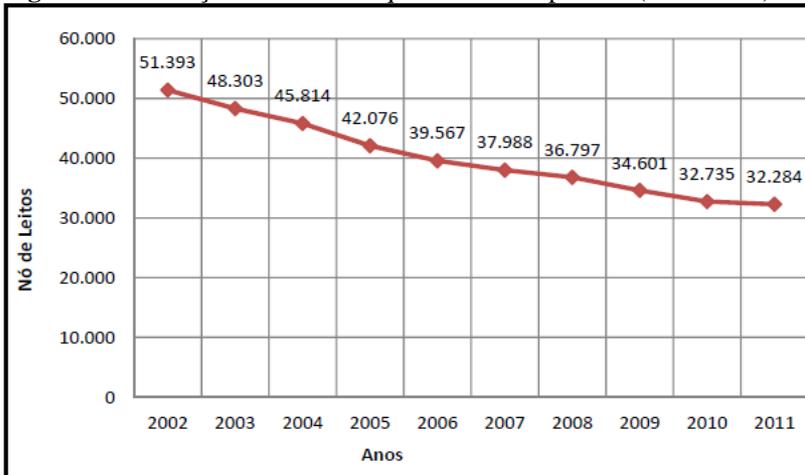
Figura 03 – Residências Terapêuticas por Estado

SRTs NO BRASIL – 2011				
UF	MÓDULOS		TOTAL DE MÓDULOS	TOTAL DE MORADORES
	EM FUNCIONAMENTO	EM IMPLANTAÇÃO		
BA	20	1	21	112
CE	5	4	9	29
ES	5	0	5	37
GO	11	3	14	58
MA	3	1	4	18
MG	77	27	104	518
MS	1	0	1	2
MT	10	0	10	76
PA	0	2	2	0
PB	17	6	23	107
PE	45	24	69	329
PI	4	0	4	22
PR	22	3	25	138
RJ	106	25	131	593
RN	3	0	3	20
RS	39	4	43	141
SC	4	1	5	31
SE	20	0	20	103
SP	233	52	285	1136
TO	0	1	1	0
Total	625	154	779	3470

Fonte: BRASIL (2012, p. 11).

Na tabela acima se pode analisar a quantia de SRTs no Brasil no ano de 2011, no total, são 625 SRTs em funcionamento, havendo também 154 SRTs em fase de implantação.

Sobre a redução de leitos psiquiátricos SUS por ano, o gráfico abaixo revela os seguintes dados:

Figura 04 – Redução de Leitos Psiquiátricos SUS por ano (2002-2011)

Fonte: BRASIL (2012, p.16).

A redução de leitos em hospitais nada mais é que um resultado do processo de reabilitação de pacientes psiquiátricos. No presente gráfico acompanha-se o crescente número de pacientes que deixaram os leitos em hospitais para uma nova forma de tratamento. Desta forma, pode-se observar que de 2002 para 2011 o número de leitos reduziu em quase 50%, onde quase metade dos pacientes conseguiram novos meios de tratamento fora dos muros dos hospitais.

Dando continuidade ao assunto, a tabela a seguir demonstra a quantidade de hospitais e leitos psiquiátricos por Unidade Federativa:

Figura 05 – Hospitais e Leitos Psiquiátricos por UF (2011)

UF	População	Nº hospitais	Leitos SUS	Leitos por 10.000 hab.
AC	732.793	1	53	0,72
AL	3.120.922	5	880	2,82
AM	3.480.937	1	126	0,36
BA	14.021.432	7	832	0,59
CE	8.448.055	7	928	1,10
DF	2.562.963	1	85	0,33
ES	3.512.672	3	620	0,18
GO	6.004.045	10	1171	1,95
MA	6.569.683	3	663	1,01
MG	19.595.309	17	2242	1,14
MS	2.449.341	2	200	0,82
MT	3.033.991	2	202	0,67
PA	7.588.078	1	56	0,07
PB	3.766.834	5	706	1,87
PE	8.796.032	13	2028	2,31
PI	3.119.015	1	160	0,51
PR	10.439.601	15	2460	2,36
RJ	15.993.583	33	5819	3,64
RN	3.168.133	4	572	1,81
RS	10.695.532	6	801	0,75
SC	6.249.682	4	670	1,07
SE	2.068.031	2	280	1,35
SP	41.252.160	54	10570	2,56
TO	1.383.453	1	160	1,16
Total	188.052.277	198	32.284	1,717
Total Brasil	190.732.694			1,693

Fonte: BRASIL (2012, p.17)

Pode-se analisar a grande diferença na proporção de leitos nos diferentes estados do País. Estados como Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina possuem uma proporção acima da média. Em contraponto a isso, estados como Pará, Acre e Amazonas apresentam apenas um hospital em seus territórios, demonstrando percentual abaixo da média nacional. Vale ressaltar que os Hospitais Psiquiátricos são hospitais especializados no tratamento de indivíduos com algum transtorno mental. Entretanto, com a Reforma Psiquiátrica estes hospitais vêm sendo substituídos por micro hospitais ou enfermarias especializadas no tratamento psiquiátrico, regularizados por lei específica.

Sobre a distribuição de hospitais psiquiátricos por tempo de internação nas regiões brasileiras, a tabela a seguir apresenta a seguinte informação:

Figura 06 – Distribuição de Hospitais Psiquiátricos por Tempo de Internação

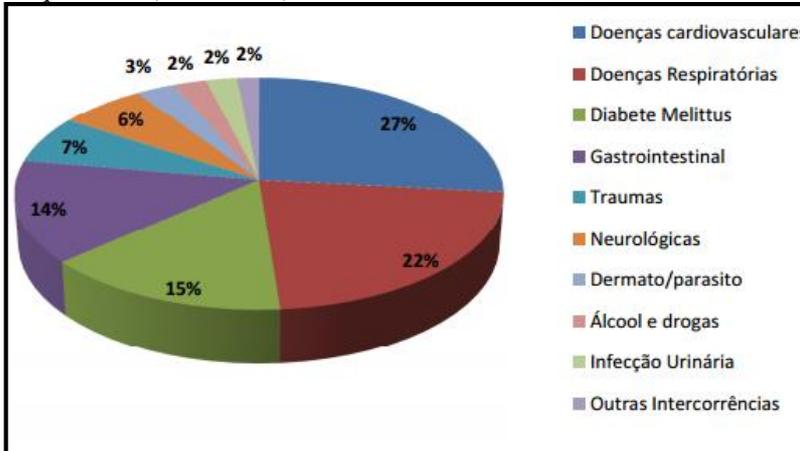
Região	UF	Pacientes SUS internados	Pacientes internados a menos de 1 ano		Pacientes internados a mais de 1 ano	
			Nº	%	Nº	%
Norte	AC	37	26	70,3	11	29,7
	AM	47	9	19,1	38	80,9
	PA	28	0	0,0	28	100,0
	TO	160	156	97,5	4	2,5
Subtotal		272	191	70,2	81	29,8
Nordeste	AL	787	700	88,9	87	11,1
	BA	774	506	65,4	268	34,6
	CE	784	711	90,7	73	9,3
	MA	665	538	80,9	127	19,1
	PB	513	465	90,6	48	9,4
	PE	1608	836	52,0	772	48,0
	PI	160	132	82,5	28	17,5
	RN	479	435	90,8	44	9,2
SE	79	72	91,1	7	8,9	
Subtotal		5849	4395	75,1	1454	24,9
Centro Oeste	DF	100	99	99,0	1	1,0
	GO	1193	1075	90,1	118	9,9
	MS	152	149	98,0	3	2,0
	MT	203	183	90,1	20	9,9
Subtotal		1648	1506	91,4	142	8,6
Sudeste	ES	580	493	85,0	87	15,0
	MG	2238	1290	57,6	948	42,4
	RJ	4036	1621	40,2	2415	59,8
	SP	8813	4091	46,4	4722	53,6
Subtotal		15667	7495	47,8	8172	52,2
Sul	PR	2262	2179	96,3	83	3,7
	RS	853	838	98,2	15	1,8
Subtotal		3115	3017	96,9	98	3,1
Total		26551	16604	62,5	9947	37,5

Fonte: BRASIL (2011, p. 21)

Observa-se que os estados do AM, PA, PE, MG, RJ e SP demonstram percentual de pacientes acima da média relativa nacional (37%) internados a menos de um ano. Enquanto estados como PR, RS, MT, MS, GO, DF, e, com exclusão do estado da BA e PE, toda a região do Nordeste possui mais de 90% de pacientes psiquiátricos internados a mais de um ano.

O gráfico abaixo apresenta as principais causas de utilização de enfermagem em hospitais psiquiátricos (Brasil 2011):

Figura 07 – Principais Causas de Frequentes de Utilização de Enfermaria em Hospitais Psiquiátricos (Brasil 2011)

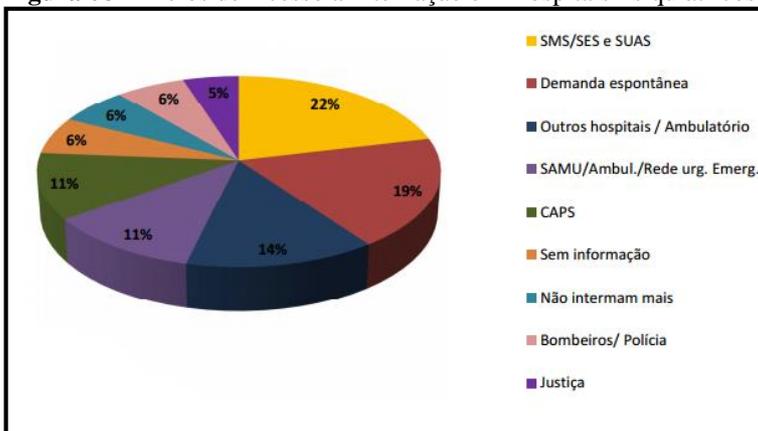


Fonte: BRASIL (2012, p. 23)

Muitas são as causas que podem levar uma pessoa a utilização da enfermaria em hospitais psiquiátricos. Observa-se que 27% dos usuários sofrem com doenças cardiovasculares, sendo estes a maioria. Outros 22% possuem doenças respiratórias, 15% diabete mellitus e apenas 6% dos usuários sofrem com doenças neurológicas.

Sobre os meios de acesso a internação em hospitais psiquiátricos, o gráfico a seguir demonstra os principais meios pelo qual os doentes psiquiátricos passam para chegarem ao ponto de internação em Hospitais Psiquiátricos.

Figura 08 – Meios de Acesso a Internação em Hospitais Psiquiátricos (Brasil 2011)

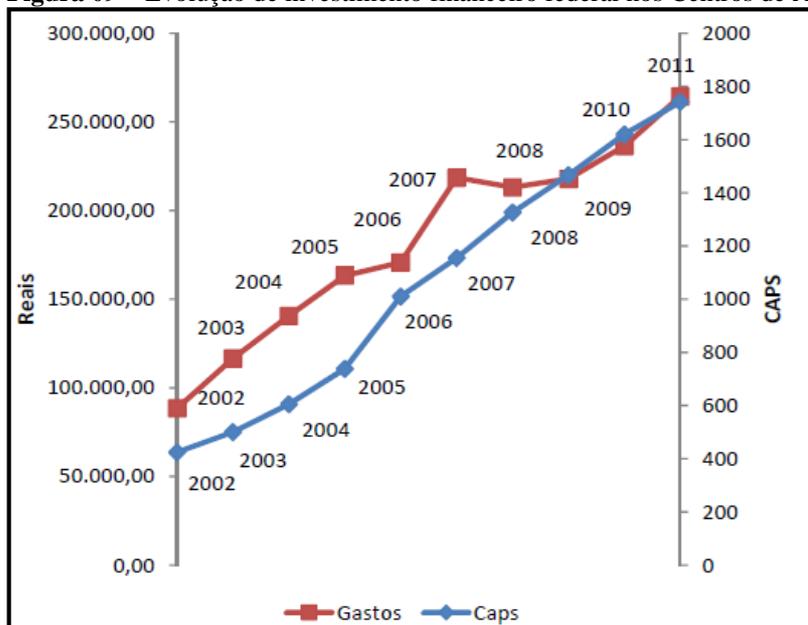


Fonte: BRASIL (2012, p. 27)

Pode-se observar que as maiores demandas são provenientes de serviços de saúde das secretarias municipais de saúde (sede e vizinhos), unidades associadas ao Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Observa-se também que uma grande parte, sendo esta 19%, entra por demanda espontânea, 11% são internados por meio de redes de urgência e emergência como o SAMU e 11% tem acesso a internação por meio de Centros de Atenção Psicossocial.

Em relação a evolução de investimento financeiro federal nos Centros de Atenção Psicossocial, o gráfico abaixo apresenta em capital financeiro o valor de tal investimento.

Figura 09 – Evolução de investimento financeiro federal nos Centros de Atenção Psicossocial



Fonte: BRASIL (2012, p. 23)

É de grande importância a observação quanto a atenção que o governo oferece aos enfermos psiquiátricos. O presente gráfico permite a análise dos recursos e aumento de serviços prestados pelo governo federal. Em vermelho, pode-se observar o aumento da média de recursos financeiros federais aplicados nos CAPS. Em azul, pode-se analisar o aumento do número de serviços prestados pelos Centros de Atenção Psicossocial.

5 ANÁLISE DA ATENÇÃO PSICOSSOCIAL NO MUNICÍPIO DE BRUSQUE E DISCUSSÕES: APLICAÇÃO DA PESQUISA E DESENVOLVIMENTO

Para atingir o objetivo geral proposto de avaliar a conscientização dos familiares dos pacientes psiquiátricos sobre o conhecimento dos seus direitos, foi escolhido o Município de Brusque/SC para o desenvolvimento da pesquisa.

Localizada no Vale do Itajaí-Mirim, em Santa Catarina, a cidade de Brusque foi fundada em 1860 por alemães, irlandeses, ingleses, italianos e poloneses. (NIEHBUR, s/d). Essa mistura europeia de culturas, estabeleceu-se na cidade a partir da criação de um polo brasileiro de indústrias têxteis e ficou conhecida pelo título de berço nacional da fiação. Com uma indústria forte, Brusque tem atraído a cada ano um fluxo migratório intensificado de pessoas vindas de outras cidades, regiões e países.

Além do comércio, a cidade demonstra peculiaridades herdadas dos imigrantes alemães, italianos e poloneses, fazendo com que Brusque apresente características singulares na gastronomia e arquitetura.

Na área da saúde, o município engloba, além do atendimento nas unidades de saúde, assistência farmacêutica, Vigilância Sanitária, Vigilância Epidemiológica, Centro de Atenção Psicossocial, CTA (DST/AIDS), além de outros serviços, como: fonoaudiologia, psicologia, odontologia, e fisioterapia.

Economicamente, o município de Brusque promove ações visando desenvolver a indústria, o comércio e o setor agrícola. Além de manter parceria com o SEBRAE para formatar o planejamento nas áreas de artesanato, piscicultura e capacitação de mão-de-obra.

De acordo com a Lei nº 10.216 de 06/04/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial à Saúde – NOAS – SUS – 01/2001, aprovada pela Portaria GM/MS nº 95, de 25 de janeiro de 2001, é de suma

importância a prestação de serviços psicossociais no município de Brusque, tendo em vista a grande demanda de casos de transtornos mentais: esquizofrenias, transtornos de ansiedade, transtornos afetivos, entre outros. O CAPS II de Brusque atende pessoas que receberam alta de hospitais psiquiátricos, e também, pessoas que não necessitam ser internadas, porém necessitam de atenção diária, com atendimento em psicologia, enfermagem, terapia ocupacional, psiquiatria, serviço social, pedagogia e ainda, conta com outros profissionais de apoio⁴.

5.1 Perfil dos Usuários do Centro de Atenção Psicossocial do Município de Brusque

Com a finalidade de trazer à discussão a situação atual do atendimento psicossocial no município de Brusque/SC, foi realizada uma entrevista com a Coordenação Geral do Centro de Atenção Psicossocial. A coleta de dados foi realizada entre os meses de junho a julho de 2014, sendo respeitados os preceitos éticos em relação aos sujeitos pesquisados, mantendo-se o anonimato dos informantes. A técnica utilizada foi a entrevista semiestruturada por se tratar de um importante componente para a realização da pesquisa qualitativa. A entrevista é o procedimento mais usual no trabalho de campo, uma vez que está inserida como meio de coleta dos fatos relatados pelos atores sociais, enquanto sujeitos-objeto da investigação. (MINAYO, 1994). Paralelamente às entrevistas, criou-se um diário de campo, onde foram anotados aspectos relevantes percebidos durante as entrevistas.

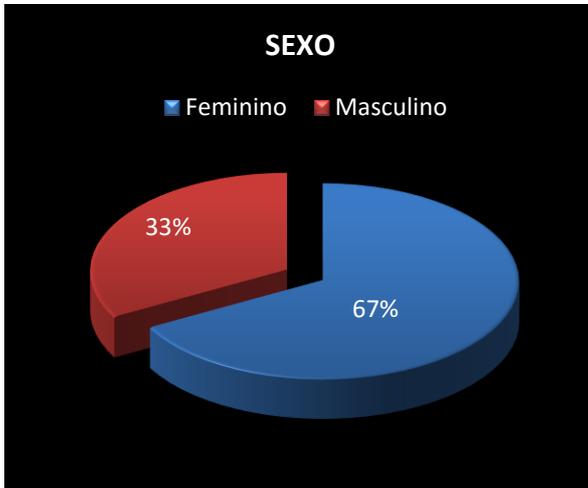
5.1.1 Perfil social dos usuários do CAPS II

Primeiramente, foi verificado o perfil social dos usuários do CAPS II, sendo constituído por dados de gênero (Gráfico 07) e de sua faixa etária

⁴ Fonte: PROJETO TÉCNICO DE IMPLANTAÇÃO DO CAPS II NO MUNICÍPIO DE BRUSQUE, 2011.

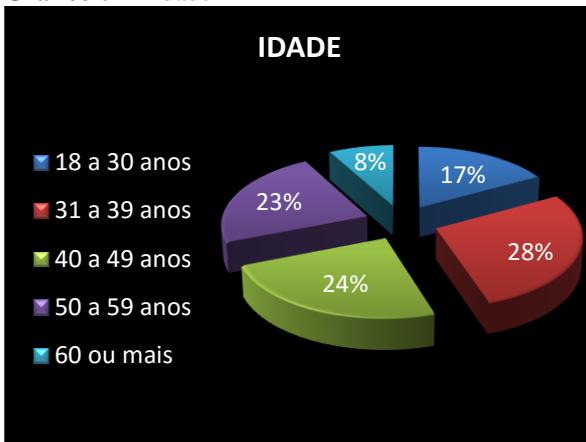
(Gráfico 08). Salienta-se que tais dados foram obtidos em documentos impressos⁵ do próprio CAPS II, constituindo este de fonte primária de investigação.

Gráfico 01 – Sexo



Fonte: Pesquisa de Campo (2014)

Gráfico 02 – Idade



Fonte: Pesquisa de Campo (2014)

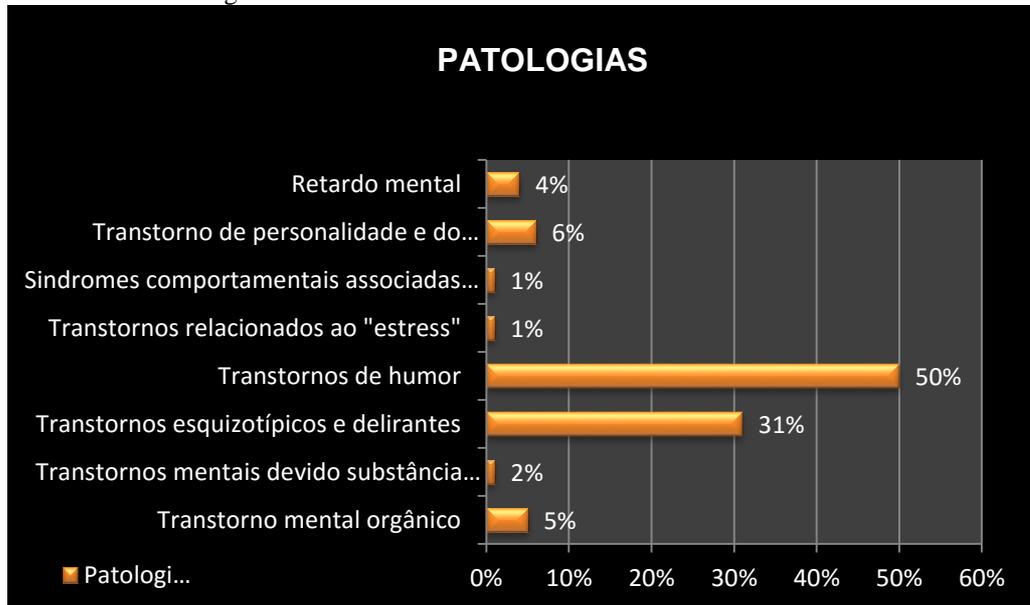
Conforme dados apresentados pelo gráfico 07, dos 132 usuários do CAPS II de Brusque, 33% são do sexo masculino e 67% são do sexo feminino. Em relação a faixa etária (gráfico 08), 17% possuem idade entre 18 a 30 anos, 28% têm entre 31 e 39 anos, 24% possuem entre 40 e 49 anos, 23% possuem entre 50 e 59 anos e 8% possuem 60 anos ou mais.

⁵ Fonte: Dados sobre usuários do CAPS. Indicadores: Sexo, Idade, Patologia. Brusque, 2013.

5.1.2 Patologias

Para maior entendimento sobre os cuidados prestados aos portadores de transtornos mentais do município de Brusque, torna-se oportuno a averiguação das patologias que aqui são tratadas:

Gráfico 03 – Patologias



Fonte: Pesquisa de Campo (2014)

Segundo o gráfico 09, do total de usuários do CAPS de Brusque, 5% são portadores de transtornos mentais orgânicos, 2% são portadores de transtornos mentais derivados de substâncias psicoativas, 31% possuem transtornos esquizotípicos delirantes, 50% são portadores de transtornos de humor, 1% possuem transtornos ligados ao estresse, 4% são portadores de retardo mental e 1% se encaixa na patologia de transtorno de personalidade, disfunções fisiológicas e a fatores de risco.

Com o objetivo de tornar claro cada patologia, segue abaixo a uma descrição sucinta das doenças diagnosticadas e tratadas no CAPS, segundo o CID10– Código Internacional de Doenças⁶.

- a) **Transtornos Mentais Orgânicos:** Este agrupamento compreende

⁶Fonte: CÓDIGO INTERNACIONAL DE DOENÇAS. Disponível em: <<http://www.cid10.com.br/>>. Acesso em: 30 Jul 2014.

uma série de transtornos mentais reunidos, tendo em comum uma etiologia demonstrável, tal como doença ou lesão cerebral, ou outro comprometimento que leva a disfunção cerebral.

b) Transtornos Mentais devido ao uso de Substâncias Psicoativas: Este agrupamento compreende numerosos transtornos que diferem entre si pela gravidade diversa e pela sintomatologia diversa, porém, tem em comum o fato de todos serem atribuídos ao uso de substâncias psicoativas, prescritas ou não por um médico.

c) Transtornos Esquizotípicos e Transtornos Delirantes: Este agrupamento reúne a esquizofrenia, a categoria mais importante deste grupo de transtornos, o transtorno esquizotípico, os transtornos delirantes persistentes e um grupo maior de transtornos psicóticos agudos e transitórios.

d) Transtornos de Humor: Este tipo de patologia reúne transtornos nos quais a perturbação fundamental é uma alteração do humor ou do afeto, no sentido de uma depressão (com ou sem ansiedade associada).

e) Transtornos Neuróticos, transtornos relacionados ao “estress” e transtornos somatoforme: Essa patologia reúne outros tipos de transtornos de ansiedade (como transtorno do pânico e transtorno misto ansioso e depressivo), transtorno obsessivo-compulsivo (transtorno causado por pensamentos obsessivos e compulsivos, tratando-se, normalmente, de ideias exageradas e irracionais) transtornos dissociativos (condição mental onde um único indivíduo demonstra características de duas ou mais personalidades ou distintas) e transtornos somatoformes (o indivíduo apresenta fisicamente ser portador de determinado transtorno, porém, não há comprovação por exame médico).

f) Síndromes Comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores de risco: Aqui se encontram os transtornos de alimentação, como a anorexia nervosa e a bulimia nervosa.

g) Transtorno de Personalidade e do comportamento adulto: Este

agrupamento compreende diversos estados e tipos de comportamento clinicamente significativos que tendem a persistir e são a expressão característica da maneira de viver do indivíduo e de seu modo de estabelecer relações consigo próprio e com terceiros.

h) Retardo Mental: Essa patologia compreende a parada do desenvolvimento ou desenvolvimento incompleto do funcionamento intelectual caracterizado essencialmente por um comprometimento das faculdades que determinam o nível global de inteligência, isto é, das funções cognitivas, da linguagem, da motricidade e do comportamento social.

5.1.3 O atendimento e o funcionamento do centro de atenção psicossocial de Brusque sob a perceptiva da Coordenação Geral

Objetivando uma pesquisa concreta e objetiva sobre o funcionamento do Centro Psicossocial de Brusque, foi realizado uma entrevista com a Coordenação Geral do mesmo. Em primeiro plano foi verificada a quantidade de entidades que tratam os doentes mentais no município de Brusque.

São duas entidades pela saúde pública. O CAPS AD(álcool e drogas) e CAPS 2 (transtornos mentais, que possui atualmente cerca de 140 usuários). Na rede particular, há consultórios de psiquiatras, NAPS (Núcleo de Atendimento Psicológico), SAI psicologia, além de psicólogos na educação e abrigos psicológicos. (Entrevistado 1).

Atualmente, o município conta com duas entidades que oferecem tratamento para os portadores de transtornos mentais em Brusque, sendo uma delas responsável somente pelo tratamento de pacientes dependentes químicos e outra por portadores de doenças mentais crônicas.

Em relação a quantia de verba oferecida ao CAPS de Brusque, obtiveram-se as seguintes informações:

As modificações feitas no CAPS foram muito recentes, anteriormente tínhamos somente um CAPS em Brusque. Até 2014 foi construído o CAPS AD e o CAPS 2, devido a isso existe uma burocracia muito grande, o que acaba atrasando o repasse das verbas. Diante dessas mudanças, o município arcou com as

despesas, e somente após começou a vir verba federal. A quantia fornecida é o suficiente, no entanto, o repasse é precário. (Entrevistado 1).

Normalmente, a quantia supre todas as necessidades dos usuários do CAPS, o que ainda deixa a desejar é a maneira e o tempo que leva para o dinheiro ser repassado.

Em relação a quantia de médicos atuantes no CAPS, foram obtidas as seguintes informações:

Sim. Mas o que necessitamos é de clínicos gerais que entendam sobre doentes mentais. O Ideal seria as universidades ensinarem e incentivarem o tratamento pela saúde mental e pública na especialização dos clínicos gerais. (Entrevistado 1).

Observa-se que o número de profissionais especialista é o suficiente para o tratamento no CAPS, porém, seria ideal um clínico geral para maiores atendimentos aos pacientes. Alguns pacientes se machucam, se queimam, sofrem acidentes, e a busca por um profissional que os atenda fora do CAPS é sempre muito difícil. Médicos de hospitais gerais não são receptivos com portadores desse tipo de transtorno.

Outro ponto discutido foi a diferença existente no tratamento dos pacientes do CAPS AD e do CAPS II:

Os profissionais são normalmente da mesma área. Porém, as formas de tratamento são diferenciadas. Nos dependentes químicos se trabalha a redução de danos e conscientização, quanto aos doentes mentais, serão sempre um paciente com aqueles transtornos, se trabalha para uma melhor convivência, um tratamento por toda a vida. Cada usuário é uma pessoa, um ser humano, cada um com suas necessidades, o CAPS de Brusque trabalha nessa lógica. (Entrevistado 1).

Os profissionais que tratam os doentes mentais e os dependentes químicos são da mesma área, o que os diferencia é o tratamento que cada um presta é a forma em que este se dá.

Outro aspecto abordado foi a distribuição dos medicamentos pelo Estado aos usuários do CAPS II:

Na rede pública de saúde é disponibilizado aos enfermos medicações como antidepressivos, ansiolíticos, etc. No entanto, é muito fácil dar aos doentes um “remedinho pra dormir”, encontra-se muita dificuldade no tratamento para os pacientes saírem do vício que é gerado devido ao uso de drogas lícitas, ainda que prescritas por um médico. (Entrevistado 1).

O Estado oferece médico especialista e medicação para o tratamento do enfermo, porém, muitas vezes o medicamento prescrito torna o paciente dependente, e torna o trabalho de ressocialização dificultoso.

Em relação aos recursos utilizados pelo CAPS para maior sucesso na ressocialização, foram averiguados os seguintes pontos:

Os pacientes participam de apresentações que oferecem maior sucesso na ressocialização, no entanto, encontramos uma grande dificuldade na locomoção desses pacientes para os locais das apresentações. Além disso, é de suma importância que os familiares vejam conversar conosco, no CAPS AD os familiares são recebidos no período noturno, já no CAPS II, recebemos os familiares na parte da tarde. Quanto as palestras para os pacientes, é oferecida por toda equipe do CAPS (terapeutas, assistentes sociais, enfermeiros, psiquiatras, etc.). (Entrevistado 1).

São oferecidas palestras aos usuários do CAPS almejando maior sucesso na ressocialização, além de apresentações feitas por eles mesmos. Porém, a maior dificuldade é a realização do transporte dos pacientes para o respectivo local.

Em relação a internação dos doentes psiquiátricos, foram obtidas as seguintes informações:

Na verdade, o CAPS veio para substituir a internação, em primeiro momento o pacientes ficam conosco e depois, caso não haja possibilidade de ficar no CAPS, encaminhamos para internação, o que acontece somente quando o paciente apresenta risco suicida e agressão a terceiros.

Estamos agora iniciando a colocação de leitos em hospitais comuns, agora há quatro leitos hospital Azambuja, inseridos através do CAPS II. (Entrevistado 1).

A implantação do CAPS visa a desinstitucionalização, que nada mais é que a retirada de enfermos de Hospitais Psiquiátricos para um tratamento diferenciado, com a família, com a sociedade. Não se busca com a

desinstitucionalização somente a retirada do paciente do Hospital e deixá-lo abandonado, mas sim, um tratamento digno fora dos muros dos Hospitais Psiquiátricos e aproximado de uma rotina normal.

Outro assunto abordado foi a quantidade e localização de Hospitais Psiquiátricos em SC:

Hospitais de cunho inteiramente psiquiátrico há somente o IPQ em Florianópolis. E há também uma residência terapêutica para o vale do Itajaí com 8 vagas. A diferença que há entre Asilo e Residência Terapêutica é de que, nos asilos, o paciente é trancado e não sai mais o restante da vida, possui horário para tudo, os doentes, independentemente da idade, acordam as 5h da manhã para tomar banho e as 14h são obrigados a tomar outro banho e irem dormir. Já nas Residenciais, a casa é do paciente, se sentam a vontade e têm cuidado de especialista diariamente. (Entrevistado 1).

Percebe-se aqui que a partir do processo de desinstitucionalização e da Reforma Psiquiátrica, a quantidade de Hospitais Psiquiátricos reduziu. Em SC há apenas um hospital de cunho 100% psiquiátrico. É imprescindível aqui lembrar que a Reforma Psiquiátrica visa justamente a reinserção do paciente na sociedade, a redução de leitos em Hospitais Psiquiátricos e a implantação de leitos em Hospitais Gerais.

Outro questionamento importante foi sobre os doentes mentais que não possuem representante legal ou responsável:

Busca-se sempre o território da pessoa, agentes de saúde comunicam e se faz a busca, em caso de morador de rua oferece-se abrigo, procuramos família. (Entrevistado 1)..

O CAPS busca conhecer sempre o território do paciente, desta forma é possível reconhecer e tratar a enfermidade do paciente com maior facilidade, tendo como consequência maior êxito no tratamento.

Sobre a relação que o CAPS mantém com os familiares dos usuários do sistema, foram obtidas as seguintes informações:

Todos os dias, com exceção da quarta-feira, a família pode visitar o CAPS no período da tarde. Além disso, realizamos visita domiciliar para buscar compreender seu território, a cada três meses há uma visita de dois profissionais. (Entrevistado 1).

Além de receber a visita de familiares no CAPS, também é efetuada a cada três meses uma visita de dois profissionais (variando a cada visita) ao domicílio do paciente.

5.1.4 O atendimento e o funcionamento do Centro de Atenção Psicossocial de Brusque sob a perceptiva dos familiares de portadores de transtorno mental

O questionário foi aplicado no dia 28 de novembro de 2014 durante a assembleia geral do CAPS, realizada no bairro Centro no município de Brusque, na qual havia um grande número de familiares dos usuários da assistência psicossocial. Segue abaixo, conforme Tabela 01, as perguntas realizadas aos familiares:

Tabela 01 – Questionário aplicado aos familiares

QUESTÕES	SIM	NÃO	SEM RESPOSTA
O portador de transtorno mental é tratado com respeito durante o tratamento?	16	0	0
Você percebe a proteção do doente mental contra qualquer abuso e exploração?	12	3	1
O paciente recebe a atenção médica em qualquer momento para estabelecer se há ou não necessidade de internação?	16	0	0
Você sabia que o doente mental tem direito ao acesso a todos os meios de comunicação disponíveis?	10	6	0
Você sabia que o portador de doença mental só pode ser internado em casos extremos, quando não há outra forma de tratamento?	15	1	0
Você sabia que a internação só acontece se for determinada por médico ou pela justiça?	15	1	0
Você sabia que, caso aconteça algum acidente com o portador de doença mental, o familiar deve ser avisado em menos de 24 horas?	10	6	0
O paciente tem sigilo nas informações que ele passa ao profissional?	14	1	1
Na sua opinião, o paciente recebe o maior número de informações possíveis sobre seu tratamento?	14	2	0
O portador de doença mental participa de alguma atividade no meio em que vive?	10	5	1
O portador de doença mental já trabalhou/trabalha?	6	10	0
O portador de doença mental recebe benefício do INSS?	3	13	0

Fonte: Pesquisa de Campo (2014)

Com base na lei 10.216/2001 que estabelece os direitos dos portadores de transtornos mentais, foram criadas as questões de 1 a 9, com o objetivo de

coletar informações trazidas pelos próprios usuários do CAPS. Conforme os dados adquiridos nas primeiras questões, a grande maioria dos usuários afirma ter o tratamento digno e respeitoso que a lei estabelece. Diante disso, observa-se que cada profissional leva em consideração a necessidade individual do paciente, atendendo-o de forma que ele se sinta bem e não agrave seu quadro, fazendo com que o tratamento se desenvolva com maior sucesso.

Por conseguinte, nas questões relativas a internação (3, 5 e 6), a grande maioria dos familiares responderam que reconhecem o direito do portador de transtorno mental e a forma como deve ocorrer a internação do paciente. O conhecimento dos familiares referente aos métodos da internação (gravidade extrema da doença, ordem médica ou judicial) evita com que o paciente seja impulsionado a uma internação desnecessária, bem como colabora para uma maior segurança do doente em relação ao seu direito de lazer e contato social.

Contudo, ainda é possível verificar dois pontos que obtiveram um maior número de respostas negativas que os demais. Trata-se das questões 4 e 7, as quais consistem em informação de direito ao familiar/paciente. A primeira é referente ao acesso aos meios de comunicação por parte dos doentes, já a segunda refere-se ao direito dos familiares de serem avisados num prazo de 24 horas, caso ocorra algum incidente com o doente, o que dificulta o contato dos familiares com os doentes enquanto estes estão internados ou abrigados numa residência terapêutica.

Ao que concerne as informações prestadas aos profissionais, a maioria dos usuários do CAPS afirmaram que percebem sigilo nas informações prestadas e acreditam receber o maior número de informações possível, o que acarreta maior confiança na relação paciente/profissional, visto que a confiança é um dos fatores mais importantes para a intervenção médica, colaborando para que o paciente se sinta livre para expor ao profissional suas particularidades, essenciais ao desempenho do tratamento.

Em relação as atividades dos pacientes, pouco mais da metade dos

entrevistados responderam que o paciente participa de alguma atividade social, porém, só seis já trabalharam ou trabalham. Para um portador de transtorno psiquiátrico, as atividades sociais são a base para que eles conquistem uma vida em harmonia com o meio que o cerca, portanto, é de suma importância para um doente mental a prática de atividades sociais, que facilitam o desempenho do mesmo numa vida fora dos consultórios médicos e hospitais.

Referente ao recebimento de benefício do INSS, percebe-se que somente três usuários recebem algum tipo de auxílio, porém os usuários e familiares não possuem dificuldade financeira em relação ao tratamento, visto que o mesmo, bem como os medicamentos, são oferecidos pela rede pública de saúde.

Todavia, conforme os dados informados pelos usuários, é perceptível a qualidade da assistência prestada pelo CAPS da cidade de Brusque, ao passo que o trabalho é realizado com a observância dos direitos dos doentes.

Por fim, foi questionado quanto ao grau de satisfação dos familiares em relação ao tratamento, conforme Tabela 06:

Tabela 02 – Questionário aplicado aos familiares

QUESTÃO	BOM	RUI M	ÓTI MO	NÃO RESPOND EU
Na sua opinião, como é o tratamento oferecido pelo CAPS?	4	0	12	1

Fonte: Pesquisa de Campo (2014)

Conforme os dados obtidos, das 16 famílias, 12 informaram que o tratamento é de ótima qualidade. Entretanto, quatro familiares acreditam numa possível melhora do serviço prestado pelo CAPS.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para compreender a eficiência do atual modelo de assistência prestada pelo Estado e para estabelecer o contato com os familiares, é importante a pesquisa de campo realizada, no qual o questionário aplicado trouxe

importantes informações. Pode-se constatar o trabalho realizado em conjunto pelo Centro de Atenção Psicossocial e as famílias, em sua maioria com renda per capita não superior a um salário mínimo, que mesmo com todos os obstáculos procuram a assistência no CAPS.

Dentre os itens pesquisados, destaca-se a questão da informação. É notável o quanto de respostas positivas foram obtidas em relação ao conhecimento dos direitos do paciente psiquiátrico. A informação é um dos alicerces do acesso à justiça e à todo o direito, sendo a base para garantia dos valores prezados pela nossa Constituição.

Por meio de uma análise geral dos questionários aplicados, o elemento mais significativo que pode ser observado é a satisfação dos familiares em relação ao atendimento prestado. É perceptível o grau de participação, de famílias que procuram assistência e participam ativamente do tratamento do familiar doente.

Exemplo disso é o voluntarismo demonstrado em participar dessa pesquisa, com a aderência de 16 famílias, demonstrando seu interesse em assuntos relacionados a doença psiquiátrica e aos Direitos de quem possui esse tipo de transtorno.

Assim, na cidade de Brusque, foi possível constatar um modelo com boa eficiência no tratamento psiquiátrico. Com a participação intensiva dos profissionais da área aliados às famílias, obtendo-se um grau satisfatório de atenção ao paciente psiquiátrico e possibilitando uma relação de respeito e inclusiva, tornando a vida do paciente como sendo o maior bem a ser resguardado e garantindo sua dignidade.

7 REFERÊNCIAS

AMARANTE, P. **Loucos pela vida**: A trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil. Rio de Janeiro, RJ: SDE/ENSP. 1995

AMARANTE, P. **Novos sujeitos, novos direitos**: O debate em torno da

reforma psiquiátrica. **Cadernos de Saúde Pública**, n. 11, p. 491-494. 1995.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.0

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação Geral da Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. **Saúde Mental em Dados 10**. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Residências Terapêuticas: o que são, para que servem**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas**. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento Nacional de Auditoria do SUS. **Avaliação dos Hospitais Psiquiátricos do Sistema Único de Saúde**, Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em 20 de outubro de 2014.

BRASIL. **Código Civil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARRARA, S. **Crime e loucura: O aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século**. Rio de Janeiro, RJ: EDUERJ/EDUSP. 1998.

CÓDIGO INTERNACIONAL DE DOENÇAS. Disponível em: <<http://www.cid10.com.br/>>. Acesso em: 30 Jul 2014.

Dados sobre usuários do CAPS. Indicadores: Sexo, Idade, Patologia. Brusque, 2013.

FANTAZIA, M.M. **Saúde mental e questão social**: Construindo o Serviço Social. Bauru: Edite nº. 17, p.149-166, 2006.

FONTANA-ROSA, J. C. **Perícia psiquiátrica**. São Paulo, SP: EDUSP. 1996.

FOUCAULT, M. **História da loucura na época clássica**. São Paulo, SP: Perspectiva. 2000.

GOFFMAN, E. **As características das instituições totais**. In E. Goffman. Manicômios, prisões e conventos (pp. 13-84). São Paulo, SP: Perspectiva. 1974

GONÇALVES, Alda Martins; SENA, ROSENI, Rosângela de. A reforma Psiquiátrica no Brasil: contextualização e reflexos sobre o cuidado com o doente mental na família. **Revista Latino Americana de Enfermagem**, março, 2001.

JORGE, Miguel R.; FRANÇA, Josimar M. F. A Associação Brasileira de Psiquiatria e a Reforma Psiquiátrica no Brasil. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 2001.

LAZURE, H. **Viver a relação de ajuda**: abordagem teórica e prática de critério de competência da enfermeira. Lisboa: Lusodidacta, 1994.

MACHADO, R. **Aos loucos o hospício**. In R. Machado. (Org.). Danação da norma: Medicina social e constituição psiquiátrica no Brasil (pp. 423-492). Rio de Janeiro, RJ: Graal. 1978.

MOURA, L. A. **Imputabilidade, semiimputabilidade e inimputabilidade**. In C. Cohen, F. C. Ferraz & M. Saúde mental, crime e justiça. São Paulo, SP: EDUSP. 1996.

MURARO, R. M. **Breve introdução histórica**. In H. Kramer & J. Sprenger (Eds.). Malleus maleficarum: O martelo das feiticeiras. Rio de Janeiro, RJ: Rosa Dos Tempos. 1997.

NASCIMENTO, Andréia de Fátima; GALVANESE, Ana Tereza Costa. Avaliação da estrutura dos centros de atenção psicossocial em SP. **Revista Saúde Pública**. n. 43, p. 8-15. 2009

NIEHBUR, Marlus. **Breve história de Brusque**. Disponível em: <<http://www.brusque.sc.gov.br/web/historia.php>>. Acesso em: 02 fev 2014.

PESSOTTI, I. **Conceito de loucura na Antiguidade**. In I. Pessotti. A loucura e as épocas. Rio de Janeiro, RJ: Editora 34. 1994.

PROJETO TÉCNICO DE IMPLANTAÇÃO DO CAPS II NO MUNICÍPIO DE BRUSQUE, 2011.

RESENDE, H. **Saúde mental**: prioridade de saúde pública? A Saúde no Brasil 1983; 3(1): 140-5.

SOUZA, N.M.A. **A família e seu espaço: uma abordagem de terapia familiar**. Ed. 2. Rio de Janeiro: Agir, 1997.