

Organizadores:

Cristhian Magnus De Marco

Magda Cristiane Detsch da Silva

Diálogos sobre Direito e Justiça

Coletânea de artigos 2020

**editora
unoesc**

© 2020 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão metodológica: Esther Arnold
Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F981c	Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina. Campus de Joaçaba Coletânea de artigos 2020 / organizadores Crithian Magnus De Marco, Magda Cristiane Detsch da Silva. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2021. 806 p. – (Série Diálogos sobre Direito e Justiça, v. 6) ISBN online: 978-65-86158-43-4 (volume 6) Modo de acesso: World Wide Web 1. Direito. 2. Justiça. I. De Marco, Crithian Magnus. II. Silva, Magda Cristiane Detsch da. III. Título. IV. Série
-------	---

Doris 341

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Ildo Fabris
Campus de Xanxerê
Genesio Téó

Pró-reitora Acadêmica
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração
Ricardo Antonio De Marco

Conselho Editorial

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
A LIVRE INICIATIVA COMO PRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA: UMA ANÁLISE SOBRE AS NOTAS TÉCNICAS Nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENAÇON E Nº 11/2019/ÇGEMM/DPDC/SENAÇON/MJ E A POSSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS POR GÊNERO NOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS DE LAZER E ENTRETENIMENTO	11
Danielle Spier Martins, Cristhian Magnus De Marco	
A PUNIÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA À LUZ DA DOCTRINA ARISTOTÉLICO-TOMISTA	37
Cleison Lucas Bonamigo	
A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA	77
Gabriela da Silva, Roni Edson Fabro	
ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA SOBRE A ORDEM URBANÍSTICA: ANÁLISE DOS PARADIGMAS JURÍDICOS UTILIZADOS	111
Rafaella Petry, Cristhian Magnus De Marco	
DIREITO AMBIENTAL: DELIMITAÇÃO PARA EDIFICAÇÃO NAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM PERÍMETRO URBANO	143
Roberta Natalia Trevisan, Ricardo Marcelo de Menezes	
DO ESTADO LEGAL-BUROCRÁTICO DE MAX WEBER À BANALIDADE DO MAL DE HANNAH ARENDT	173
Renan Peruzzolo, Márcio Giusti Trevisol	
EDUCAÇÃO DOS FILHOS: CASOS EM QUE A CORREÇÃO RESULTA EM LESÃO CORPORAL OU MAUS-TRATOS	205
Valdenize Pimentel Jubainski, Roni Edson Fabro	

EMPREGABILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA EMPRESARIAL NOS MUNICÍPIOS DE JOAÇABA, HERVAL D'OESTE, LUZERNA E LACERDÓPOLIS – SC.....237

Ana Carolina Dalpissol, Márcia Marcondes Diniz de Freitas

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A FRAGILIDADE DAS PROVAS ATRAVÉS DAS FALSAS MEMÓRIAS DESAFIANDO O PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E CONVERTENDO-SE EM UM CASO BUSCADO DE ALIENAÇÃO PARENTAL.....283

Maria Theresa Lazzari Barison, Magda Cristiane Detsch Silva

O DIREITO À MORADIA: PROPOSIÇÃO DE UM CONCEITO A PARTIR DAS DISSERTAÇÕES E TESES DESENVOLVIDAS NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO BRASILEIRO NOS ANOS DE 2018 E 2019.....319

Nadine Zambiasi, Cristhian Magnus De Marco

O DIREITO DE MORRER: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....347

Maiquiel Jeferson Antunes, Roni Edson Fabro

OUTORGA DA ÁGUA NO BRASIL E A AGRICULTURA IRRIGADA.....381

Angela Cristiane Hüther Zambão, Ricardo Marcelo de Menezes

PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL: UMA VISÃO CRÍTICA ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA E OS IMPACTOS DA CLÁUSULA DE BARREIRA INSTITUÍDA PELA EC 97/2017.....423

João Ricardo Spagnol, Hewerstton Humenhuk

POLÍTICA ECONÔMICA: LIBERDADE OU INTERVENCIÓNISMO?.....439

Henry Ubial Pereira, Thiago Pires Canal

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: OBSERVAÇÕES SOBRE AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA, ALEMÃ, BRITÂNICA E JAPONESA.....477

Jeferson Minella Bauer, Roni Edson Fabro

PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NO REGISTRO DE IMÓVEIS.....503

Natália Pergher, Ricardo Hack

PROCESSO DE ADOÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PREFERÊNCIA DE MEDIDAS REPARATÓRIAS ALHEIAS À INDENIZAÇÃO NA DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E/OU ADOLESCENTES539

Marina Muenchen Renosto, Gisele Dall'Igna Dallorsoletta

REALIDADE E DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DA COLETA SELETIVA NA REGIÃO DA AMPLASC: UM DOS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS573

Thaís Grassi Spiazzi, Ricardo Marcelo de Menezes

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO MEIO DE EVITAR A GENTRIFICAÇÃO.....611

Matheus Eduardo de Mello Wehrli, Cristhian Magnus De Marco

TUTELA PENAL DA ORDEM URBANÍSTICA: SUA IMPORTÂNCIA E ANÁLISE DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TJ/SC647

Fernanda da Silveira, Cristhian Magnus De Marco

A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA INTEGRADA E DESCENTRALIZADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE687

Rachel Lopes Queiroz Chacur

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E O DIREITO À CONVIVÊNCIA: MEDIDAS E GARANTIAS709

Ângela DaltoéTregnago, Edenilza Gobbo, Thaís Janaina Wenczenovicz

DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E OS POVOS INDÍGENAS.....745

Marlei Angela Ribeiro dos Santos, Thaís Janaina Wenczenovicz

PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (2014-2024): POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL PARA O CUMPRIMENTO DA META 12 E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE EDUCAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR.....763

Renan Eduardo da Silva

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ESCOLHA DE CARACTERÍSTICAS FÍSICAS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA783

Janaína Reckziegel, Wilson Junior Cidrão

APRESENTAÇÃO

Desde 2014 estamos organizando anualmente a Coletânea "Diálogos sobre Direito e Justiça". É muito gratificante organizar um e-book que é fruto de intenso trabalho de pesquisa, orientação e construção de conhecimento. Acompanhar o envolvimento dos alunos com seus professores orientadores na busca de um melhor recorte temático, de uma melhor metodologia para responder o problema de pesquisa, gera uma sensação ótima de vida acadêmica vibrante na Universidade.

Ainda estamos no começo de uma caminhada universitária promissora. A implantação dos programas de pós-graduação *stricto sensu*, na Unoesc, completou mais uma importante etapa com a aprovação do Doutorado em Direito. Abrem-se novas portas para a pesquisa de alto nível, para a busca de fomento e maiores possibilidades para bolsas, atividades de iniciação científica e educação continuada.

Nesta Coletânea reunimos os mais destacados trabalhos de curso, escolhidos pelos professores orientadores. Muitos outros mereceriam estar presentes nesta publicação, porém, para não deixar o e-book mais extenso do que já está, optamos por limitar o número de trabalhos.

Assim como nas edições anteriores, mantivemos nesta coletânea, uma seção para trabalhos de alunos, professores e convidados do Programa de Pós-graduação em Direito PPGD. Esta possibilidade aumenta a sempre energizante integração da graduação com a pós-graduação.

Desejamos a todos uma ótima leitura.

Os organizadores.

**ARTIGOS ELABORADOS POR
DISCENTES E DOCENTES
DO CURSO DE GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA UNOESC,
CAMPUS JOAÇABA**



A LIVRE INICIATIVA COMO PRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA: UMA ANÁLISE SOBRE AS NOTAS TÉCNICAS Nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/ SENACON E Nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ E A POSSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO DE PREÇOS POR GÊNERO NOS ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS DE LAZER E ENTRETENIMENTO

Danielle Spier Martins¹
Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

O presente estudo traz uma análise atual e concreta sobre as notas técnicas emitidas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, na qual a nota nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON decidiu pela ilegalidade na diferenciação de preços entre homens e mulheres no setor de lazer e entretenimento, e a nota nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ veio para atualizar aquela, dizendo que não há fundamentos legais para definir como ilegalidade tal atividade. Na argumentação trazida nas notas está em pauta o direito do consumidor e princípios constitucionais fundamentais como: Isonomia, dignidade da pessoa humana e livre iniciativa. Debatem também sobre a diferenciação por gênero e utilização da mulher como instrumento de atração sexual. O artigo terá seu enfoque na análise de ambas notas, debatendo o porquê de serem antagônicas, sendo que partem do mesmo lugar e em um tempo tão curto. Primeiramente, será resgatado um breve histórico sobre a diferenciação por gênero, e em seguida será feita uma análise sobre a Ordem Constitucional Econômica apregoada na Constituição Federal de 1988 sendo pontuado o embate entre a livre iniciativa e a intervenção Estatal. Durante o artigo, também serão trazidos sintéticos comentários sobre os princípios constitucionais em colisão, aliados a proporcionalidade e ponderação como forma de resolução de conflitos.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. E-mail:daniellespier@hotmail.com.

² Professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc – Mestrado e Doutorado. Pós-doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC, cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

Palavras-chave: Diferenciação de preços. Igualdade de gênero. Relações de Consumo. Defesa do Consumidor. Livre iniciativa.

1 INTRODUÇÃO

A principal questão que será tratada neste artigo é a análise das notas nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON e nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, a luz de uma visão econômica do direito (BRASIL, 2019a). A primeira nota foi publicada em 2017 e em seu teor há repúdio ao ato das boates e casas noturnas utilizarem da diferenciação de preços nos ingressos em função do gênero, como estratégia de marketing para lotar o local. A argumentação foi fundamentada nos princípios constitucionais da isonomia e dignidade da pessoa humana, justificando que tal diferenciação fere a imagem da mulher e a destaca como objeto de atração sexual.

A outra nota em questão, foi publicada em 2019, como uma forma de atualizar o disposto na nota citada anteriormente, visto que em seu texto é destacado a falta de argumentos jurídicos para considerar tal ato como errôneo. Em seu teor informa que não há no Código de Defesa do Consumidor nenhuma norma expressa para proibi-lo e ainda, utiliza da analogia quando compara este caso concreto com a diferenciação por gênero utilizada também na previdência social, de forma legal e constitucional (BRASIL, 1990).

Será discutido até onde o direito do consumidor pode legislar e onde o Estado pode interferir na iniciativa privada. E para debater sobre o tema é necessário buscar na Constituição Federal o embasamento. Primeiramente ela traz no artigo 5º, inciso XXXII, e em seguida no artigo 170, V, que o Estado promoverá a defesa do consumidor. No mesmo artigo 170, mas desta vez no inciso IV traz a livre iniciativa como princípio geral da atividade econômica, sendo fundada na valorização do trabalho humano, fundada na dignidade humana e na justiça social.

O interesse no assunto deste artigo parte do fato de o Ministério da Justiça e Segurança Pública modificar totalmente sua visão no período curto

de dois anos, quando em 2019 resolveu publicar nota atualizando a nota publicada em 2017. Diante disso, fica a pergunta, qual a razão da mudança de opinião tão drástica em tão pouco tempo, sendo rebatidos e ratificados todos os argumentos utilizados anteriormente?

Além deste impasse a ser discutido, o artigo também abordará o estudo da ordem constitucional econômica baseada na Constituição de 1988. Serão abordados o impacto que tal decisão tem sobre a economia e até onde vai a interferência do poder público no setor econômico, assim como o respeito a livre iniciativa. Esta interferência quando necessária para impedir ou punir atividades econômicas abusivas é muito bem utilizada, entretanto, deve ser cautelosa, pois pode interferir na maneira do empresário vender seu produto de forma eficaz e legal, devendo sempre ser revisto e analisado com cuidado.

Quando foi publicada a nota 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON, proibindo a diferenciação de preços por gênero, não foi bem vista por inúmeros investidores e até mesmo magistrados, que vem obtendo decisões diferenciadas (BRASIL, 2017). Estes descontentamentos e pensamentos diferenciados instigaram a propositura desta pesquisa acadêmica, visto que além do tema ser atual, observa-se que ainda há muito sobre o que se discutir sobre ele no mundo jurídico, e com a publicação da nota nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, vindo de encontro com uma visão mais liberalista, ficou claro que este assunto renderá muitos debates (BRASIL, 2019a).

O método utilizado é o dedutivo, pois o estudo foi realizado através de leitura e análise de livros, artigos, legislação, e analogia. A legislação e a doutrina serviram para dar uma direção jurídica à pesquisa acadêmica, visto que traz em seu bojo a questão teórica sobre o assunto. Os entendimentos de magistrados foram úteis para observação de casos análogos. Além dos sites e revistas eletrônicas que carregam informações sobre o assunto e opinião de outros autores.

O tema deste projeto é variável, pois, como dito acima, em dois anos já houve nova decisão sobre o tema, e isto tende a acontecer muito mais, visto

que é uma questão bem recente. Acredita-se que futuramente, em um futuro não muito distante, o assunto poderá tornar-se tema de jurisprudência, na qual decidirão por legalizar ou não a prática, pois já há juízes de 1º grau que tem entendido de forma diferenciada da nota de 2017 e permitindo que bares e casas de show apliquem esta prática de mercado sem impedimento ou sanção.

Na seção nº 1 será realizado um breve relato sobre a discriminação por gênero na história da humanidade, trazendo para o leitor uma noção sobre essa causa, e porque é um assunto tão debatido e cuidadosamente abordado atualmente, sendo destacado, inclusive, nos primeiros artigos da Constituição Federal, como no artigo 5º, inciso I.

Na seção nº 2, será feita uma análise minuciosa de cada uma das notas, trazendo a fundamentação e argumentação de cada uma, e mostrando o porquê da mudança brusca de ideia da primeira para a segunda nota. Na seção nº 3, em complemento anº 2, serão superficialmente apontados os princípios em colisão nas notas técnicas, sendo eles os princípios da isonomia juntamente com a dignidade da pessoa humana, em contraposição ao princípio da livre iniciativa.

Já a subseção 3.1, trará o princípio da proporcionalidade e ponderação como uma forma de chegar a uma resolução deste conflito de ideias. Entretanto, o assunto da seção 3, baseado em Direitos Fundamentais, é uma matéria complexa, e que deve ser minuciosamente estudada, de forma aprofundada e detalhada. Entretanto, neste artigo, este tópico se aterá apenas em pontos superficiais, pois foi tratado na nota e merece ser citado.

Na seção nº 4, será trazido um embate constitucional entre a ordem econômica e a igualdade de gênero. A própria nota de 2019 traz a visão sobre uma análise econômica dos fatos, então, nada melhor que comentar detalhadamente sobre esse assunto, trazendo uma análise científica sobre o caso. Afinal, um dos objetivos principais deste artigo é trazer uma visão econômica da questão para os estudiosos do direito, a fim de demonstrar o

peso que o direito possui quando tende a decidir sobre uma questão sócio-econômica como esta.

A seção nº 5, virá para complementar o anterior, trazendo uma análise mais econômica do Direito, onde falará sobre o embate entre o princípio da livre iniciativa e o intervencionismo do estado. E por fim, a conclusão sobre tudo que foi estudado, chegando a uma análise bem ampla e fundamentada.

2 HISTÓRICO SOBRE A DISCRIMINAÇÃO POR GÊNERO E SUA VEDAÇÃO

A história mostra que antigamente as mulheres eram tratadas de forma discriminatória, sendo que possuíam poucos direitos. Elas deveriam ser submissas, e muitas vezes nem podiam sair desacompanhadas dos seus maridos. Não tinham direito a opinar, não podiam votar, não podiam dirigir, nem exercer profissões, que na época eram direcionadas apenas para os homens. Esse pensamento fixou-se no mundo ocidental, seja por motivos religiosos ou culturais. Em resumo, a mulher era vista como ser inferior ao homem.

Na Grécia a mulher não era considerada livre e nem cidadã, desde pequena era ensinada a servir ao homem, reproduzir e ser basicamente propriedade, primeiro do pai e depois do marido. Essa mentalidade advinda de crenças e mitos da época formaram a maneira de pensar de incontáveis gerações (AMANTE, 2014, p. 12).

A partir do século XX, grupos de mulheres começaram a se impor e exigir seus direitos, e isso repercutiu tanto que muitos direitos foram passados a elas. Hoje em dia a situação está totalmente diferente, este tema está disposto nas ciências sociais, antropologia e também no direito, principalmente quando a Constituição Federal Brasileira, prevê no art 5º, inciso I que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

Segundo notícia publicada na imprensa do Tribunal Regional Eleitoral – PR (TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL, 2018, p. 1), o dia 24 de fevereiro

é considerado o dia da conquista do voto feminino no Brasil. A luta pelo direito de voto iniciou em 1891, mas apenas em 1932 o voto foi assegurado. Em 1933 foi a primeira vez que as mulheres votaram em âmbito nacional, e com a Constituição de 1934 o voto feminino foi devidamente assegurado constitucionalmente. O impacto foi tão grande que hoje em dia as mulheres ultrapassaram os homens em número de eleitores e já são maioria votantes no país.

Entretanto, apesar do direito da mulher estar amparado na legislação, ainda há discriminação diante da cultura e costumes, sendo que na prática ainda existem casos de diferenciação por sexo. É o que se observa no mercado de trabalho, quando em praticamente todos os setores as mulheres ganham salários menores que os homens, ou ainda, quando a mulher conquista grandes cargos, mas não recebe o mesmo mérito que o homem.

Como dito anteriormente, o artigo 5º, I da Constituição Federal de 1988, afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O objetivo do texto constitucional é diminuir os desníveis de diferenciação em razão do sexo. Isso ficou muito explícito também com o art. 7º, inc XXX, da CF/88, quando buscou acabar com a diferenciação de funções e salários entre homens e mulheres (MORAES, 2015, p. 35-36).

A preocupação com a discriminação por gênero não é de hoje, tanto que vem sendo discutido até mesmo pela Organização Das Nações (ONU) há muito tempo. O próprio Congresso Nacional aprovou em 1979 a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, sendo apensa por cópia no decreto nº 4.377 de setembro de 2002.

É diante de toda essa repercussão, e de todos esses direitos conquistados e protegidos para a mulher, é que são levantadas questões como esta, abordada nas Notas. E são discussões muito válidas e interessantes, pois demonstram a preocupação do poder público em evitar essa discriminação.

Mas não é de se admirar que as reclamações não tenham chegado até o Ministério da boca de mulheres, apenas, pois segundo a nota, alguns homens deram seus depoimentos sendo contra a diferenciação de preços, pois se sentiam usados pelas casas de entretenimento. Também será visto os argumentos utilizados na segunda nota para atualizar e de certa forma reformar o que foi escrito na nota de 2017.

Em seguida, serão comparadas as duas notas e analisado no que o Ministério da Justiça baseou-se para chegar a conclusão da ilegalidade da diferenciação de preço, sendo que utilizou-se de artigos da Constituição e até mesmo do Código do Consumidor. Além do mais tratou a questão como algo totalmente voltado para a ideologia de gênero, muito discutida atualmente, sendo uma pauta extremamente polêmica.

3 ANÁLISE SOBRE AS NOTAS TÉCNICAS Nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON E Nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ

A nota técnica nº 2/2017/GAB-DPDC/DPDC/SENACON foi emitida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública em 2017, e em seu teor iniciou sua ementa baseado no argumento de que a mulher tem sido usada como marketing sexual, colocando-a em situação de inferioridade (BRASIL, 2017). Disse também ser uma prática comercial abusiva, que afrontava os princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana. Em seguida utilizou o processo nº 0718852-21.2017.8.07.0016 de 6 de junho de 2017, com decisão da MM. Juíza Caroline Santos Lima, do Juizado Especial e do CEJUSC de Brasília, como argumento favorável a proibição da prática de diferenciação de preços por gênero.

Fato é que não pode o empresário-fornecedor usar a mulher como 'insumo' para a atividade econômica, servindo como 'isca' para atrair clientes do sexo masculino para seu estabelecimento. Admitir-se tal prática afronta, de per si, a

dignidade das mulheres, ainda que de forma sutil, velada. Essa intenção oculta, que pode travestir-se de pseudo-homenagem, prestígio ou privilégio, evidentemente, não se consubstancia em justa causa para o discrimen. Pelo contrário, ter-se-á ato ilícito (TJ-DF CEJUSC-JEC, nº 0718852-21.2017.8.07.0016, CAROLINE SANTOS LIMA, Data de Julgamento 06/06/2017, 4º Juizado Especial Cível de Brasília) (BRASÍLIA, 2020).

Foi citado, também, que o assunto foi pauta do programa “Fantástico” da emissora Globo e ainda traz comentários de consumidores sobre como acham desrespeitosa essa prática, tanto para a mulher, que seria vista como objeto de atração sexual, como para o homem, que se sente usado para fins comerciais. Posteriormente, fundamentou seu argumento no princípio da isonomia, presente no artigo 5º da Constituição, e em seguida citou o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso I, trazendo como base o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

A fundamentação foi baseada nos termos do art. 3º, incisos I, II, III, VII, X, XII do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, e ainda citou Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal.

A correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do discrimen sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher, aceitando-o, porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis. Consequentemente, além de tratamentos diferenciados entre homens e mulheres previstos pela própria constituição (arts. 7º, XVIII e XIX; 40, §1º; 143, §§ 1º e 2º; 201, §7º), poderá a legislação infraconstitucional pretender atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo (MORAES, 2015, p. 39).

Ainda, foi fundamentado no artigo 9º, inciso VII do Decreto nº 5.903/2006, quando diz que usar o mesmo produto com valores diferentes é ato infracional ao direito do consumidor. Utilizou-se também dos artigos 37, §2º do Código do Defesa do Consumidor, sobre a publicidade discriminatória e o art. 39 do mesmo como exemplo meramente exemplificativo sobre desrespeitar as normas legais (BRASIL, 1990).

Já a nota nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENAACON/MJ foi publicada com o objetivo de atualizar a nota de 2017 e realizar uma abordagem econômica dos fatos. Esta trouxe em seu conteúdo o argumento de que esta prática, de diferenciação por faixa etária ou gênero, é utilizada em outros setores da economia, como por exemplo, seguros e planos de saúde. Nos seguros de carro, por exemplo, quanto mais jovem o segurado, mais caro se torna (BRASIL, 2019a).

Da mesma forma ocorre nos planos de saúde, a diferença de idade afeta veementemente os valores, mas desta vez quem paga mais caro são os mais idosos, pois quanto mais idade o segurado possui, mais caro o plano se torna, devido a maior necessidade que o ser humano possui em precisar de auxílio médico e tratamentos de saúde com o passar do tempo.

Na previdência social é mais claro ainda de observar essa mesma questão, pois a mulher pode se aposentar com menos idade e menos tempo de contribuição que o homem. E nota-se que em nenhum dos casos citados há debates sobre o assunto, ou sendo julgado ilegal. Conforme explicado na Nota Técnica, políticas de inclusão tem por base a diferença, seja de raça, cor ou gênero, desde que seja para beneficiar o cidadão.

Ainda, rebate o fundamento usado no artigo 9º, inciso VII do Decreto nº 5.903/2006, pois apesar do artigo vedar a prática de cobrança diferente no mesmo produto, nada fala sobre os descontos, ou seja, há uma lacuna na lei. E não resta claro, se pode haver descontos diferentes, deixando assim o mesmo produto com valores distintos para cada pessoa, variando conforme o cupom.

Ademais, outro argumento usado é que, na nota de 2017 não foi embasada em elementos fáticos, mas apenas no fato do preço ser distinto, e esta simples diferenciação não leva a desigualdade de tratamento por gênero. E ainda, utiliza do mesmo artigo (37, parágrafo 2º do CDC) para configurar a publicidade abusiva como ato infracional, e para desconfigurar a diferenciação de preços como tal, pois afirma que esta não tem conexão

com a publicidade. E completa, afirmando que o Ministério Público Federal, como em decisão judicial, ambas proferidas no âmbito da Ação Civil Pública nº 1002885-82.2017.4.3500 possuem o mesmo entendimento.

Além disso, afirma que o estabelecimento comercial pode analisar seu público e segmentar seus consumidores, a fim de realizar maior venda de seus ingressos. Sabendo que existe a possibilidade de alguns não comprarem o produto por ser mais caro, enquanto a grande parcela irá comprar, favorecendo seu estabelecimento. E afirma que, de forma alguma esta prática incita a discriminação ou transforma a mulher em um produto, sendo apenas uma jogada de marketing.

Em resumo, na nota de 2017, é discutido como a mulher se torna objeto de publicidade abusiva, e neste caso sim, é passível de punição. Já a venda dos ingressos com preços diferentes para públicos diferente, segundo a nota de 2019, não é punível, como já foi dito acima. Explica que a publicidade abusiva é uma questão e o preço diferenciado outra, pois em nenhum momento ficou verificado que os proprietários desses estabelecimentos tinham por objetivo degradar a imagem da mulher.

A conclusão a que a nota técnica chegou foi que não há regra no Código de defesa do consumidor proibindo tal prática.

Não foi identificada nenhuma regra expressa no CDC proibindo o preço diferenciado a clientes. Assim, a prática comercial de cobrança de valores distintos para gêneros diversos somente poderia ser proibida – em afronta aos princípios constitucionais da legalidade e da livre iniciativa –, caso se entendesse, em uma ponderação de princípios de natureza constitucional, que o princípio da igualdade de gênero teria preponderância no caso concreto aos demais princípios constitucionais antes citados. Sem essa ponderação principiológica, não há fundamentos jurídicos para se interferir na liberdade do comerciante, nem na liberdade dos consumidores que decidirem boicotar locais de entretenimento menos afinados com sua ideologia, por se serem lesados por prática supostamente inconstitucional (BRASIL, 2019a, p. 3-4).

Por fim, observa-se que a atualização feita por esta nota, é também uma forma de ratificar o que foi argumentado na nota de 2017, pois buscou rebater todos os argumentos usados e mostrou de forma clara que essa prática não era mais considerada proibida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública. Além de ter feito uma análise sócio-econômica sobre o assunto, deixando claro seu parecer.

4 COLISÃO DE PRINCÍPIOS: ISONOMIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA *VERSUS* LIVRE INICIATIVA

Nesta seção, será apresentado o problema em questão, sendo trazidos argumentos embasados nos estudos feitos em doutrinas escritas por grandes juristas e pensadores, buscando entender se os princípios seguem uma hierarquia, ou se todos estão na mesma linha de importância. E entender qual será a melhor maneira de chegar a uma possível solução.

Na nota técnica de 2017, é trazido como argumento, para defender a ilegalidade da diferenciação de preços por gênero, a afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, justificando que o preço diferenciado, trazia discriminação a mulher, sendo uma prática abusiva. Ocorrer que aqui, observa-se então, o choque de princípios constitucionais, já citados acima, em relação ao princípio da livre iniciativa (BRASIL, 2017).

Além disso, a nota de 2019 traz a tona a realidade sobre as diferenças existentes, em que pessoas em situações diferentes possuem tratamentos diferentes, mas de forma alguma é visto como discriminação, mas sim, como vantagem. Como por exemplo, as cotas para negros e deficientes, as filas preferenciais para idosos, gestantes e mães com criança de colo. Todos esses casos deixam claro, que há sim tratamento diferente, mas de forma a beneficiá-los.

De acordo com Novais, os direitos fundamentais são garantias jurídico-constitucionais que foram elevadas a normas constitucionais, conferindo-lhes uma supremacia de natureza jurídica. Sendo comparada a uma garantia

forte, na qual quem possui, tem grande trunfo em mãos. Afirma também, que “os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado.” (NOVAIS, 2012, p. 17-18).

Pra entender da melhor forma os princípios aqui discutidos é importante partir do gêneses. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o doutrinador, Novais, declara que, os dois princípios que a fundaram são: a igual importância objetiva intrínseca da vida de cada um e, princípio da responsabilidade pessoal de cada um pelo sucesso da própria vida (NOVAIS, 2012, p. 19-20).

Novais ainda afirma que só é possível haver um Estado de direito onde há democracia, e isso ele deixa bem claro em suas teses:

Desde logo, sem garantias dos direitos políticos (só plenamente realizáveis em democracia) o sentido actual da dignidade da pessoa humana e da consequência titularidade universal de direitos fundamentais ficaria amputado de uma sua dimensão essencial, a da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e a da consequência igual possibilidade da sua livre participação da tomada de decisões da comunidade (NOVAIS, 2012, p. 21).

De acordo com Moraes (2015, p. 35-36), o princípio da igualdade, previsto na Constituição Federal de 1988, veda absurdos, de forma que tratamentos desiguais em casos desiguais devem ser tratados de maneira justa em casos específicos. Este princípio é destinado tanto ao legislador quanto ao intérprete que deve cumprir a lei da forma como está prevista.

Segundo Sarlet (2011, p. 131-138), o princípio da dignidade da pessoa humana não constitui apenas um dever de abstenção ao Estado, mas implica também de forma positiva, para que promova ações de incentivo ao desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Neste sentido, observa-se que as entidades privadas e os particulares estão plenamente vinculados a este princípio, devendo respeito e proteção a dignidade da pessoa humana.

A respeito da dignidade da pessoa humana, Culleton destaca que existem três perspectivas para associar as ideias de ser humano, pessoa e dignidade. A primeira traz a ideia de que não há diferença entre humano e pessoa, sendo influenciada pela corrente vitalista; o segundo conceito defende o pensamento de que para ter dignidade basta pertencer a espécie humana não há necessidade de estar incluído em um grupo social; e por fim a perspectiva de que somente as pessoas tem direito a dignidade, ou seja, aqueles que gozam de pleno exercício das capacidades humanas (CULLETON, 2009, p. 67-69).

A Constituição entendeu que os direitos fundamentais merecem proteção máxima e estável, impondo ao Estado o dever de cumpri-los e respeitá-los. Sendo direitos que garantem individualmente acesso a bens e princípios. Primeiramente foram entendidos como Direito liberal, prezando pela não interferência na vida particular e na liberdade do indivíduo, mas também, devem proteger e evitar abusos a esses mesmos particulares (NOVAIS, 2010, p. 255-256).

4.1 O USO DA PROPORCIONALIDADE E PONDERAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA A RESOLUÇÃO DO CONFLITO

Em termos de importância esses princípios estão no mesmo grau, não tem como falar em hierarquia entre eles. Além disso, esses três princípios constitucionais, analisados acima, são bases do direito do consumidor, ou seja, estão em um mesmo peso. É também o que afirma, Alexy, em seu livro: Teoria dos Direitos Fundamentais.

O autor explica que a solução para a colisão de princípios depende da observação do caso concreto, visto que dependendo o caso um princípio tem preferência sobre o outro, ou seja, um deve ceder ao outro. Entretanto, é imperioso frisar que isso não o torna um princípio inválido, o detalhe está

apenas no peso que cada um vai ter na hora de analisá-lo ao caso concreto (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Para haver uma solução de conflitos de princípios deve-se olhar para o caso concreto, e para a situação a que esta sendo aplicado, e só então, chegará a um consenso de qual princípio deve ser colocado em destaque em relação aos outros, entretanto, os demais que não forem aplicados não serão invalidados ou excluídos, apenas deve ser feito um sopesamento, é o que explica Alexy:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, 'no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais' (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A proporcionalidade se subdivide em três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, nesta ordem. Importante destacar, que é crucial seguir esta ordem, visto que a utilização dessas três regras não são obrigatoriamente em conjunto, são utilizadas de forma subsidiária. Ou seja, quando não é resolvido o conflito com o uso da adequação, utiliza-se a necessidade, e se ainda assim não resolvido o caso, será então, utilizado a proporcionalidade em sentido estrito (AFONSO DA SILVA, 2002).

Já Neurer afirmar que, quanto as relações de prioridade, os direitos fundamentais precedem ao direito privado, entretanto, a tese da disparidade defende a ideia de que ambos estão lado a lado e não constroem um sistema hierárquico. Já a tese da identidade implica na ideia de que os valores fundamentais privados foram absorvidos pela Lei Fundamental, e portanto, há congruência entre eles (NEURER, 2007, p. 218-222).

Ainda, segundo o autor, o princípio da proporcionalidade tem grande importância para a resolução de conflitos constitucionais, e esta intimamente ligado ao princípio da isonomia o qual é equilíbrio ao princípio da dignidade da pessoa humana. No caso de colisão de honras, de liberdade de expressão, ou de liberdade, quem dá a devida direção é o princípio da dignidade a luz da isonomia (NOVAIS, 2010, p. 65-72).

Há divergências doutrinárias sobre o princípio da igualdade, se é ou não um princípio subjetivo, entretanto, acolhendo-a como princípio subjetivo, pode ocorrer as chamadas colisões, "Tais colisões ou conflitos suscitam eventualmente intervenções de ponderação e otimização que podem obrigar a restringir ou reduzir as possibilidades jurídicas e fáticas decorrentes do princípio da igualdade" (CANAS, 2014, p. 17)

Tanto o princípio da igualdade como da proporcionalidade são considerados *prima fácies*. Entretanto são independentes entre si, visto que uma situação pode ferir o princípio da igualdade e não ferir o da proporcionalidade e vice-versa. Ou ainda, ir contra ambos. A questão é que o Judiciário já utilizou de casos em que sacrificava um princípio em prol do outro, para beneficiar o interesse público (CANAS, 2014, p. 18). É o que pode ocorrer no caso concreto, quando terá de ponderar um princípio em prol de outro, para obter um bem maior, a favor da iniciativa privada.

Os direitos fundamentais possuem em sua própria natureza uma reserva geral de ponderação, pois independente da forma constitucional a que são submetidos, tendem, em casos concretos, a ceder lugar a direitos, bens ou princípios diversos, que no momento que esta sendo pesado, é maior e merece ser destacado, sendo passíveis igualmente de proteção. Ou seja, todos os direitos são limitáveis, pois quando necessário ao caso concreto pode acontecer de terem que ceder para outro direito (NOVAIS, 2012, p. 71).

Através do Estado de Direito social e democrático, e das normas constitucionais de direito fundamental, cabe ao Estado o poder de proteger os direitos em si e promovê-los para a sociedade. Para isso utiliza-se como

instrumento a ponderação, mas também existem inúmeras outras formas do Estado promover o cuidado e fruição dos direitos fundamentais (NOVAIS, 2012, p. 93).

5 O EMBATE CONSTITUCIONAL ENTRE A ORDEM ECONÔMICA E A IGUALDADE DE GÊNERO

É baseado neste inconformismo e contradições de julgamentos que este artigo está sendo desenvolvido. A princípio será abordado sobre a Ordem Constitucional Econômica e como a Constituição defende o princípio da livre iniciativa ou livre concorrência, sempre sendo baseada na isonomia e dignidade da pessoa humana. Estes princípios nunca foram separados ou deixados de forma a um ser empecilho para o outro.

A Ordem Constitucional Econômica apregoada na Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo todo um capítulo sobre os princípios gerais da atividade econômica, nele está destacado no artigo 170, inciso II e IV o princípio da propriedade privada e da livre concorrência.

Em 20 de setembro de 2019 foi publicada a Lei 13.874 sendo esta uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, resta claro em seu artigo 2º, I, II, III, IV e art. 3º, V;

Art. 2São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I –a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II – a boa-fé do particular perante o poder público; III –a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV –o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Art. 3São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: V –gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário (BRASIL, 2019b).

Resta claro, a preocupação do poder público em sanar conflitos e proteger a liberdade econômica do empreendedor brasileiro. Esta lei publicada em 2019 é extremamente recente e de suma importância para este trabalho, visto que só mostra o quanto este assunto é atual e concreto e deve ser veementemente discutido.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor deve ser analisado a luz dos princípios constitucionais para fins de melhor interpretação e aplicação. Os principais são: o princípio da dignidade da pessoa humana, atuando como princípio fundamental; princípio da liberdade, na qual está atrelado a livre iniciativa privada do empreendedor, mas também a liberdade de compra do consumidor; o princípio da isonomia, que agrega valor ao direito do consumidor na área de proteção da vulnerabilidade deste; e por fim o princípio da publicidade (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 43-45).

O liberalismo nasceu intimamente ligado ao constitucionalismo, trazendo um novo modelo de Estado. Aos poucos este liberalismo aproximou-se da democracia, surgindo então, uma ordem econômica baseada na livre iniciativa e no mercado. No final do século XX iniciou o então chamado liberalismo igualitário, embasado nos mesmos princípios, mas que tem sua liberdade restrita, sendo necessária intervenção do Estado quando necessário, reconhecendo o direito a um mínimo existencial (BARROSO, 2018, p. 71).

Quando se observa o direito do consumidor e a livre concorrência é essencial notar que o interesse do consumidor é discernimento para definir se determinada atividade é ou não adequada, servindo de limite. Diante disso, há duas visões sobre o assunto: o primeiro reconhece que a livre concorrência tem como fim o bem estar do consumidor, e a segunda determina seu sentido e aplicação (MIRAGEM, 2016, p. 104).

Miragem (2016, p. 152-153) aborda em seu livro sobre a harmonia das relações de consumo, na qual está prevista no art. 4º, III, do CDC.

Essa harmonização está relacionada aos interesses do fornecedor e do consumidor, que devem agir de boa-fé, a fim de satisfazer a relação de consumo e por fim extinguir a obrigação que adquiriram.

O código de defesa do consumidor traz como direito, a proteção contra publicidade, práticas e cláusulas enganosas, abusivas ou impostas, o qual está ligado a concorrência desleal que pode prejudicar o consumidor. É dever do fornecedor aplicar a seus negócios a maior transparência possível, agindo de boa fé e garantindo ao consumidor o prometido em seus anúncios (ALCANTARA, 2017, p. 132).

6 EMBATE ENTRE LIVRE INICIATIVA E INTERVENÇÃO ESTATAL

É importante destacar que, o Estado interfere na Ordem Econômica, pois do contrário não haveria ordem em si. Entretanto, esta intervenção deve ser de forma a restringir ações abusivas e prejudiciais à economia e ao consumidor, protegendo os direitos de todos. É de conhecimento geral que para investir em um negócio no Brasil é necessário pagar diversos tributos, e passar por algumas burocracias impostas pelo fisco. Portanto, é preciso planejamento e estratégias de marketing para impulsionar as vendas.

A Constituição Federal de 1988 destaca que: "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."(BRASIL, 1988).

Importante frisar que houve insatisfação dos empresários quanto a esta intervenção em concreto, tanto que em 2018 a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes seccional de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública n. 5009720-21.2017.4.03.61 perante a 17ª Vara Cível de São Paulo (FERNANDES, 2017), alegando que a proibição da diferenciação de preços feria a livre iniciativa, e por fim, seu pedido foi deferido.

Os direitos fundamentais passam a ser garantias positivas para a atuação da liberdade, a partir do momento que o Estado passa a não atuar somente como “não intervencionista da esfera pessoal, mas para garantir liberdade à pessoa privada de exercer seus direitos, ou seja, o Estado passa a ter uma postura ativa e não mais abstencionista” (FERNANDES, 2017, p. 335).

Observa-se que quando o país está em uma recessão econômica o poder público tende a olhar mais para uma visão economia do Direito, deixando o setor privado produzir e reerguer o país. Pois sabe-se que o empresariado é quem gera grande parte da renda do Estado, gerando empregos e tributos, sendo de crucial importância para a economia do país (OLIVEIRA JUNIOR; HOLANDA, 2019, p. 7).

Segundo os autores, no caso concreto, a prática do intervencionismo estatal é abusiva, pois interfere diretamente no consumo e na prática de marketing desse setor da economia. Portanto, o Estado deve intervir o menos possível no cotidiano das pessoas (OLIVEIRA JUNIOR; HOLANDA, 2019, p. 5).

O Estado deveria ater-se apenas em cuidar da segurança e auxiliar a justiça, ao invés de intervir, governar e tramitar em todos os setores da sociedade. Acredita ainda que há uma cultura de que deve-se confiar tudo ao governo, entretanto, destaca que deve ser dado um voto de confiança e credibilidade a iniciativa privada, para que prospere de forma livre (BARREIROS, 2008).

7 CONCLUSÃO

No primeiro capítulo foi possível fazer um resgate histórico e cultural do problema de discriminação por gênero. E o porquê atualmente é uma questão em destaque, sendo com frequência pauta de muitas discussões sociais e jurídicas. E felizmente o número de leis de combate a esta discriminação tem aumentado no Brasil.

No capítulo seguinte foi feita uma análise das duas notas, apontando os argumentos e fundamentos utilizados, de forma a entender o motivo da mudança de posicionamento sobre esse tema. Diante de tudo que foi analisado e discutido, percebe-se que o judiciário equivocou-se na decisão gerada sobre a proibição no ano de 2017, e portanto, fez uma atualização, baseada em fatores sócio-econômicos, e claro, jurídicos, para chegar a conclusão de que a diferenciação de preços não é ilegal, e tão pouco discrimina a imagem da mulher.

Além disso, respondendo a pergunta feita no início desta pesquisa, resta claro que diante da pressão sobre o Poder Público, em dar seu parecer sobre essa questão tão polêmica, como a diferenciação por sexo, tornou a decisão precipitada, sem analisar com clareza a lei e os impactos que tal entendimento técnico teria na vida financeira de muitos empresários. Isso gerou a necessidade de atualizar a nota de 2017 em tão pouco tempo.

Percebe-se que, nem na jurisprudência e nem da legislação foi encontrado argumentos que proíbam a prática desta diferenciação de preços, sendo que o que a legislação proíbe é a publicidade enganosa ou abusiva, mas no caso em discussão não ocorre este fato, mas tão somente o desconto do ingresso para as mulheres com o objetivo de vender mais lugares no estabelecimento.

Na seção nº 3 foi destacado o choque de princípios que ocorreu na fundamentação das notas e o uso da proporcionalidade e ponderação para chegar a uma possível resolução deste conflito. Entretanto, é importante deixar claro que este tópico foi superficialmente discutido neste artigo, visto que é um tema bem mais complexo e merecedor de mais estudos. Contudo, este estudo foi de extrema importância para entender de onde vieram esses direitos fundamentais e para que são tão importantes e como podemos utilizá-los de forma razoável e ponderada.

Além de deixar claro que o fato praticado por essas casas de entretenimento não é ilegal, é importante destacar também, a importância do

poder público para evitar e reprimir práticas abusivas quando realmente necessárias, tornando a economia de mercado acessível e justa a todos. Foi o assunto trazido no capítulo 4, e um dos mais importantes, visto que o objetivo deste artigo científico é justamente olhar para a questão econômica dos fatos.

O poder público deve intervir nas questões econômicas, assim como a Constituição ordena, mas nunca repreendendo de forma injusta e sem embasamento jurídico, mas sim, usando da ponderação, como já dito anteriormente. Pois do contrário, fere o princípio da livre iniciativa, princípio este tão destacado na Constituição Federal e tão importante para o desenvolvimento econômico do país.

No capítulo 5, foi trazido o embate entre a intervenção do estado na economia e a livre iniciativa, citada no inciso IV, art. 170 da Constituição, na qual percebe-se que após a decisão de 2017 vários empresários de sentiram prejudicados pela decisão, recorrendo na Justiça sobre o caso e tendo seus pedidos deferidos. Isso mostra, que muitos magistrados possuem uma visão mais econômica do direito. Voltado para a saúde do empresário e consequentemente do país, pois quem mantém boa parte da economia é o setor privado.

Através de todo o estudo realizado, chega-se ao desfecho deste artigo com um conhecimento abundante sobre o assunto. E diante de toda a análise econômica feita, chega-se a conclusão de que o Estado intervencionista deve utilizar deste poder com cautela, a fim de manter a justiça e o correto, mas de forma a não interferir de forma significativa no setor privado ao ponto de prejudicá-lo.

O objetivo desta pesquisa foi satisfatoriamente cumprido, pois por meio da própria nota técnica emitida pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, no de 2019, ficou claro que não há embasamento legal suficiente para classificar a atividade de diferenciação de preços por gênero nos ingressos de casas de show, como prática ilegal.

Ainda, neste país a diferenciação é permitida e vista muitas vezes vista como algo a beneficiar o cidadão. Como exemplo, o benefício do INSS, já citado acima, em que a mulher se aposenta com idade inferior ao homem, ou em casos de cotas, benefícios de bolsas em virtude da raça, ou ainda as filas preferenciais. Todos exemplos de diferenças para os diferentes, ou seja, todos são iguais perante a lei, mas por suas diferenças devem ser tratados diferentes, de forma a beneficiá-los.

Desta forma, não fere o princípio da isonomia nem da dignidade da pessoa humana, pelo contrário, prova que essas pessoas merecem respeito. Toda esta discussão sugere que antes de tornar algo ilegal ou supor que algo é indevido, deve ser feita uma pesquisa bem detalhada na legislação e jurisprudência, a fim de evitar prejuízos aos empresários e estabelecimentos que utilizem dessa prática de venda. Ademais, se uma pessoa não se sente bem indo a um determinado lugar, seja homem, mulher, branco, negro, católico, ateu, estrangeiro, idoso ou jovem, não deve frequentar este lugar.

Em resumo, a diferenciação de preços através de desconto não é ilegal devido a falta de um artigo de lei proibindo tal prática. Além disso, a diferenciação por gênero na cobrança desses ingressos, tem o intuito de beneficiar, tanto a mulher, quanto o empresário, que vai ter lucros com esta prática, afinal a mulher não paga ingresso mas vai consumir no local como todos os demais. Não fica comprovado que há mácula à imagem da mulher, sendo apenas uma forma de marketing, portanto, não há desrespeito aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, V. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

ALCANTARA, S. A. **Direito empresarial e direito do consumidor**. Curitiba: InterSaberes, 2017.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

AMANTE, M. A cobrança diferenciada por sexo nos ingressos em casas noturnas: sua inconstitucionalidade e ilegalidade. **Repositório Institucional**: Florianópolis. p. 1-118. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/121861>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BARREIROS, D. de P. Os intelectuais contra o Estado: a defesa da livre iniciativa no Jornal dos Economistas em fins do oitocentos. **Tempo**: Niterói, v. 13, p. 165-192, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042008000200008&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 23 abr. 2020.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Constituição. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República. 1990.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Declaração de direitos de liberdade econômica, Brasília, DF: Presidência da República 2019b.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota técnica nº 2/2017/GABDPDC/DPDC/SENACON**, de 30 de junho de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-homem-mulher.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Nota técnica nº 11/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**, de 3 de maio de 2019a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/11-2019.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 4º Juízo do Especial Cível de Brasília. **nº 0718852-21.2017.8.07.0016**, Oriana Piske, j. 07.08.2017, DJe 22 abr. 2020.

CANAS, V. Constituição prima facie: igualdade, proporcionalidade, confiança. **e-Pública**, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 01-49, jan. 2014. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100001&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 13 maio 2020.

CULLETON, A. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

FERNANDES, B. G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NEURER, J. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2007.

NOVAIS, J. R. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direitos democrático**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, J. R. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, F. D. de; HOLANDA, F. C. C. de. A diferenciação de preços entre homens e mulheres em estabelecimentos comerciais: diálogo entre a livre iniciativa e a proteção do direito fundamental à igualdade de tratamento entre homens e mulheres. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, 20(2), p. 419-434. 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/19248>. Acesso em: 22 abr. 2020.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

THEODORO JÚNIOR, H. **Direitos do consumidor**. 9. ed. ref., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL – PR. **24 de fevereiro**: dia da conquista do voto feminino no Brasil. Curitiba, 2018. Disponível em: <http://www.tre-pr.jus.br/imprensa/noticias-tre-pr/2018/Fevereiro/24-de-fevereiro-dia-da-conquista-do-voto-feminino-no-brasil-1>. Acesso em: 24 abr. 2020.

A PUNIÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA À LUZ DA DOCTRINA ARISTOTÉLICO-TOMISTA

Cleison Lucas Bonamigo¹

RESUMO

As compreensões de Aristóteles e São Tomás de Aquino, expoentes da filosofia clássica e medieval, no âmbito da filosofia jurídica, foram muito importantes para a formação do pensamento jurídico ocidental. Nesse contexto, ao analisar o conceito de justiça, entende-se que essa virtude deve ser levada em consideração no que diz respeito ao direito penal e ao sistema de penas adotado pelo ordenamento jurídico. Propõe-se, desse modo, analisar se e em que medidas as penas adotadas no sistema jurídico-penal brasileiro podem ser consideradas justas, em conformidade com a teoria aristotélico-tomista. Para isso, o estudo se baseia na colheita da bibliografia sobre o tema, valendo-se do método analítico-interpretativo, para conceituar o termo “justiça” e as variações dele decorrentes, compreender a justiça no âmbito da tutela criminal, material e processualmente, e expor as conclusões obtidas após a análise. É nesse contexto que se observa a desconformidade do atual sistema garantista frente às teorias analisadas.

Palavras-chave: Justiça. Crime. Punição. Pena. Filosofia do Direito.

1 INTRODUÇÃO

A justiça, para além de ser um termo que permeia o cotidiano dos profissionais do direito, constitui, ou deveria constituir, a base da construção normativa de um Estado e também o fundamento da atuação não só dos juristas como também de toda a sociedade. Ao buscar compreender o que é a justiça e as diversas nuances decorrentes dessa compreensão, a filosofia do direito está a desvendar a própria construção dos sistemas jurídicos e a sua aplicabilidade às circunstâncias fáticas.

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, Unoesc, *campus* de Joaçaba/SC, E-mail: cleison.bonamigo@unoesc.edu.br.

De fato, o direito é compreendido como um valor fundamental e constitui-se como objeto da justiça. Desta base metafísica depreende-se que todo o aparato jurídico tem base principiológica e moral e não apenas positiva, de modo que tomar o direito apenas como um conjunto de normas é desvirtuá-lo de sua gênese, de seu objeto e de seu objetivo.

Dentre os pensadores que se debruçaram sobre o tema, Aristóteles e, posteriormente, São Tomás de Aquino foram os que mais contribuíram para o entendimento integrado e a aplicabilidade do conceito jurídico-dogmático da justiça, seja pelos extensos e pormenorizados estudos, seja pela importantíssima contribuição para a formação do pensamento jurídico romano e canônico, aos quais o atual sistema brasileiro deve suas origens.

Delimita-se o objeto ao entendimento aristotélico-tomista acerca da reprimenda criminal e dos benefícios a ela correlatos no complexo legal brasileiro, ou seja, a atuação do legislador ao tipificar crimes e contravenções penais e a resposta estatal que será dada ao criminoso pela infração à norma e, de igual modo, a atuação jurisdicional frente aos casos que são levados à apreciação do Poder Judiciário, a quem cabe precípua e fundamentalmente a distribuição da justiça, de acordo com a Lei vigente.

Com efeito, a partir da análise interpretativa dos textos dos autores mencionados e de estudiosos sobre o tema, pode-se traçar um panorama sobre a justiça como uma das quatro virtudes cardinais, o ideal do justo meio aplicado às relações sociais de ordem distributiva e comutativa, e, além disso, no âmbito da justiça legal, e também como reação da ordem estabelecida às faltas diametralmente opostas às virtudes.

E é nesse contexto que a justiça se manifesta no âmbito do direito penal, área sensível do ordenamento estatal que busca sobremaneira a garantia da ordem e, em última análise, a própria conservação da sociedade. A tutela penal tem caráter vindicativo e se consubstancia numa reação à livre e consciente infração à Lei positiva, que decorre, por necessária

consequência, da Lei natural. Desse modo, é necessário que se entenda o conceito de justiça aplicado à pena, na medida em que esta consiste num dano lícito causado a outrem em caráter repressivo, retributivo e preventivo.

Importante é entender como o conceito aristotélico-tomista de justiça é concebido no viés do direito penal e da aplicação das penas e se o sistema de penas vigente no ordenamento jurídico brasileiro pode, nesse ótica, ser considerado efetivamente justo.

Isso porque, em que pese a origem e fundamento do sistema legal e jurisdicional brasileiro seja oriunda do direito português, de influência romana e canônica, diversas novas correntes surgidas nos últimos tempos têm criado inovações legislativas muitas vezes distantes da realidade e também da efetivação da justiça, frente aos altíssimos índices de criminalidade que assolam o Brasil.

As recentes reformas penais posteriores à Constituição Federal de 1988 (Lei n. 9.099/95 e Lei n. 13.964/19, por exemplo) foram em muito influenciadas por juristas que possuem uma visão histórico-dialética da justiça, reduzindo-a a mera e contínua disputa de classes e a um comprometimento político, nos termos das chamadas doutrinas alternativas, dentre elas a garantista, que passa a ver no criminoso uma vítima e a compreender a pena não como um flagelo e sim como tratamento terapêutico.

Assim, busca-se, por intermédio da pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método analítico-interpretativo, a abordagem dedutiva dos conceitos trazidos nas principais obras de Aristóteles e São Tomás de Aquino sobre o tema, e dos comentários já descritos na literatura, e, de outra banda, a abordagem da legislação criminal brasileira, histórica e vigente, comparando-se os textos legais à conceituação filosófica para verificar se e em que medida podem as penas do atual ordenamento jurídico serem consideradas justas.

2 CONCEITO DE JUSTIÇA: A IMPORTÂNCIA DE ARISTÓTELES E SÃO TOMÁS DE AQUINO PARA O PENSAMENTO JURÍDICO

O direito para além de seu caráter "científico" apresenta uma dimensão "artística", consubstanciada de forma sublime na função jurisdicional, exercício do direito por excelência. Ao contrário do dogmatismo das demais ciências, o direito é caracterizado pela sua evolução (ou involução, por óbvio) e maleabilidade, isso porque ao longo das épocas inúmeras foram as mudanças e contribuições que fundamentaram e modificaram o pensamento jurídico.

De fato, Reale (2002, p. 62-63) afirma que o Direito passou a ser entendido como ciência após ser construído em estruturas lógicas que lhe garantiram uma unidade sistemática. Antes, o Direito existia como fato social. Além disso, é impossível conceber a ciência jurídica, dissociando-a de seus princípios, pois o direito não se constrói sobre normas, e sim sobre os princípios "que as condicionam e as tornam significantes".

Conforme Alighieri (1985, p. 67), "o direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem, que quando é mantida por estes, mantém a sociedade, e quando se corrompe, corrompe-a". O entendimento da filosofia clássica é fundamental para a compreensão dos fenômenos jurídicos, principalmente considerando a forte influência do direito romano e do direito canônico no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, de acordo com Villey (2005, p. 46) o direito romano clássico e o direito europeu moderno construíram-se sobre a definição de "direito" (em sentido estrito, separada e integrante da moral), sendo que o conteúdo, as fontes, o método e o espírito do direito dependem necessariamente das delimitações aristotélicas.

Nesse contexto é que se propõe elaborar um comparativo entre o atual panorama de política criminal legislativa e as teorias filosóficas de São

Tomás de Aquino e Aristóteles, tendo em vista que ambos os filósofos têm significativa importância para a formação do pensamento jurídico moderno.

Conforme Villey (2005, p. 39-41), Aristóteles, em sua grande experiência de vida, pôde tecer definições sobre o direito e a justiça as quais estão sintetizadas no Livro V da *Ética a Nicômaco* que descreve de maneira pormenorizada diversos institutos do direito tal qual o concebemos hodiernamente.

Aristóteles é o pai da filosofia do direito (VILLEY, 2008, p. 56). Foi por intermédio do pensamento do filósofo grego que a filosofia jurídica e, como consequência, todo o sistema jurídico ocidental (romano-germânico e anglo-saxônico), passou a ser compreendido, estudado e, principalmente, pensado, como um sistema regado de convívio social.

Ainda, de acordo com Villey (2005, p. 181-182):

Para nós, o tomismo pode parecer hoje a antítese da filosofia moderna. Contudo, essa opinião procede de uma perspectiva muito estreita, que peca por não abarcar o conjunto da obra de São Tomás e por subestimar seu papel na alta Idade Média e no mundo cristão, ou, pelo menos, pós-cristão, em que vivemos. [...] É uma singular ingratidão do mundo moderno esquecer que ele deve suas próprias conquistas filosóficas e científicas a essa primeira obra de libertação da razão. Não teria feito nada sem o auxílio dessa teologia. Pois ele foi cristão, pelo menos até o século XVIII na França, e não poderia ter dado vazão a investigações racionais se, em seu princípio, elas tivessem sido condenadas pela fé. [...] Locke ou Wolff, Grócio, Domat, o Código Prussiano ou o Código Civil são inconcebíveis sem São Tomás.

O Século XIII, em que viveu São Tomás foi uma época de grande crescimento intelectual. Foi o período de maior desenvolvimento e reconhecimento do Direito/Jurisprudência, ressaltando-se que São Tomás de Aquino construiu uma completa Teoria de Direito e Estado "admiravelmente integrada" (REALE, 2002, p. 637).

A Civilização Cristã apresentou o direito "em toda a sua plenitude vivencial e doutrinária", tendo por expressão máxima a doutrina de São

Tomás de Aquino, embasada em Aristóteles (OLIVEIRA, 2012, p. 45). Muitos dos juristas modernos, entretanto, deixaram de lado o entendimento clássico já consagrado de direito e justiça, o que se pode observar, v.g., na obra de Amartya Sen e Michael Sandel.

A teoria de justiça necessita de análise racional objetivando diagnosticar a justiça e injustiça, ao contrário dos estudos clássicos que definiam um senso geral de injustiça para então analisar os conceitos específicos (SEM, 2011, p. 35). Essa concepção afasta-se da compreensão de justiça distributiva (dar a cada um o que lhe pertence) e comutativa (o justo meio entre o excesso e a falta), e foca num geral na compreensão histórico-dialética de justiça social de Karl Marx, o que se depreende das ideias tecidas por Sen.

Sandel (2013, p. 234), por sua vez, expressa que as teorias modernas de justiça (equidade e direito) buscam distanciá-la da virtude e da moral, ou seja, “buscam princípios de justiça que sejam neutros”. A teoria de justiça de Aristóteles não a compreende dessa maneira e sim vê a justiça vinculada à honra e à virtude.

Essas tendências se iniciaram durante a reforma protestante, quando Lutero passou a tratar o direito com desprezo, em oposição ao entendimento católico do direito como valor fundamental, baseado, essencialmente, em Aristóteles e São Tomás (VILLEY, 2005, p. 309-310). Na mesma senda, Villey afirma que a base da filosofia moderna (Kant, Hobbes, Locke e Hume) é o desprezo pelo direito.

A existência de uma revolução filosófica gerou a desintegração do direito, diluindo sua base metafísica e impondo ao Estado a necessidade de elaborar Leis que deveriam sair da massa popular, numa constante dialeticidade burguês/proletário que ocasionou o aniquilamento do direito (OLIVEIRA, 2012, p. 55).

Nesse contexto de modernas concepções e compreensões sobre a justiça, dentro das quais advém decisões judiciais e propostas legislativas,

é que o trabalho se desenvolverá, buscando compreender se as penas adotadas e praticadas pelo sistema criminal brasileiro são, efetivamente, justas. Para tanto, parte-se, em princípio, da conceituação formulada pelos autores acerca da justiça.

Aristóteles, na "Ética à Nicômaco" trata sobre as virtudes (*DikaioSunê*), que são por ele consideradas como os hábitos mais perfeitos e ótimos. O desenvolvimento das virtudes, para o autor, tende a afastar o ser humano da condição animal e aproximá-lo do transcendente. São Tomás de Aquino, por sua vez, desenvolve os conceitos aristotélicos à luz dos ensinamentos de Jesus Cristo, ou seja, em conformidade com a moral cristã, descrevendo, dessa maneira, a justiça como uma virtude à qual se contrapõe o respectivo vício (pecado), que é a injustiça.

Pois bem, conforme Aristóteles (2011, p. 99), quatro são as virtudes, chamadas "cardinais", tratadas na obra, a temperança, a coragem, a prudência e a justiça, definindo-se esta última como o "dar a cada um o que lhe convém", salientando-se que todo excesso ou falta de uma ou mais das quatro virtudes cardinais gera desequilíbrio, devendo sempre ser buscado o "justo meio".

A Justiça para Aristóteles não é uma utopia, e sim uma atividade virtuosa, um conjunto de comportamentos habituais (VILLEY, 2008, p. 57). Ou seja, a justiça não é apenas um conceito abstrato ou uma disposição positivada, mutável com as circunstâncias, e sim uma disposição natural, de agir, viver e conviver, que é (ou deve ser) baliza para o comportamento humano.

Enquanto a justiça é uma predisposição de caráter que orienta as pessoas para o que é justo e a desejar isso, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a desejarem e praticarem atos injustos. Sendo a injustiça ato iníquo, a justiça é ato equitativo, proporcional, o "meio-termo" (ARISTÓTELES, 2011, p. 99-105). De acordo com o entendimento subjetivo jusnaturalista, há nuances que devem ser consideradas no indivíduo em seus atos e inclusive

pensamentos, pois a justiça se manifesta além das ações, nas disposições de caráter e nas compreensões volitivas.

Conforme Reale (2002, p. 624-642), a justiça é entendida na teoria aristotélica como a mais bela das virtudes e a única delas que se reduz ao bem de outrem, ou seja, a essência da Justiça é a relação com o semelhante. A Justiça refere-se aos outros e tem o direito como objeto. Para além do conceito, a Justiça subdivide-se em justiça geral (e/ou justiça legal) e justiça particular. O conceito de justiça legal (o terceiro da "trilogia do justo") ficou esboçado na obra de Aristóteles e foi desenvolvido posteriormente por São Tomás de Aquino.

A justiça geral consiste em fazer o bem em relação à comunidade e a Deus, e evitar o mal oposto, enquanto a justiça especial (particular), consiste em fazer o bem, em relação ao próximo, e evitar o mal oposto (AQUINO, 2017, p. 484-485).

Conforme São Tomás de Aquino (2017, p. 382-383), a justiça legal, assim compreendida como o conceito desenvolvido por Aristóteles, é a maior das virtudes, tendo em vista que o bem comum prepondera sobre o bem particular.

É impossível existir qualquer direito que não se oriente ao bem comum (ALIGHIERI, 1985, p. 67), de modo que em toda análise juspolítica deve-se considerar a ascendência do bem comum sobre todo e qualquer bem particular, seja do Estado ou dos indivíduos mais ou menos favorecidos, pois todos devem, por predisposição de justiça contribuir à manutenção do grupo social.

Nos tempos do Império Romano, este compreendia-se como um conjunto de princípios basilares de ação dos seres humanos, que refletem suas obrigações enquanto membros da humanidade. O direito positivo (*lex humana*) é expressão do direito natural (*ratio naturalis*), e deste decorre por conveniência e oportunidade do legislador, mediante intermediação com a *lex aeterna*, a qual é igual e perpétua (REALE, 2002, p. 629-639).

Dito isso, a justiça geral é “a conformidade da conduta de um indivíduo com a lei moral” (VILLEY, 2008, p. 58-59). Ou seja, é o modo como se compreende a justiça segundo os atos exteriores das pessoas e a orientação (ou não) destes atos às máximas morais natural e eternamente insculpidas na humanidade.

A justiça legal, por sua vez, é uma divisão proposta por São Tomás, entendida como aquela que congrega os deveres e as obrigações das partes para com o todo, sendo que justo legal é conhecido no meio jurídico como justo positivo (AQUINO, 2012, p. 94). A justiça legal, portanto, é espécie da qual a justiça geral é gênero e, atualmente, se verifica nos atos conformes à Lei positivada.

De acordo com Aristóteles (2011, p. 101-102), “os atos conforme à lei são atos justos em certo sentido [...]. As leis visam à vantagem comum”, sendo que leis bem elaboradas fazem as coisas retamente, visando promover ou assegurar a justiça, enquanto leis mal feitas, não o fazem.

De fato, “se uma lei for posta retamente para esse fim, o direcionamento da justiça, ela é chamada lei reta” (AQUINO, 2012, p. 25). Isso significa que a Lei positiva nem sempre estará de acordo com as disposições de justiça, podendo conter vício em sua origem ou em sua finalidade, o que caracteriza a possibilidade de existir um ordenamento verdadeiramente injusto, embora seja formalmente válido.

Há, nesse contexto, leis chamadas “*apostomasmenos*”, leis positivas sem investigação científica, ou então “*aposchediasmenos*”, leis que carecem de providências e são adotadas de improviso (AQUINO, 2012, p. 25). Essas leis, portanto, não são concebidas reta e justamente, e, por via de consequência, não são capazes de destinar-se a esse fim.

Nesse sentido, a Lei deve ser justa e voltar-se à justiça, pois ela existe por “composição e conveniência”, formulando-se no acordo entabulado entre os homens (AQUINO, 2012, p. 101). Ou seja, a Lei e, por dependência, a Jurisprudência não devem contrariar as disposições da justiça, como

já mencionado, pois se isso ocorrer não só os atos serão injustos como também a ordem social (acordo entre os homens) permanecerá abalada.

A justiça particular, por sua vez, é entendida no sentido de que cada indivíduo não possua mais, nem menos, do que lhe pertence (VILLEY, 2008, p. 63-65). É o expresso na máxima romana *suum quique tribuere*², um dos três pilares do direito romano clássico, que significa, "dar a cada um o que lhe pertence".

No que diz respeito à Justiça particular, há, ainda, a divisão, entre justiça distributiva e justiça comutativa (ou "corretiva"). Enquanto a Justiça distributiva corresponde à justa repartição dos bens e direitos entre os indivíduos de uma determinada sociedade, sob o critério da proporção geométrica, ou seja, analisado pelo prisma da igualdade, "o justo-meio entre o excesso e a falta" (AQUINO, 2012, p. 41), na justiça distributiva "cada um não recebe nem mais nem menos do que a boa medida exige" (VILLEY, 2005, p. 41).

Com efeito, a justiça comutativa é a que rege as trocas (voluntárias e involuntárias) entre os homens. As trocas voluntárias são compreendidas como as transações efetuadas licitamente pelos indivíduos (compra e venda, v.g.) e as trocas involuntárias como aquelas ilícitas (furto, v.g.), que podem, por sua vez, serem ocultas ou aparentes. Nas trocas involuntárias, além da recompensa proporcional ao mal causado, há a "injúria" desferida à vítima, que também deve ser recompensada.

A justiça comutativa, ao contrário da distributiva, serve-se da proporção aritmética, ou seja, "a função do juiz é calcular uma restituição igual ao dano que o senhor sofreu" (VILLEY, 2005, p. 43). A prestação jurisdicional é exatamente dar (ou devolver) a cada um o que lhe pertence, não apenas por direito, e sim por justiça.

² *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, atribuída a Ulpiano e constante no Digesto, promulgado pelo Imperador Justiniano (REALE, 2002, p. 631).

A ideia central da justiça, em conformidade com Aristóteles e São Tomás de Aquino, filósofos que contribuíram fundamentalmente para a formação de inúmeros conceitos jurídicos e do sistema jurídico, teórico e legal, do mundo ocidental, centra-se na justa medida, proporção geométrica ou aritmética (justiça particular, de caráter distributivo ou comutativo, respectivamente), que visa igualar os desiguais, restituindo a cada qual o que é seu, equilibrando o ato injusto praticado. A questão relativa às disposições da justiça em matéria penal e às construções legais no ordenamento jurídico brasileiro serão abordadas no próximo capítulo.

3 A VISÃO ARISTOTÉLICO-TOMISTA ACERCA DA JUSTIÇA NO QUE DIZ RESPEITO ÀS PUNIÇÕES CRIMINAIS E BREVE HISTÓRICO DAS LEIS PENAS BRASILEIRAS

O crime é um ato humano antes de ilegal, injusto, que abala a sociedade ao revelar uma disposição de caráter dissonante da justiça, ofendendo, dentre as divisões propostas por Aristóteles, a justiça geral, pela violação do dever do indivíduo perante a sociedade, e substancialmente caracterizado como violação do justo meio, a matéria da justiça comutativa, no âmbito das trocas injustas.

Nesse contexto, conforme Aristóteles (2011, p. 106), para a aplicação da pena criminal, o juiz deve buscar o restabelecimento da igualdade, pois “no caso em que uma pessoa é ferida e a outra infligiu um ferimento, ou uma matou e a outra foi morta, o sofrimento e a ação foram desigualmente distribuídos, e o juiz tenta igualar as coisas por meio da pena, subtraindo uma parte do ganho do ofensor”.

O problema da justiça na teoria aristotélica, é, em síntese, da igualdade: igualdade entre iguais (justiça comutativa) e igualdade entre desiguais (justiça distributiva). Em relação à justiça distributiva, deve-se analisar o que o todo deve as partes e também aquilo que as partes devem ao todo. Para ele, o Estado não tem o dever de tratar igualmente todos os indivíduos e não

pode colocar “o criminoso e o santo” no mesmo patamar, isso porque “há desigualdades naturais, assim como há graduação na virtude e no crime, de modo que a justiça distributiva deve atender, proporcionalmente, ao mérito e ao demérito de cada um” (REALE, 2002, p. 641).

A “igualdade entre iguais”, objeto da justiça comutativa, é entendida pelo viés da proporção aritmética, tendo em vista que não se analisa a condição do agente para o restabelecimento da igualdade. “[...] na primeira, um homem bom priva por furto ou rapina um homem mau de seus próprios bens; na segunda, se dá o inverso, um homem mau priva um bom de seus bens” (AQUINO, 2012, p. 53-54).

Aristóteles (2011, p. 115) afirma, outrossim, que um ato pode ser considerado justo ou injusto ao considerar a sua voluntariedade, sendo que atos involuntários ou praticados na ignorância, não são objetos da conceituação. Este é o moderno conceito de crime culposo (art. 18, inciso II, do CP), erro sobre a pessoa (art. 20, § 3º, do CP) e erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do CP).

Caracterizada a adequação do fato praticado à norma, mediante a comprovação da autoria, materialidade, tipicidade e culpabilidade, o Juiz deve promover a adequação da justiça conspurcada pela ação delituosa, obrigação que surge intrinsecamente à própria ação, o que deve ocorrer na justa medida entre o ato, o dano e as pessoas envolvidas.

Diante do caso, o Magistrado deve subtrair do lucro obtido por uma das partes, o dano sofrido pela outra, ou seja, para o assassino o juiz aplica uma pena indesejada, enquanto oferece honra ao assassinado. Essa subtração do lucro indevido decorre da culpa (*lato sensu*) do agente, pois “agir injustamente é censurável e malicioso, acontecendo nas situações em que se dá a maldade simplesmente perfeita” (AQUINO, 2012, p. 54-55, 143).

Esse é justamente o sentido transcendental da justiça, oferecer conforto e honra ao lesado. Sendo o crime ato injusto que desequilibra a igualdade

de justiça, o criminoso possui uma dívida penal e “o devido penalmente deva adequar-se ao penalmente exigido” (OLIVEIRA, 2003, p. 38).

Ainda, São Tomás de Aquino (2017, p. 423) afirma que “danificar outrem só é lícito como lhe sendo uma pena por alguma injustiça cometida”, portanto, a penalização que, evidentemente, gera dano ao réu, é ato lícito. Tendo em vista, ademais, que as partes ordenam-se ao todo, é lícito, “louvável e salutar” à autoridade eliminar o indivíduo que causa mal à sociedade, como ao médico o é eliminar o membro doente (AQUINO, 2017, p. 413).

De fato, ser injustamente tratado e agir injustamente são males, mas “agir injustamente é o mal pior; tal procedimento é censurável visto que envolve deficiência moral da espécie completa e irrestrita” (ARISTÓTELES, 2011, p. 123). Deste modo, orientando-se a justiça ao bem comum, é evidente que a deficiência moral que causa dano a outrem deve ser penalizada, proporcionalmente ao dano causado. A prática de um crime gera um desequilíbrio na proporcionalidade, mediante uma troca involuntária, que deve ser corrigido pelo Magistrado, o que se faz mediante uma sanção.

De fato, “não é possível conceber ordenação da vida moral sem se prever uma consequência que se acrescente à regra” (REALE, 2002, p. 257). A existência de sanções aos atos ilícitos praticados, sejam civis, administrativos ou penais, é necessária e elementar à manutenção de qualquer sociedade, existindo desde os tempos mais remotos e nas sociedades mais arcaicas, normas, implícitas ou explícitas, que regulamentam a convivência.

Conforme Miguel Reale (2002, p. 260) a pena é toda consequência que se agrega a uma norma, de maneira intencional, querida, desejada, visando a obrigação desta norma considera-se sanção. Ademais, quando houver medida de força física, ocorre a coação, ou seja, a coação é espécie de sanção.

No sentido aristotélico-tomista a pena é entendida como o justo penal, vinculada essencialmente à culpa, buscando restaurar o que o delito destruiu (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, p. 174). A pena, portanto, é, por si justa

e necessária à reparação e restauração da ordem, bem como da dignidade do lesado.

O desequilíbrio gerado pela ação criminosa leva em conta o ato ilícito moralmente considerado, entretanto, algumas leis morais se tornam oficiais (positivas) e muitas delas acompanham sanções. “Quando a lei moral vem acompanhada de sanções temporais: já que a função do direito penal é a distribuição das penas, ela interfere no direito penal” (VILLEY, 2008, p. 61).

A tutela do direito penal é a reação da Lei contra quem se insurge contra ela, ou seja, a culpa tem por essência a liberdade de oposição à Lei, enquanto a pena é a reação legal da transgressão. Caso a transgressão não seja restaurada, a ordem pereceria, tal como uma ferida no corpo precisa ser tratada antes que o infeccione totalmente (OLIVEIRA, 2014, p. 56-57).

Dentre as medidas penalizadoras adotadas hodiernamente pela Constituição Federal de 1988 como regra há a prisão. Existe, no entanto, a possibilidade da aplicação da pena de morte, de penas substitutivas e de outras medidas despenalizadoras anteriores, simultâneas ou posteriores ao processo (composição civil, transação penal, acordo de não persecução penal, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena, comutação, anistia, graça e indulto).

Ao longo da história, no entanto, diversas foram as legislações que regulamentaram o sistema penal brasileiro, de modo que se faz necessária, para compreensão do ordenamento atual, uma breve exposição histórica. O Direito Penal no Brasil pode ser dividido em três períodos: (i) colônia (1500-1822), (ii) império (1822-1889) e (iii) república (1889 até nossos dias) (BITENCOURT, 2019, p. 101).

Durante o período colonial vigoraram as Ordenações Afonsinas (1446-1521, antes da exploração das terras brasileiras, portanto); as Ordenações Manuelinas (1521-1603) e as Ordenações Filipinas (1603-1830). Observe-se que após o ano de 1569 houve uma compilação de Leis formulada por Duarte Nunes de Leão utilizada no cotidiano jurisdicional da colônia. Distante do

aspecto prático da legislação criminal no tempo colonial, o sistema penal era constituído por uma “ampla e generalizada criminalização”, à qual era infligida uma série de rigorosas punições cruéis, dentre as quais, morte, açoite, amputações e galés. Havia grande margem para análise e distribuição das penas pelo julgador (BITENCOURT, 2019, p. 101-102).

O quinto livro das Ordenações Filipinas não possuía explicações genéricas acerca dos tipos de penas e formas de aplicação, iniciando diretamente com a exposição dos tipos penais, longos e detalhados, contendo penas das mais variadas, desde a morte, o desterro, o degredo, a multa e a prisão, até a perda de mãos, a infâmia e outras peculiares, conforme o tipo do delito cometido.

As Ordenações vigoraram até o novo Código Criminal do Império do Brasil, promulgado pela Lei de 16 de dezembro de 1830, o qual foi elaborado pelo magistrado Bernardo Pereira de Vasconcelos. O Código Criminal do Império destaca-se por ser o primeiro código autônomo da América Latina e pela sua originalidade em relação às demais legislações vigentes na América e na Europa, sendo um “dos mais bem elaborados [...], por sua clareza, precisão, concisão e apuro técnico” (BITENCOURT, 2019, p. 102).

O Código Imperial dispunha e regulamentava as penas de morte, galés perpétuas, prisão perpétua com ou sem trabalho, prisão com ou sem trabalho, além de banimento, desterro e degredo, temporários ou perpétuos, ou seja, a exemplo da legislação precedente, o Código mantinha as penas de morte e de caráter perpétuo, estabelecendo, entretanto, uma grande diferenciação na aplicabilidade, conforme a gravidade do delito praticado, que levaria à aplicação da pena nos graus máximo, médio ou mínimo.

Após a proclamação da república, foi adotado um novo Código Penal, instituído pelo regime militar que governava o país, por intermédio do Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. O Código contava com inúmeros defeitos, que ocasionaram diversas alterações que, por fim, culminaram com a elaboração da Consolidação das Leis Penais, do Desembargador Vicente

Piragibe, adotada oficialmente pelo Decreto n. 22.213/1932 (BITENCOURT, 2019, p. 102-103).

Conforme Bruno (1959, p. 166), o novo código não possuía a boa técnica do antecessor, tendo sido redigido às pressas, e contendo graves defeitos, surgindo, após três anos, os primeiros projetos para substituí-lo.

No entanto, a substituição do código ocorreu apenas em 1940, com a promulgação do atual Código Penal, através do Decreto-Lei n. 2.848/1940. O Código foi elaborado pelo jurista Alcântara Machado, e sofreu importantes alterações, em relação ao regime das penas adotadas, pela Lei n. 6.416/77 e pela Lei n. 7.209/84 (BITENCOURT, 2019, p. 103). Antes mesmo da edição da Constituição de 1988, um novo Código Penal foi aprovado pelo Decreto-Lei n. 1.004/1969, e, no entanto, após postergada sua vigência por diversas vezes, foi revogado pela Lei n. 6.578/1978.

O que se desprende dos Códigos republicanos, em especial do vigente, foi um significativo abrandamento das penas cumulado com uma adoção progressiva de medidas despenalizadoras. Houve a extinção das penas em caráter perpétuo, mantendo-se, entretanto, excepcionalmente a pena de morte (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a", da Constituição Federal de 1988).

O Código Penal, entretanto, foi criado em uma realidade absolutamente distinta da atual (1940), quando a maioria da população brasileira era agrícola e os criminosos mais temidos eram ladrões de cavalos e batedores de carteira, que hoje são apenas "saudosa memória", diante das terríveis organizações criminosas e da extrema crueldade dos crimes praticados cotidianamente, chegando-se a cogitar a criação de um partido político de segregados. A existência de 80% da população no meio urbano, aliada às mudanças culturais e morais indubitavelmente trouxe reflexos ao direito penal (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, 2002, p. 277-278).

As medidas despenalizadoras, iniciadas com a ideia de progressão de regime de cumprimento da pena, concessão de remição, e suspensão condicional da pena e após, ampliadas com o advento da Lei n. 9.099/95 (Lei

dos Juizados Especiais), e a possibilidade de conciliação (reparação civil), transação penal e suspensão condicional do processo, e, novamente com a Lei n. 13.964/19 (Lei "Anticrime") e o acordo de não persecução, medida que abrange quase a totalidade dos tipos penais existentes, foram tomadas com base nas ideias garantistas, sintetizadas por Luigi Ferajoli, com influências da teoria marxista.

A Lei n. 9.099/95 instituiu o direito penal mágico, uma feitiçaria oficial pós-moderna, que diante da vulgarização dos tipos penais, buscou atropelar o processo legal e infligir penas (transação) que não possuem eficácia alguma (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, p. 221-223).

A Lei n. 9.099/95, no caminho das Leis permissivas anteriores, praticamente eliminou a prisão em flagrante nos crimes por ela abrangidos, o que se dá na contramão de legislações mais rígidas, como da Espanha, por exemplo. Aliados a isso, estão a pouca estrutura (pessoal e material) das Polícias, do Poder Judiciário e do Ministério Público e a "hermenêutica compassiva" dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal (OLIVEIRA, 2014, p. 137-138).

Esses fenômenos jurídico-penais, inclusive os anteriores à Constituição, ainda vigentes, precisam ser analisados e compreendidos mediante as normativas constitucionais, pois toda a ordem jurídica nacional funda-se sobre esta norma fundamental, de acordo com o modelo de estado constitucional democrático de direito moderno.

Nesse sentido, conforme Pacelli e Callegari (2016, p. 436), a base constitucional em relação à política criminal orienta-se pelo princípio da intervenção penal mínima, devendo também impedir a existência de tipos penais "desarrazoados". Os autores continuam afirmando que o direito penal e a pena privativa de liberdade deve ser sempre a última alternativa.

Na perspectiva de Oliveira (2014, p. 182-183), a política criminal deve ser realista e eficaz, ditada pelas necessidades sociais, dentro dos limites da

ordem constitucional. É nas complacências da Lei que o crime reina e nas artificialidades da legislação criminal flexível que sobrevive a impunidade.

4 A PUNIÇÃO CRIMINAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A JUSTIÇA DAS PENAS ATUAIS

Diante da exposição da teoria de justiça elaborada por Aristóteles e por São Tomás de Aquino é possível realizar uma análise do sistema das reprimendas criminais descritas na legislação brasileira para verificar se e em que medida as penas aplicadas podem ser consideradas justas.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 congrega o princípio da individualização (art. 5º, inciso XLVI) e lista o rol taxativo das penas que são adotadas pelo sistema e aquelas vedadas pela ordem constitucional vigente (BRASIL, 2013). O Código Penal de 1940, por sua vez, traz descritas as penas aplicáveis no art. 32, explicitando, no mesmo título, cada uma delas e a forma que o Magistrado deve aplicá-las no caso concreto (BRASIL, 1940).

Ademais, há a Lei de Execução Penal, a qual rege a forma como o Estado deve executar a pena aplicada após a fase de conhecimento do processo criminal. A Lei de Execução Penal trata acerca das penas privativas de liberdade, interessando, para a pesquisa, de modo especial, o que se refere às progressões de regime (art. 112 e seguintes), pois diz respeito especificamente à aplicação da pena, o que consta no objeto do trabalho, e, subsidiariamente, os institutos da saída temporária (art. 122 e seguintes), livramento condicional (art. 131 e seguintes) e monitoração eletrônica (art. 146-A e seguintes) (BRASIL, 1984).

Além da pena privativa de liberdade, a Lei de Execução Penal aborda sobre as penas restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana) e a pena de multa, ambas previstas na Constituição e no Código Penal (BRASIL, 1984).

Esse é, em síntese, o arcabouço do sistema penal aplicado no Brasil.

No que diz respeito especificamente a pena privativa de liberdade, a exposição de motivos do Código Penal apresenta a seguinte redação:

Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa de liberdade como resposta penal básica do delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade (BRASIL, 1940).

Cita-se o Código Penal, exatamente por ser anterior à Constituição e, portanto, dentre as normas vigentes, a que demonstra o início da adoção do pensamento garantista que fundou a ordem constitucional posterior, influenciado, evidentemente, pelo pensamento positivista iniciado com o golpe militar que proclamou a república, em 1889.

O pensamento positivista seguiu-se pela doutrina garantista, a qual, de acordo com Oliveira (2014, p. 92-103) é evolução da doutrina marxista e encontra-se entre o constitucionalismo e a criminalidade dialética. As sucessivas gerações de direitos, muitos deles contraditórios (direito à vida e "direito" ao aborto, v.g.) conduz à negação do direito natural. Só tem eficácia no direito penal, para o garantismo, os direitos que acudem aos que infringem a Lei, pois é desse modo que eles suprimem as diferenças que possuem com os não infratores.

Ainda, afirma que este alternativismo jurídico tem origem na magistratura italiana, ao atribuir-se à interpretação da Lei um caráter político e ideológico (OLIVEIRA, 2012, p. 57). O garantismo de Gramsci e Ferrajoli é uma corrente do alternativismo que, com base nas reiteradas atrocidades das revoluções que o precederam visa secularizar o direito, impondo a

criação de uma jurisprudência alternativa, ideológica, progressista e militante (OLIVEIRA, 2012, p. 76-77).

A primeira tarefa do garantismo é destruir o conceito do “justo” e, feito isso, subverter a Lei, ou seja, desvincular-se do direito existente e estabelecer um caráter dito “científico” de atuação jurisdicional, já não mais imparcial, neutro ou justo. A justiça não é mais a neutralidade e sim o comprometimento “político e sectário” dentro de uma relação jurídica, o justo é um desigual entre a “classe dominante” e a “classe dominada” (OLIVEIRA, 2012, p. 86-88). É dessa base de política criminal que surgiu e se desenvolveu o sistema legal, e, em via de consequência, judicial, da pena e dos estudos de criminologia no país.

Em oposição a São Tomás, os princípios do garantismo e do utilitarismo, advém da teoria iluminista, de acordo com a qual, a privação da liberdade corromperia o indivíduo. É o mito criado por Rousseau de que o indivíduo, quando mais livre de seus deveres e das penas, menos mau será, pois não sofrerá as influências corruptoras da sociedade. Os defensores desse direito penal alternativo compreendem que se a pena não for capaz de restituir o cidadão ao “estado de natureza livre”, deve ser eliminada (OLIVEIRA, 2003, p. 34).

As novas teorias da criminologia, desvinculam a tradição castigadora da pena, configurando-a como uma medida terapêutica. Nessa visão, os presídios seriam centros de psicanálise, onde maus não são maus e são vítimas de uma opressão social que os aliena, desviando-os de sua personalidade. Só que entender as coisas dessa maneira, “é substituir o vigor da Justiça penal por uma forma irreal de terapêutica punitiva quase sempre inócua para superar o fundo psicológico e metafísico que há em toda a maldade, em todo o pecado, em todo crime” (OLIVEIRA, 2003, p. 38).

Pois bem, sabendo-se da existência da pena como resposta da ordem jurídica à lesão conscientemente provocada pelo criminoso e as modalidades admitidas pela ordem que as instituiu, a competência para sua

aplicação é atribuição do Juiz de Direito responsável pelo processamento e julgamento do feito relativo ao crime, processo de iniciativa estatal, via de regra (Ministério Público, art. 129, inciso I, da CF/88, e art. 24 do CPP). Nesse sentido, já discorreu São Tomás de Aquino (2017, p. 423-424), ao afirmar que só se pode punir quem está sujeito à autoridade, conceito que hoje definimos por "competência" (art. 102, *caput*, da CF/88, v.g.).

A função jurisdicional é, ou deveria ser, a personificação da virtude da justiça, não podendo o Magistrado, agir, julgar ou viver injustamente, pois, conforme São Tomás de Aquino (2012, p. 56), o juiz deve possuir uma alma justa e a mente "inteiramente possuída pela justiça".

Pois bem, de acordo com Aristóteles (2011, p. 106-107, 119), "recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada". Assim, se o juiz julgar injustamente por ignorância não comete injustiça, enquanto se julgar injustamente com "conhecimento da causa" comete um ato injusto, pois assim recebe mais do que lhe cabe, como se tivesse participado do ilícito.

Não é diferente a opinião de Aquino (2017, p. 387) eis que, para ele, sendo o direito objeto da justiça, o juiz é a determinação do direito, ou seja, é quem diz o direito. Ao dizê-lo, a obrigação do Juiz, como ministro da Lei, é "reduzir à igualdade um fato injusto", de modo que ao ser-lhe apresentado um fato em que algum sujeito causou prejuízo e gerou desigualdade, em consequência, deve adaptar a situação para que a injustiça desapareça. "Tal qual a régua plúmbea que, dobrada, adaptava-se às figuras de pedra, não permanecendo na mesma disposição, é preciso que a sentença do juiz adapte-se às coisas conforme sua conveniência" (AQUINO, 2012, p. 54, 135).

Na seara penal, de modo especial, a reciprocidade das penas deve ser calculada conforme a proporção, deixando-se de lado a retribuição exatamente igual (*lex tallionis*) e impondo uma retribuição proporcional ao mal causado (ARISTÓTELES, 2011, p. 109).

Em relação à prisão, que é tratada pelo ordenamento jurídico como medida e como pena subsidiária, Theodore Dalrymple (2016, p. 37-36) afirma:

Discordo da ideia de que a prisão é um tipo de hospital para presos, porque isso significa que o que está dizendo de fato é que eles estão doentes, e é a medida equivocada. O propósito do encarceramento, acredito, se funciona ou não, o propósito do encarceramento é a redução do crime na população, a proteção do resto da população. [...] Mas em todo caso acho que há um erro fundamental em achar que as prisões existem para regenerar as pessoas. Seria muito bom se regenerasse, não me oponho a isso, mas esse não é o propósito delas. [...] muitas vezes são as mesmas pessoas, é como uma porta giratória, eles saem, cometem outro crime. É um ótimo esquema de trabalho para advogados.

Veja-se que o sentido da ordem não está principalmente na liberdade distanciada da vida social, nem nos meios de coerção social, e sim na convicção íntima de que a ordem deve ser respeitada. Esta convicção, pelo crime, permissivismo, droga, etc, é corrompida, diminuindo-se a indignação contra o mal (OLIVEIRA, 2003, p. 34).

Nesse contexto, os defensores da redução massiva do cárcere, argumentam que a prisão é um "ambiente criminógeno", mas, na realidade, ela é formada por indivíduos criminosos, que, se não podem conviver uns com os outros também não o podem com a sociedade (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, p. 112).

Ou seja, a pena, dentre seus aspectos, possui o caráter preventivo, repressivo, e, principalmente, social, sem os quais não pode ser dita como pena. "A segurança é, em última análise, a função social da pena" (OLIVEIRA, 2014, p. 61).

De fato, se a prestação pecuniária aplicada ao estelionatário (pena que será imposta pois dificilmente a pena privativa de liberdade ultrapassará o limite mínimo previsto no art. 171, *caput*, do CP (um ano), e, em razão do art.

44, § 2º, do CP, geralmente converte-se em restritiva de direito, em especial prestação pecuniária) não o coibir a praticar novas infrações, sem dúvida falhou como medida penalizadora. Do mesmo modo, se esta punição não servir para incutir na população a certeza de que a prática do estelionato será punida pelo Estado, não é capaz de servir ao seu objetivo evitando novos ilícitos. Por fim, se a pena não conseguir manter o condenado longe das práticas delitivas, também não será eficaz.

Acrescente-se ao caso hipotético que antes da reincidência, que só ocorrerá com a prática de novo delito após o trânsito em julgado de condenação pretérita, será possível a substituição da pena para quase todos os ilícitos praticados. No ponto, é de se ressaltar que a estrutura judicial brasileira apresenta uma longa demora para conclusão de um processo.

Esse ensinamento já foi descrito por São Paulo Apóstolo, ao afirmar que “os príncipes não são para temer pelas ações boas, mas pelas más. Queres, pois, não temer a autoridade? Faze o bem e terás o louvor dela” (Rm13, 3) (BÍBLIA SAGRADA, 1977, p. 1245).

É claro que não é tarefa fácil reduzir a dados essas informações, no entanto, diariamente os noticiários mostram cartéis de tráfico de entorpecentes e organizações criminosas de extrema periculosidade gerindo seus negócios ilícitos de dentro do sistema prisional, ordenando, no cumprimento da pena, os mais bárbaros crimes, de maneira que até mesmo a prisão não tem se mostrado suficiente para manter os criminosos afastados da população e, em consequência, protegê-la.

Conforme Oliveira (2014, p. 14) “a pena deixa de ser pena, para reduzir-se à qualidade inferior da medida terapêutica, legitimada talvez por algum método de tratamento de neuroses e psicoses, ao estilo freudiano, sem assentar-se em nenhuma disposição de justiça”.

A reação corresponde à ação, por isso os condenados não podem ser privados de um bem maior para promover um bem menor. O fundamento maior da pena é a retribuição, sem isso, trata-se de mera “medida

terapêutica". Além disso, a pena olha para o futuro, ao dar exemplo aos que possuem tendência à ação criminosa, para abster-se de condutas ilícitas e conferir satisfação à vítima e ao repúdio social (OLIVEIRA, 2014, p. 58-60).

Semelhante conclusão é apresentada por Pessi e Souza (2017, p. 216), ao afirmarem que "a ressignificação do sentido mesmo da pena criminal – que de suas funções retributiva e preventiva, de índole expiatória e exemplar, passou a quase exclusivamente ser considerada meio de recuperação do criminoso".

Para fins de elucidar que realmente o cárcere é medida excepcional e que a altíssima probabilidade de que o crime não seja julgado ou sequer descoberto, tornando, portanto, a segurança pública, que é um "direito e responsabilidade de todos" (art. 144 da CF/88), um grave problema social, Pessi e Souza (2017, p. 65) traçam o seguinte silogismo "1) a alta probabilidade de condenação é fator preponderante para inibir a prática de crime; 2) no Brasil, menos de 8% dos homicídios são elucidados, logo, 3) a impunidade é o grande fatos criminógeno a ser enfrentado em nosso país".

O sistema brasileiro é falho, poucos autores de crimes são descobertos, geralmente quando há tempos estão delinquindo. As dificuldades de investigação, a política da pena mínima e o sistema de progressão são alguns dos fatores que incutem nos criminosos a certeza da impunidade (TRIGUEIRO, 2016, p. 21).

Conforme uma pesquisa realizada pela UNICRI (*United Nations International Crime and Justice Research Institute*), o Brasil é o país que apresenta maior subnotificação de crimes, constatando-se que a polícia fica ciente de um quarto a um terço dos delitos praticados (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, p. 119). Dentre a minoria dos crimes noticiados, mais de 90% não são descobertos³. E há quem diga que "o Brasil prende demais".

³ Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Acesso em: 20 out. 2020.

Não se quer dizer com isso que a pena não possa ter um caráter socializador, e sim que este é fragmentário, não é consequência direta tampouco objetivo final da reprimenda. É claro que a disposição do apenado para deixar a vida criminosa em muito colaborará para sua ressocialização. É esse mesmo o posicionamento de São Tomás de Aquino (2017, p. 438) ao afirmar que as penas humanas não são classificadas como um fim em si, pois possuem dois fins, (i) a emenda do pecador/criminoso, corrigindo-o (denúncia) e (ii) o bem da coisa pública (acusação).

Em relação ao item "i", nas palavras de Dip e Moraes Júnior (2002, p. 97), "a ressocialização não depende da pena, e sim do apenado, sendo a pena apenas um veículo. Nada obstante, para a sociedade, a retirada do criminoso do meio social resolve aquele problema, pois não mais atormentará a sociedade".

Nesse contexto, é importante mencionar que alguns valores precisam partir da iniciativa do condenado e estar incutidos em sua alma, pois o indivíduo que não deseja regenerar-se, dificilmente o será. Oliveira (*apud* PESSI; SOUZA, 2017, p. 221) elenca a "vergonha dos homens (fama); de Deus (culpa); e de si mesmo (dignidade própria)", ressaltando que estes valores estimulam o arrependimento. O arrependimento, neste contexto, é o "único caminho que pode levar um criminoso a se reabilitar", pois, caso não exista, a consciência moral do indivíduo ou que está esteja obstruída, em razão das concessões às más tendências, a prática de injustiças será algo rotineiro e habitual ao criminoso.

O ser humano possui, por ser dotado de racionalidade, a opção pela prática de seus atos, de modo que, toda ação é livre e consciente, cabendo a responsabilidade pelas consequências dela advindas. As condições do meio em que o indivíduo está inserido não são determinantes em nenhuma hipótese, pois a consciência moral (ou sua ausência) impelem o indivíduo em suas ações. De acordo com Pessi e Souza (2017, p. 229), há uma imensa

responsabilidade em ser humano, pois, dependendo do uso que fazemos da nossa racionalidade podemos provocar atos infinitamente bons ou maus.

A concepção do crime como doença ou como mero reflexo das circunstâncias sociais precisa ser debatida tendo em vista que é fator que influenciou sobremaneira na elaboração da legislação penal desde a proclamação da república sob notório orientação de uma política positivista e, mais recentemente, garantista/comunista. Esse pensamento desvirtua a compreensão do ilícito penal como ação/omissão humana, livre e consciente, afastando, portanto, a necessidade de uma justa reparação que se dá pela pena.

Villey (2008, p. 188-189) chama esse fenômeno de metamorfose do direito penal e afirma que a idade positivista, ao contrário da Idade Média, na qual o direito penal servia para obrigar rigorosamente o cumprimento da lei moral, praticou a morte da moral. Nesse contexto, não existem mais crimes e sim desvios comportamentais. A função jurisdicional não é mais dar a cada um a pena que lhe pertence pela prática do crime, "não tem mais *penas*, é uma 'política criminal' ou uma 'terapêutica social'." O jurista deveria, nesse ponto de vista, ser um cientista neutro, que diante de seus conhecimentos sociológicos, psicológicos, etc., conheceria as causas e os efeitos das perturbações sociais, bem como os métodos para resolvê-las, ou seja, deve consertar "a máquina no ponto em que ela engripa".

A ordem jurídica é propensa à sua própria conservação e é também ordem de justiça, de modo que a transgressão voluntária da ordem necessita da retribuição penal para restabelecer a igualdade entre os dois polos da Justiça Legal. "Punir equivale então a um ato de justiça, ato que não se limita apenas a reintegrar a ordem da razão conspurcada na consciência moral do pecador". Quando sai da mente e entra no mundo, o pecado torna-se crime (OLIVEIRA, 2003, p. 37).

Essa situação foi, outrossim, metódica e esclarecedoramente analisada por Chesterton (2012, p. 129-130):

Esse é um assunto vasto que pende demais para um lado da estrada para discuti-lo adequadamente aqui; mas trata-se da verdadeira objeção àquela torrente de conversa moderna acerca do crime como uma doença, sobre transformar a prisão num mero ambiente higiênico como um hospital, sobre curar o pecado por meio de lentos métodos científicos. A falácia de todo esse caso é que o mal é uma questão de escolha ativa, ao passo que a doença não é. Se você diz que vai curar um devasso como se cura um asmático, minha resposta fácil e óbvia é esta: 'Apresente as pessoas que querem ser asmáticas uma vez que muitas querem ser devassas'. Um homem pode ficar deitado inerte e curar-se de uma enfermidade. Mas ele não pode ficar deitado inerte se quiser curar-se de um pecado. Pelo contrário, ele precisa levantar-se e correr por aí feito louco. A questão toda de fato está expressa à perfeição na própria palavra usada para quem está hospitalizado: 'paciente' tem um sentido passivo; 'pecador' tem um sentido ativo. Se um homem quiser se salvar de uma gripe, ele pode ser paciente. Mas se quiser se salvar de uma falcatrua, ele não pode ser paciente, tem de ser impaciente. Ele deve sentir-se impaciente com a falcatrua. Toda reforma moral começa na vontade ativa, não na passiva.

A compreensão de Ferrajoli desvincula o crime da moral, tornando o fato criminoso uma simples descrição legal, em relação à qual, a verdade, a justiça e a moral não podem intervir (OLIVEIRA, 2014, p. 120).

Nessa lógica, Villey (2008, p. 60) afirma que atualmente a ordem moral está desmoronando e nenhuma sociedade pode sobreviver, a longo prazo, sem um sistema moral. A vida em sociedade não seria possível "num lugar em que se roubasse, em que ninguém ousasse deixar o carro estacionado, nem a pá e a picareta no local de trabalho, em que não se pudesse confiar em nenhuma promessa".

As consequências dos crimes e dos vícios são devastadoras para o indivíduo e para a sociedade, sendo que a prática reiterada gera maior audácia nos criminosos e silencia a consciência deles até o ponto em que esta que só viva para o crime e o crime se torne o motivo de sua existência. Os crimes impunidos ou mal punidos geram um efeito pedagógico na sociedade

que a leva aos instintos primitivos afastando-se das normas morais. "A crueldade, a rudeza, a desvergonha e a falta de compaixão perpetradas por homens malvados não devem ter outra reação senão o cárcere duradouro, na proporcional intensidade dos vícios que os impulsionam a tornarem a praticar um crime" (OLIVEIRA, 2014, p. 173-174). Ou seja, "o fundo do problema está no próprio homem, na crise moral que vem percorrendo sucessivas desgraças e maldades no ambiente geral do país. A diminuição da pena é diametralmente oposta ao aumento da criminalidade" (OLIVEIRA, 2003, p. 39).

De modo que essa compreensão que afasta o caráter pedagógico da pena em detrimento de sua face "terapêutica", é contra o pensamento de Aquino (2017, p. 437), o qual afirma que ao juiz não é lícito absolver a pena do réu por dois motivos, quais sejam, (i) em respeito ao acusador, o qual possui o direito de que o réu seja punido e o Juiz deve dar a cada um o que lhe pertence, e (ii) em relação ao bem coisa pública, em nome da qual o Juiz atua, que requer a punição dos malfeitores.

Tecidas considerações gerais sob os aspectos determinantes da fundamentação legislativa penal vigente, convém, com base na obra dos autores mencionados, analisar alguns pontos fundamentais da pena privativa de liberdade, base do sistema jurídico-penal brasileiro.

A pena privativa de liberdade pode ser, conforme o art. 33, *caput*, do Código Penal, e art. 5º, inciso I, da Lei de Contravenções Penais, nas modalidades de reclusão, detenção ou prisão simples, nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, especificando o Código Penal os estabelecimentos e métodos em que se executam essas penas. A realidade, no entanto, dista da previsão legal, em primeiro lugar pelo fato de que as penas dificilmente chegam a ser executadas (substituição ou *sursis*), pelo regime aberto ser cumprido no "regime domiciliar", eufemismo utilizado para justificar o cumprimento da pena em casa, e pelas generosas frações de progressão que muito recentemente foram ligeiramente aumentadas pela Lei n. 13.964/19.

De fato, após a condenação existem medidas que podem ser, e geralmente são, adotadas para impedir o cumprimento da pena privativa de liberdade, dentre elas a substituição da pena por outras medidas restritivas de direitos, quase todas de difícil ou de impossível fiscalização, nos termos do art. 44 do Código Penal. Caso não cabível a substituição, por alguma extraordinária hipótese, o condenado poderá ter sua pena suspensa, por dois a quatro anos, cumpridas algumas condições (art. 77 do CP), ao término dos quais a pena será extinta (art. 82 do CP). Em caso de não cumprimento, pode haver revogação e imediato cumprimento da pena, no "regime aberto" (penas de até 2 anos geralmente se enquadram).

A falta de estrutura, no entanto, não é objeto desse trabalho e, conforme explica Oliveira (2014, p. 69), a dosagem das políticas de equidade (*sursis*, livramento condicional, progressão de regime e *indulgentia principis*) podem, se bem aplicadas, contribuir com a justiça e a punição.

De acordo com Mazzilli (1999, p. 684), "pouco dista da impunidade remeter autores de crimes de excepcional gravidade para o cumprimento da pena em imediato regime aberto, semi-aberto, ou a cumprimento de pena alguma".

Com efeito, ao se considerar a maior pena privativa de liberdade abstratamente prevista no Código Penal, qual seja, 30 anos, para os crimes de homicídio qualificado (art. 121, § 2º), extorsão mediante sequestro com resultado morte (art. 129, § 3º) e latrocínio (art. 157, § 3º, inciso II), ela será necessariamente cumprida em regime inicial fechado, conforme disposto no art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, exigindo-se o cumprimento (para o caso da extorsão, que não é hediondo, sendo que o latrocínio foi recentemente incluído na lista) de 5 anos para progressão ao semiaberto e mais 4 anos e 2 meses para o semiaberto. Ou seja, dos 30 anos apenas 9 anos e 2 meses serão de efetiva pena privativa de liberdade, ressaltando-se que dificilmente a pena irrogada alcançará o máximo previsto na Lei.

A Lei n. 13.964/19, entretanto, regulamentou diferentes frações de progressão com base na reincidência, gravidade e hediondez do crime praticado, em porcentagens que variam entre 16% para crime sem violência ou grave ameaça e réu primário, até 70% para reincidentes em crime hediondo. Ao considerar-se, nesse contexto, um apenado à pena máxima, reincidente em crime hediondo, necessitará 21 anos para progredir ao semiaberto e mais 6 anos, 3 meses e 15 dias, totalizando 27 anos, 3 meses e 15 dias do total. Dessa maneira, o que se percebe da novel legislação é que, sem ferir o princípio constitucional da individualização da pena, estabelece um método de progressão mais vinculada à realidade.

Para Dip e Moraes Júnior (2002, p. 106), é necessária uma “pena reclusiva, suficientemente extensa para bem reprová-lo e melhor prevenir”. Conforme Oliveira (2014, p. 65), A pena cumpre sua finalidade ao reintegrar a justiça desequilibrada e, mesmo que não resolva o mal do criminoso, resolverá o mal do crime.

É evidente que “a ordem jurídica violada exige a reparação do dano injustificado, em qualquer área, por disposição da justiça”. O direito penal possui maior rigor retributivo e está nas mãos do Estado, de modo a resguardar o equilíbrio social. O caráter vindicativo do direito penal vem em benefício da sociedade e do apenado, pois a expiação edifica e regenera (OLIVEIRA, 2014, p. 54-55).

Conforme Dip e Moraes Júnior (2002, p. 24), a pena de prisão (i) pela reprovação não pode ser tão branda que desvalorize o preceito ofendido, nem tão áspera que se afaste da misericórdia, (ii) pela prevenção não pode ser tão curta que valha a pena o risco de cometer crimes, nem tão longa que pareça mais um desafio, e (iii) pela ressocialização não pode ser tão curta que o criminoso não tenha tempo para pensar moralmente, nem tão longa que não possa aplicar o que aprendeu. E, no entanto, a ressocialização é precedida necessariamente pela reprovação, porquanto é necessário que o indivíduo esteja não socializado (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, p. 40).

Há a necessidade da efetivação do caráter repressivo da pena em todas as situações, porque ao entender-se “que a pena não serve para intimidar o potencial criminoso, entender-se-á, por lógica consequência, que a pena não possui eficácia ressocializadora, pois a alma que não se deixa intimidar também não se deixará corrigir” (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, p. 109).

A pena tem caráter essencialmente vindicativo, como expressão de retribuição da ordem de justiça ofendida pelo ato criminoso. De acordo com Dip e Moraes Júnior (2002, p. 114), “a pena deve ‘dar de volta’ o suficiente ao infrator, ou seja, retribuir, ou melhor, castigar, na nomenclatura utilizada por outras legislações”.

O remédio penal tem “gosto amargo” pois volta-se a sensibilidade do delinquente para compensar vindicativamente mediante uma “contrariedade involuntária” a “voluntária contrariedade” praticada. Além disso, a pena deve preservar o delinquente de reiteração, pois o seu padecer está vinculado a uma ação (OLIVEIRA, 2014, p. 63-64).

A culpa (*lato sensu*) tem característica objetiva, conquanto trata-se de transgressão da ordem estabelecida, e característica subjetiva, por demonstrar uma “desordem das faculdades” do indivíduo. A expiação da culpa é aflitiva e aplicada contra a vontade, por razão da ordem violada “à qual está sujeita a vontade livre”. Três ordens de pena surgem do fato criminoso “do governo divino, da sociedade política ou da consciência moral”. Em relação à consciência moral, a intranquilidade, a insatisfação e a tristeza causadas pelo ato ilícito praticado, são “mais intensas quanto menos desordenadas foram as potências da alma do pecador”. Em alguns casos, entretanto, a obstinação ao crime impede o remorso moral (OLIVEIRA, 2003, p. 36).

Nesse jaez, indaga-se se é possível verificar quem é um criminoso/marginal ou um cidadão honesto e cumpridor das leis e se não seria essa classificação um tipo de discriminação. As respostas são trazidas pelo próprio fundamento da concepção dos direitos humanos, pois, conforme a

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1795: "Art. 5. Ninguém é homem de bem, se não observa sincera e religiosamente as leis. Art. 6. Aquele que viola abertamente as leis declara-se em estado de guerra contra a sociedade" (COMPARATO, 2019, p. 173).

Ou seja, é um dever humano observar e cumprir as leis e não o fazendo, o indivíduo deve ser punido, pelo anseio social em reaver a ordem desequilibrada e vencer a guerra pelo criminoso iniciada. Deve ser punido pois, como já dito, não é lícito ao Juiz e ao legislador absolver a pena do réu. Assim é que se mostra o caso brasileiro, um misto de demagogia e mágica que tornou o sistema penal um nosocômio para recuperação de dementes morais.

A hipótese da pesquisa, diante dos levantamentos preliminares tecidos por ocasião do projeto, considerou que as punições, no atual ordenamento jurídico brasileiro não podem ser consideradas justas, em especial pela desproporcionalidade entre a infração cometida e a punição imposta, conforme Aristóteles e São Tomás de Aquino, sendo que, diante das ponderações e elementos apresentados, tem-se que a hipótese restou confirmada.

Com efeito, a justiça, de acordo com São Tomás de Aquino e Aristóteles, divide-se em justiça geral e justiça particular, sendo esta última subdividida em justiça distributiva e justiça comutativa. Enquanto a justiça geral regula a disposição do indivíduo com a Lei moral, a justiça particular rege as trocas e negociações (lícitas e ilícitas) entre os indivíduos, buscando, a justiça distributiva, dar a cada um o que lhe convém, e a justiça comutativa, restituir ao lesado, equilibrando o proveito indevido com o prejuízo (injusto). O crime, tratando-se de troca involuntária, regida pela justiça comutativa deve ser proporcional e inequivocadamente punido para reequilibrar o justo-meio abalado.

Não punir, quando era o caso, é caso de assombro, espanto e pasmo: sensação de que a justiça, embora existente, não foi realizada no caso

específico. Mas punir timidamente, quando era o caso de estabelecer uma justa proporção entre crime e pena, é caso de escândalo, indignação e anátema: sensação de que a justiça existe apenas como farsa (DIP; MORAES JÚNIOR, 2002, p. 19).

É dizer, portanto, que existindo uma justa medida, referida por São Tomás de Aquino como mediedade, qualquer inclinação para mais ou para menos causará implicação na justiça e afetarà a questão de dar a cada um o que lhe pertence, o que não é lícito ao juiz fazê-lo. Dessa maneira, é que podemos traçar um parâmetro entre as questões filosóficas trazidas à baila e os métodos punitivos previstos na legislação brasileira.

Conforme Oliveira (2003, p. 36), a violação à ordem impõe, *in re ipsa*, a expiação da culpa em caráter vindicativo, ou seja, a ordem tende à sua própria conservação. Nas palavras de São Tomás de Aquino, *poena consequitur peccatum*.

As teorias de São Tomás de Aquino e de Aristóteles contribuíram para a construção do modelo jurídico adotado pelo Brasil, sendo necessário averiguar o modelo vigente com base em sua própria origem, visto que nem sempre alterações legislativas contribuem para o melhoramento da função estatal.

A base filosófica e sociológica da juspolítica é fundamental não só para a elaboração de leis, como também, de modo especial, para sua interpretação e compreensão dos casos concretos para todos os profissionais do direito, sejam os que buscam a tutela jurisdicional do Estado, seja para os responsáveis por concedê-la. Assim, é possível afirmar que a timidez do sistema penal brasileiro, com forte influência da teoria juspolítica garantista gerou um fomento à criminalidade pela ausência substancial de punição equânime aos delitos praticados e, quando há punição, pela fragilidade com que são aplicadas, demonstrando não se enquadrar o sistema atualmente aplicável no Brasil às disposições filosóficas tecidas por São Tomás de Aquino e Aristóteles.

Sem desejar impor ou definir uma maneira para resolver a situação, é importante esclarecer que, de acordo com Oliveira (2003, p. 39), as ideias não têm sentido sem a prática, pois não há, se assim for, a restauração da ordem desestruturada ao longo das épocas.

Pesa sobre o julgador a obrigação sobretudo moral de distribuir correta e justamente (nos termos trabalhados) as punições, de modo a reintegrar a ordem jurídica conspurcada pelo mal, e sobre o legislador a obrigação de reestruturar a própria ordem para ser fortalecida nas respostas aos atos que a ameaçam.

É necessário que haja a extirpação dos males que corrompem os valores e eficientes respostas às violações morais internas e à ordem jurídica, senão restará apenas a pena divina, perfeita e infalível (OLIVEIRA, 2003, p. 40).

Em conclusão, é possível afirmar que a legislação criminal no âmbito das penas aplicadas no ordenamento jurídico brasileiro não é justa, pois não demonstra em todos os casos a necessária retribuição do equilíbrio atingido pela ação criminosa, seja pelas brandas penas ou pelos diversos institutos despenalizadores, e apresenta uma forte influência de modernas doutrinas que divergem das finalidades da justiça, tratando a punição como medida terapêutica, distanciando-a da sua função estabelecida pelo direito clássico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça, virtude da qual o direito é objeto, possui diversas conceituações que permeiam os estudos da filosofia jurídica, dentre os quais se destaca a integrada e pormenorizada teoria jurídica de São Tomás de Aquino, embasada também na compreensão pré-cristã de Aristóteles. Tais estudos são de grande importância para a análise da legislação e para a própria aplicação do direito, tendo em vista que contribuíram em muito para a formulação do direito ocidental e, via de consequência, do direito brasileiro.

Nessa concepção, o direito positivo é compreendido como uma expressão do direito natural que, por sua vez, é intermediado pela *lex aeterna*. A justiça é uma das quatro virtudes cardeais, os hábitos perfeitos que o ser humano deve seguir, e pode ser subdividida em justiça geral, da qual a justiça legal (lei positiva) faz parte, e justiça particular. Em síntese, a justiça geral compreende a relação entre o indivíduo e a sociedade, e a justiça particular entre o indivíduo e o próximo, na evidente obrigação de fazer o bem. Subdivide-se a justiça particular em distributiva e comutativa, a primeira consistindo na justa repartição de bens e direitos (proporção geométrica) e a segunda nos conceitos que regem trocas, voluntárias e involuntárias, realizadas entre os homens (proporção aritmética).

Especificamente em matéria penal, o justo consiste na reparação da troca involuntária, no âmbito da justiça comutativa, portanto, além da reparação relacionada à ofensa intrínseca ao delito. Essa é a função jurisdicional, dar conforto ao lesado e infligir uma indesejada pena ao causador do mal. É lícito, "louvável e salutar" prejudicar o infrator/criminoso, por intermédio do poder constituído, porque agir injustamente demonstra a deficiência moral da pessoa, e obriga a necessária reparação, daí porque o Juiz não pode absolver a pena do réu. A pena advém como consequência a uma conduta querida e intencional, e visa obrigar à observação da norma. A pena objetiva, além da reparação, a retribuição e a prevenção, possuindo, dessa maneira, uma função social.

O direito penal brasileiro regeu-se inicialmente pelo compilado das leis portuguesas que formavam as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, nesta ordem, sendo substituídas apenas com a promulgação do Código Criminal de 1830, que foi substituído em 1890 e, após, 1940, o qual vigora até hoje. Das primeiras normativas observa-se a punição criminal mais rigorosa, substituída por menor punição com o advento da república, de caráter positivista, e por medidas extremamente tênues e terapêuticas após o novo Código de 1940 (vigente) e suas sucessivas alterações

e leis que o complementam, dentre elas, a Lei n. 9.099/95, alterações legislativas inspiradas na compreensão histórico-dialética do direito penal, consubstanciado na obra de Luigi Ferrajoli, criando diversos meios de substituição da pena e até mesmo de desnecessidade do processo penal.

De fato, as penalidades previstas no atual ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e infraconstitucional, restringem à pena de prisão a poucos e excepcionais casos, embora ainda esteja prevista a pena de morte. A pena de prisão, ainda assim, é sujeita à normas de progressão de regime, saída temporária, livramento condicional, indulto, comutação e perdão, institutos que a eliminam ou a atenuam sobremaneira. As demais penas são de caráter substitutivo, no espírito "alternativo" da teoria garantista, como, por exemplo, a prestação pecuniária, a multa e a limitação de final de semana.

Diante de tais expostos, em conformidade com São Tomás de Aquino e Aristóteles, a reprimenda criminal não poderá ser considerada justa se não retribuir proporcionalmente o mal causado, imprimindo-lhe claro caráter expiatório. Será reduzida, nessa hipótese, a uma simples questão terapêutica, um meio de recuperação ou uma dívida. Assim, cria-se um ambiente no qual não há mais a convicção de que a Lei e a ordem devem ser respeitadas, dificultando, logo, a própria sobrevivência em sociedade.

Alia-se à ampla despenalização, seja de ordem legal ou jurisprudencial, esta última de caráter ativista, em conformidade com o já exposto, a subnotificação dos crimes ocorridos no Brasil, gerando um ambiente de incertezas e insegurança no âmbito da juspolítica criminal, todos fatores que apontam para a desvinculação da realidade fática e legal com o conceito aristotélico-tomista de justiça.

Propõe-se, desse modo, que as penas criminais, tidas como preceitos secundários aos comportamentos não tolerados pelo ordenamento pátrio, ou seja, a reação do Estado à livre e consciente infração à ordem moral e jurídica, não podem ser consideradas justas, à luz dos escritos de Aristóteles e São Tomás de Aquino.

REFERÊNCIAS

- ALIGHIERI, D. **Da monarquia**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1985.
- AQUINO, T. de. **Da justiça**. Campinas: Vide Editorial, 2012.
- AQUINO, T. de. **Suma teológica**. 4. ed. v. 3, 1. reimp. São Paulo: Ecclesiae, 2017.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 5. ed. 8. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BÍBLIA SAGRADA. Edição Popular. São Paulo: Edições Paulinas, 1977.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. v. 1, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. 38. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2019.
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 set. 2019.
- BRUNO, A. **Direito penal**. v. I. tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CHESTERTON, G. K. **Ortodoxia**. 2. ed. São Paulo: Mundo Cristão, 2012.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DALRYMPLE, T. **Roda viva internacional**: entrevista com Theodore Dalrymple. Programa exibido em 29 de dezembro de 2016 (1h25min). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=l1biNbalbKk>. Acesso em: 22 fev. 2020.

DIP, R.; MORAES JÚNIOR, V. C. L. de. **Crime e castigo**: reflexões politicamente incorretas. 2. ed. Campinas: Millennium, 2002.

MAZZILLI, H. N. **Questões criminais controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, G. C. de. **A verdadeira face do direito alternativo**. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

OLIVEIRA, G. C. de. **Garantismo e barbárie**: a face oculta do garantismo penal. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

OLIVEIRA, G. C. de. O Princípio Poena consequitur peccatum na teologia penal de Santo Tomás de Aquino. **Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense**. n. 1. Florianópolis, set./dez. 2003. p. 33-40.

PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PESSI, D.; SOUZA, L. G. de. **Bandidolatria e democídio**: ensaio sobre o garantismo penal e a criminalidade no Brasil. 2. ed. rev. e ampl. São Luís: Resistência Cultural, 2017.

REALE, M. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDEL, M. J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SEM, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

TRIGUEIRO, L. C. **Direito de punir e impunidade**: uma busca pela redefinição da aplicação da punição no sistema penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

VILLEY, M. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, M. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito. Os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NA RESPONSABILIDADE CIVIL: CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Gabriela da Silva¹

Roni Edson Fabro²

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a teoria da perda de uma chance no viés da reparação cível, através da sua absorção pelo Código Civil brasileiro. Objetiva demonstrar, sucintamente, quais os principais critérios trazidos pela doutrina acerca da sua aplicação ao caso concreto, ou seja, quando a perda da chance é causa de indenizar e os requisitos e preceitos da responsabilidade civil que possibilitam a reclamação desse direito. Ainda, analisa casos reais por meio de busca jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, visando ao aprofundamento que facilite o entendimento do que é a perda de uma chance de fato, sua aplicabilidade e quando ela se caracteriza, utilizando o método dedutivo de pesquisa, além da pesquisa bibliográfica. Verifica-se que, nos casos em que houve a indenização por perda da chance, os magistrados observaram a existência de um dano decorrente da privação da oportunidade ou de se evitar um prejuízo, enquanto que nas decisões que rechaçaram a teoria, não houve qualquer dano em decorrência da privação ou era caso de dano hipotético.

Palavras-chave: Perda da chance. Responsabilidade civil. Jurisprudência.

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, *Campus* de Joaçaba; e-mail: gabizsilva81@gmail.com.

² Doutorando em Educação do PPGEd da UNOESC, *Campus* de Joaçaba. Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC Joaçaba (SC); Advogado; e-mail: roni.fabro@unoesc.edu.br. Orientador da pesquisa efetuada referente ao Curso de Direito da Unoesc, referente ao período 02/2020.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende, brevemente, demonstrar quando a supressão de uma oportunidade ou, ainda, a privação de evitar-se um prejuízo, é causa de indenização pela execução da chamada teoria da perda de uma chance.

Embora a primeira utilização brasileira ao caso concreto tenha ocorrido ainda no final do século XX, esta tese foi abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro devido à evolução do instituto da responsabilidade civil, que ocorreu no Código Civil de 1916 e no de 2002, que embora tenha mantido a responsabilidade civil como regra, deu espaço à responsabilização objetiva, ou seja, em respeito aos princípios da dignidade humana que evoluíram principalmente a partir do século XX, a noção da indenização pelo dano passou a ultrapassar a barreira da necessidade de comprovação de culpa.

Diante disso, o novo Código Civil trouxe diversas cláusulas gerais que preveem a responsabilização civil independentemente da comprovação de culpa e, como dito, por serem normas de cunho geral, tendem a abranger variadas perspectivas e interpretações que possibilitaram sua incorporação.

A *perte d'une chance*, nasceu na França no final do século XIX e cresceu de lá para cá como mais uma forma de dano indenizável, já que se trata do prejuízo sofrido em decorrência da perda da chance, ou seja, ao ser privado de uma oportunidade que traria um lucro ou impediria situação prejudicial, caracteriza-se o direito passível de ação por dano material ou moral pela perda.

A dificuldades acerca do tema são, principalmente, a dificuldade de demonstrar o nexos causal entre a conduta e o dano, que neste caso será a supressão da chance e não o dano em sentido estrito. Além disso, até que ponto a consequência é real e não mera expectativa de ganho ou hipotética.

Sendo assim, o estudo analisa, ainda que sucintamente, os critérios da responsabilidade civil e da teoria em questão, para demonstrar como se

dá sua aplicação aos casos concretos pelo estudo de doutrinas e decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

2 BREVE RELATO HISTÓRICO DA *PERTE D'UNE CHANCE*

Acredita-se que o surgimento do que se sugere como responsabilização do dano causado pela perda de uma chance surgiu no contexto do início do século XX na Europa, com a modificação da ideia individualista do Estado Liberal do século XIX. O foco foi transferido para o dano sofrido e o fato de aquela pessoa ter de suportá-lo. Desta forma, o Direito, juntamente a estudiosos e pensadores, passou a considerar e tentar controlar o acaso e as incertezas com base nas chances perdidas (SILVA, 2007, p. 8-10).

O conceito de dano causado pela perda de uma chance foi trazido pelo direito francês, em 1889. Na ocasião, a Primeira Corte de Cassação Francesa julgou procedente ação reparatória em face de um funcionário do ministério, pelo que suas ações obstruíram o andamento regular de uma primeira ação proposta pela vítima (por causa diversa) e que, conseqüentemente, impediram-na de lograr provável êxito (SILVA, 2007, p. 10).

Após este episódio, o termo *perte d'une chance* expandiu-se e difundiu-se entre os demais juízes franceses, sendo que estes foram responsáveis ainda pela ampliação do termo e, conseqüentemente, para atingir diversas noções de responsabilidade civil. A aplicação também ganhou força no sistema *Common Law*, onde o sistema jurídico se baseia principalmente nos casos concretos ao invés da lei positivada, exponencialmente no que tange à responsabilidade civil do médico (SILVA, 2007, p. 11-12).

No Brasil, o primeiro caso de aplicação desta teoria deu-se no final do século passado, na década de 1990, pelo Desembargador Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul que deu provimento ao Recurso de Apelação Cível nº.

591064837³ (RIO GRANDE DO SUL, 1991), originário de Novo Hamburgo/RS, o qual objetivava condenação do mandatário que extraviou os autos de um processo e não informou seu cliente. A fundamentação utilizada foi de que não lhe imputaria “o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo” (CARVALHO, 2010).

A teoria só alavancou no país em 2005, após sua aplicação no famoso caso do “Show do Milhão”, popular jogo de perguntas e resposta transmitido pela rede de televisão aberta, Sistema Brasileiro de Televisão (SBT). Dotada de discussão, a perda de uma chance vem sendo aplicada cada vez mais em todo o país, pois esta espécie de dano não é absorvida pelo lucro cessante e menos ainda pelo dano emergente, devido à dificuldade de relacionar o nexos causal entre conduta e dano sofrido. Além disso, há confusão entre o que fica na seara hipotética e o que de fato é dano decorrente da perda da chance.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS PRESSUPOSTOS

Elencada no artigo 927⁴ do Código Civil brasileiro, a responsabilidade civil atinge todo aquele que promover dano a outrem por ação ou omissão voluntária, ou ainda, por negligência ou imprudência, estando sujeito ao pagamento de indenização da outra parte pelo prejuízo causado.

O Direito Civil brasileiro possui dois entendimentos no que tange à responsabilização do agente: responsabilidade civil subjetiva (regra geral) e a responsabilidade civil objetiva.

³ Acórdão disponível na íntegra em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=591064837&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 18 set. 2020.

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade civil subjetiva prescinde de culpa, ou seja, a vítima da conduta humana (ação ou omissão) deve provar que o fato é dotado de dolo ou culpa e não mero risco do agente em realizar determinado fato, para que seja admissível a indenização. Não coincidentemente, também é chamada de teoria da culpa. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 59) "Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa."

Enquanto isso, em alguns casos específicos e previstos no Código Civil, há causa indenizável independente de culpa. A ideia de responsabilidade civil objetiva surgiu a partir do desenvolvimento da responsabilidade civil e dos princípios da dignidade humana ao longo do século XX. No Brasil, surge com o Código Civil de 2002 em cláusulas gerais, isto é "a norma jurídica de enunciado aberto e amplo" o que permite maior abrangência de assuntos e aplicações (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 237-238).

Um exemplo teórico do assunto é a chamada teoria do risco:

Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*); ora mais genericamente como 'risco criado', a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo (GONÇALVES, 2015, p. 59).

Assim, tem-se que o indivíduo assume o risco de que determinada conduta rotineira ou cotidiana, tal qual uma entrega de mercadoria, passível de imprevisibilidade, esteja sujeito a atrasar na entrega, por exemplo. Ao

se comprometer com o prazo para a diligência, cria-se o risco de eventual atraso, que pode gerar um dano indenizável.

Os pressupostos para que nasça fato jurídico suscetível de prestação pecuniária são: ato ilícito, dano, nexo de causalidade e, pela teoria subjetiva, a culpa.

3.1 CONDUTA

A conduta nada mais é do que ação humana. Neste caso, a ação humana deve gerar dano para a existência do nexo de causalidade, isto é, relação entre os dois.

Entende-se aqui que a omissão também é uma forma de conduta, pois o agente decidiu não agir, ou deixou de agir, perante um evento que gerou violação de direito ou prejuízo a outrem.

Assim, verifica-se que ela está intrínseca no artigo 186⁵ do Código Civil, o qual explica o momento em que ela surge, ou seja, a conduta está no cerne do ato ilícito civil e ao gerar prejuízo e vítima, possui atributo reparatório.

A expressão da conduta dar-se-á por: dolo quando a atitude prejudicial for intencional; por culpa (sentido propriamente dito), quando abastecida de imprudência, negligência ou imperícia; ou, ainda, pelo ilícito civil, nas hipóteses da teoria objetiva da responsabilidade.

3.2 CULPA

A culpa é um dos requisitos a serem demonstrados nos casos em que a regra geral, responsabilidade subjetiva, é aplicada, sendo a regra do Código Civil. A culpa implica em ação voluntária do agente, pois sem a qual não há configuração de responsabilidade civil na questão discutida.

⁵ 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.

Há culpa nestas três espécies: imprudência (extrapolar os limites do que é seguro), negligência (deixar de prestar assistência necessária) e imperícia (agir sem conhecimento necessário).

Frise-se que pouco importa se o acontecimento não teve a menor intenção. Na responsabilidade civil objetiva, a culpa não é requisito para o direito de indenizar. Como a regra é a responsabilidade subjetiva, ela está expressa nos casos em que é aplicável. Nesta condição, o autor do ato ilícito entra como alguém que assumiu o risco de causar o dano, bastando comprovar o nexo de causalidade.

3.3 NEXO CAUSAL

O nexo de causalidade pretende fazer uma ligação entre o ato ilícito, através da conduta, com o dano causado. Ele está presente quando o patrimônio jurídico afetado foi em decorrência da ação ou omissão humana em questão.

A correlação entre os dois primeiros pressupostos da responsabilidade civil depende da prova do nexo de causalidade para que tenha o efeito jurídico e, até onde vai este efeito, que será medido até onde vai a relação direta. Assim, é preciso analisar o contexto da conduta e as suas consequências.

Felipe Soares Torres e Agnoclébia Santos Pereira (2015) explicam que devido à complexidade de distinguir, ou melhor, calculá-la, surgiram algumas teorias que pretendem resolver a questão da magnitude causal e que, no viés jurídico civil, deve ser considerada a teoria da causalidade mais adequada, que relaciona o nexo causal entre a conduta mais cabível ou mais evidente para a produção do prejuízo e a atitude do agente.

3.4 DANO

O dano a outrem tem como pressuposto a lesão a um bem jurídico do ofendido, que se estende como material, moral ou ambos e, ainda, o dano

estético, dependendo do efeito causado perante a vítima. Nota-se que, para configurar a responsabilidade civil, são necessários os pressupostos de conduta humana (por ação ou omissão), nexos de causalidade e o dano ou prejuízo.

O dano estético é o mais recente a ser incorporado à esfera cível. Ele abrange questões de aparência da vítima, em que existe o dever indenizatório como, por exemplo, uma cirurgia plástica que deu errado.

No que tange ao dano moral, este não engloba dano causado ao patrimônio, mas sim uma ofensa à pessoa em si, que pode ou não gerar dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação ao lesado. Integra também os direitos da personalidade, tais quais a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, entre outros, elencados nos artigos 1^o, III e 5^o, V e X, ambos da Constituição Federal, e não se limita à psique da vítima (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 117-118).

Ao causador do dano é estabelecida uma prestação pecuniária com vistas a compensar a balbúrdia mental causada e, até, como forma de medida educativa pelo juízo, para que o indivíduo não volte a cometer o mesmo erro.

Já o prejuízo material é aquele que compreende o patrimônio do indivíduo e, portanto, envolve bens que demandam o desprendimento de capital por parte da vítima ou estão sujeitos à avaliação pecuniária. Dentro dele estão compreendidos o dano emergente e os lucros cessantes.

O primeiro engloba tudo aquilo que a vítima perdeu efetivamente, de imediato, enquanto o segundo faz referência àquilo que a vítima deixou de ganhar ou poderia ganhar se não tivesse sofrido determinada conduta.

⁶ 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

⁷ 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 a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

Como por exemplo, um acidente envolvendo o taxista e seu instrumento de trabalho. O dano ao veículo será configurado como dano emergente, visto que se consumou e é visível naquele momento; já a renda que o taxista deixará de alcançar em função de não poder utilizar seu carro, caracterizar-se-á como lucro cessante (GUEDES, 2019).

Ocorre que existe uma espécie de dano não absorvido pelo dano emergente e menos ainda pelos lucros cessantes, devido à dificuldade de relacionar o nexos causal entre a conduta e o dano sofrido. Ela vem ganhando cada vez mais força no ordenamento jurídico brasileiro e se baseia na "teoria da perda de uma chance", para situações que envolvem uma oportunidade perdida do lesado e que, em decorrência desta perda, se configura o dano.

4 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance se baseia na necessidade de indenizar aqueles que, por conduta de terceiro – entenda-se por ação ou omissão – restaram prejudicados na forma que perderam uma oportunidade única de obter vantagem lícita.

Como visto, o artigo 927 do CC impõe o dever de reparação por parte daqueles que causaram danos. A diferença é que, para essa teoria, o dano causado se configura a partir do momento em que o indivíduo, na iminência de alcançar determinado e grandioso feito, é impedido por outrem, não ensejando mera possibilidade, mas sim sérias e reais chances de conquistá-lo.

Está relacionada tanto ao ato ilícito que retira do lesado, quanto a possibilidade de arranjar para si situação futura melhor quanto, ainda, a de evitar algum prejuízo (CÂMARA, 2018, p. 104).

Todavia, a principal divergência em torno do tema é no sentido de que não haveria possibilidade de aferir-se dano a partir da perda de uma chance, pois este seria então regido pelo dano hipotético ou eventual, não ensejando indenização, uma vez que o nexos causal é de difícil comprovação. Nesse sentido, tem-se que o prejuízo originado seria indeterminável.

Ocorre que, embora de fato haja complexidade em determinar o nexo de causalidade e o dano, é possível a aplicação desta teoria nos casos em que a lei não se mostre tão clara, mediante a evidência de requisitos básicos que demonstrem o prejuízo material ou moral decorrente da perda da chance, permitindo essa indenização juntamente com o cálculo indenizatório.

4.1 REQUISITOS DE APLICAÇÃO

Evidentemente que os danos em que essa teoria se encaixa não são exatos. Contudo, são dotados de, não mera possibilidade, mas de chances reais e sérias de uma vantagem ou ganho patrimonial através de uma oportunidade perdida em face de ato ilícito (conceituado no art. 186 do Código Civil) de terceiro. Como Rafael Peteffi da Silva (2007, p. 13) explica, embora a chance em si tenha vislumbre hipotético, no caso da perda de uma chance o ato que culminou com o infortúnio é imputável.

A principal discussão no que se refere à colocação da perda de uma chance como dano autônomo está na complexidade em comprovar o nexo causal e o dano, principalmente. O dano ainda mais, pois há dificuldade em mensurar o prejuízo do lesado frente a algo que não foi efetivo, tal qual nos lucros cessantes em que há como mensurar exatamente o que foi perdido. Ou, ainda, não recair o prejuízo sobre óbice do dano eventual ou hipotético, ou seja, que não tem probabilidade de ocorrência.

Para o fato ser passível de indenização pela perda são necessários diversos pressupostos que serão analisados pelo juiz da causa. As chances devem ser reais e sérias, sendo que a análise deve ser criteriosa nesse sentido, pois não deve se tratar de mera esperança subjetiva da vítima, quer dizer, do contrário, há vulgarização da teoria e insegurança jurídica.

Portanto, a perda não se aplica a todos os casos em que existe chance com a mera criação de um risco, até porque, neste caso, o dano é hipotético, ou seja, ainda não ocorreu, como já observado. Neste caso, o prejuízo é certo

e repercute em sua esfera patrimonial ou moral, já que não existe a causa de indenizar pela perda por si só, mas sim se dela ocorreu consequência razoavelmente desfavorável à vítima, e não mera aleatoriedade danosa (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 108-109).

Conforme Felipe Soares Torres e Agnoclébia Santos Pereira (2015) demonstram, para alguns doutrinadores a chance deve ser dotada de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de probabilidade de êxito. Para isso, é válida a comparação entre situações que demonstram pouca probabilidade com as que demonstram boas chances, com intuito de descartar as primeiras e vislumbrar o que é hipotético e o que é real.

Os autores do artigo prosseguem quanto a outro fato importante a ser observado: o lapso temporal do momento em que ocorreu o ato ilícito que gerou a anulação da oportunidade e o momento em que o suposto ofendido teria proveito dela. Esse período deve ser coerente e ter ligação direta com o fato para que se vislumbre que a lesão realmente foi em decorrência da ação ou omissão do agente.

4.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O QUANTUM INDENIZATÓRIO

Quando há sensação de prejuízo, muito se discute com relação à *perte d'une chance* o encaixe no dano material por lucros cessante ou dano emergente ou, no caso do dano moral, se era possível evitar determinada situação danosa.

Todavia, a diferenciação de ambos para a perda está principalmente na efetividade do dano, por exemplo, no lucro cessante o ofendido consegue vislumbrar facilmente o que deixou de lucrar. Da mesma forma no dano emergente, no qual a ocorrência do prejuízo é fato, ambos "visíveis".

Já pela perda da chance, o lesado deixou de obter determinada vantagem ou ganho em razão do ato ilícito de terceiro mas, trata-se de

probabilidade, então o *quantum* valorativo deve trabalhar dentro deste quesito. Portanto, o valor da indenização não será o mesmo da vantagem que teria, pois ela, embora muito iminente, não foi alcançada, então o cálculo trabalhará com a probabilidade (CARVALHO, 2017).

Raffael Peteffi da Silva (2007, p138-139) explica que a vítima deve se pautar em provar o nexos causal entre a conduta e a chance perdida. Logo, a indenização não será integral, isto é, será inferior à vantagem esperada visto que a remuneração é pela chance. Por exemplo, alguém que retira as chances de outrem não perder um braço, não será sentenciado da mesma maneira que alguém que efetivamente "retirou" um braço de outrem.

A questão do cálculo da indenização pode ser observada nos casos relacionados à responsabilidade do advogado, sendo que nestes casos de negligência ou de imprudência do advogado, a parte deixou de obter vantagem com possível ganho de causa. Por exemplo, o valor da causa postulado na ação perdida por ato ilícito do advogado era de 30 mil reais. Então o cálculo será com base na probabilidade que o autor tinha de recebê-los e não serão os mesmos R\$30.000,00. Neste caso, evidentemente é importante que a causa em si já tenha julgados em favor do autor, o que fomentaria a grande chance de êxito. Ademais, a situação será analisada amplamente para que não restem dúvidas de que não houve outros fatores/indícios decisivos envolvidos.

Ainda, em relação à responsabilidade médica, no chamado dano moral por perda da chance, quando um paciente tem a oportunidade de cura significativamente reduzida causada por má aplicação dos conhecimentos médicos, podendo até mesmo acarretar o falecimento do indivíduo, caso em que os herdeiros poderão propor medida judicial.

Diante disso, Glenda Gonçalves Gondim (2013, p. 109) expõe: "ante a inexistência de critérios estatísticos ou parâmetros análogos, apurar-se-á o quantum indenizatório pelas características constantes do próprio

caso concreto, através do valor do resultado final e a probabilidade em ser alcançada a vantagem esperada”.

Da mesma forma Sergio Cavalieri Filho (2015, p. 109) aduz que caberá ao magistrado valer-se da razoabilidade mediante a valoração das probabilidades ou possibilidades perdidas, que a até então suposta vítima teria para realizar o cálculo, bem com verificar a relevância deste evento danoso perante o ordenamento.

Entende-se, assim, que a questão da probabilidade não envolve somente cálculos matemáticos, mas leva em consideração a jurisprudência de casos parecidos e o que o lesado ganhou naqueles casos para decidir quanto ganharia neste. Além disso, observa-se também o caminho e o quanto o indivíduo percorreu até chegar na iminência de conseguir o benefício ou mesmo impedir o estrago.

4.3 ABSORÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

Como observado, pode haver confusão entre a privação da oportunidade com lucros cessantes e até dano hipotético, mas ao observar julgados e o próprio Código Civil, verifica-se que existe uma questão não positivada explicitamente, mas que permite a absorção de uma nova forma de dano reparável civilmente.

A própria evolução das noções de dano deu espaço à *perte d'une chance* através da ampliação da responsabilidade civil, a qual predominava (ainda predomina, mas em menor escala) a subjetiva (mediante necessidade de comprovação de culpa a partir da redação do artigo 186 do Código Civil) (GONDIN, 2013, p. 65).

Embora o entendimento seja passível de aplicação em ambas as formas, a aplicação deste novo instituto se intensificou através da previsão de responsabilização objetiva do dano, descrita no parágrafo único do

artigo 927 do Código Civil de 2002, o qual não menciona expressamente a necessidade da culpa para que se configure a necessidade de reparar.

Por este artigo, é possível a indenização material sem a necessidade de comprovar a culpa, ou seja, basta que se comprove a conduta (ação ou omissão), o dano e o nexo causal entre eles, no caso da chance. Recapitulando Rafael Pettefi da Silva (2007, p138-139), a problemática será em provar o nexo causal entre a conduta e a chance perdida.

Isso só se tornou possível com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe os princípios fundamentais e permitiu a exploração da ideia de “toda e qualquer ofensa à dignidade da pessoa humana passa a ser considerada como dano”. Através da objetivação dos casos, a ideia de culpa vai sendo afastada e, dessa forma, os casos passíveis de indenização aumentam, visto que a noção de dano também é ampliada. O centro da discussão sai da esfera do “quem é o responsável” para “quem sofreu a lesão”, colocando a lesionado no centro, como prioridade. Nesse sentido, a teoria do risco permite o surgimento de novos interesses e demandas que devem ser protegidos e isso possui grande influência na absorção desta teoria abordada pelo ordenamento jurídico (GONDIN, 2013, p. 65-67).

Além disso, o *caput* do referido artigo deixa de forma expressa a obrigação de indenizar a quem tenha sofrido algum tipo de dano por ato ilícito (artigo 186 CC). Esta previsão permitiria que qualquer um que venha a ser vítima de prejuízo tenha o direito à indenização.

Nesta lógica, alguém que foi privado de participar da última etapa de um concurso público e que tenha sido muito bem qualificado nos antecedentes, por algum motivo de terceiro, tenha sido impedido de participar, sofreu prejuízo. A probabilidade de o indivíduo ser aprovado era grande, ao participar de determinada etapa, tendo em vista que ele teve boas posições nas etapas anteriores e isso implicaria em uma perda de oportunidade/vantagem muito grande.

4.4 CASO “SHOW DO MILHÃO”

Sem dúvidas, o precursor da teoria da perda de uma chance no Brasil foi o emblemático caso do “Show do Milhão”, programa que era exibido na rede de televisão aberta pelo Sistema Brasileiro de Televisão (SBT) e apresentado pelo proprietário da emissora, Silvio Santos. Nele, cada candidato participava de um jogo de perguntas e respostas, sendo que a cada acerto a pessoa acumulava certa quantia monetária até chegar à “pergunta do milhão”, ou seja, a questão que a faria ganhar o prêmio de 1 (um) milhão de reais em barras de ouro.

Acontece que em 15 de junho de 2000, a jogadora Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, ao chegar na última pergunta, viu-se obrigada a desistir de respondê-la para que não perdesse os R\$ 500.000,00 já acumulados, visto que não sabia qual a resposta correta. O questionamento era “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?”, em contrapartida as alternativas eram “a) 22%; b) 02%; c) 04% e; d)10%”. Entretanto, a controvérsia está no ponto em que a Constituição Federal brasileira não prevê qualquer porcentagem em relação ao território indígena.

O fato abriu o precedente para a indenização por perda da chance, uma vez que a participante foi prejudicada pela questão mal formulada e, conseqüentemente, privada da oportunidade de ganhar o prêmio máximo, já que não havia resposta correta.

A ação de indenização foi proposta perante a 1ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Salvador, na Bahia – autos nº 2005/0172410-9, contra BF Utilidades Domésticas Ltda, empresa do grupo econômico “Silvio Santos” e, na primeira instância, houve condenação ao pagamento de R\$ 500.000,00, além do prêmio que a Autora já havia recebido, de igual valor. O processo, via Recurso Especial nº 788.459 (BRASIL, 2005), interposto pelo réu, chegou ao Superior Tribunal de Justiça, teve como Relator o Ministro

Fernando Gonçalves e foi julgado pela 4ª Turma em 08/11/2005. A ementa do julgado é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.
2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

O Acórdão se manteve favorável à indenização pela perda da chance com base nos artigos 1059⁸ e 879⁹ do Código Civil de 1916, que relacionam culpa do réu e sua responsabilidade quanto às perdas e danos pelo que a autora razoavelmente foi impedida de lucrar.

Asseverou que, seja pela questão cuja resposta apontada no programa não se verificar na Constituição Federal e nem qualquer percentual reservado aos índios, seja porque as condições do programa e sua regulamentação reclamem investigação probatória e análise das cláusulas regulamentares, a perda da oportunidade pela recorrida é evidente.

Mas ainda assim, aplicando o entendimento doutrinário acerca da teoria da *perte d'une chance*, o relator ponderou que, mesmo que a autora tenha se saído bem nas questões anteriores, não haveria como afirmar que ela, de fato, acertaria a questão se esta tivesse resposta, isto pois o jogo envolveria diversos fatores e, entre eles, estava a dificuldade progressiva das perguntas. Por conseguinte, o valor indenizatório foi minorado para R\$ 125.000,00 (sugerido pela recorrente).

⁸ Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

⁹ Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos.

Para o cálculo minorativo, foram levados em consideração os parâmetros jurídicos do dano moral, nos quais entende-se que seria caso de enriquecimento sem causa ou dano exagerado, além de um raciocínio lógico matemático, baseado nas probabilidades. Ora, se a chance era uma resposta entre quatro, então a chance era de um quarto de 500 mil, que seria o valor remanescente para completar um milhão.

5 ESTUDO JURISPRUDENCIAL NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Como bem observado no acórdão envolvendo o jogo "Show do Milhão", o estudo jurisprudencial é essencial para facilitar o entendimento da teoria da perda de uma chance, visto que é um instituto relativamente novo no Brasil e controverso frente aos casos reais.

A fim de aprofundar como são aplicados seus critérios e seu funcionamento prático, como problemática do presente trabalho, optou-se por realizar uma pesquisa de jurisprudência perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para perceber o posicionamento deste órgão jurisdicional quando das fundamentações que norteiam a perda.

O referente utilizado para a pesquisa no site do referido Tribunal de Justiça foi "perda de uma chance" (expressão), com abrangência de busca realizada nas ementas dos Acórdãos do Tribunal de Justiça no período de 22 meses, entre 1º de janeiro de 2019 e 1º de outubro de 2020.

Foram localizados 70 (setenta) resultados, dentre os quais 55 (cinquenta e cinco) apelações cíveis, 6 (seis) agravos de instrumento, 6 (cinco) apelações criminais e 3 (três) embargos de declaração. Visto que os agravos de instrumento, as apelações criminais e os embargos de declaração não contribuem para o presente estudo, eles foram descartados de imediato.

No total, foram analisados 55¹⁰ processos, que foram averiguados brevemente em inteiro teor com o intuito de constatar qual o assunto de cada julgado. Desta análise resultaram: 7¹¹ (sete) apelações que entenderam pela condenação por perda de uma chance, apenas alterando-se seu valor; 36¹² (trinta e seis) apelações em que os magistrados entenderam que não era causa de indenização pela chance perdida; 4¹³ (quatro) apelações em que a sentença de primeira instância foi julgada como *extra/ultra petita* (no tocante ao tema) e; 8¹⁴ (oito) acórdãos que não suportam o objetivo do presente trabalho, uma vez que no mérito acrescentam muito pouco ou nada sobre a perda da chance.

Considerando o formato institucional pré-estabelecido para o presente artigo, não é possível analisar cada um dos 55 (cinquenta e cinco) julgados que se relacionam com o objeto do trabalho. Por isso, foram escolhidos 5 (cinco) acórdãos em que a perda da chance imperou e selecionados outros 5 (cinco) julgados desfavoráveis, estes últimos baseados na distinção e clareza que apresentam, bem como na facilidade de visualizar o porquê não são causa de reconhecimento da perda de uma chance.

¹⁰ Os julgados estão disponíveis no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (www.tjsc.jus.br), acessados durante o mês de setembro de 2020.

¹¹ Compreendem os seguintes números de autos de processo: 0301366-18.2018.8.24.0166, 0003529-53.2013.8.24.0058, 0002418-75.2014.8.24.0033, 0308787-57.2018.8.24.0005, 0016958-94.2006.8.24.0038, 0007878-89.2012.8.24.0008 e 0052556-07.2009.8.24.0038.

¹² 0307225-61.2015.8.24.0023, 0326149-75.2015.8.24.0038, 0311117-45.2015.8.24.0033, 0003761-75.2014.8.24.0011, 0000493-78.2014.8.24.0054, 0502149-48.2010.8.24.0023, 0004716-16.2013.8.24.0020, 0301548-40.2017.8.24.0036, 0316667-85.2014.8.24.0023, 0314259-34.2017.8.24.0018, 0306566-04.2015.8.24.0039, 0601201-30.2014.8.24.0038, 0500007-03.2012.8.24.0023, 0001322-28.2013.8.24.0011, 0302841-70.2015.8.24.0018, 0009027-02.1999.8.24.0033, 0009027-02.1999.8.24.0033, 0045256-86.2012.8.24.0038, 0300444-40.2014.8.24.0061, 0019471-41.2010.8.24.0023, 0501203-10.2013.8.24.0011, 0016958-94.2006.8.24.0038, 0302019-55.2016.8.24.0080, 0131008-11.2013.8.24.0064, 0300649-14.2014.8.24.0047, 0300649-14.2014.8.24.0047, 0300498-59.2014.8.24.0011, 0327389-81.2014.8.24.0023, 0000060-24.2013.8.24.0082, 0055247-68.2011.8.24.0023, 0001146-61.2011.8.24.0256, 0003353-39.2012.8.24.0081, 0308681-56.2018.8.24.0018, 0302117-21.2015.8.24.0033, 0006032-89.2012.8.24.0023 e 0000060-24.2013.8.24.0082.

¹³ 0304120-11.2017.8.24.0022, 0003512-68.2012.8.24.0020, 0003892-55.2008.8.24.0045 e 0003892-55.2008.8.24.00450.

¹⁴ 0300384-70.2015.8.24.0081, 0809044-61.2013.8.24.0082, 0301391-20.2015.8.24.0139, 0301168-33.2016.8.24.0139, 0008443-83.2013.8.24.0019, 0301134-86.2014.8.24.0023, 0024329-56.2012.8.24.0020 e 0019128-40.2013.8.24.0023.

5.1 CASOS EM QUE OCORREU INDENIZAÇÃO PELA PERDA DA CHANCE

Dentre os 7 (sete) julgados que são favoráveis à indenização pela perda de uma chance, serão analisadas somente 5 (cinco) recursos de apelação escolhidos.

No Recurso de Apelação n. 0301366-18.2018.8.24.0166¹⁵, de Forquilha/SC, Relator o Desembargador Jaime Ramos, da Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 9 de junho de 2020, a autora insurgiu-se contra sentença que condenou parcialmente procedente o pedido formulado pela ação indenizatória ajuizada em face do Município de Forquilha (SANTA CATARINA, 2020a).

Na inicial pugnou pelo valor de R\$100.000,00 a título de danos morais em decorrência do falecimento do marido que veio a óbito ao ser transferido de uma unidade de pronto atendimento, que não possuía médico presente, ao Hospital da cidade vizinha, além do fato de o SAMU ter demorado a chegar e o marido já ter sido atendido no dia anterior com fortes dores no peito. O magistrado condenou o Município ao pagamento de R\$ 6.000,00 reais a título de danos morais pela perda de uma chance (SANTA CATARINA, 2020a).

Irresignada, a autora recorreu da decisão pleiteando que o valor fosse majorado a título de danos morais, mais pensão vitalícia. Mas o acórdão manteve a sentença de primeira instância no sentido de que era não possível estabelecer de maneira evidente o nexo causal entre a demora do atendimento e o resultado morte, cabendo, neste caso, a aplicação da teoria da perda de uma chance, pois o fato de a vítima não ter tido atendimento médico imediato reduziu as chances de evitar a morte. Nesse sentido, ponderou pelos requisitos da perda, como existência da probabilidade, supressão dela e nexo causal razoável (SANTA CATARINA, 2020a).

¹⁵ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAFieKAAQ&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

Quanto à pensão vitalícia, porquanto a causa da morte era incerta “[...] já que, mesmo que reconhecida a perda da chance, o óbito pode ter ocorrido independentemente da falha na prestação do serviço [...]”, fundamentou que era causa de enriquecimento ilícito (SANTA CATARINA, 2020a). Em Recurso Especial, o valor a título de danos morais foi majorado para R\$ 30.000,00.

O Recurso de Apelação n. 0003529-53.2013.8.24.0058¹⁶, originário de São Bento do Sul, teve como Relator o Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva, integrante da Quarta Câmara de Direito Público e foi julgado em 4 de junho de 2020. Nele, uma das rés apelou da decisão em primeira instância em favor do autor, menor representado. Este ajuizou ação pleiteando danos morais de perda da chance em face de São Bento Associação de Tênis de Mesa e a Fundação Municipal de Desportos do Município de São Bento do Sul, mediante alegação de que, em sendo vinculado à associação, participava de várias competições importantes e foi um dos convocados pela confederação brasileira de tênis de mesa, pelo seu índice técnico, para fazer parte da categoria mirim e, ainda, participar de treinamento seletivo para uma competição mundial na Áustria (SANTA CATARINA, 2020b).

Acontece que a associação não deu ao atleta o conhecimento do ato convocatório. As rés foram condenadas ao pagamento solidário de R\$ 40.000,00 pela privação da oportunidade. A fundação então interpôs recurso asseverando que não possuía legitimidade passiva ou que a responsabilidade seria subjetiva, que não havia prova de abalo moral mesmo pela perda de uma chance e pediu redução do valor. O voto foi no sentido de manter a legitimidade passiva e a perda da chance com fundamento de que restou comprovado impedimento da oportunidade de ascensão pessoal/profissional do atleta, restando preenchidos os requisitos da responsabilidade civil. Entretendo, o valor condenatório foi minorado para

¹⁶ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAEoRyAAH&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

R\$ 20.000,00, em função dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade (SANTA CATARINA, 2020b).

Oriundo de Itajaí, o Recurso de Apelação n. 0002418-75.2014.8.24.0033¹⁷, Relator o Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, foi julgado em 4 de fevereiro de 2020 pela Quinta Câmara de Direito Civil do Tribunal, no qual a autora propôs ação de indenização por danos morais e compensação pela perda de uma chance (SANTA CATARINA, 2020c).

Ao se inscrever em concurso público realizado sob a responsabilidade da ré, Fundação Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, e ter efetuado o pagamento da inscrição por meio de boleto bancário, dentro do prazo editalício, seu nome não constou da lista de inscritos, e que, mesmo tendo sido autorizada a realizar a prova objetiva, após muita insistência e sem qualquer garantia de inclusão no certame, sua prova deixou de ser corrigida por falta de pagamento da taxa de inscrição. O juiz deu razão à parte autora ao pagamento de R\$ 5.000,00 por danos morais e perda da chance (SANTA CATARINA, 2020c).

A ré interpôs recurso alegando que não houve pagamento do boleto correto ante erro no código de barras e refutou a aplicação da teoria da perda de uma chance. O desembargador manteve a sentença de primeira instância na condenação pela perda da chance fundamentada na supressão da probabilidade de um evento que traria benefício. Disse que não estava a se reparar a vantagem em sua integralidade, pois “[...] exige-se a existência de chances sérias e reais acerca do suposto benefício futuro, ou, em outras palavras, a certeza da probabilidade e não do dano.” E acrescentou que é inegável o dano moral da autora ao ser impedida de participar da prova para a qual muito se preparara. Mas minorou a quantia para o valor de R\$ 3.000,00, por ser de fator punitivo-pedagógica e compensatória já que consequências

¹⁷ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAOsWIAAG&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

negativas não são extraordinárias e por razão econômico-financeira da universidade (SANTA CATARINA, 2020c).

Tendo como Relator o Desembargador Marcus Tulio Sartorato, da Terceira Câmara de Direito Civil, no Recurso de Apelação n. 0308787-57.2018.8.24.0005¹⁸, de Balneário Camboriú e julgado em 28 de abril de 2020 a ré, VGR Linhas Aéreas, interpôs recurso de apelação contra sentença em favor do autor (SANTA CATARINA, 2020d).

Na inicial o autor explica, em ação declaratória, que reside no estado do Rio de Janeiro e após preparos, obteve aprovação nas etapas iniciais do concurso da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. Ocorre que devido ao cancelamento do voo e realocação para data ineficaz, perdeu a fase de avaliação de saúde para a qual havia sido convocado. Embora a empresa aérea tenha argumentado que o atraso se deu pelas condições climáticas, o juiz condenou-a por danos morais decorrente da perda da chance em R\$ 50.000,00. A apelante, então, asseverou que não possuía autorização para decolagem e disponibilizou outro voo e que era caso de mera expectativa de direito e, alternativamente, pleiteou a minoração do *quantum* (SANTA CATARINA, 2020d).

Ao caso, o magistrado aplicou o artigo 14¹⁹, *caput*, do Código do Consumidor, ao afirmar a responsabilidade objetiva do fornecedor frente à relação de consumo que tinham. Quanto a teoria da perda de uma chance, fundamentou que a perda de uma chance acarreta frustração da chance de obter algum proveito determinado, não exigindo a comprovação da existência do dano final, apenas prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto da reparação. Diante disso explicou que a parte autora foi privada de continuar participando do concurso no qual poderia vislumbrar

¹⁸ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAMINIAAJ&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

¹⁹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

aprovação, uma vez que, embora ainda possuísse outros exames para a seleção, suas chances eram sérias e reais. Quanto a quantia a ser indenizada, justificou que a chance de lucro tem valor menor do que a vitória certa, e deve ser equitativa, a partir do dano final e incidir sobre ele o percentual de probabilidade, mantendo a condenação em R\$ 50.000,00 (SANTA CATARINA, 2020d).

No Recurso de Apelação de n. 0007878-89.2012.8.24.0008²⁰, Relatora o Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, de Blumenau, julgado pela Terceira Câmara de Direito Civil em 26 de fevereiro de 2019, ambas as partes recorreram da sentença em primeira instância (SANTA CATARINA, 2019a).

A empresa ré B2W – Companhia Global do Varejo, foi condenada ao pagamento de R\$ 7.233,00 por danos materiais e R\$ 1.000,00 por danos morais tratando-se de caso de perda de uma chance. Em resumo, o autor ajuizou ação pelos danos sofridos em decorrência de erro no cadastramento de seu NIT/PIS/PASEP ainda quando empregado da requerida em 2011. Por tal equívoco, quando estava em busca de novo emprego e prestes a ser contratado por outra empresa como técnico em óptica, foi impedido (por requisitos legais) pelo fato de que em seus documentos ainda constavam a existência de vínculo empregatício com a ré. Outrossim, deixou de receber uma parcela do seguro desemprego (SANTA CATARINA, 2019a).

O requerente pleiteou majoração dos danos morais. A apelada pugnou pela majoração dos valores pelos danos morais, enquanto a ré argumentou que não cometeu ato ilícito por ter sanado o erro imediatamente, por isso a condenação não deveria prosperar ou deveria ser minorada. Contudo, o voto manteve o entendimento da sentença em primeiro grau porquanto da perda da chance por frustração de expectativa, sendo presentes “[...] a conduta do agente, o resultado que se perdeu (assemelha-se ao dano) e o

²⁰ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAGouZAAN&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

nexo causal entre a conduta e a chance perdida", restando irrefutável que a conduta da requerida inviabilizou a contratação do autor. Posto que os reflexos decorrentes da perda da oportunidade de garantir um novo emprego vão além do mero aborrecimento, deu razão ao autor majorando a quantia do dano moral para R\$ 6.000,00, considerando estas características do caso e os princípios de razoabilidade e proporcionalidade (SANTA CATARINA, 2019a).

Nestes casos é possível observar que, no caso concreto, muitas vezes a indenização por dano moral ou material pela perda de uma chance se misturam, visto que, quando há afetação indireta ao patrimônio, existe também a frustração de ter perdido uma oportunidade, o que fez com que os pedidos/condenações por essa teoria sejam mais por danos morais.

Ademais, interessante perceber que não há exclusivamente ideia de probabilidade para fins de cálculo indenizatório, mas fala-se também do próprio dano moral que causa angústia, sofrimento e desapontamento devido à vantagem da qual lhes é privada. Por fim, verifica-se que o Tribunal de Justiça estudado possui pequena disparidade quando se fala do *quantum* indenizatório, mas não é possível afirmar se essa relação é com o nível de intimidade do órgão com a teoria ou por realmente sua aplicação ser mais complexa.

5.2 PERDA DA CHANCE AFASTADA

A perda da chance foi afastada em 36 (trinta e seis) decisões no período pesquisado, sendo que todas são apelações cíveis. Destas, foram escolhidas 5 (cinco) julgados.

No Recurso de Apelação n. 0307225-61.2015.8.24.0023²¹, de Florianópolis, que teve como Relatora a Desembargadora Haidée Denise

²¹ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAHe2dAAH&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

Grin, a Sétima Câmara de Direito Civil julgou, em 16 de julho de 2020, em que a sentença de primeira instância condenou a empresa de voo Latam Airlines Group S.A. ao pagamento de R\$ 5.000,00 a cada um dos autores (resultando em R\$10.000,00) por danos morais e R\$ 98,00 por dano material. Os apelantes (autores) pleitearam pela majoração da condenação extrapatrimonial e, por reaver o valor patrimonial correspondente ao tempo de que foram privados de participar de um evento de cerca de 8 horas de show, no Rock in Rio (SANTA CATARINA, 2020e).

Nesse sentido, o magistrado entendeu que a quantia referente ao dano moral já abarcara a perda de uma chance em virtude da frustração e incômodo, mas não sendo o caso de dano material por esta teoria, visto que, embora atrasados, fizeram uso dos ingressos e participaram do show. Mediante aplicação dos seus critérios subjetivos, a pretensão de majoração dos danos morais não foi deferida, pois possuem caráter pedagógico e compensatório (SANTA CATARINA, 2020e).

Contando como Relator o Desembargador Stanley da Silva Braga, da Sexta Câmara de Direito Civil, o Recurso de Apelação n. 0601201-30.2014.8.24.0038²², originário de Joinville e julgado em 11/02/2020, cuidou de recurso dos autores contra sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais de reparação por danos materiais e morais em decorrência da perda da chance (SANTA CATARINA, 2020f).

Segundo alegaram na inicial ordinária, firmaram contrato de prestação de serviço advocatício com o réu, que por sua vez, "por falta de conhecimento técnico", utilizou-se de exceção de pré-executividade quando deveria ter sido embargos de declaração, acarretando em decisão desfavorável à autora naqueles autos e, por conseguinte, alienação de determinados veículos naqueles autos. Os danos materiais e morais pleiteados foram nos valores respectivos de R\$ 5.250,00 e R\$ 20.000,00 (SANTA CATARINA, 2020f).

²² Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAMIL8AAI&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

O desembargador manteve a decisão de primeiro grau, afirmando, primeiramente, que o trabalho do advogado é obrigação de meio; que não haviam garantido o juízo no momento da exceção de pré-executividade e não havia garantia de que os embargos à execução (apresentados pelo substabelecido) teriam sucesso, tanto que foram julgados improcedentes, refutando-se a perda da chance, já que evidente a ausência desta. Finalizou concluindo que não restou demonstrada imperícia, erro profissional ou erro escusável, porquanto afastada a responsabilização civil do profissional, que é subjetiva (SANTA CATARINA, 2020f).

O Recurso de Apelação nº 0055247-68.2011.8.24.0023²³, de Florianópolis, Relator o Desembargador Sello de Oliveira, julgado em 28 de fevereiro de 2019 pela Quarta Câmara de Direito Civil, também diz respeito à responsabilidade do advogado (SANTA CATARINA, 2019b).

A parte autora alegou que contratou profissional advocatício para defendê-la em ação de despejo e de execução, relacionados à locação de imóvel (academia) que estava com aluguéis atrasados. Disse que, da decisão liminar que determinou o despejo, o demandado interpôs agravo de instrumento ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo recurso não foi conhecido por ausência de cópias do processo na origem, e que indicou bens essenciais da academia à penhora, fatos que resultaram na perda de diversos alunos e fonte de renda. Nisso, pleiteou pelos danos decorrentes da perda da chance por imperícia do advogado. Seguindo a decisão de primeiro grau, o desembargador determinou não ser caso de responsabilidade civil (subjetiva) do advogado é de meio e que há diferença entre imperícia e erro profissional, escusável. E ainda, que diante disso, não havia perda de chance, até porque, com base na jurisprudência, as demandas que utilizam este instituto devem analisar as possibilidades de êxito do processo para

²³ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAGohvAAQ&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

validar a indenização pela perda, do contrário, não existe a chance (SANTA CATARINA, 2019b).

Em 04 de abril de 2019 o Recurso de Apelação, de Criciúma, n. 0004716-16.2013.8.24.0020²⁴ foi julgado pela Quarta Câmara de Direito Civil e teve como Relatora a Desembargadora Subst. Bettina Maria Maresch de Moura (SANTA CATARINA, 2019c).

Refere-se à recurso da autora que pleiteou reparação por danos materiais, morais e pela perda de uma chance, contra Coligação Criciúma Saudável, Cidade de Todos 1 – PMDB, PRB. A autora alega que registrou sua candidatura junto a ré no ano de 2012, para concorrer ao cargo de vereadora com o número 15.000, e o nome “Berta”. Diz que por erro reconhecido da coligação, seu número foi trocado por 15.678 “em cima da hora” já que sua campanha teria sido em torno do primeiro número (SANTA CATARINA, 2019c).

O voto seguiu a decisão de primeiro grau sustentando, primeiramente, ser o caso de responsabilidade subjetiva. Diante disso, a coligação tomou a medidas de correção e a homologação do novo número saiu 45 dias antes da eleição. Ante os fatos, não se pode atribuir os gastos com o material de propaganda à requerida, nem mesmo que houve constrangimento e humilhação. Quanto à perda, expõe que se tratava de mera expectativa de ser eleita, pois não restou nos autos demonstrada a certeza do dano (SANTA CATARINA, 2019c).

O Recurso de Apelação n. 0301548-40.2017.8.24.0036²⁵, de Jaraguá do Sul, Relator o Desembargador Rubens Schulz, julgado em 04 de junho de 2020 pela Segunda Câmara de Direito Civil, diz respeito à apelação da autora em ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral

²⁴ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAANCJ+AAP&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

²⁵ Acórdão na íntegra disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAFic4AAQ&categoria=acordao_5. Acesso em: 3 out. 2020.

e material em face da Associação Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo (SANTA CATARINA, 2020g).

Alegou a autora que iniciou curso superior de Letras na Unip no Estado de São Paulo no ano de 2012, transferindo sua matrícula para a unidade Jaraguá do Sul em razão de compromissos profissionais, que precisou refazer algumas matérias e que engravidou no decorrer do curso, o que a impediu de participar de algumas avaliações acadêmicas. Neste ponto, disse que a ré não oportunizou realizar trabalhos escolares alternativos para a compensação. Sustentou que concluíra o curso em 2016, mas que até o ajuizamento da lide (2017) ainda não tinha recebido o diploma. Postulou a concessão de tutela de urgência para determinar a entrega do diploma e a indenização por lucros cessantes decorrentes da perda de uma chance e indenização por dano moral (SANTA CATARINA, 2020g).

O magistrado julgou parcialmente os pedidos, apenas para a entrega do referido de diploma. O recurso também seguiu a sentença de primeiro grau e fundamentou que, na relação de consumo, há exclusão de responsabilidade (do fornecedor) quando a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiros. Sustentou que o cenário da demandante, grávida e matriculada em 16 disciplinas ao mesmo tempo era peculiar e, a reponsabilidade de cumprir a carga era dela, já que foi por livre e espontânea vontade. E, ainda, que os pedidos de exames fora de prazo foram sempre atendidos como demonstrou a ré. Quanto à teoria da perda de uma chance (devido à não entrega do diploma), a autora não havia pontuação suficiente para que pudesse ser admitida como professora no processo seletivo, o que rechaça o pleito de indenização por lucros cessantes decorrentes da perda da chance, que poderia ser acolhida em sendo verificada a certeza do dano e a frustração de ganho, o que não foi o caso dos autos (SANTA CATARINA, 2020g).

Nestes relatos, percebe-se que o magistrado não conseguiu visualizar o infortúnio causado pela perda da chance, pois sem a probabilidade de auferir-se a vantagem, não há como determinar o pagamento de indenização.

6 CONCLUSÃO

Para que haja responsabilidade civil indenizável é necessário que estejam presentes os requisitos de conduta, nexos causal, dano e culpa, exceto nos casos de responsabilidade civil objetiva, que é afastada pelas cláusulas gerais advindas no Código Civil de 2002. Logo, basta a comprovação daqueles pressupostos para que a demanda seja passível de indenização.

A conduta é o ato ilícito, o dano é o prejuízo advindo desta ação e o nexos causal é a relação entre eles, que determinará se há ou não o dever de indenizar. Já a culpa aparece nos casos de responsabilidade civil subjetiva (regra geral) e dar-se-á por negligência, imperícia ou imprudência, as quais deverão ser comprovadas nos autos.

Com relação ao dano, a lei prevê três espécies: dano moral, dano material e dano estético. O primeiro leva em consideração ao dano psicológico ou infringe a dignidade da vítima. O segundo, o prejuízo material sofrido que pode ser por dano emergente ou lucros cessantes. E por último, a intervenção estética mal executada.

A teoria da perda de uma chance surge com a ampliação do conceito de dano e desenvolvimento dos princípios da dignidade humana. No Brasil, a introdução da responsabilidade civil objetiva também contribuiu para a entrada deste instituto no país.

Essa teoria é o embasamento fundamental para as ações de indenização de dano moral ou material nos casos em que há supressão de uma chance vantajosa ou que impediria um prejuízo. Mediante o estudo da doutrina, percebe-se que essa chance era iminente, e não mera expectativa de direito ou dano hipotético. Sendo assim, é necessário que elas sejam sérias e reais, tendo este como requisito principal.

A vítima deverá se pautar em demonstrar conduta e o nexos causal dela com a chance perdida, que por sua vez gerou um dano, isto é, a perda da chance por si só não gera indenização, mas sim, se dela resultou um

malefício, por exemplo, a retirada da possibilidade de ter um emprego novo, cuja vítima estava na eminência da contratação. Dessa forma, o *quantum* indenizatório não será correspondente integralmente à chance perdida, mas na probabilidade de tê-la conquistado.

A pesquisa realizada no Tribunal de Justiça de Santa Catarina (01/01/2019 à 01/10/2020) demonstrou que, entre os 55 (quarenta e cinco) julgados relacionados à perda de uma chance, são poucos os que restaram na efetiva indenização (apenas 7) e, ainda que a maioria delas teve a sentença de primeira instância mantida, apenas seu valor foi alterado, em alguns julgados apenas. Então, geralmente quando a decisão do juízo de primeiro grau decidia pela perda ou não, o Tribunal seguia o raciocínio nesse sentido.

Também demonstrou que a aplicação da teoria da perda de uma chance era sempre embasada pela doutrina ou pela jurisprudência, da mesma forma quando rechaçada, pois não está positivada, apenas passível de absorção pelo Código Civil no que abrange os pressupostos da responsabilidade civil indenizável (artigos 927, 186 e 187), também demonstrados nos julgados.

A maioria dos casos favoráveis indenizou por dano moral baseado na teoria da perda de uma chance devido à frustração da oportunidade perdida e o *quantum*, baseado nas chances da oportunidade ou quão grande a chance frustrada era ou, ainda, por compensação, sem deixar de lado os princípios do cálculo dos danos extrapatrimoniais como a razoabilidade da probabilidade.

Enquanto isso, nas que entenderam pela não condenação, mostraram que não havia chance perdida pois muito remota, ou hipotética, sendo que em muitas delas não restou demonstrado o prejuízo sofrido em consequência da supressão do ensejo. Por exemplo, o autor da ação que não comprovou que possuía probabilidade de auferir lucro advindo da chance, já que a perda por si só não gera o dever de indenizar.

Restou visível também que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina possui certa disparidade no que diz respeito ao valor do *quantum*

indenizatório. Os motivos podem ser: pela intimidade de cada desembargador com a teoria; pela dificuldade que ela apresenta frente ao caso concreto; pela rigidez do julgador no que ele entende ser uma chance real e séria. Alguns utilizam bastante fundamentação, enquanto alguns tratam sucintamente do assunto.

Por fim, alguns pontos interessantes que foram observados, pela dificuldade de visualizar o nexos causal, juntamente com o dano e a conduta, o magistrado de primeiro grau aplicou a perda de uma chance com intuito de compensação, a título de danos morais. Destaque também para os casos de *extra* ou *ultra* petita aplicados e, ainda, para a confusão feita na hora de nomear o pedido de indenização, tendo em vista que alguns pedidos trataram a perda de uma chance como dano fora da esfera material ou moral algumas vezes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso de Apelação cível nº 788.459 – BA (2005/0172410-9)**. Apelante: BF Utilidades domésticas LTDA. Apelada: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 08 de novembro de 2005. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=HTML. Acesso em: 30 set. 2020.

CÂMARA, M. O. C. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2018.

CARVALHO, L. S. de. **Aplicação da teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance nos tribunais pátrios**. 2010. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4220. Acesso em: 29 maio 2019.

CARVALHO, M. E. de. **Indenização pela perda de uma chance: a ampliação e concretização do direito à reparação integral dos danos sofridos**. 2017. Disponível em: <http://www.estevesdecarvalho.com.br/indenizacao-pela-perda-de-uma-chance-ampliacao-e-concretizacao-do-direito-reparacao-integral-dos-danos-sofridos/>. Acesso em: 18 out. 2019.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONDIM, G. G. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. São Paulo: Clássica, 2013.

GUEDES, L. H. da S. Modalidades de dano. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 29 nov. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49476/modalidades-de-dano>. Acesso em: 29 nov. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 591064837**. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Novo Hamburgo, RS: TJRS, 29 ago. 1991. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 29 nov. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0002418-75.2014.8.24.0033**. Relator: Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves. Itajaí, SC: TJSC, 04 fev. 2020c. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0003529-53.2013.8.24.0058**. Relator: Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli. São Bento do Sul, SC: TJSC, 04 jun. 2020b. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0004716-16.2013.8.24.0020**. Relator: Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura. Criciúma, SC: TJSC, 04 abr. 2019c. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0007878-89.2012.8.24.0008**. Relator: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Blumenau, SC: TJSC, 26 fev. 2019a. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0055247-68.2011.8.24.0023**. Relator: Desembargador Selso de Oliveira. Florianópolis, SC: TJSC, 22 ago. 2019b. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0301366-18.2018.8.24.0166**. Relator: Desembargador Jaime Ramos. Forquilha, SC: TJSC, 06 jun. 2020a. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0301548-40.2017.8.24.0036**. Relator: Desembargador Rubens Schulz. Jaraguá do Sul, SC: TJSC, 04 jun. 2020g. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 0307225-61.2015.8.24.0023**. Relator: Desembargadora Haidée Denise Grin. Florianópolis, SC: TJSC, 16 jul. 2020e. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação n. 0308787-57.2018.8.24.0005**. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Balneário Camboriú, SC: TJSC, 04 fev. 2020d. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação n. 0601201-30.2014.8.24.0038**. Relator: Desembargador Stanley da Silva Braga. Joinville, SC: TJSC, 11 fev. 2020f. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 4 out. 2020.

SILVA, R. P. da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. São Paulo: Atlas, 2007.

TORRES, F. S.; PEREIRA, A. S. O dano decorrente da perda de uma chance: questões problemáticas. **Revista dos Tribunais**, 2015, n. 958. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.958.02.PDF. Acesso em: 18 out. 2019.

ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA SOBRE A ORDEM URBANÍSTICA: ANÁLISE DOS PARADIGMAS JURÍDICOS UTILIZADOS

Rafaella Petry¹

Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo realizar uma pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça de Santa Catarina com o intuito de verificar qual é o paradigma predominante neste Tribunal. Por meio dos métodos dedutivo e quantitativo, a investigação buscou analisar qual a tendência do respectivo Tribunal em suas decisões relativos a temática do direito urbanístico, observando o que fundamenta os acórdãos e entendendo quais os princípios e sentimentos que norteiam os julgados. Ao final, obteve-se resultados bem interessantes e foi possível notar uma precedência do direito fundamental à moradia nas decisões proferidas pelo Tribunal. As prerrogativas utilizadas nos acórdãos foram no sentido de que as normas urbanísticas e o direito de propriedade não se sobrepõem a efetivação do direito à moradia. No entanto, nas decisões em que houve o confronto entre o direito à moradia e o direito ambiental, este se sobressaiu.

Palavras-chave: Ordem urbanística. Direito à cidade. Direito à moradia. Atividade Jurisdicional. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa foi inspirada num artigo de Betânia de Moraes Alfonsin, no qual tratou-se de uma "agenda de pesquisa para uma transição paradigmática: a ordem jurídico-urbanística brasileira e os paradoxos da

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc com endereço eletrônico rafaella.petry@unoesc.edu.br.

² Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc – Mestrado e Doutorado. Pós-doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC, cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

conjuntura". O objetivo principal daquele texto e deste artigo foi interpretar a atividade jurisdicional relacionada com o Estatuto da Cidade.

Em sua pesquisa jurisprudencial, Betânia de Moraes Alfonsin analisou decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul durante o marco temporal de uma década, entre os anos de 2001 e 2011, tempo suficiente para que a Lei 10.257/01, até então nova fosse assimilada.

Adotou palavras-chaves de categorias consideradas essenciais para o direito urbanístico, com relação ao Estatuto da Cidade a fim de verificar a nova ordem urbanística brasileira.

Desta feita, o presente artigo semelhantemente pretende analisar qual a tendência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em suas decisões com relação a ordem urbanística, adotando as mesmas palavras-chaves da pesquisa realizada pela autora Betânia de Moraes Alfonsin.

A política urbana, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vem estabelecendo diretrizes para organizar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades com a finalidade de garantir o bem-estar de seus habitantes, inserindo uma nova ordem urbanística no país.

Juntamente com o Estatuto da Cidade criado pela Lei 10.257/01, determina normas gerais para assegurar o desenvolvimento urbano e trata da forma de organização das cidades com o intuito de promover um crescimento urbano ordenado.

É de extrema importância a aplicação da política urbana trazida pelo texto constitucional, porque essas normas a serem cumpridas proporcionam condições mais dignas de vida aos moradores das cidades, atingindo seu fim social.

Nesse passo, foi objetivo do presente estudo analisar algumas categorias cujos conceitos são imprescindíveis para a compreensão da temática. São elas: ordem urbanística, direito à cidade e moradia digna.

Utilizando-se da metodologia dedutiva e também da metodologia quantitativa, a pesquisa jurisprudencial possui como principal objetivo verificar as decisões do TJSC relativos a temática do direito urbanístico, observando o que fundamenta os acórdãos. Além disso, busca entender quais os princípios e sentimentos que norteiam os julgados.

2 ANÁLISE CONCEITUAL DAS CATEGORIAS PESQUISADAS

Na presente seção, serão analisados os conceitos que sustentam o referido artigo, primeiramente será abordada a ordem urbanística, em seguida o direito à cidade e, por fim a moradia digna.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, trouxe à tona um tema nunca antes positivado em um texto constitucional, a política urbana. Disposto no Capítulo II do Título VII da Carta Magna, estabeleceu diretrizes para organizar o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades, a fim de garantir o bem-estar de seus habitantes.

Mais tarde, surge a Lei nº 10.257/2001, dispondo sobre o Estatuto da Cidade, regulamentando os artigos 182 e 183 da referida Constituição e tratando da tão almejada política urbana.

2.1 ORDEM URBANÍSTICA

A temática da normativa urbanística brasileira foi extremamente ampliada após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Foi quando as diversas questões sobre a reforma urbana foram inseridas no texto constitucional, atendendo uma demanda emergente.

Era evidente a necessidade de se materializar o direito urbanístico devido principalmente pelas transformações urbanas ao longo do tempo. A importância de um direito que estabelecesse diretrizes para intervenções

urbanísticas e que regulasse a sociedade urbana era iminente (FAUTH, 2009, p. 103).

No entanto, foi com a criação do Estatuto da Cidade, em 2001, que se constituíram as verdadeiras normas sobre o direito urbanístico, a política urbana passou a ser controlada em todo território nacional. Tratando sobre o uso e a ocupação do solo, a construção de edificações, foi assim se concretizando a gestão urbanística (FAUTH, 2009, p. 103-104).

Ocorre que, o crescimento desenfreado e desordenado das cidades, a concentração populacional urbana, ou seja, a recente urbanização brasileira, fez com que surgisse diversos problemas socioeconômicos como a falta de moradia adequada, o desemprego, a carência de segurança pública e saneamento básico, a ausência de educação e a degradação ambiental (SANTOS, 1993).

O desenvolvimento urbano evidentemente acarreta não só os problemas socioeconômicos, mas sobretudo, a desigualdade social. Excluem-se os grupos sociais de baixo poder aquisitivo, motivo pelo qual, eles se distanciam cada vez mais de uma moradia digna e do direito à cidade (RANGEL; SILVA, 2009, p. 70).

O atual cenário da ordem urbanística em nosso país é injusto, ou melhor dizendo, uma desordem. Indaga-se o porquê de um direito social tão importante não ser realmente efetivado. O nosso ordenamento jurídico, constitucionalmente falando e também de maneira infraconstitucional, com base no Estatuto da Cidade, estabelece o direito à moradia digna para todos, e, como se sabe, não é a realidade (STEFANIAK, 2011).

O Estado não aplica os instrumentos urbanísticos presentes no referido Estatuto como deveria e nem cria as políticas necessárias para a efetivação desse direito de tamanha relevância. Mas, não é somente a falta de vontade dos governantes que acarreta essa desordem urbanística, antes de tudo, a culpa é principalmente devido à natureza do próprio Estado, em ser capitalista (STEFANIAK, 2011).

Os altos investimentos públicos geralmente valorizam determinadas regiões da cidade, aquelas da classe dominante. E isso, de certa forma, gera espaços destinados as classes de baixa renda, criando a enorme desigualdade que se vivencia (STEFANIAK, 2011).

Raquel Rolnik (1994) explica a grande diferença encontrada entre as regiões destinadas aos mais ricos perante os bairros suburbanos: "é antes de mais nada o superequipamento de um a falta de infraestrutura de outro".

O processo de urbanização brasileiro aperfeiçoa ainda mais essa desordem urbanística capitalista. O próprio Poder Público é o responsável pela sua efetivação deficiente, é incapaz de resolver o problema, estimula a população a se alocar nas periferias, produz espaços vazios enormes no meio da cidade ao mesmo tempo em que destina a população de baixa renda as bordas da cidade (SANTOS, 1993).

Dessa forma, existe um impasse entre o objetivo de um pleno e eficaz desenvolvimento urbano, aquele disposto na legislação, e a real ordem urbanística aplicada. A superação dessa contradição, seria, então, uma nova reforma urbana (STEFANIAK, 2011).

O direito urbanístico possui como finalidade o direito à cidade, que não é somente a garantia de uma moradia digna e adequada, geralmente, para a população de baixa renda. Vai muito além disso, a ordem urbanística engloba a efetivação de direitos sociais como o saneamento básico, a proteção do meio ambiente e ainda a segurança de opções de emprego e educação.

É ainda, relevante destacar uma certa preocupação quanto ao devido desenvolvimento urbano, que deve proporcionar um ambiente urbano com uma vida digna aqueles que estão nele inseridos, extremamente necessário a sobrevivência humana. Mais do que isso, é importante oportunizar o direito à uma cidade sustentável, uma habitação adequada, e, conseqüentemente, uma moradia digna.

2.2 O DIREITO À CIDADE

A cidade, um local permanente de trabalho e moradia, predomina sobre o campo. Periferias, subúrbios, favelas, cortiços, milhares de edificações “engolem” as áreas agrícolas. O processo de urbanização só aumenta. E, aos poucos, a sociedade vai se tornando urbana (ROLNIK, 1994).

Construir e morar em cidades é viver na coletividade. Numa cidade, nunca se está só. Pode ser que a pessoa mais próxima esteja muito longe, mas de qualquer forma, faz parte de um conjunto, da sociedade. É uma vida cotidiana. A cidade nada mais é do que um espaço de encontro e de convívio das mais variadas classes e grupos sociais. O fluxo está presente o tempo todo. É uma aglomeração de pessoas que estão constantemente no percurso. Carros parados no semáforo, pessoas aguardando nas faixas de pedestres, acúmulo de pessoas no transporte público (ROLNIK, 1994, p. 19). E engana-se quem pensa que isso é só nas grandes metrópoles. Nas cidades pequenas também estão presentes a concentração de indivíduos e a necessidade de um planejamento e uma gestão urbana eficiente.

O direito à cidade não é somente o direito a uma vida melhor e mais digna. É uma obrigação do Estado em garantir a segurança e o bem-estar coletivo dos moradores. Precisa-se de alguém que recolha o lixo da rua ou que limpe as calçadas, afinal, isso é de todos e ao mesmo tempo não é de ninguém. Por isso, a necessidade de um poder urbano que organize a vida coletiva na cidade, algo que o Estado pode proporcionar.

Não há como imaginar uma cidade em que não existe leis de zoneamento que regulam a construção das edificações ou até mesmo de leis que cuidem do trânsito. A presença da intervenção do Estado na gestão da cidade faz parte do cenário urbano (ROLNIK, 1994, p. 53).

Mas, com certeza, um dos grandes problemas que o efetivo desenvolvimento urbano encontra, é a questão da moradia, pois é necessária uma política de habitação bem estruturada e projetos urbanísticos bem desenvolvidos.

Como diz Henri Lefebvre (2001, p. 117-118) "O direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada."

A ideia do direito à cidade para esse renomado autor é, na verdade, uma complexa compreensão filosófica e teórica. Mas, a respeito dos argumentos jurídicos acerca do tema, embora pouco explorado, há de se notar que é necessário, para não entender apenas a perspectiva dos valores sociais, políticos e filosóficos do conceito.

As cidades foram se expandindo, e na medida em que foram crescendo, prevalecia sempre o interesse privado. Mesmo com a ideia de que o interesse privado se subordinava ao coletivo. Por isso, era extremamente necessário regular o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, sem deixar de garantir a segurança e o bem-estar dos moradores (TRINDADE, 2012).

Então, quanto a sua percepção jurídica, pela primeira vez em uma Constituição brasileira, há um capítulo específico abordando a política urbana, assegurando o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana.

Além disso, verifica-se que a Lei nº 10.257/2001 conhecida como o Estatuto da Cidade, foi, até então, o maior avanço sobre a temática. A referida Lei, representou um importante desenvolvimento na materialização do direito à cidade em termos legais e não apenas no panorama filosófico (TRINDADE, 2012).

A aprovação da lei foi uma conquista histórica, resultado de muitos movimentos sociais, reivindicações populares e uma luta constante na busca de uma reforma urbana no Brasil (TRINDADE, 2012).

Há de se notar ainda que, o Estatuto da Cidade não se baseia apenas e tão somente no princípio da função social da cidade. Falando em termos jurídicos, o direito à cidade não se revela apenas por este quesito. Se embasa também, na gestão democrática da cidade, ou seja, existe uma importante participação da sociedade na formulação e organização da política urbana.

O direito à cidade, seria então, antes de tudo, uma compreensão do processo de formação e desenvolvimento urbano. Mais do que isso, é o direito a uma vida decente, pouco importando em que lugar você se encontra. É o direito de participação na sociedade, garantindo os serviços básicos e mínimos, sem os quais a vida não seria digna (BATTAUS; OLIVEIRA, 2016).

2.3 MORADIA DIGNA

A habitação é uma necessidade básica do ser humano e para grande parte da população o acesso à moradia não é possível. Salários extremamente baixos, alto índice de desemprego, aumento da desigualdade, tudo isso faz com que casas sejam construídas ilegalmente, sem observância da legislação urbanística ou o conhecimento técnico de engenheiros e arquitetos.

O processo de urbanização não para. Cidades passam por este processo constantemente todos os dias, principalmente as grandes metrópoles. A demanda de habitação tanto nas pequenas como nas grandes cidades, só cresce.

Segundo estatísticas do IBGE (2015), a maioria da população brasileira vivia em áreas urbanas totalizando um percentual de 84,72%,

os outros 15,28% de brasileiros são residentes das áreas rurais, foi o que apontou os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD).

A ocupação desenfreada das terras, a ausência de fiscalização, o crescimento exponencial e repentino das favelas e cortiços, os assentamentos irregulares e clandestinos, casas construídas em locais de risco, certamente são obstáculos para o efetivo planejamento urbano.

Há condições que precisam ser atendidas para que as pessoas tenham uma vida digna, e a moradia adequada é uma delas. A busca por melhores condições de vida e a luta árdua reivindicando a moradia digna, fizeram com que ela fosse reconhecida e se tornasse um direito humano e fundamental.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, trouxe em seu artigo 25:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (ONU, 1948)

Além do mais, a nossa Constituição Federal, dispõe em seu artigo 6º: "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, 1988).

O direito à moradia digna é essencial para a subsistência humana, pois a falta dele acarreta na violação de outros direitos. Isto porque, a moradia adequada vai muito além de uma estrutura de habitação, deve haver também o acesso à saúde, saneamento básico, iluminação, água potável, conforto, alimentação, opções de emprego, transporte público.

Apesar disso, ainda se encontram pessoas em condições habitacionais precárias, desrespeitando a dignidade humana. O problema do direito à moradia digna está na sua efetivação insuficiente. Acomodações irregulares, precariedade das moradias, falta de infraestrutura como o saneamento básico, são alguns dos empecilhos encontrados que lesam a concretização desse direito.

O Estado tem a obrigação de assegurar um nível mínimo de satisfação dessas necessidades básicas e inerentes à moradia adequada, para não acabar violando a dignidade da pessoa humana. O Estado precisa então, promover e proteger as condições que possibilitam a moradia digna, resguardando o princípio da dignidade (FIGUEIREDO, 2018).

O direito à moradia digna, consiste em viver em paz e com segurança. E isso não quer dizer que o Estado deve construir uma habitação para cada um, mas que ele precisa criar políticas públicas para evitar a falta de moradia. Essas medidas devem garantir que a habitação seja adequada. O Estado é responsável apenas por viabilizar a habitação e não provê-la (BRASIL, 2013).

3 DESCRIÇÃO DA METODOLOGIA E DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA NO TJ/SC

A pesquisa de jurisprudência realizada no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina buscou encontrar julgados do período de 01 de janeiro de 2019 à 13 de junho de 2020, selecionando categorias que são de extrema importância para o direito urbanístico. As palavras-chaves adotadas para a pesquisa jurisprudencial foram as seguintes:

- a) direito à cidade;
- b) direito à moradia;
- c) função social da propriedade;
- d) funções sociais da cidade;
- e) plano diretor;

- f) usucapião urbana especial para fins de moradia coletiva;
- g) usucapião urbana especial para fins de moradia.

Na tabela a seguir serão apresentados os julgados encontrados no sistema de busca do TJSC:

Tabela 1 – Resultado da busca realizada no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

PALAVRAS-CHAVES	ENCONTRADOS	DESCARTADOS	ANALISADOS
Direito à cidade	92	68	24
Direito à moradia	197	148	49
Função social da propriedade	69	24	45
Funções sociais da cidade	11	0	11
Plano diretor	59	34	25
Usucapião urbana especial para fins de moradia	0	0	0
Usucapião urbana especial para fins de moradia coletiva	0	0	0

Fonte: Elaborada pela autora (2020).

A investigação resultou num total de 428 jurisprudências. Na tabela é possível verificar o número de julgados que foram encontrados na busca das respectivas palavras-chaves, a quantidade de jurisprudências que foram descartadas por não haver pertinência temática, e por último, o número de julgados que restaram e foram analisados. Ao final da pesquisa, um total de 154 jurisprudências foram avaliadas.

3.1 ANÁLISE DE JULGADO N. 1

A pesquisa obteve resultados bem interessantes. Como exemplo, pode-se verificar um julgado encontrado na busca da palavra-chave "direito à cidade", em que o Ministério Público apelou em face de uma ação civil pública proposta contra o Município de Joinville.

No caso em questão, a pretensão ministerial fundamentou-se principalmente na declaração de inconstitucionalidade da lei municipal que

realizou a desafetação de áreas públicas em loteamento do ente municipal e na exigência de efetuar a devida regularização fundiária da área que foi irregularmente ocupada (SANTA CATARINA, 2019h, p. 4).

No entanto, o Município realizou a desafetação da referida área com o objetivo de destinar o local a habitação social para a população de baixa renda que já havia ali se instalado (SANTA CATARINA, 2019h, p. 5-6).

O Ministério Público alegou também que estaria sendo afetada a tutela urbanística, ambiental e social daquele território. Foram citados precedentes que reconheciam a invalidade da desafetação executada pelo Município que promovia destinação diversa das áreas institucionais ou áreas verdes (SANTA CATARINA, 2019h, p. 7-9).

Ocorre que, o Município pode modificar a destinação específica das áreas institucionais ou verdes se observado o plano urbanístico da região e em prol do interesse coletivo. Um dos fundamentos da Lei de Parcelamento do Solo Urbano é justamente isso, preservar o interesse coletivo no processo de urbanização (SANTA CATARINA, 2019h, p. 9).

Mesmo que a finalidade dessas áreas seja a implantação de equipamentos comunitários e de utilização pública como praças, creches, postos de saúde e afins, a realidade urbana é bem diferente:

O ente municipal considerou a realidade urbanística do loteamento em questão, entendendo existir áreas destinadas a equipamentos públicos (escolas, creches, postos de saúde, praças, etc.) em número suficiente nas proximidades, bem como a inexistência de imóveis próximos disponíveis para realocação daquela população. Ainda, sopesou os consideráveis custos ao erário em providenciar a mudança dos ocupantes a outras localidades, bem como os elevados riscos sociais em desinstalar as inúmeras famílias que, embora de forma irregular, residem nos imóveis há décadas, e poderiam migrar de forma precária a outras regiões do Município, ou mesmo acabar desalojadas. Desta feita, o ente municipal optou por destinar tais áreas institucionais e verdes irregularmente ocupadas para a habitação definitiva das famílias ali assentadas, em implementação de política pública de habitação social com

propósito de efetivar o direito fundamental à moradia digna, insculpido no art. 6º da Constituição Federal (SANTA CATARINA, 2019h, p. 11-12).

A decisão proferida pelo Tribunal notadamente prezou pelo direito fundamental à moradia digna, isto porque, as famílias que se encontravam a muito tempo nessas áreas assentadas, se retiradas, sofreriam incalculáveis prejuízos: “Reputo presente o interesse público indispensável à desafetação do bem público, tendente a promover concretamente o direito fundamental à moradia, sem desnaturar a essência urbanística dos respectivos loteamentos” (SANTA CATARINA, 2019h, p. 12).

É um dever constitucional do Município realizar a ocupação adequada do solo, a melhoria das condições habitacionais e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e no caso em tela ficou evidente o descumprimento pelo ente municipal em realizar a regularização fundiária das áreas desafetadas (SANTA CATARINA, 2019h, p. 13-14).

Diante disso, a decisão da Corte foi no sentido de:

Reconheço ter o Município de Joinville descumprido o seu dever de regularizar as áreas desafetadas, em prejuízo aos direitos sociais e coletivos da população local. [...] Condenar o Município de Joinville a promover a regularização fundiária da área desafetada objeto da ação, de acordo com as normas da Lei n. 13.465/2017 (SANTA CATARINA, 2019h, p. 18).

Devido à grande repercussão econômica e social dessa desafetação de áreas públicas promovida pelo Município de Joinville e o descontentamento da população em geral, ocorreu uma multiplicidade de ações com identidade entre os fundamentos jurídicos e os resultados pretendidos.

Como o risco de proferirem decisões conflitantes era grande, foi realizado a reunião dos feitos para julgamento conjunto. Os resultados alcançados na busca da palavra-chave “funções sociais da cidade”, foram completamente com relação à esta mesma situação.

3.2 ANÁLISE DE JULGADO N. 2

Ainda no que diz respeito a palavra-chave “direito à cidade”, em todos os julgados sobre o tema, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, posicionou-se pela necessidade de ocorrência de lesão ao meio ambiente para que haja dano moral à coletividade:

Não há respaldo probatório acerca da ocorrência de abalo à moral da coletividade, pois não se demonstrou qualquer lesão ao meio ambiente, senão apenas irregularidades imobiliárias que devem ser sanadas para adequação à Lei de Parcelamento do Solo Urbano. In casu, embora o loteamento afronte a legislação pertinente, não se apontou qualquer ocorrência concreta de dano ambiental, como ocupação de áreas de preservação permanente, degradação de mata nativa ou poluição de solo ou manancial (SANTA CATARINA, 2019j, p. 12-15).

O Tribunal entende que o parcelamento irregular do solo urbano em forma de loteamentos clandestinos é uma ilegalidade que realmente afeta a moral da coletividade, isto porque, perturba a qualidade de vida, gera poluição visual, atmosférica, sonora e afins (SANTA CATARINA, 2020e, p. 9).

No entanto, é preciso que sejam demonstradas evidências desse dano no caso concreto (SANTA CATARINA, 2020e, p. 9).

A desordenada ocupação do solo sem observância as normas urbanísticas realmente acarretam uma série de riscos a população local, porém, conforme diz o Tribunal, a argumentação não pode ser genérica, sendo necessário à sua comprovação (SANTA CATARINA, 2020e, p. 5).

E neste julgado não ficou demonstrado que o loteamento clandestino realmente causou danos ao meio ambiente. Conforme o acórdão “a condenação por dano moral coletivo não pode se embasar em suposições” (SANTA CATARINA, 2020e, p. 10).

Sendo assim, para o Tribunal a imposição da regularização do parcelamento se mostrou suficiente para a reparação da ordem urbana da região (SANTA CATARINA, 2020e, p. 9).

3.3 ANÁLISE DE JULGADO N. 3

Outra questão que merece relevância diz respeito a um julgado encontrado na busca da palavra-chave “função social da propriedade”. Na apelação cível, o Ministério Público se insurgiu diante da procedência de usucapião, que declarou o domínio dos apelados em face de uma área em que não houve o devido parcelamento do solo urbano (SANTA CATARINA, 2020b, p. 3).

“Em suas razões recursais afirmou que a procedência da pretensão autoral é um incentivo aos atos irregulares e que, caso mantida, contribuirá para o crescimento urbano desordenado e afetação ao equilíbrio do meio ambiente” (SANTA CATARINA, 2020b, p. 4).

A pretensão ministerial se referia a não observância da legislação de parcelamento do solo urbano e que configuraria um empecilho para a declaração de propriedade (SANTA CATARINA, 2020b, p. 5).

Acontece que, o entendimento jurisprudencial diz respeito a possibilidade jurídica do pedido, que atende os princípios da função social da propriedade, do direito à moradia e ainda a dignidade da pessoa humana (SANTA CATARINA, 2020b, p. 5).

Portanto, mais uma vez é possível notar que este Tribunal leva em consideração estes princípios basilares em suas decisões. Ao mesmo tempo, verifica-se que estes mesmos princípios se sobrepõe as normas urbanísticas (SANTA CATARINA, 2020b, p. 8).

Para reforçar o entendimento do julgado em análise, também encontrado na busca realizada pela palavra-chave “função social da propriedade”, o Ministério Público utilizou o mesmo argumento, que a

tentativa de adquirir um imóvel que não se sujeitou ao regular parcelamento do solo urbano, provocará o desordenado crescimento urbano, ocasionado problemas na ordem urbanística (SANTA CATARINA, 2020b, p. 3).

E, por sua vez, o Tribunal entendeu:

Logo, considerando que as normas urbanísticas não se sobrepõem aos direitos e princípios constitucionais supramencionados, resta vencida a argumentação quanto a possível ausência de interesse de agir dos apelados, por suposta burla as vias administrativas. Assim, presentes os requisitos básicos da prescrição aquisitiva e não havendo óbice à declaração de propriedade, conclui-se que agiu com acerto a Magistrada a quo ao julgar procedente o pleito inaugural. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento para manter inalterada a sentença proferida no primeiro grau de jurisdição (SANTA CATARINA, 2020b, p. 6).

Ou seja, está evidente que o entendimento já está pacífico com relação a essa matéria neste Tribunal.

3.4 ANÁLISE DE JULGADO N. 4

No que concerne aos resultados obtidos na busca da palavra-chave “direito à moradia”, um julgado destacou-se. O Município de Porto Belo, por meio de denúncia, obteve conhecimento da existência de uma obra irregular. Em vistoria, verificou que não havia licença para a construção, muito menos a autorização do órgão competente para a realização do projeto (SANTA CATARINA, 2020d, p. 3).

Constatou-se que se tratava de loteamento clandestino, além do mais o apelante desatendeu a intimação para a interrupção, dando continuidade à obra. Dessa forma, o Município solicitou a demolição da mesma (SANTA CATARINA, 2020d, p. 3).

O apelante, por sua vez, alegou que o imóvel não se encontra em área de proteção ambiental ou de risco, que é o único bem da família, que

toda a aquisição foi feita de boa-fé, que a demolição causaria incalculáveis prejuízos financeiros e sociais e ainda que seria necessário um certo prazo para a regularização da construção (SANTA CATARINA, 2020d, p. 4).

Na apelação o Tribunal verificou a ausência do alvará de licença para construir, o que certamente acarretaria a clandestinidade da obra, e conseqüentemente justificaria o pedido da demolição por parte do Município (SANTA CATARINA, 2020d, p. 5-6).

Além disso, o próprio Município informou ao apelante que a regularização da obra era possível e, no entanto, não o fez. Porém, o processo tramita há cerca de 4 anos e mais alguns dias não vão alterar os destinos urbanísticos da cidade (SANTA CATARINA, 2020d, p. 6-7).

Devido a pandemia do covid-19, a demolição não atenderia as recomendações do isolamento social e da permanência da população em casa, ocasionando prejuízos não só ao apelante, mas a sociedade como um todo. Além disso, é necessário observar a dignidade do apelante e de seus familiares com relação ao direito à moradia.

Dessa forma, a decisão foi na direção de dar parcial provimento ao recurso, concedendo o prazo de 90 dias para a regularização do imóvel (SANTA CATARINA, 2020d, p. 10).

3.5 ANÁLISE DE JULGADO N. 5

Outro acórdão encontrado na busca da palavra-chave "direito à moradia" merece destaque. Trata-se de um agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a reintegração de posse de um imóvel público ao Município de Chapecó bem como a desocupação voluntária dos invasores (SANTA CATARINA, 2019a, p. 4).

Como se refere a um bem público e o Município de Chapecó é o legítimo proprietário do imóvel, fica evidente que o particular só poderá exercer a posse mediante autorização, concessão ou permissão da Administração

Pública, o que claramente não ocorreu no caso em tela (SANTA CATARINA, 2019a, p. 7-8).

Do outro lado, a pretensão recursal se amparou no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à moradia. Certamente, são famílias em situação de vulnerabilidade, porém, o Município tem prestado assistência à essas famílias, conforme o possível, para garantir os seus direitos fundamentais como a moradia (SANTA CATARINA, 2019a, p. 8-9).

O Município de Chapecó, inclusive, disponibilizou a essas famílias moradia temporária, possibilitando que exercessem o direito à moradia em um local digno, no entanto, por vontade própria, eles recusaram essa alternativa apresentada pelo ente municipal (SANTA CATARINA, 2019a, p. 9).

Além do apoio do Município, muitos dos ocupantes terão outras alternativas de moradia e não ficaram totalmente desamparados no caso da reintegração de posse. Aliás, um dos principais princípios que regem a Administração Pública é o princípio da supremacia do interesse público, dessa forma, as atividades do ente municipal deverão levar em conta o benefício a coletividade (SANTA CATARINA, 2019a, p. 10).

Evidencia-se, no caso concreto, que tanto a primazia do interesse público quanto o direito à moradia foram reservados no presente caso, isso porque por mais que o Município de Chapecó tenha solicitado a desocupação do imóvel, este não deixou de amparar as famílias ali residentes, realizando acompanhamento assistencial e inclusive cadastrando todos os interessados no programa de habitação da municipalidade (SANTA CATARINA, 2019a, p. 10).

Há que ressaltar ainda que o imóvel de propriedade do Município será destinado à construção de um Centro de Saúde, que com certeza beneficiará todos os moradores das proximidades. Dessa forma, a decisão foi no sentido de negar provimento ao recurso.

3.6 ANÁLISE DE JULGADO N. 6

Ainda com relação a palavra-chave “direito à moradia” outro julgado foi significativo. No agravo de instrumento interposto contra o Município de Joinville, o agravante foi autuado pelo órgão de fiscalização em razão de construção em Área de Preservação Permanente, sendo notificado para realizar a devida demolição (SANTA CATARINA, 2019e, p. 3).

O agravante alega hipossuficiência financeira e dessa forma solicita uma oferta de moradia alternativa à sua família ou o pagamento de auxílio-moradia para efetuar a demolição (SANTA CATARINA, 2019e, p. 3).

O Tribunal, por sua vez, entendeu que é de competência dos Municípios o planejamento do desenvolvimento urbano e a fiscalização da ocupação e do uso adequado do solo (SANTA CATARINA, 2019e, p. 5).

O município agravado deu ciência à agravante acerca da irregularidade da ocupação e da edificação, por se tratar de área de preservação permanente (APP), promovendo o embargo e a imposição da ordem de desocupação e demolição da edificação, com a coleta e correto descarte dos resíduos (SANTA CATARINA, 2019e, p. 5).

A alegação do agravante do direito à moradia, das condições precárias em que se encontra e da suposta negativa do ente municipal em prestar-lhes auxílio, não são suficientes, estaria ele se beneficiando da condição. Afinal, seria uma desvantagem para aqueles que também se encontram em situação de fragilidade social, que se submeteram aos trâmites legais e observaram as normas de uso e ocupação do solo urbano (SANTA CATARINA, 2019e, p. 7).

O Poder Judiciário, aduzindo não poder ser conivente com as irregularidades do caso em questão, e desse modo, não restou alternativa senão negar provimento ao agravo de instrumento interposto (SANTA CATARINA, 2019e, p. 7-9).

Neste acórdão é possível verificar que o direito urbanístico bem como o direito ambiental prevaleceu em face do direito à moradia, isto porque, o entendimento jurisprudencial foi na direção de que é necessário realizar a devida ocupação do solo, observando as normas legais.

Além disso, o Tribunal entendeu que o ente municipal acertou em solicitar a demolição da obra, para regularizar a situação, ficando em conformidade com as normas urbanísticas e garantindo um meio ambiente equilibrado.

3.7 ANÁLISE DE JULGADO N. 7

Foi possível notar que em muitos acórdãos, o Tribunal posicionou-se no sentido de que as normas urbanísticas não se sobrepõem ao direito à moradia. Como é o caso de um julgado, encontrado na busca da palavra-chave "direito à moradia", onde o Ministério Público apelou em face de uma ação de usucapião de imóvel rural, na qual foi concedida a posse aos apelados (SANTA CATARINA, 2019f, p. 3).

A pretensão ministerial foi quanto à impossibilidade de usucapião do imóvel devido ao fato de que a área usucapienda possui metragem inferior àquela prevista na legislação municipal, desse modo, a propriedade não estaria atendendo a sua função social (SANTA CATARINA, 2019f, p. 3-4).

Sabe-se que é proibida a divisão do imóvel em áreas inferiores ao módulo rural. No entanto, a legislação que justifica tal afirmação não se aplica a aquisição originária da propriedade, ou seja, não existe essa restrição para os casos de usucapião (SANTA CATARINA, 2019f, p. 6).

Além disso, o Ministério Público fundamentou sua tese no sentido de que o imóvel, objeto da usucapião, não atendeu as normas relativas ao parcelamento do solo, e por isso deverá primeiro realizar a devida regularização para então ser registrado (SANTA CATARINA, 2019f, p. 9).

Contudo:

A existência de característica ofensiva às normas de parcelamento do solo no imóvel usucapiendo não obsta, per se, a consolidação do domínio sobre o bem, desde que não se apresente o ato, com espeque no princípio da boa-fé processual, como tentativa de subterfúgio à legislação de parcelamento do solo e restem verificados os pressupostos legais e/ou constitucionais à configuração da usucapião (SANTA CATARINA, 2019f, p. 9).

No caso em tela, verificou-se que inexistiu má-fé dos apelados e a irregularidade do loteamento não modifica a comprovação dos requisitos necessários para a aquisição originária da propriedade, conseqüentemente o recurso foi negado, como justificou o Tribunal “as normas urbanísticas não devem se sobrepor ao direito fundamental à moradia” (SANTA CATARINA, 2019f, p. 10).

3.8 ANÁLISE DE JULGADO N. 8

Com relação aos acórdãos encontrados na busca da palavra-chave “plano diretor”, alguns julgados têm relação com a mesma situação. Em uma apelação cível, o apelante se opôs a decisão que julgou procedente o pedido do ente municipal em demolir a construção por estar em desacordo as normas administrativas do Plano Diretor do Município (SANTA CATARINA, 2019g, p. 2).

A pretensão recursal foi no sentido de que não existe interesse processual por parte do Município, pois a construção além de já estar concluída não está localizada em área de risco, tampouco demonstra perigo à comunidade (SANTA CATARINA, 2019g, p. 2).

Quanto a tese de inexistência de interesse processual, o Tribunal entendeu que “a conclusão da obra produz efeito em relação à ação nunciatória, não havendo mais razão para que se proceda ao seu embargo.

No entanto, em nada resta prejudicado o pedido demolitório" (SANTA CATARINA, 2019g, p. 3).

Além do mais, o Município apresentou a notificação realizada pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano e Ambiental – SEDURB, informando quanto as irregularidades da obra, tendo em vista que foi executada sem observância ao Código de Obras Municipal e o Plano Diretor (SANTA CATARINA, 2019g, p. 4).

No entanto, com relação a demolição da construção, o Tribunal entende que é muito complexa, uma vez que o Município não oportunizou aos recorrentes que regularizassem o imóvel. Diante disso:

Dou parcial provimento ao recurso para reformar a sentença e conceder ao particular, após o trânsito em julgado, prazo de 120 (cento e vinte) dias para que providencie a regularização da obra e cumpra com as exigências legais, desde que em consonância ao Código de Obras do Município e o Plano Diretor, sob pena de demolição da construção (SANTA CATARINA, 2019g, p. 5).

Ficou evidente que para o Tribunal é importante que a obra seja regularizada, estando em conformidade com o Plano Diretor do Município, a fim de efetivar o direito urbanístico.

3.9 ANÁLISE DE JULGADO N. 9

Já em outra decisão proferida pelo Tribunal, também em uma apelação cível, o recurso foi na direção de que não foi concedido o habite-se e o alvará de construção (SANTA CATARINA, 2020a, p. 3).

O apelante alegou que não foi possível esclarecer os fatos, apresentando o plano planimétrico. Além disso, aduz que o imóvel está localizado em área urbana consolidada, com edificações vizinhas em situação regular, e por isso, poderia flexibilizar a Lei de Parcelamento do Solo bem como o Código Florestal (SANTA CATARINA, 2020a, p. 3).

Quando o recorrente buscou o alvará de construção e o habite-se para uso industrial, este lhe foi negado devido ao fato de que a construção não respeita o recuo necessário do Ribeirão Canoas, sendo assim, o caso foi encaminhado para à Comissão de Demolição do Município de Rio do Sul (SANTA CATARINA, 2020a, p. 5-6).

A referida Comissão tem como principal atribuição examinar as construções clandestinas e emitir laudos que especifiquem quais medidas deverão ser tomadas pelos proprietários para evitar a demolição (SANTA CATARINA, 2020a, p. 6).

Neste caso, verificou-se que a edificação está em desacordo com a Lei 6.766/1979, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, tendo em vista que a propriedade se encontra no perímetro urbano do Município (SANTA CATARINA, 2020a, p. 6).

A construção foi executada em uma área *non aedificandi*, afrontando diretamente o dispositivo legal mencionado e sendo assim não fazendo jus ao habite-se muito menos ao alvará de construção, isto porque, para que o alvará seja expedido o projeto apresentado precisa ser aprovado (SANTA CATARINA, 2020a, p. 11).

O voto foi no sentido de negar provimento ao recurso, pois para a concessão do habite-se e do alvará de construção é necessário que a edificação esteja de acordo com as normas de parcelamento do solo urbano e é também indispensável que os projetos arquitetônicos da obra sejam aprovados (SANTA CATARINA, 2020a, p. 11).

4 QUAL É O PARADIGMA PREDOMINANTE NO TJ/SC: CIVILISTA DA PROPRIEDADE X NOVA ORDEM JURÍDICO-URBANÍSTICA?

Após a análise das 154 jurisprudências foi possível notar a precedência do direito à moradia nas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, seja quando confrontado com o direito de propriedade, seja quando

confrontado com o direito urbanístico. No entanto, quando confrontado com o direito ambiental, este se sobressai.

O Tribunal prezou pelo princípio basilar do direito fundamental à moradia. Dos 154 julgados analisados, 49 foram decididos sob o argumento de que as normas urbanísticas não se sobrepõem ao direito à moradia, enquanto que apenas 9 levaram em consideração que a ordem urbanística e o crescimento urbano ordenado são mais importantes do que a habitação.

A simples irregularidade do loteamento não altera a situação fática comprovada nos autos referente ao preenchimento dos requisitos necessários à aquisição originária da propriedade [...] na medida em que as normas urbanísticas não devem se sobrepor ao direito fundamental à moradia (SANTA CATARINA, 2020c, p. 10).

Nos acórdãos as razões recursais eram no sentido de que o Tribunal não poderia ser conivente com irregularidades urbanísticas, porque se assim o fizesse, contribuiria para o aumento desenfreado de construções sem observância a legislação urbanística, “[...] a procedência da pretensão autoral é um incentivo aos atos irregulares e que, caso mantida, contribuirá para o crescimento urbano desordenado e afetação ao equilíbrio do meio ambiente” (SANTA CATARINA, 2020b, p. 4).

Nas decisões ficou destacado a necessidade de regularização dos imóveis e a observância da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, do Plano Diretor e das demais normas pertinentes à ordem urbanística. No entanto, esses quesitos não são tão relevantes quanto o direito à moradia:

[...] convém destacar que não se pretende violar a legislação que regulamenta o parcelamento do solo urbano, tampouco cancelar desmembramento ou loteamento não registrado pela municipalidade, mas, sim, proteger a situação de fato vivenciada por aqueles que, há longo tempo, exercem a posse sobre seus imóveis (SANTA CATARINA, 2019i, p. 4).

E, 23 acórdãos buscaram encontrar um meio termo, onde fosse possível efetivar o direito à moradia e também equilibrar a ordem urbanística da região.

Outros 29 acórdãos foram decididos no sentido de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado se sobrepõe ao direito à moradia. Enquanto que 13 julgados foram favoráveis ao direito à moradia em detrimento do direito ambiental. Como exemplo:

[...] em relação aos pedidos subsidiários de disponibilização de habitação alternativa ou, ainda, a condenação do agravado ao pagamento de auxílio-moradia, melhor sorte não merece o recurso [...] foi determinada a demolição de construção clandestina localizada em área que deve ser preservada a bem de toda a coletividade. Assim, em que pese o recorrente ter comprovado ser pessoa humilde e de poucos recursos, com o que pretende justificar a irregularidade do imóvel, tenho que tais condições não o exime de submissão aos trâmites legais dos demais cidadãos que aguardam a efetivação dos programas sociais de moradia e que também estão em situação social precária (SANTA CATARINA, 2019d, p. 4-5).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é também um direito trazido pelo texto constitucional, e quando colocado em confronto com o direito à moradia, aquele se sobressai.

Convém salientar que, diante do conflito de interesses de toda uma coletividade (preservação do ecossistema) e do particular (direito à moradia), cabe ao administrador e ao Poder Judiciário salvaguardar aquele – especialmente quando existe prova bastante da prática de infração ambiental (SANTA CATARINA, 2019c, p. 5).

Dentre os julgados analisados, teve casos, mais precisamente 19 acórdãos, em que quando ocorreu a colisão entre esses dois direitos fundamentais, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina se posicionou em um meio termo. Como exemplo, em um acórdão, onde foi edificado um imóvel em área de preservação permanente, o Tribunal entendeu que era necessário

regularizar a construção para não afetar o meio ambiente equilibrado (SANTA CATARINA, 2019b, p. 7).

No entanto, ordenou que o ente municipal incluísse os moradores do imóvel nos programas de habitação do Município, como forma de efetivar o seu direito à moradia (SANTA CATARINA, 2019b, p. 7).

É importante destacar que 12 julgados foram analisados, porém não existia pertinência temática com o presente artigo.

Sendo assim, ficou evidente que a tendência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em suas decisões é quanto ao direito fundamental à moradia, tendo em vista que ao final da pesquisa, 62 julgados foram diretamente neste sentido, utilizando-se do fundamento de que é uma necessidade básica do ser humano possuir uma moradia digna e adequada.

Além disso, houve 42 acórdãos que de forma indireta efetivaram esse direito, onde o Tribunal se posicionou favorável ao meio termo, não deixou os moradores sem moradia, mas também não foi conivente com as irregularidades urbanísticas e ambientais, e sim oportunizou moradias alternativas aqueles que precisavam.

Dessa forma, totalizando em 104 jurisprudências e representando a maioria delas, o Tribunal prezou direta ou indiretamente pelo direito à moradia. Enquanto que, 50 acórdãos foram contrários à essa premissa.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe primeiramente a abordagem conceitual das categorias pesquisadas, abordando a ordem urbanística, o direito à cidade e o direito à moradia, temáticas de extrema importância para o direito urbanístico.

Depois de analisar conceitualmente essas temáticas, a pesquisa jurisprudencial foi realizada. Utilizou-se palavras-chaves como: direito à cidade, direito à moradia, função social da propriedade, funções sociais

da cidade, plano diretor, usucapião urbana especial para fins de moradia e usucapião urbana especial para fins de moradia coletiva.

Por meio dos métodos dedutivo e quantitativo, o objetivo da pesquisa foi verificar qual a tendência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em suas decisões com relação a ordem urbanística. A investigação resultou em um total de 154 jurisprudências, mostrando resultados bem interessantes.

O Tribunal preza pelo direito fundamental à moradia, fundamentando seus acórdãos na prerrogativa de que as normas urbanísticas e o direito de propriedade não se sobrepõem ao direito à moradia. No entanto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado quando colocado em confronto com o direito à moradia, se sobressai.

Por fim, a conclusão foi no sentido de que há uma precedência do direito à moradia nas decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, totalizando em 104 jurisprudências que de forma direta ou indireta prezaram por esta premissa, representando a maioria dos julgados analisados.

REFERÊNCIAS

BATTAUS, D. M. de A.; OLIVEIRA, E. A. B. de. O direito à cidade: urbanização excludente e a política urbana brasileira. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo, n. 97, p. 81-106, abr. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452016000100081. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

FAUTH, G. O direito urbanístico na perspectiva dos novos direitos: subsídios para a regularização fundiária. **Espaço Jurídico**. Brasil, v. 10, n. 1, p. 99-112, 2009. Disponível em: <https://doaj.org/article/8c8d82be5e524af5860021484e245887?frbrVersion=2>. Acesso em: 25 abr. 2020.

FIGUEIREDO, V. A. Perspectivas do direito à moradia e sustentabilidade: ponderação entre direito à moradia digna e meio ambiente. **Revista Latino Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**. Brasil. v. 4, n. 959, 26 nov. 2018. Disponível em: <https://doaj.org/article/513567e0089d40199d48ef87d3da8134>. Acesso em: 17 abr. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD**. Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 14. set. 2020.

LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 25 abr. 2020.

RANGEL, H. M. V.; SILVA, J. V. da. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial e a sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. **Revista Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**. Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78. dez. 2009. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/moradia-nimo-existencial-sua-estatuto-440681482>. Acesso em: 28 abr. 2020.

ROLNIK, R. **O que é cidade**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento**. Relator: Jaime Ramos. Processo nº 4033273-29.2018.8.24.0000. Decisão em 27 de agosto de 2019. Florianópolis, 2019a. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAOQuSAAS&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento**. Relator: Luiz Fernando Boller. Processo nº 4009961-87.2019.8.24.0000. Decisão em 24 de setembro de 2019. Florianópolis, 2019b. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAAoLtAAS&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento**. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Processo nº 4011562-31.2019.8.24.0000. Decisão em 10 de dezembro de 2019. Florianópolis, 2019c. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAI2PRAAC&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento**. Relator: Ricardo Roesler. Processo nº 4017615-62.2018.8.24.0000. Decisão em 10 de dezembro de 2019. Florianópolis, 2019d. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAI2RvAAI&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento**. Relator: Vera Lúcia Ferreira Copetti. Processo nº 4017651-07.2018.8.24.0000. Decisão em 21 de março de 2019. Florianópolis, 2019e. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAJKMVAU&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Artur Jenichen Filho. Processo nº 0305794-93.2015.8.24.0054. Decisão em 12 de março de 2020. Florianópolis, 2020a. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAOsSqAAG&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Carlos Roberto da Silva. Processo nº 0001211-42.2009.8.24.0057. Decisão em 3 de outubro de 2019. Florianópolis, 2019f. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAABsdMAAR&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Haidée Denise Grin. Processo nº 0300248-59.2016.8.24.0139. Decisão em 14 de maio de 2020. Florianópolis, 2020b. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAACeNmAAK&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Haidée Denise Grin. Processo nº 0300679-64.2014.8.24.0139. Decisão em 28 de maio de 2020. Florianópolis, 2020c. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAEoLyAAF&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Processo nº 0300383-71.2016.8.24.0139. Decisão em 9 de junho de 2020. Florianópolis, 2020d. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAFifoAAP&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Processo nº 0900023-13.2018.8.24.0044. Decisão em 12 de maio de 2020. Florianópolis, 2020e. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAACeKLAQ&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Ricardo Roesler. Processo nº 0300202-77.2014.8.24.0030. Decisão em 3 de setembro de 2019. Florianópolis, 2019g. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAOQrEAAB&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível**. Relator: Ronei Danielli. Processo nº 0906122-85.2016.8.24.0038. Decisão em 17 de dezembro de 2019. Florianópolis, 2019h. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAKEP2AAM&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação/Remessa Necessária**. Relator: Fernando Carioni. Processo nº 0002034-61.2009.8.24.0139. Decisão em 06 de agosto de 2019. Florianópolis, 2019i. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAGAAKoOAAAS&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação/Remessa Necessária**. Relator: Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Processo nº 0009494-58.2013.8.24.0075. Decisão em 5 de novembro de 2019. Florianópolis, 2019j. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAHAAC6TpAAO&categoria=acordao_5. Acesso em: 13 jun. 2020.

SANTOS, M. **A urbanização brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 1993.

STEFANIAK, J. L. A efetividade do direito humano e fundamental à moradia. **Revista Direito e Justiça**. Brasil, v. 11, n. 16, p. 133-158, 2011. Disponível em: <https://doaj.org/article/f859ed6cb7ab4b3b941e10263858f8c0>. Acesso em: 25 abr. 2020.

TRINDADE, T. A. Direitos e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo. n. 87, p. 139-165, 02 jul. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000300007. Acesso em: 24 abr. 2020.

DIREITO AMBIENTAL: DELIMITAÇÃO PARA EDIFICAÇÃO NAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM PERÍMETRO URBANO

Roberta Natalia Trevisan¹

Ricardo Marcelo de Menezes²

RESUMO

O presente artigo discorrerá acerca do direito ambiental, examinando as denominadas Áreas de Preservação Permanentes (APP). As margens dos rios nos perímetros urbanos, quase em sua totalidade, contam com edificações, de maneira clandestina ou apenas com alvará municipal de construção em desacordo com a legislação nacional, não obstante também por vezes ocorre a pretensão de edificação de novas construções apenas observando as diretrizes municipais e não o Código Florestal. O problema colocado é, a que ponto o direito à moradia deve preponderar sobre a necessidade de proteção ambiental. Objetiva-se assim demonstrar o conflito existente entre o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito à moradia e o desenvolvimento socioeconômico. Analisando as disposições do artigo 4º, do Código Florestal é possível observar o conflito então existente, entre os princípios do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o desenvolvimento socioeconômico e à moradia, sendo que a própria Constituição Federal garantiu a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 170 e 225) e o direito à moradia (art. 6º). Para tanto, foi utilizada revisão bibliográfica e análise de decisões judiciais do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em casos concretos.

Palavras-chave: Áreas de Preservação Permanentes. Desenvolvimento Socioeconômico. Direito à Moradia. Código Florestal.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; robertanaatalia06@gmail.com.

² Professor M.e Orientador Universidade do Oeste de Santa Catarina; ricardo.menezes@unoesc.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discorrer acerca das delimitações para edificação nas áreas de preservação permanente às margens dos rios, em perímetro urbano, à luz do Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) e da análise das decisões dos tribunais judiciais.

Sabe-se que proteção ao meio ambiente é fundamental para a continuidade da vida humana, pois desde os primórdios o ser humano o explora, necessitando deste para sua subsistência. A exploração sem observância de suas consequências desencadeou uma série de problemas, dando para a temática ambiental um tratamento jurídico, sendo que a importância da preservação desse bem jurídico foi consubstanciada pelo constituinte originário no *caput*, do art. 225 da Constituição Federal.

Neste sentido, por vezes deparamo-nos com um conflito de normas constitucionais, entre direito fundamental da moradia e o direito ao meio ambiente equilibrado.

Assim sendo, a pesquisa foi realizada de modo a abordar, num primeiro momento, um panorama acerca do meio ambiente, especialmente sobre competência legislativa em matéria ambiental, competência legislativa dos municípios em matéria ambiental e áreas de preservação permanente – APPs.

Sucessivamente, passou-se à análise do direito à moradia, qual direito é assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 6º, e está reconhecido como um direito social. E neste mesmo contexto analisou-se a política urbana e edificações localizadas em área de preservação permanente: lei de parcelamento do solo, diante da evidencia de que na maioria das cidades brasileiras existem inúmeras residências localizadas nas margens dos rios, inclusive dadas as características de ocupação histórica.

Ao final abordou a colisão de normas constitucionais: direito fundamental à moradia e direito ao meio ambiente equilibrado, trazendo

elementos desses conflitos questionados em processos judiciais, e apresentando a análise de algumas das decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Superior Tribunal de Justiça acerca das delimitações para edificação em perímetro urbano.

O método da presente pesquisa dar-se-á pela pesquisa bibliográfica, fundamentada doutrinariamente, em artigos e decisões proferidas pelos tribunais judiciais.

2 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE NO BRASIL

Neste capítulo far-se-á uma análise acerca do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, a legislação acerca da competência legislativa em matéria ambiental, bem como o Código Florestal e a Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

Antes de adentrar especificamente no debate acerca da legislação ambiental mister esclarecer o que se pode entender por meio ambiente, que segundo a Lei nº 6.938/12³ em seu art. 3º define-o como: "O conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Pela leitura do dispositivo transcrito fica evidenciado que meio ambiente é mais do que simplesmente o meio natural, que abrange também as modificações trazidas pelo ser humano, pois o homem interage a todo tempo no meio natural, não sendo possível deixar sua conceituação abranger tão somente o natural como a água, ar, solo, flora e fauna, pois o homem está a todo tempo transformando o meio em que vive (PRESTES, 2006, p. 25-27).

Acerca da ideia de integração do ser humano com todos os aspectos que compõe o seu habitat e a proteção dispensada pela legislação brasileira,

³ Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Paulo Afonso Leme Machado (2016, p. 154-155) escreveu que o direito ambiental brasileiro está intimamente ligado com o desenvolvimento econômico e com o desenvolvimento social e não apenas em matéria de preservação ambiental propriamente dita. Também segundo ele, o direito ambiental não foi apenas criado para proteger e preservar o meio ambiental, esta é uma visão equivocada, pois o direito ambiental brasileiro em momento algum quer frear o desenvolvimento sócio econômico. Pelo contrário, se frear o desenvolvimento sócio econômico, com certeza, estará gerando indiretamente uma maior agressão ao meio ambiente, pois atividades irregulares começarão a aparecer.

A importância da preservação desse bem jurídico foi consubstanciada pelo constituinte originário no *caput*, do art. 225 da Constituição Federal. É importante salientar que, apesar de não integrar, em sua estrutura literal, o Título II, da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), consiste em verdadeiro direito fundamental da pessoa humana – em simples exegese do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Assim, diante da importância do meio ambiente para a vida humana, é compreensível e importante o estudo e a pesquisa acerca do assunto, sendo que os apontamentos abaixo transcritos têm por finalidade analisar a legislação ambiental frente à necessidade de preservação do meio ambiente.

2.1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Competência são os poderes que a lei confere para que cada órgão público possa desempenhar suas atribuições específicas, ou seja, competência é a medida de poder que a Constituição ou a lei atribui ao agente público para a prática de determinados atos. A organização administrativa do Estado brasileiro está diretamente relacionada à distribuição dessas competências (SILVA, 2014, p. 484).

O Brasil adotou o federalismo, forma de Estado que atribui a cada ente federativo uma determinada autonomia política, sendo que em matéria Ambiental o legislador constituinte distribuiu entre todos os entes federativos as competências materiais e legislativas, reservando ao ente central (União) o protagonismo necessário para a edição de normas de interesse geral e aos demais entes a possibilidade de suplementarem essa legislação geral, expressão esta que encontra amparo nos arts. 23 e 24 da Carta Magna (ADI 5.312, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 25-10-2018, P, DJE de 11-2-2019).

Em que pese à distribuição de competência acima destacada Silva (2014, p. 484) ressalta a dificuldade de estabelecer e identificar normas gerais em matéria ambiental, este é um dos temas mais difíceis de identificar pela doutrina e segue a autora argumentando que, embora não haja uma definição uníssona na doutrina, norma geral seria aquela que traçasse parâmetros genéricos, aplicáveis a todo o território nacional, deixando a especificação destinada a adaptá-los às peculiaridades regionais e locais para a legislação.

Importante trazer o posicionamento do Ministro Og Fernandes no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.312.435 – RJ em que assim se posiciona acerca da divisão de competência em matéria ambiental:

Existindo omissão legislativa por parte da União, os Estados e o Distrito Federal podem editar as normas gerais. Destaco que os Municípios podem legislar sobre os temas ambientais de interesse predominantemente local, bastando que respeitem as normas gerais que tiverem sido editadas pela União ou pelo Estado.

Neste contexto tem-se que os demais entes federados estabelecem normas mais protetivas do que as normas editadas pelo Congresso Nacional para que tenham validade. Para Graf (2002, p. 61) quando há necessidade de resolução de conflitos de competência, a prevalência de normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente, editadas no âmbito da

competência concorrente, somente será justificável quando se estiver diante do atendimento ao direito fundamental de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantido por meio da Constituição Federal de 1988, cabendo ao município suplementar essas legislações, visando sua adaptação à realidade local, conforme princípio da predominância de interesses.

Cabe, portanto, a cada ente federado exercer sua competência dentro dos limites traçados pela Constituição Federal de 1988, com base no princípio da predominância do interesse, o que objetiva garantir, no que tange a proteção ambiental e dos recursos hídricos, maior proteção, pois as normas gerais estarão fundamentadas no interesse da nação e não no interesse de um determinado local, com vistas ao princípio do meio ambiente equilibrado.

2.1.1 Competência legislativa dos Municípios em matéria ambiental

A Constituição da República Federativa do Brasil reconheceu os municípios como ente Federado, e no art. 30 estabeleceu as suas competências, e conforme se constata dentre as competências está a de legislar sobre interesse local e para suplementar a legislação estadual e federal.

O conceito de interesse local é bastante debatido entre os juristas sendo que segundo Lenza (2011, p. 404), doutrinariamente a expressão interesse local assume o mesmo significado da expressão "peculiar interesse", expressa na Constituição de 1967, e completa mencionando que peculiar interesse corresponde a interesse predominante.

A predominância não poderá restringir à atuação do Município, também não poderá determinar que tudo que estiver no território municipal é de sua competência, posto que tal posição confrontaria com a distribuição de competência expressa pela Constituição Federal.

Acerca da competência Municipal para legislar sobre meio ambiente, o Ministro Celso de Mello (*ARE 748206 AgR/SC, rel Min. Celso de Mello, julgamento em 14.3.2017 (ARE-748206)*) manifestou que os Municípios podem legislar sobre Direito Ambiental, desde que o façam fundamentadamente, salientou que os Municípios podem adotar legislação ambiental mais restritiva em relação aos Estados-Membros e à União. No entanto, é necessário que a norma tenha a devida motivação (BRASIL, 2017).

Assim diante das considerações compreende-se que o município poderá legislar em matéria ambiental, entretanto, não poderá editar normas que contrariem ou que suprimam direitos do meio ambiente expressos na legislação estadual e federal.

2.2 ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – APPS

As Áreas de Preservação Permanente (APPs) são, segundo o art. 3, II, Lei nº 12.651/12⁴, aquelas áreas protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, assim sendo, foram instituídas por lei como forma de suavizar os impactos humanos e preservar importantes recursos naturais.

Segundo Farias (2019) ao criar este conceito de área de preservação permanente, o legislador buscou proteger o equilíbrio da flora, a fauna, os recursos hídricos e os valores estéticos e a consequente manutenção da vida humana, deixando determinadas áreas a salvo do desenvolvimento econômico e da degradação.

Visando a proteção ambiental o legislador estabeleceu que certas áreas necessitam de maior proteção, e por isso instituiu a elas proteção diferenciada, as quais são intituladas de acordo com o ordenamento jurídico

⁴ Código Florestal Brasileiro.

de áreas de preservação permanente – APPs, sendo que, uma dessas áreas são as margens dos rios.

O próprio art. 225, III da CRFB define que haverá “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”.

Da mesma forma Sarlet, Machado e Fensterseifer (2015, p. 647-648) faz uma abordagem da importância de preservação e respeito às normas de direito florestal no tocante às áreas de preservação permanente, assim dispondo: “Dentre as questões mais destacadas trazidas pela legislação em questão, podemos apontar os institutos jurídicos da *área de preservação permanente* (APP) e da *reserva legal* (RL)”.

O próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a importância ecológica das APPs, veja-se o trecho do acórdão do Recurso Especial nº 1.245.149 – MS (2011/0038371-9) de relatoria do Ministro Herman Benjamin:

[...] ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CILIAR 2. Primigênio e mais categórico instrumento de expressão e densificação da 'efetividade' do 'direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado', a Área de Preservação Permanente ciliar (= APP ripária, ripícola ou ribeirinha), pelo seu prestígio ético e indubitável mérito ecológico, corporifica verdadeira trincheira inicial e última a bandeira mais reluzente, por assim dizer – do comando maior de 'preservar e restaurar as funções ecológicas essenciais', prescrito no art. 225, caput e § 1º, I, da Constituição Federal. 3. Aferrada às margens de rios, córregos, riachos, nascentes, charcos, lagos, lagoas e estuários, intenta a APP ciliar assegurar, a um só tempo, a integridade físico-química da água, a estabilização do leito hídrico e do solo da bacia, a mitigação dos efeitos nocivos das enchentes, a barragem e filtragem de detritos, sedimentos e poluentes, a absorção de nutrientes pelo sistema radicular, o esplendor da paisagem e a própria sobrevivência da flora ribeirinha e fauna. Essas funções multifacetárias e insubstituíveis elevam-na ao status de peça

fundamental na formação de corredores ecológicos, elos de conexão da biodiversidade, genuínas veias bióticas do meio ambiente. Objetivamente falando, a vegetação ripária exerce tarefas de proteção assemelhadas às da pele em relação ao corpo humano: faltando uma ou outra, a vida até pode continuar por algum tempo, mas, no cerne, muito além de trivial mutilação do sentimento de plenitude e do belo do organismo, o que sobra não passa de um ser majestoso em estado de agonia terminal.

4. Compreensível que, com base nessa ratio ético-ambiental, o legislador caucione a APP ripária de maneira quase absoluta, colocando-a no ápice do complexo e numeroso panteão dos espaços protegidos, ao prevê-la na forma de superfície intocável, elemento cardeal e estruturante no esquema maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por tudo isso, a APP ciliar qualifica-se como território non aedificandi. Não poderia ser diferente, hostil que se acha à exploração econômica direta, desmatamento ou ocupação humana (com as ressalvas previstas em lei, de caráter totalmente excepcional e em numerus clausus, v.g., utilidade pública, interesse social, intervenção de baixo impacto).

5. Causa ecológico in re ipsa, presunção legal definitiva que dispensa produção de prova técnica de lesividade específica, quem, fora das exceções legais, desmata, ocupa ou explora APP, ou impede sua regeneração, comportamento de que emerge obrigação propter rem de restaurar na sua plenitude e indenizar o meio ambiente degradado e terceiros afetados, sob regime de responsabilidade civil objetiva. Precedentes do STJ. [...] (REsp 1245149/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 13/06/2013) (BRASIL, 2013).

A preservação das APPs é fundamental para garantir que o princípio constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elencado na Constituição Federal de 1988, venha a ser efetivado, sendo evidente que a preservação das APPs se mostra de suma importância para o meio ambiente e para a preservação da água.

Outro ponto importante a ser observado no tocante às APPs é que o Código Florestal vigente incluiu no seu art. 4º, Lei nº 12.651/12, que os limites estabelecidos para as APPs aplicam-se também aos perímetros urbanos, visando estender a proteção ambiental para as áreas urbanas, e, portanto, há, além da definição legal de APP, a previsão de quando estas

podem sofrer supressão ou intervenção, bem como em quais situações pode o Poder Público declarar APP, sendo somente possível sua alteração e supressão por meio de autorização legislativa (HONÓRIO *et al.*, 2013).

Neste ponto convém lembrar que a proteção das APPs como um todo é necessária para a preservação da vida. Protegendo essas áreas garante-se a possibilidade de preservação e de recuperação do meio ambiente nas margens dos rios, principalmente dos rios localizados no perímetro urbano das cidades, os quais vêm sofrendo desde o início da colonização brasileira, com a grande ocupação desordenada nas suas margens, trazendo inúmeros prejuízos ambientais, além de problemas habitacionais e sanitários que ainda carecem de regularização.

Acerca do assunto Arimatéa (2003, p. 164), destaca tratar-se de uma restrição necessária à ocupação do solo urbano com a finalidade de proteger a saúde das pessoas e preservar os cursos d'água, ainda aponta que a restrição é necessária uma vez a água potável, outrora abundante no Universo, começa a ficar escassa, diante do crescimento da população mundial, bem como a ocupação desordenada das margens dos rios acarreta problemas sanitários decorrentes da poluição por esgotos residenciais.

Em contrapartida ao disposto até aqui, o art. 8º do Código Florestal prevê algumas hipóteses em que poderá ser desconsiderada a proteção dada às APPs, contudo, utilização só será possível em casos esporádicos autorizados legalmente, desde que, não afete à proteção de que são carecedoras essas áreas.

Outrossim, conforme explica Araújo e Ganem (2016) em contrapartida a toda a proteção dispensada às APPs, os arts. 64 e 65 da Lei 12.651/12, relativos à regularização fundiária urbana, trazem dificuldades para a interpretação das regras nacionais sobre este assunto. Mesmo sem alterar expressamente a Lei nº 11.977/2009 e, mais que isso, confirmando

explicitamente a aplicação deste diploma legal, a Lei nº 12.651/2012 inova nas disposições sobre regularização fundiária dos assentamentos inclusos em área urbana de ocupação consolidada situados em APPs. Nas regularizações de interesse específico, o projeto de regularização passa a indicar as áreas em que devem ser resguardadas as características típicas da APP, com a devida proposta de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização. Pela Lei nº 11.977/2009, as regularizações não direcionadas à população de baixa renda deveriam obedecer aos requisitos ambientais aplicados aos novos parcelamentos urbanos.

Portanto, no que se refere à regularização fundiária urbana, especialmente em áreas de APP, a Lei 12.651/12 reduziu o grau de proteção ambiental, se considerada a situação anterior à sua entrada em vigor.

3 DA PROTEÇÃO AO DIREITO À MORADIA: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Dentre os direitos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 está o direito à moradia⁵, reconhecido como um direito social. Expõe Lenza (2012, p. 837) que os direitos sociais são desdobramentos da perspectiva de um estado social de direito, sendo positivados num primeiro momento na Constituição Mexicana em 1917 e posteriormente na Constituição de Weimar. No Brasil, passaram a fazer parte do ordenamento jurídico a partir da Constituição de 1934, seguindo até os dias atuais.

O direito à moradia foi acrescentado ao rol dos direitos sociais por meio da Emenda Constitucional nº 26/2000, sendo de fundamental importância sua inclusão como direito social, pois neste rol estão elencados os direitos básicos do cidadão e que se interligam a outros direitos fundamentais, como

⁵ Art. 6º da Lei Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

o direito à liberdade, à igualdade, bem como, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme debatido no capítulo segundo do presente artigo, além do direito ambiental, o direito à moradia e habitação adequada deve ser tratado como competência comum entre os entes da federação, uma vez que embora o art. 21, inciso XX, da nossa Carta Magna estabeleça a competência da União na instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, notadamente no que diz respeito à habitação, o art. 23, IX, dispõe sobre a competência comum de todos os entes federativos no tocante aos programas habitacionais.

Portanto, o direito à moradia adequada, a ser garantido por todos os entes federados, revela-se essencial à vida humana, corroborando, ainda, para tal afirmação, o disposto no art. XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao defender que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis” (UNESCO, 1998).

O direito à moradia apresenta uma dupla dimensão negativa e positiva. Na sua dimensão negativa, o Estado e os particulares tem o dever jurídico de respeitar e não violar o direito à moradia das pessoas. No dever de proteção do Estado, está inserida também a necessidade de edição de atos normativos destinados a salvaguardar o direito à moradia.

As prestações positivas correspondem ao caráter programático da norma, infelizmente, são de difícil execução e as condições precárias de moradia no Brasil exigem anos de dedicação para solução de todos os problemas. Enquanto isso, o Estado deve procurar garantir um “mínimo existencial” aos cidadãos para que não fiquem desamparados à espera da efetivação dos seus direitos fundamentais (COSTA; VENÂNCIO, 2016, p. 132).

Na legislação infraconstitucional temos um importante instrumento denominado Estatuto das Cidades, o qual se trata da Lei nº 10.257/2001

e que visa estabelecer a política de desenvolvimento urbano, embasada na gestão participativa da sociedade, com observância do atendimento da função social da propriedade que vem ao encontro do direito à moradia.

Efetivar o direito à moradia requer vultosos investimentos, principalmente devido à grande necessidade habitacional que o Brasil possui. Requer esforços conjuntos dos entes federados, visando minimizar os problemas habitacionais e impedir que outros venham a surgir, principalmente na seara social e ambiental, impedindo novas construções irregulares em áreas de risco e em APPs, sem esquecer que a realidade brasileira clama urgentemente pela solução dos inúmeros problemas relacionados à habitação irregular, os quais, além de colocarem em risco milhares de famílias, também não contribuem para a proteção ambiental necessária e exigida em lei.

3.1 POLÍTICA URBANA E EDIFICAÇÕES LOCALIZADAS EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO

Na maioria das cidades brasileiras existem inúmeras residências localizadas nas margens dos rios, inclusive dadas as características de ocupação, as pessoas procuravam firmar suas moradias próximos aos cursos de água, locais, como já se sabe, definidos como áreas de preservação permanente, sendo que inúmeras dessas residências foram construídas contando com alvará de edificação, ou tendo sido erguidas antes do ano de 1965, quando foi aprovada a Lei federal nº 4.771, que instituiu o Código Florestal e a metragem mínima a ser preservada nas margens dos rios, como áreas de preservação permanente (MARCHESAN, 2004).

Segundo o que dispõe Milaré (2015, p. 980) a questão das moradias às margens de rios e em áreas designadas como de preservação permanente deve ser observado sob dois aspectos, sendo um de viés econômico aduzindo que a problemática da habitação é mais social do que econômica

uma vez que está ligada aos estilos de vida, aos assentamentos humanos, aos processos demográficos, ou seja, processa-se a partir das necessidades humanas e outro vem da expressão políticas urbanas aduzindo que a Constituição Federal consagra o princípio do desenvolvimento sustentável.

O autor ainda menciona que o Brasil nunca teve uma política de desenvolvimento urbano, sendo somente na Constituição de 1988 que se apontou para uma política para as cidades, ao estabelecer ser competência da União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (art. 21, XX, da CRFB/88) e competência para os municípios promoverem, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, da CRFB/88), assim em que pese a existência da legislação anterior, foi somente com a Constituição de 1988 que o tema passou a ter relevância entre os operadores do direito.

Em matéria ambiental, a título de legislação federal aplicável ao perímetro urbano consolidado, tem-se que além do Código Florestal – Lei n. 12.651/12 é necessária a observância da Lei de Parcelamento do Solo Urbano – Lei n. 6.766/79, todavia, inúmeros são os municípios que não observam às limitações para construção em perímetro urbano, mesmo após a vigência da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, que em seu artigo 4º estabelece a necessidade de preservação de 15 (quinze) metros a ser respeitada e não edificada em cursos de água.

A Lei de Parcelamento do Solo Urbano é lei específica e deveria ser utilizada para proteção às margens dos rios no perímetro urbano, sendo então as APPs nestes locais de 15 (quinze) metros de área, do latim, *non aedificandi* e não mais a metragem estabelecida no Código Florestal (MIRANDA, 2008).

É cediço que desde a entrada em vigor do Código Florestal – Lei n. 12.651/12, os órgãos ambientais municipais não podem autorizar intervenção em APP urbana em área menor à estabelecida neste,

preponderando assim a análise em cada caso concreto, para se pautar uma decisão entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e como supracitado, estabelecer um equilíbrio entre o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à moradia.

4 COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Tanto o direito ao meio ambiente equilibrado como o direito à moradia estão previstas expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil, sendo que nenhum deles é absoluto e ilimitado, já que encontram seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Constituição (REIS, 2013, p. 305).

Estará configurada a colisão entre direitos fundamentais quando se identifica um conflito decorrente do exercício de direitos individuais por diferentes titulares, bem como, nos casos de conflito entre direitos individuais do titular e bens jurídicos da comunidade (AQUILINO, 2019, p. 18).

As colisões de direitos fundamentais devem ser analisadas como uma colisão de princípios, sendo que o processo para a solução de ambas as colisões é a ponderação. Para Alexy (2003, p. 131) "Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento". Tendo assim todos os princípios o mesmo valor, sendo que sua colisão deve ser analisada em cada caso concreto a máxima concretização de justiça.

A resolução da colisão entre regras fundamentais exige do operador muito mais do que critérios hermenêuticos clássicos da hierarquia, cronológico ou da especialidade, exige-se um exercício de ponderação para determinar qual direito fundamental deverá ser resguardado diante das peculiaridades do caso concreto.

Para Barroso (2013, p. 337-338) a técnica de ponderação entre direitos fundamentais desdobra-se em três etapas. Na primeira etapa, o intérprete deverá identificar no ordenamento jurídico as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Nessa fase os diversos direitos fundamentais também devem ser agrupados em função da solução que estejam sugerindo, formando assim conjuntos de argumentos que irão facilitar a comparação entre os elementos normativos relativos ao caso observado.

Continua o autor, mencionando que, em seguida proceder-se-á o exame das circunstâncias concretas do caso e a sua interação com os elementos normativos, observando as consequências práticas da incidência da norma.

Por fim, deve-se observar conjuntamente os dados coletados nas etapas anteriores, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos que compõe o caso concreto. Ato contínuo, o intérprete avaliará quão intensamente o grupo de normas da solução por ele indicada deve prevalecer sobre a outra e, conforme o caso, graduar a intensidade da solução escolhida.

No tocante às moradias localizadas em Áreas de Preservação Permanente, estas são constantemente questionadas em processos judiciais, onde a parte autora, geralmente o órgão ambiental, defende a prevalência da proteção ao meio ambiente em detrimento do direito à moradia (AQUILINO, 2019, p. 21).

O magistrado responsável por decidir esses processos não pode aplicar friamente o conteúdo da lei sem ter de consciência a respeito das consequências concretas da sua decisão, evitando dessa maneira a prolação de decisões que contrariem os objetivos fundamentais elencados no artigo 3º da Constituição (GUERRA, 2007, p. 18-19).

E neste aspecto para Barbosa (2011, p. 69) "O ser humano só pode viver de uma maneira sadia e com qualidade de vida se estiver em consonância

com um meio ambiente equilibrado, não poluído". Assim, se o meio ambiente não for capaz de garantir a sobrevivência da população, não há que se falar em efetivação da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, sem o direito à moradia, não há efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

E, especificamente no tocante ao conflito entre o direito à moradia e ao meio ambiente preservado, Barbosa (2011, p. 71) destaca que a "moradia possui relação direta com a dignidade da pessoa humana, assim também com a preservação do meio ambiente, os três princípios se completam mutuamente e se um deles falhar a justiça não será possível", entretanto acentua a dificuldade de aliar tais princípios que acabam por ser deixados de lado em meio a interesses políticos, má distribuição de renda e uso dos recursos públicos, desrespeito a outras formas de vida, estando a dignidade afastada de atitudes e decisões perante o conflito moradia e proteção ambiental.

Segundo as lições de Rosa (2006, p. 50, grifo do autor) "Os princípios informadores do direito de propriedade, como visto, cedem quando em tensão com os *princípios de direito fundamental*".

Nesse mesmo sentido, Dani, Oliveira e Barros (2010, p. 464) diz que "O meio ambiente, por se tratar de um interesse difuso e coletivo deve limitar as faculdades de usar, gozar, fruir e dispor da propriedade pelo particular".

O direito ao meio ambiente equilibrado deverá pautar as decisões se sobrepondo ao direito à propriedade, pois este direito não se trata de direito absoluto, mas sim, restrito à observância da lei.

Conforme que preleciona Zanchet (2007, p. 199) se ao proprietário foi proibido o uso da faixa reservada às áreas de preservação permanente, por imposição legal, ele tem a obrigação de colaborar com a preservação e restauração da área, pois se está tratando da supremacia dos interesses coletivos sobre o interesse privado que é a função social da propriedade.

Por outro lado não se pode desconsiderar que nas cidades, até por questões de colonização, as áreas de preservação permanente já se encontram vastamente povoadas e adotar uma política restritiva, impondo a desocupação dos imóveis localizados em APPs ou a impossibilidade de alteração de suas estruturas diante da necessidade de reforma, deixando que viessem a ruir, estar-se-ia diante de outro problema, com inúmeros imóveis inaproveitáveis, causando insegurança jurídica, prejuízo aos proprietários, o que impediria a adequação do uso do espaço urbano, sempre necessário em razão do aumento populacional, levando milhares de pessoas a residir em outros locais outrora livres de ocupação, gerando novos impactos ambientais, os quais não seriam menores (MIRANDA, 2008).

Ainda, na tentativa de dirimir a celeuma que envolve esses dois direitos fundamentais, é importante fazer menção acerca dos projetos Lei nº 2510/2019 e 4472/2019 os quais buscam alterar a redação da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, para dispor sobre as áreas de proteção permanente no perímetro urbano e nas regiões metropolitanas.

O primeiro projeto Lei (2510/2019) tem por intuito estabelecer que em áreas urbanas, as faixas marginais de qualquer curso d'água natural que delimitem a faixa de passagem de inundação deverão ter sua largura determinada pelos respectivos planos diretores e leis municipais de uso do solo, ouvidos os conselhos estaduais e municipais de meio ambiente, inserindo tal posição em novos parágrafos no art. 4 da Lei nº 12.651.

Por sua vez o segundo projeto Lei (4472/2019) busca estabelecer um limite fixo de 10 metros, para os cursos d'água nas áreas urbanas consolidadas nos municípios, nas regiões metropolitanas e nas aglomerações urbanas, inserindo tal posição em uma nova alínea no inciso primeiro do art. 4 da Lei nº 12.651.

Ambos os projetos encontram-se dependentes de aprovação dada à peculiaridade em aprova-los quando se examina as consequências de cada caso concreto.

4.1 ANÁLISE DE ALGUMAS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DAS DELIMITAÇÕES PARA EDIFICAÇÃO EM PERÍMETRO URBANO

Frente ao conflito apontado e a ausência de legislação conclusiva, frequentemente o debate acerca da possibilidade de se construir em área de preservação permanente é levado à justiça e para viabilizar a análise dos recentes julgados dos Tribunais Pátrios acerca do caso, inicialmente apresentar-se-á o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para depois analisar as conclusões do Superior Tribunal de Justiça.

Segundo entendimento consolidado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em área urbana não se aplicam as distâncias mínimas definidas pelo Código Florestal entre construções e margens de rios, córregos e canais, mas sim aquelas definidas pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano⁶, isso porque o Tribunal tem decidido que em regiões que apresentam estágio de urbanização em amplo desenvolvimento, não se mostra necessário adotar os rigores de preservação previstos naquele Estatuto⁷.

Nas palavras do Desembargador Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 8000417-75.2017.8.24.0000 Ricardo Fontes, o

Código Florestal configura norma geral de proteção da vegetação, enquanto a Lei de Parcelamento do Solo corresponde a legislação específica sobre fracionamento de superfícies urbanas. A existência de uma não exclui a da outra; afinal, uma trata de regras de aplicação geral; outra, especial⁸.

⁶ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.081364-2, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 22 nov. 2011.

⁷ TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.024579-3, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03 fev. 2015.

⁸ TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000417-75.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Ricardo Fontes, Órgão Especial, j. 17 jul. 2019.

Desta forma, os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina apontam no sentido de que o “Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) não retirou o caráter especial da citada lei de parcelamento do solo, em razão desta tratar de norma aplicável às áreas urbanas. Portanto, é norma específica diversa daquela, que estabelece disposições gerais. É o que se exprime do art. 2º, § 2º, da Lei n. 4.657/42”⁹, sendo perfeitamente possível, conforme o que dispõe o julgado, a coexistência tanto do Código Florestal como a Lei do Parcelamento do Solo Urbano, às áreas urbanas – lei especial prevalece sobre geral.

O relator Desembargador Pedro Manoel Abreu no julgamento do Reexame Necessário n. 2014.083336-1 defendeu que

[...] consoante as últimas decisões Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tem prevalecido o entendimento segundo o qual em áreas urbanas consolidadas deve ser observado o recuo exigido pela lei de parcelamento de solo urbano e não a estabelecida pelo Código Florestal, este de observação obrigatória em área rural¹⁰.

Nota-se que o principal argumento dos Nobres julgadores ao entenderem por aplicar às áreas de APP já urbanizada a lei de parcelamento do solo é no sentido de que às regiões territoriais urbanas já consolidadas, caracteriza-se inviável urbanisticamente – e até economicamente – readequar todo um Município às normas ambientais recentes e mais restritivas, incluindo-se aí estradas e calçadas municipais, as quais, à época em que implementadas, respeitavam a legislação em vigor¹¹.

Ainda os desembargadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, invocam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para deferir a aplicação da Lei de Parcelamento do Solo às construções localizadas

⁹ TJSC, Agravo de Instrumento n. 0139094-95.2015.8.24.0000, de Concórdia, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 25 abr. 2017.

¹⁰ TJSC, Reexame Necessário n. 2014.083336-1, de Itajaí, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 15 set. 2015.

¹¹ TJSC, Agravo de Instrumento n. 0139094-95.2015.8.24.0000, de Concórdia, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 25 abr. 2017.

em áreas de urbanização consolidada, aduzindo que a edificação, além de preservar razoavelmente o meio ambiente, deve ser adequada a uma boa ordenação da cidade e cumpra a função social da propriedade sob o pálio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da cautela, em atenção a cada caso concreto¹².

No Superior Tribunal de Justiça o assunto foi objeto de afetação por conta dos recursos representativo da controvérsia REsp n. 1.770.753, REsp n. 1.770.760/SC, REsp n. 1.770.808/SC e REsp n. 1.770.967/SC enviados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina e com a seguinte questão submetida a julgamento

Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012 (equivalente ao art. 2, alínea 'a', da revogada Lei n. 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, ou ao recuo de 15 (quinze) metros determinado no art. 4, caput, III, da Lei n. 6.766/1979 (STJ, 2018).

Referido assunto foi cadastrado como Tema 1010 daquele Tribunal e no dia 30 de abril de 2019 o Ministro Relator Benedito Gonçalves determinou a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

Assim, em que pese o Tribunal entenda de forma firme e concisa pela aplicação da lei de parcelamento do solo em detrimento do código florestal nas áreas de APP em que haja urbanização consolidada, o referido assunto ainda se encontra pendente de julgamento para ser ter uma posição aplicável a todos os casos no Brasil.

¹² TJSC, Agravo de Instrumento n. 2014.024579-3, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03 fev. 2015.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ambiental é um direito fundamental da pessoa humana, tendo sua importância consolidada no caput do art. 225 da Constituição Federal, 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, mas é cediço que o direito ambiental não é apenas ligado a preservação ambiental, é também instrumento de desenvolvimento econômico e social.

Em matéria ambiental encontram-se as denominadas Áreas de Preservação Permanente, dispostas no art. 3, II, da Lei nº 12.651/12, sendo que estas áreas necessitam de igual proteção, visto que são fundamentais para a garantia do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao que se refere à competência legislativa em matéria ambiental tem-se que, cada ente federado pode exercer sua competência, desde que dentro dos limites traçados pela Constituição Federal de 1988, baseando-se no princípio da predominância do interesse público, que são fundamentadas no interesse da geral de toda a população e no interesse específico de cada localidade.

Ainda, ao que se refere a competência legislativa municipal, compreende-se que o município poderá legislar em matéria ambiental, entretanto não poderá editar normas que contrariam ou que suprimam direitos expressos na legislação estadual e federal.

E nesse sentido, o estudo avaliou as delimitações para edificação nas Áreas de Preservação Permanente em perímetro urbano, restritivamente em margens de cursos hídricos, os quais vêm sendo alvo de irregularidades desde o início da colonização brasileira.

O art. 4º, da Lei nº 12.651/12, estabelece os limites que devem ser aplicados para as Áreas de Preservação Permanente em perímetro urbano,

para que haja efetiva proteção, sendo que só seria possível sua alteração ou supressão por meio de autorização legislativa.

Entretanto, o art. 8º da mesma disposição legal também prevê algumas hipóteses em que poderia ser desconsiderada a proteção dada às APPs, desde que a utilização se dê em casos esporádicos autorizados legalmente e não afetem à proteção de que são carecedoras essas áreas.

Além do direito ambiental, o direito à moradia e habitação adequada deve ser tratado como competência comum entre os entes da federação, e, nesse sentido, há claramente um conflito de normas constitucionais, pois se sabe que vivenciamos uma necessidade habitacional, tendo diversas edificações em áreas de APP já constituídas, e outras se constituindo sem sua devida legalização.

Para suprimento da colisão das normas constitucionais existente entre direito fundamental da moradia e o direito ao meio ambiente equilibrado, deve-se levar em consideração que ambos estão previstos expressamente na Constituição Federal de 1988, mas que nenhum deles é absoluto e ilimitado.

Assim, a resolução da colisão entre regras fundamentais exige-se um exercício de ponderação para determinar qual direito fundamental deverá ser resguardado diante das peculiaridades do caso concreto e não apenas aplicar friamente o conteúdo da lei sem ter a consciência a respeito das consequências concretas da sua decisão.

Atualmente, em que pese diversas tentativas de consolidar um entendimento sobre o caso foram elaboradas, a exemplo dos Projetos de Leis 2510/2019 e 4472/2019 em tramitação na Câmara de Deputados, a legislação ainda não conseguiu fazer esta ponderação, cabendo ao judiciário decidir em cada caso concreto, sendo que o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é de que em áreas urbanas já consolidadas não se aplicam as distâncias mínimas definidas pelo Código Florestal entre

construções e margens de rios, córregos e canais, mas sim aquelas definidas pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano.

Como é possível observar dos Projetos Legislativos citados acima, o caso ainda envolve bastante discussão, uma vez que no Projeto Legislativo 2510/2019 a intenção do legislador é conferir maior autonomia aos municípios para decidirem acerca da extensão territorial a ser preservada como APP, já o Projeto de Lei 4472/2019 estabelece uma extensão territorial fixa para todo o Brasil, demonstrando que o assunto nem de longe esta pacificado.

Por outro lado, conforme abordado no item específico o tema foi objeto de afetação pelo STJ e cadastrado como Tema 1010, por conta dos recursos representativo da controvérsia REsp n. 1.770.753, REsp n. 1.770.760/SC, REsp n. 1.770.808/SC e REsp n. 1.770.967/SC, a ultima movimentação do processo foi para determinar a suspensão de todas as demais ações que versem sobre o assunto até o julgamento do Tema pelo STJ.

Com o julgamento do referido Tema pelo STJ espera-se que a incongruência sobre o assunto e o conflito de leis seja sanada, contudo até o julgamento os processos referentes ao assunto permanecerão sobrestados e as pessoas pendentes de resolver seus conflitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Trad. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade.

Ratio Juris. v. 16, n. 2, jun. 2003.

AQUILINO, V. S. de. **Harmonização entre os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:** moradias localizadas em áreas de preservação permanente. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b7d0a9cffffaafd1>. Acesso em: 14 nov. 2019.

ARAÚJO, S. M. V. G. de; GANEM, R. S. A nova lei florestal e a questão urbana. In: SILVA, A. P. M. da; MARQUES, H. R.; SAMBUICHI, R. H. R. (org.). **Mudanças no código florestal brasileiro: desafios para a implementação da nova lei.** Rio de Janeiro: Ipea, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9224/1/A%20Nova%20lei.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

ARIMATÉA, J. R. **O direito de propriedade: limitações e restrições públicas.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2003.

BARBOSA, M. S. Breves notas sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana frente o conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre: Magister, v. 33, p. 62-73, dez./ jan. 2011.

BARROSO, L. R. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Processual civil. Ação civil pública. Ocupação e edificação em área de preservação permanente. Casas de veraneio ("ranchos"). Leis 4.771/65 (código florestal de 1965), 6.766/79 (lei do parcelamento do solo urbano) e 6.938/81 (lei da política nacional do meio ambiente). Desmembramento e loteamento irregular. Vegetação ciliar ou ripária. Corredores ecológicos. Rio Ivinhema. Licenciamento ambiental. Nulidade da autorização ou licença ambiental. Silêncio administrativo. Inexistência, no direito brasileiro, de autorização ou licença ambiental tácita. Princípio da legitimidade do ato administrativo. Suspensão de ofício de licença e de termo de ajustamento de conduta. Violação do art. 535 do CPC. Precedentes do STJ. Recurso Especial 1245149/MS. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, proc. N. 2011/0038371-9. Julgado em 09/10/2012. **Diário de Justiça**. Brasília, DF, 13 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator Ministro Celso de Mello. Proc. n. ARE 748206 AgR/SC. Decisão em 14 mar. 2017. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 08 maio 2017.

COSTA, B. S.; VENÂNCIO, S. R. A função social da cidade e o direito à moradia digna como pressupostos do desenvolvimento urbano sustentável. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 6, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3481>. Acesso em: 12 out. 2019.

DANI, F. A.; OLIVEIRA, Á. B. de; BARROS, D. S. As reversas legais e áreas de preservação permanente como limitadoras do direito de propriedade e sua destinação econômica. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba: Champagnat, 2010, v. 2, n. 2, p. 459-487, jul./dez. 2011.

FARIAS, T. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo, SP: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GRAF, A. C. B. A tutela dos estados sobre as águas. In: FREITAS, V. P. de (org.). **Águas aspectos jurídicos e ambientais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

GUERRA, S. C. S. **Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2007.

HONORIO, J C. *et al.* Áreas de preservação permanente em zona urbana: a ponderação entre os princípios do direito à propriedade e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Juris.com**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24670/areas-de-preservacao-permanente-em-zona-urbana-a-ponderacao-entre-os-principios-do-direito-a-propriedade-e-do-direito-ao-meio-ambiente-ecologicamente-equilibrado>. Acesso em: 26 out. 2019.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. São Paulo, Malheiros, 2016.

MARCHESAN, A. M. M. "Áreas de Degradação Permanente". Escassez e riscos. **Revista de Direito Ambiental**. ano 9, n.35, p. 190-217, jul./ set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, A. H. M. APP em área urbana consolidada. Boletim propriedade e sua destinação econômica. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba: Champagnat, v. 2, n. 2, p. 459-487, jul./dez. 2008.

PRESTES, V. B. Municípios e meio ambiente: a necessidade de uma gestão urbano-ambiental. *In*: PRESTES, V. B. (org.). **Temas de direito urbano ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

REIS, J. E. de A. **Veredas do direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável**. 20. ed. 10 vol. São Paulo: 2013.

ROSA, A. M. da. Princípios ambientais, direitos fundamentais, propriedade e abuso de direito: por uma leitura a partir do garantismo jurídico (Ferrajoli). *In*: FREITAS, V. P. de (coord.). **Direito ambiental em evolução 3**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

SARLET, I. W.; MACHADO, P. A. L.; FENSTERSEIFER, T. **Constituição e legislação ambiental comentadas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, J. A. da. **Comentário contextual à constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 1770760/SC, REsp 1770808/SC e REsp 1770967/SC. Ministro Benedito Gonçalves. J. 7 maio 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Agravo de Instrumento n. 0139094-95.2015.8.24.0000**, de Concórdia, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 25 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Agravo de Instrumento n. 2010.081364-2**, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 22 nov. 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Agravo de Instrumento n. 2011.029114-8**, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19 jun. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Agravo de Instrumento n. 2014.024579-3**, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03 fev. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Apelação Cível n. 0306303-24.2015.8.24.0054**, de Rio do Sul, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 22 maio 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Apelação / Reexame Necessário n. 0307111-58.2017.8.24.0054**, de Rio do Sul, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 12 jun. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Direta de Inconstitucionalidade n. 8000417-75.2017.8.24.0000**, da Capital, rel. Des. Ricardo Fontes, Órgão Especial, j. 17 jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Reexame Necessário n. 0306531-62.2016.8.24.0054**, de Rio do Sul, rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 24 maio 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). **Reexame Necessário n. 2014.083336-1**, de Itajaí, rel. Des. Pedro Manoel breu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 15 set. 2015.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 14 set. 2019.

ZANCHET, R. Áreas de preservação permanente: um desabafo quanto a sua abrangência, sua resistência junto ao meio urbano e um estudo de caso envolvendo o parcelamento do solo para instalação de loteamento. **Revista de Direito Ambiental**. ano 12, n. 48, p. 192-224, out./ dez. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

DO ESTADO LEGAL-BUROCRÁTICO DE MAX WEBER À BANALIDADE DO MAL DE HANNAH ARENDT

Renan Peruzzolo¹
Márcio Giusti Trevisol²

RESUMO

O presente artigo analisa os conceitos de Estado Legal-burocrático e de Banalidade do Mal, bem como seus fundamentos, com o fim de discutir como o Estado Legal-burocrático pode tornar-se a configuração da barbárie e do desrespeito aos direitos humanos por meio da Banalização do Mal. Trata-se de um trabalho exploratório e qualitativo com método hermenêutico. O universo da pesquisa são as obras "Economia e Sociedade" (2015) de Max Weber, "As Origens do Totalitarismo" (2012) e "Eichmann em Jerusalém" (1999) de Hannah Arendt, mas outros livros e artigos também foram utilizados para sua estruturação. Dessa forma, entende-se devida tal investigação a fim de refletir-se sobre como a afronta aos direitos humanos, por meio do próprio Estado, pode ser construída progressivamente, conforme a administração burocrática se desenvolve e se especializa, de forma que, sob o amparo legal, os agentes estatais utilizam-se de mecanismos para furtar o cidadão de seus direitos, desde pequenos atos cotidianos até a instituição do Estado Totalitário, configurado na própria Banalidade do Mal, onde o próprio Estado, detentor do monopólio do poder legítimo, exerce coerção sobre seus cidadãos justificando-se sob diversos pretextos que se adequam à legislação com o fim de naturalizar a violência e estabelecer a impunidade estatal.

Palavras-chave: Estado legal-burocrático. Banalidade do mal. Direitos humanos.

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; peruzzolo.renan@gmail.com.

² Doutorando em Educação (UPF). Mestre em Ética e Filosofia Política (UFSC) e professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Líder do Grupo de Pesquisa, Mídia, Comunicação e Sociedade; marcio.trevisol@unoesc.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O modelo de administração do Estado Moderno cunhado na burocracia, consolidou-se ao longo do desenvolvimento das sociedades justamente porque apresenta não somente as regras de procedimento para toda e qualquer atividade, mas também porque conecta todos os indivíduos que pertencem ao sistema, gerando segurança por meio da conservação do *status quo*.

No entanto, em várias circunstâncias a burocratização e o aparelhamento do Estado serviram para consolidar regimes de governos autoritários e totalitários. Neste sentido, a problemática caracteriza-se pelo esforço de perceber e explicar como estruturas de Estados aparentemente sólidas do ponto de vista da democracia, podem sucumbir com governos autoritários dando origem a estruturas de poder (legalmente) que afrontam aos direitos humanos, em outras palavras, como no núcleo do Estado Democrático de Direito poderia surgir uma estrutura de poder contrário a sua própria forma natureza.

A problemática será trabalhada a partir de Weber com o conceito de Estado Legal-Burocrático e com a abordagem da Banalidade do Mal de Arendt. O enfoque principal é perceber, por meio dos autores, como o Estado Moderno administrativamente organizado em instituições pode tornar a barbárie e a violência como uma condição natural. Para responder a este objetivo, a pesquisa é caracterizada por um estudo exploratório e qualitativo. O método de pesquisa é o hermenêutico. De acordo com Paviani (2013), a hermenêutica possui três princípios básicos, a saber; a inseparabilidade do sujeito e do objeto, a circularidade entre o todo e o particular e a pré-compreensão como ponto de partida do conhecimento. O universo da pesquisa são as obras Economia e Sociedade (2015) e Eichmann em Jerusalém (1999).

Como título de organização, o artigo é dividido em três partes, a saber: a) na primeira parte é desenvolvido o conceito de Estado Legal-Burocrático de Weber, apontando, suas contribuições para entender a formação do Estado Moderno; b) na segunda parte, são tratados os aspectos relativos ao Estado Totalitário e a banalização do mal institucionalizada a partir do julgamento de Adolf Eichmann tratado na obra Eichmann em Jerusalém (1999); na terceira parte, a relação entre o conceito de Estado Legal-Burocrático com a banalidade do mal são tratados para explicar como o Estado administrativamente organizado pode sucumbir para a adoção de medidas que afrontam os direitos humanos ao instituírem legalmente mecanismos de perseguição, de violência e cerceamento da liberdade.

Portanto, observa-se que há vários fatores que permitem, durante o desenvolvimento da administração burocrática e, por conseguinte, da especialização da prestação estatal, o progresso concomitante de um Estado primado na conservação do *status quo* pelo poder, que acarreta à banalização do mal ao passo que deixa de subsidiar as necessidade do cidadão, até o ponto em que o mesmo passa a ser entendido como óbice aos objetivos do Estado, que precisa ser barrado ao acesso à efetivação dos seus próprios direitos, sem, contudo, evidenciar tais medidas, utilizando-se assim da burocracia como meio hábil para tanto.

2 O ESTADO LEGAL-BUROCRÁTICO E A AÇÃO SOCIAL RACIONAL COMO FINS

Max Weber (1864-1920) trabalha com a teoria da sociologia compreensiva, a qual entende a sociologia como “uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos” (WEBER, 2015, p. 3).

Em sua perspectiva de sociologia compreensiva, são conceitos centrais o de Tipo-ideal e o de Ação Social. No primeiro há a ideia de construção de tipos puros de ações, isto é, conceitos elaborados de forma

técnica a partir da compreensão e dissecação da realidade (RAMOS, 2006, p. 269). O segundo representa como os membros da sociedade legitimam sua ação com vistas aos fins. Para Weber, a ação social “[...] (incluindo omissão ou tolerância) orienta-se pelo comportamento de outros, seja este passado, presente ou esperado como futuro” (WEBER, 2015, p. 13).

Nesse sentido, assevera o autor que a ação social pode ser determinada (a) de modo racional referente (1) a fins ou (2) a valores; (b) de modo afetivo; e (c) de modo tradicional, mas que é difícil, no caso concreto, que determinada ação social seja orientada apenas por um desses motivos, pois normalmente não há como separá-los, considerando o caráter sistêmico de uma situação (WEBER, 2015, p. 15), sendo que por motivo entende-se “uma conexão de sentido que, para o próprio agente ou para o observador, constitui a ‘razão’ de um comportamento quanto ao seu sentido” (WEBER, 2015, p. 8), ou seja, o significado particular ou social que determinado comportamento possui.

No entanto, a “compreensão significa em todos esses casos: apreensão interpretativa do sentido ou da conexão de sentido” (WEBER, 2015, p. 6), dessa forma, a interpretação efetiva somente pode ser visada quando um indivíduo é analisado, pois é possível trabalhar especificamente com os motivos deste, o que diminui muito as possibilidades de abrangência; pode ser visada em média e aproximadamente no caso de massa, pois a massa, querendo ou não, possui certos valores como coletividade; ou pode ser construído cientificamente como ideal-típico de um fenômeno frequente (WEBER, 2015, p. 6).

Dessa forma,

[...] a sociologia constrói [...] conceitos de tipo e procura regras gerais dos acontecimentos. [...] Como em toda ciência generalizadora, seus conceitos, devido a peculiaridade de suas abstrações, têm de ser relativamente vazios quanto ao conteúdo, diante da histórica realidade concreta (WEBER, 2015, p. 12).

Importante lembrar que essas conceituações de motivos para cada ação social provêm da análise do desenvolvimento histórico denominado por "desencantamento do mundo", o qual diz respeito às transformações sociais e suas formas de entendimento, de participação, de aplicação de valores, de estrutura etc., quando, segundo o autor, havia relações comunitárias e passou-se a viver de forma associativa, onde a ciência torna-se figura principal. Nas palavras do autor: "A ciência está desde o princípio voltada para o projeto de desencantamento do mundo, de supressão radical de todo e qualquer espaço para o que não pode ser racionalmente calculado e estabelecido" (WEBER, 2015, p. 10), isto é, a humanidade caminha objetivando a segurança e a extinção de qualquer imprevisibilidade ou acaso, desenvolvendo conceitos, métodos e análises que permitem não só compreender o que e como foi o passado, bem como o que o presente representa e como funciona, e com isso, construir e estabelecer o futuro e como enfrentar suas adversidades.

2.1 DA LEGITIMIDADE

Nesse contexto, na sociedade moderna

[...] toda ação, especialmente a ação social e, por sua vez, particularmente a relação social podem ser orientadas, pelo lado dos participantes, pela representação da existência de uma ordem legítima. A probabilidade de que isto ocorra de fato chamamos de 'vigência' da ordem em questão (WEBER, 2015, p. 19).

A "vigência" de que fala Weber é "algo mais que a mera regularidade, condicionada pelo costume ou pela situação de interesses, do decorrer de uma ação social", ou seja, trata-se "de uma ordem [...], como mandamentos, cuja violação não apenas seria prejudicial, mas – normalmente – também é abominada de maneira racional referente a valores, por seu 'sentimento de dever'" (WEBER, 2015, p. 19). Especificamente nas associações políticas

modernas, como o Estado, há por parte dos participantes a crença no caráter sagrado pelo que for em conformidade à lei (WEBER, 2015 p. 157). Assim, também, a “ordem” representa o conteúdo do sentido de determinada relação social, a qual será legítima se houver reconhecimento.

Para Weber (2015, p. 20) “A legitimidade de uma ordem pode estar garantida unicamente: I. Pela atitude interna, e neste caso: 1. De modo afetivo [...]; 2. De modo racional referente a valores [...]; 3. De modo religioso [...]”. Mas “II. Também (ou somente) pelas expectativas de determinadas consequências externas, portanto: pela situação de interesses, mas: por expectativas de determinado gênero” (WEBER, 2015, p. 21). Sendo assim, essa ordem pode ser denominada a) Convenção, quando há respeito pelo que foi acordado em determinado grupo, ou “b) Direito, quando está garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação” (WEBER, 2015, p. 21).

Nesse mesmo sentido, a “vigência legítima pode ser atribuída a uma ordem, pelos agentes” em virtude a) da tradição; b) de uma crença, que pode ser afetiva ou racional atinente a valores; c) de um “estatuto em cuja legalidade se acredita” (WEBER, 2015, p. 22). Em outras palavras, a legitimação da dominação legal possui a base na crença da justiça que a lei representa (CHIAVENATO, 2003, p. 261).

Ainda, tal legalidade pode ser considerada legítima em virtude a) do acordo entre os interessados ou “b) da imposição (baseada na dominação julgada legítima de homens sobre homens), e da submissão correspondente” (WEBER, 2015, p. 22). Inclusive, como alude o autor, a legalidade corresponde a forma de legitimidade mais utilizada nos tempos modernos.

A Relação Social, citada anteriormente, pode ser a) Comunitária, isto é, fundada no pertencimento dos participantes àquele grupo, ou b) Associativa, que é marcada pelo “ajuste de ou união de interesses racionalmente motivados com referência a valores ou a fins” (WEBER, 2015, p. 25).

Portando, percorrido o desenvolvimento histórico das modificações estruturais das sociedades, chegamos à denominada ordem administrativa, ou seja, aquela que regula a ação associativa e que corresponde à "associação administrativa", bem como, a ordem reguladora, responsável pela regulação das demais ações sociais e que orienta a associação reguladora.

Ainda, imprescindível definir alguns conceitos:

Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade.

Dominação é a probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis; disciplina é a probabilidade de encontrar obediência pronta, automática e esquemática a uma ordem, entre uma pluralidade indicável de pessoas, em virtude de atividades treinadas (WEBER, 2015, p. 33).

Assim, percebe-se que muitas dessas definições tornam-se regras de conduta para uns e representam capacidade de orientação e organização para outros, isto é, resumem-se na relação entre aquele que profere ordens e manifesta sua vontade e aquele que obedece e cumpre seus deveres.

2.2 DA DOMINAÇÃO BUROCRÁTICA

Baseada na racionalidade, a burocracia corresponde a uma forma de organização, com o objetivo de alcançar a máxima eficiência por meio do ajuste entre os meios e os fins (CHIAVENATO, 2003, p. 258).

Os pressupostos relevantes para o desenvolvimento da burocracia dizem respeito ao (1) estabelecimento de um sistema monetário, ou seja, a necessidade de haver meios de prover a renda para a sua manutenção, que no caso do Estado se dá principalmente pela tributação (WEBER, 1982, p. 243); (2) O crescimento em quantidade e qualidade de tarefas administrativas, devido à expansão e complexidade das sociedades, e (3) A presença da

técnica como fator preponderante para a almejada eficiência na execução de tais tarefas (CHIAVENATO, 2003, p. 262).

Para Weber (2015, p. 139) em toda relação autêntica de dominação pode ser encontrada (1) mínima vontade de obedecer e (2) interesse na obediência,

Mas toda dominação de uma pluralidade de pessoas requer normalmente (não invariavelmente) um *quadro* de pessoas (quadro administrativo) [...], isto é, a probabilidade (normalmente) confiável de que haja uma *ação* dirigida *especialmente* à execução de disposições gerais e ordens concretas, por parte de pessoas identificáveis com cuja obediência se pode contar (WEBER, 2015, p. 139).

Ou seja, antes de manifestar uma ordem é preciso saber a quem essa ordem é dirigida, e mais, a certeza de que aquele a quem é dirigida, irá cumpri-la sem hesitar.

Sobre obediência, Weber (2015, p. 140) diz que

[...] a ação de quem obedece ocorre substancialmente como se este tivesse feito do conteúdo da ordem e em nome dela a máxima de sua conduta, e isso *unicamente* em virtude da relação formal de obediência, sem tomar em consideração a opinião própria sobre o valor ou desvalor da ordem como tal.

Essa obediência pode estar vinculada (1) ao costume e/ou (2) de modo puramente afetivo e/ou (3) por interesses materiais e/ou (4) por motivos ideais (valores), sendo assim, conforme conclusão do autor, essa relação sempre é relativamente instável. Acrescida a qualquer relação com tais vinculações, encontra-se, normalmente, a crença na legitimidade (WEBER, 2015, p. 141).

Nesse contexto, "há três tipos puros de dominação legítima" (WEBER, 2015, p. 141) que podem ser primordialmente:

1. de caráter racional: baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que,

em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal), ou

2. **de caráter tradicional**: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional), ou, por fim,
3. de caráter *carismático*: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática) (WEBER, 2015, p. 141, grifo nosso).

Ainda, explica Weber (2015, p. 141) que “no caso da dominação baseada em estatutos, obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos *superiores* por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas”. Na situação do funcionário burocrático, seja na administração pública ou numa empresa privada, a admissão em um cargo está intrinsecamente ligada a lealdade e fidelidade a finalidades impessoais em troca de uma vida segura (WEBER, 1982, p. 232).

Essa dominação legal tem como base a vigência de determinadas ideias, que se convergem, quais sejam: 1. O direito pode ser deliberado por meio racional a fim de ser cumprido pelos membros e/ou pessoas que se submetem a tal poder de tal maneira que ações sociais sejam realizadas de acordo com a norma. 2. A essência do direito e da administração moderna (burocrática) são regras abstratas motivadas; que a aplicação das regras se faz por meio da judicatura aos casos concretos; e a administração é responsável pela racionalização de interesses. Nesse ponto, a administração burocrática difere-se do patrimonialismo ou da burocracia patrimonial, pois impossibilita a concessão de favores e privilégios individuais (WEBER, 1982, p. 231-232). 3. Aquele que ordena também obedece impessoalmente as normas que o orientam. Relacionado a esse tópico, aqueles que obedecem as ordens impessoais o fazem dentro de determinada competência. 4. Quem obedece o faz “ao direito” (WEBER, 2015, p. 142). Em outras palavras, aquele

que cumpre as ordens, deve obediência ao cargo a que representa quem emana a ordem, e não a pessoa que ocupa o cargo e/ou função.

A isso Weber (2015, p. 142) denomina de categorias fundamentais da dominação racional, que são (1) O exercício contínuo, vinculado a determinadas regras, de funções oficiais fixas, dentro de (2) determinada competência, que corresponde a (a) distribuição de serviços num âmbito rigorosamente limitado de forma objetiva com (b) atribuição de poderes e (c) limitação dos meios coercitivos. Pontua o autor que "a um exercício organizado desta forma denominamos '*autoridade institucional*'" (WEBER, 2015, p. 142) ou de "autoridade burocrática" (WEBER, 1982, p. 229).

Soma-se ainda a essas categorias (1) os princípios da *hierarquia oficial*, da separação absoluta entre quadro administrativo e os meios de administração e produção, e da documentação dos processos administrativos, (2) regras técnicas e normas, e (3) a não apropriação do cargo pelo detentor. Nesse ínterim, afirma-se necessária também a *qualificação profissional* para, como diz Weber (2015, p. 143) atingir-se a racionalidade plena.

Para Weber (2015, p. 144) "o tipo mais puro de dominação legal é aquele que se exerce por meio de um *quadro administrativo burocrático*", no qual, o conjunto é formado por *funcionários individuais*. Oliveira (1970, p. 47) afirma que a burocracia entendida por Weber, compreende esse quadro de funcionários possuidor da autoridade legal que, de forma organizada, está submetido a condutas muito específicas e determinadas e que, por isso, representam a própria natureza da administração moderna (WEBER, 1982, p. 231).

Esses funcionários são (1) pessoalmente livres, pois obedecem somente às obrigações objetivas de seu cargo e (2) sem apropriação do mesmo; (3) nomeados, mas (4) selecionados segundo (5) qualificação profissional, mediante prova ou título; (6) possuem competências funcionais fixas; (7) remunerados com salários fixos em dinheiro; (8) exercem seus cargos como profissão única ou principal; (9) têm expectativa de carreira; e,

por fim, (10) estão submetidos a um sistema rigoroso de disciplina e controle do serviço (WEBER, 2015, p. 144).

Importante destacar esses critérios de caráter pessoal dos funcionários, pois compreendem questão fundamental para a burocracia racional-legal como tipo-ideal pensada por Weber, distinguindo-se da burocracia-patrimonial, onde os funcionários são nomeados por critérios alheios às qualificações pessoais (OLIVEIRA, 1970, p. 51), pois, como afirma o próprio Weber (1997, p. 48) é da desqualificação profissional que provém a corrupção.

Observa Maliska (2006, p. 26), que esse tipo-ideal não é alcançado na realidade por fatores como, a inseparabilidade entre a administração pública e a política, as disputas entre partidos políticos por cargos públicos, costumes tradicionais moralmente reprováveis, bem como a incompetência e a má vontade.

Dessa forma, afirma o autor que "a administração puramente burocrática [...] é a forma mais racional de exercício de dominação, porque nela se alcança *tecnicamente* o máximo rendimento em virtude de precisão, continuidade, disciplina, rigor e confiabilidade" (WEBER, 2015, p. 145), pontua que "o desenvolvimento desta [administração burocrática] constitui, por exemplo, a célula germinativa do moderno Estado ocidental" (WEBER, 2015, p. 146), afirmando que encontra-se na burocracia do Estado moderno, de forma necessária e inevitável, o verdadeiro poder (WEBER, 1997, p. 39), inclusive, por conta da necessidade na administração de *massas* (WEBER, 2015, p. 145).

Do ponto de vista social, a dominação burocrática significa, em geral:

1. a tendência ao *nivelamento* no interesse da possibilidade de recrutamento universal a partir dos profissionalmente *mais qualificados*;
2. a tendência à *plutocratização* no interesse de um processo muito extenso de *qualificação* profissional [...];

3. a dominação da impessoalidade formalista: *sine ira et studio*, sem ódio e paixão, e, portanto, sem 'amor' e 'entusiasmo', sob a pressão de simples conceitos de dever, sem considerações pessoais, de modo formalmente igual para 'cada qual' [...] (WEBER, 2015, p. 147, grifo nosso).

No tipo-ideal de governo legal-burocrático, a estrutura minuciosamente definida não deixa brechas para arbitrariedades, informalidades, irracionalidades, pois todos os procedimentos já encontram-se prescritos, portanto, assertivamente caracterizado pela racionalidade, normatização, hierarquia, especialização e impessoalidade (OLIVEIRA, 1970, p. 50 e 54).

Em resumo, a burocracia de Weber se caracteriza pelo caráter legal das normas e regulamentos, a formalidade das comunicações, a divisão do trabalho por competência técnica e meritocracia contando com a profissionalização dos funcionários e a especialização da administração, a impessoalidade nas relações e hierarquia de autoridade, com rotinas e procedimentos padronizados, que geram uma completa previsibilidade do funcionamento (CHIAVENATO, 2003, p. 262).

No entanto, há uma necessária diferença na postura entre aquele que encontra-se superior hierarquicamente e aquele considerado funcionário burocrático, no tocante à responsabilidade, a qual determina requisitos distintos para ambos. Enquanto o "superior" deve fazer escolhas, agir com diretrizes racionais próprias e não ser assertivo e obediente a regulamentos e instruções, o funcionário deve, mesmo com a possibilidade e dever de objetar contra ordens que considerar não praticáveis, se houver insistência no cumprimento de tal ordem, é seu dever cumpri-la e sentir-se orgulhoso de tê-la feito, tendo consciência de que seu dever está acima de suas convicções pessoais. A isso denomina-se "ética profissional" (WEBER, 1997, p. 51).

Imprescindível destacar que, em outras palavras, o mecanismo burocrático faz com que as situações sejam "resolvidas objetivamente" por meio de *regras calculáveis*, o que, segundo Weber (2015, p. 213), corresponde ao "lema do 'mercado' e de toda perseguição de interesses puramente

econômicos, em geral". Aqui, cabe um parêntesis, no qual Weber (2013, p. 24) afirma que o capitalismo necessita da estrutura racional que o direito e a administração são capazes de apresentar, objetivando a calculabilidade, ou seja, a segurança por meio de formalidades que permitem garantias de funcionalidade e desempenho.

É possível afirmar que "toda dominação manifesta-se e funciona como administração" (WEBER, 2015, p. 193), pois é imprescindível que alguém detenha o poder de mando, o qual não precisa ser muito abrangente, podendo qualquer "servidor", considerado ora dominador, mas também dominado nas demais situações, sujeito detentor de poder (WEBER, 2015, p. 193). Fato esse, gerador daquilo que Weber (2015, p. 193) irá denominar de *administração diretamente democrática*, sob o fundamento de que "(1) se baseia no pressuposto da qualificação igual, em princípio, de todos para a direção dos assuntos comuns, e (2) porque minimiza a extensão do poder de mando" (WEBER, 2015, p. 193).

Atrela-se à impessoalidade o fato de que a dominação burocrática necessariamente está limitada por autoridades institucionais que, *por direito próprio*, existem ao lado da hierarquia burocrática, mesmo que esta já esteja sob a égide de regras estabelecidas (WEBER, 2015, p. 179).

Essas autoridades institucionais possuem

[...] (a) o direito de controle [...] da observação dos estatutos, (b) [...] o monopólio da criação de todos os estatutos ou dos decisivos para a extensão da liberdade de disposição dos funcionários [...] e, ainda, (c) [...] o monopólio da concessão dos meios necessários para a administração (WEBER, 2015, p. 179).

Imprescindível apontar que paralelo à administração burocrática e às autoridades institucionais, há a vigência de ordens jurídicas e econômicas. Essas ordens jurídicas, pelo ponto de vista jurídico, dizem respeito ao que idealmente se entende por direito, mas, ao ponto de vista sociológico, correspondem ao que de fato ocorre socialmente (WEBER, 2015, p. 209), ou

seja, por mais que a análise aqui restrinja-se ao Estado Legal-Burocrático e Weber discorra sobre a ordem jurídica sob a perspectiva do direito consuetudinário, destaca-se que

O fato de pessoas quaisquer se comportarem de determinada forma *porque* a consideram prescrita por normas jurídicas é, sem dúvida, um componente essencial da gênese real empírica, e também da perduração, de uma 'ordem jurídica'. Mas é claro que [...] isto não implica que *todos* ou sequer a maioria dos participantes naquelas ações se comportem assim por esse motivo. Ao contrário, isso nunca ocorre. Amplas camadas dos participantes comportam-se de acordo com a ordem jurídica ou porque o mundo circundante o aprova e desaprova o oposto, ou por habituarem-se inconscientemente às regularidades da vida que se tornaram costume, mas não por obediência sentida como dever jurídico (WEBER, 2015, p. 210).

No entanto, mesmo havendo a chamada administração democrática e ordem jurídica a ser respeitada, Weber é categórico em afirmar, por diversas vezes, que o objetivo principal da burocracia é a manutenção da dominação. Por isso, diz ele que há um grupo reduzido, qual seja, as autoridades institucionais, que possui a "vantagem do pequeno número – uma minoria [que] comanda e possui comunicação interna e rápida para elaborar e provocar ações sociais em prol da manutenção da dominação" (WEBER, 2015, p. 196).

Incorpora-se a essa situação, segundo Weber (2015, p. 196), a existência de "determinado círculo de pessoas, habituadas a obedecer às ordens de líderes e interessadas pessoalmente na conservação da dominação, por participarem desta e de suas vantagens", as quais também recebem poderes de mando e de coerção.

Por fim, mas não menos importante, Weber (1997, p. 50) preocupa-se acerca das consequências que a burocracia pode acarretar, como por exemplo, a perda da liberdade individual, senão assegurada pelos direitos humanos e, por conseguinte, a reflexão sobre garantias para a democracia

perante o crescente poder que a burocracia poderá exercer se não houver meios de controlá-la.

3 SOBRE AS ORIGENS DO TOTALITARISMO E A BANALIDADE DO MAL EM HANNAH ARENDT

Hannah Arendt (1906-1975), em “Origens do Totalitarismo”, analisa características dos governos totalitários do século XX, o Nazismo e o Comunismo – muitas vezes denominado como Bolchevismo – assim como sobre o antissemitismo e o imperialismo.

Diante de tal complexidade de análise, a autora alerta para compreensão da realidade dos fatos e da necessidade de resistência frente aos negacionismos, analogias e generalidades (ARENDR, 2012, p. 21), haja vista os discursos e meios pouco acreditados que foram capazes de ascenderem governos como o de Adolf Hitler.

Estende-se a essa situação, a questão da incapacidade, ou involuntariedade, de reflexão dos encarregados e, por sua vez, fácil aceitação às explicações doutrinárias do porquê assassinar judeus e fazer disso simples ordens a serem cumpridas, causando orgulho da eficiência de suas funções, quando “assemelhavam-se sinistramente aos instrumentos ‘inocentes’ de um ciclo inumano e impessoal de eventos” (ARENDR, 2012, p. 33).

Nesse sentido, é possível que “a perversidade humana, quando é aceita pela sociedade, transforma-se” (ARENDR, 2012, p. 128) e com isso não há mais deliberação nas ações, pois os crimes ganham a forma de fatalidades e, por isso, não é possível responsabilizar o(s) autor(es), até mesmo porque nesse contexto as pessoas encontram-se enredadas.

Durante o período do imperialismo Europeu, que vai até o início da Primeira Guerra Mundial, Arendt (2012, p. 189-190) escreve que foi o período em que a burguesia teve sua ascensão, ou melhor, sua emancipação política, ao lado do Estado-nação. Primeiramente, com o objetivo de dominação

econômica, a burguesia tentou se utilizar daquele como instrumento de violência, mas restou claro que o objetivo do Estado não convergia, naquele momento, com os objetivos da burguesia, pois o Estado tinha poder e estrutura limitados para as aspirações de expansão mundial de crescimento econômico, tornando pública a disputa pelo poder.

Contudo, com o tempo, a burguesia conseguiu impor, por meio da persuasão, o princípio expansionista da economia capitalista, convergindo no objetivo permanente e supremo da política imperialista, a expansão (ARENDR, 2012, p. 192).

Dessa forma, tornaram-se representantes nacionais a polícia e o exército, como agentes da força, para garantir a geração de riquezas nos países dominados, uma vez afastadas as leis econômicas e éticas (ARENDR, 2012, p. 204). Esses "administradores da violência" logo perceberam o controle e a força que o poder exercia, embora se soubesse que a "violência sempre foi a *ultima ratio* na ação política" (ARENDR, 2012, p. 205).

Com a burguesia ganhando espaço na política, começou-se a utilizar o direito em prol de sua conveniência e dos interesses privados, isto é, a relação entre o Estado e os comerciantes tornou-se norteada por princípios negociais (ARENDR, 2012, p. 207). Sendo assim, como assevera a autora, mencionando a leitura do Estado e da sociedade por Thomas Hobbes, essa relação acabou criando um "*Commonwelth*, cuja base e objetivo final é o acúmulo do poder" (ARENDR, 2012, p. 207), ou seja, o entendimento de que a coisa pública, o interesse público, e o interesse privado, individual, são a mesma coisa (ARENDR, 2012, p. 208), fazendo com que fosse possível perceber que "o poder organizado como finalidade em si geraria mais poder" (ARENDR, 2012, p. 213) e assim, com a visão de que a soma dos interesses privados de expansão resultavam no interesse da nação, sobretudo porque o discurso imperialista era de que os interesses da nação se sobrepujam a todos os interesses partidários (ARENDR, 2012, p. 225), surgiu o chamado imperialismo nacionalista, embora os conceitos sejam antagônicos.

Contudo, esse processo infundável de geração e acúmulo de poder é insustentável, bem como “torna todos necessariamente impotentes, privados de suas capacidades naturais e humanas. Degrada o indivíduo à condição de peça insignificante na máquina de acumular poder” (ARENDDT, 2012, p. 217). Depreende-se dessa constatação o surgimento da relação intrínseca e necessária entre o Estado Legal-burocrático e o sistema capitalista, pois quanto mais abstrato cada qual se apresenta, mais difícil torna-se visualizar as causas das dificuldades enfrentadas em relação a atuação do Estado e o equilíbrio do mercado financeiro.

Nesse sentido, foram criados pelo Estado-nação os serviços civis, executados por funcionários públicos, que personificavam essa ideia de servir ao país e não fazer parte de classes, partidos etc. (ARENDDT, 2012, p. 226). Contudo, numa época de divisão de interesses, esse grupo foi forçado a formar sua própria classe, pois como meros servidores sentiam-se afastados da política (ARENDDT, 2012, p. 226-227), acabando por servir interesses majoritários dos proprietários dominantes, isto é, corrompendo-se.

3.1 DOS ÁLIBIS DO GOVERNO BUROCRÁTICO

3.1.1 A(s) ideologia(s)

Para Arendt, a ideologia corresponde a pretensão de revelar as leis universais ocultas, detentora da chave da história, por conseguinte, entende que as duas ideologias que obtiveram êxito, tinham como pressupostos fundamentais a luta de classes e a luta entre raças (ARENDDT, 2012, p. 234).

Nesse sentido explica sobre a dificuldade na manutenção de tais ideologias, pois quando os ideólogos são colocados à frente de situações específicas, “são forçados a alterar e torcer suas opiniões, haja vista que não podem aparentar conflitos e inconsistências em suas afirmações”, isto é,

“seria absurdo exigir fidelidade daqueles que, por suas próprias convicções, são forçados a justificar qualquer situação” (ARENDDT, 2012, p. 253).

Como apontado anteriormente, uma das ideologias que vingaram durante a história diz respeito à luta entre raças, da mesma forma que, para Arendt (2012, p. 267), a raça correspondeu como princípio de organização política, e a burocracia, como princípio de dominação, como dois mecanismos durante a expansão no período imperialista, servindo a burocracia como substituto à distância física do governo.

Segundo a autora, a burocracia foi descoberta pelas camadas mais elevadas da *intelligentsia* europeia, por meio da qual o administrador passou a governar por relatórios e decretos sigilosos, e que teria surgido na tradição de disciplina militar sobre homens sem paixão nem lei (ARENDDT, 2012, p. 268), resultado da tentativa de dominação de povos estrangeiros por princípios administrativos. “Em outras palavras [...] a burocracia foi a consequência da tentativa de assumir uma responsabilidade que, na verdade, nenhum homem pode assumir por outro homem e nenhum povo por outro povo” (ARENDDT, 2012, p. 294-295).

Por conseguinte, a incumbência de preservar a dominação por meio da burocracia exigia, daqueles que eram encarregados de tal função, que encontrassem “uma interpretação que transformasse o acaso em ato consciente” (ARENDDT, 2012, p. 295). Dessa forma, Arendt (2012, p. 295) afirma que as lendas têm papel fundamental na execução dessa tarefa e na manutenção da dominação, porque “As explicações lendárias da história sempre serviram como tardias correções de fatos e eventos reais, necessárias precisamente porque a própria história iria responsabilizar o homem por atos que ele não havia cometido e por consequências que não tinha previsto”.

Assim, é possível perceber um alibi importante para o administrador. Embora parcial e aparentemente adstrito à legislação, é possível exercer a manipulação da opinião pública por meio de narrativas retóricas distorcendo

o caráter da lei, abrindo possibilidade para que o mesmo assuma as responsabilidades somente quando vantajoso. Isso é fácil de notar quando Arendt (2012, p. 297) afirma que “as lendas atraem a elite como as ideologias atraem os homens comuns, e como as descrições de ‘terríveis’ forças ocultas atraem a ralé e a escória”, ou seja, para cada grupo que possui um nível diferente de capacidade abstrativa, apresenta-se uma narrativa mais adequada.

Nesse condão, quando aqueles que se sentem identificados pelas narrativas demagógicas disseminadas não só pelos discursos, mas também pela propaganda, começam a se manifestar em forma de movimentos organizados, é possível afirmar que são capazes de dar a vida em prol do fanatismo por suas convicções (ARENDR, 2012, p. 435-436). No mesmo período da criação dos serviços público, percebe-se o desenvolvimento de um grupo, sem definição dentro das classes econômicas estabelecidas, que não pertencia a qualquer círculo, mas era composta por indivíduos insatisfeitos ou fracassados de todas as classes. Essa camada social se definiu pela irresponsabilidade e leviandade, pois supérflua em seus valores morais, marcada pela hipocrisia e comportamento de manada (ARENDR, 2012, p. 228-230), que fora denominada de ralé. Juntamente com as massas, que geralmente são compostas por uma maioria de pessoas neutras e indiferentes politicamente, têm papel importante para fortalecer o movimento ideológico paralelo ao governo que se apresenta burocrático, até porque decorrem dessas características a facilidade de aplicação dos métodos de coerção psicológica e persuasão, sem a complicação da oposição de contra argumentos às “verdades absolutas”.

Assim sendo, Arendt (2012, p. 439-440) é capaz de afirmar que (1) o êxito totalitário evidenciou que o povo não é participante ativo no governo e, de certa forma, coerente em suas convicções e que (2) o mesmo é tolerante com a indiferença e fica de segundo plano, quando, na verdade, deveria ser protagonista numa democracia, o que pode-se concluir é que as massas

são antidemocráticas e suscetíveis aos regimes totalitários. Arendt cita e revela façanhas sobre a “filosofia do burocrata” desenvolvida por Evelyn Baring Cromer, “Lorde Cromer, secretário do vice-rei e membro financeiro do governo pré-imperialista da Índia” (ARENDR, 2012, p. 300) que defendia (1) a influência informal do governo nos negócios públicos, pois mais fácil de ser alterada a qualquer momento; (2) o sigilo na forma de governar e o desprezo pela publicidade, pois seria preciso que o burocrata se sentisse salvo de controles; (3) descrevia a burocracia como um governo de peritos, uma minoria experiente, mas sem conhecimentos gerais sobre o sistema como todo, fazendo frente ao povo, uma maioria inexperiente, ao qual não se pode confiar assuntos específicos como política e negócios públicos. Assim, o burocrata deve sentir-se realizado apenas por manter o andamento do processo, obedecer às leis, torna-se ele próprio mera função como encarnação dessa dinâmica (ARENDR, 2012, p. 305). Ainda, o governo burocrático é reconhecido pela substituição da lei, pois essa criaria uma estabilidade na obediência de todos e assim ameaçaria o poder do próprio administrador, por decretos tratando situações parcialmente específicas, além de ser marcado pela constância de processos.

3.1.2 Os instrumentos legal-burocráticos

A narrativa demagógica apresenta-se pelo instrumento mais utilizado no governo burocrático: o decreto. Como afirma Arendt (2012, p. 340), a força num governo constitucional se daria apenas no cumprimento da lei, enquanto no governo burocrático ela se torna direta fonte da legislação. Além disso, na visão da autora, os decretos apresentam o alibi do anonimato “e, portanto, parecem emanar de algum supremo poder dominante que não precisa justificar-se” (ARENDR, 2012, p. 341).

Outros aspectos devem ser considerados na análise da importância do decreto como instrumento principal no governo burocrático, como escreve

Arendt (2012, p. 341-343). 1. A liberdade na redação, que não fica adstrita aos princípios que as leis devem seguir nem à limitação na necessidade de interpretação pelos executores. 2. O sentimento de superioridade do administrador que redige decretos perante os legisladores "emaranhados em sutilezas legais". 3. Tem como justificativa a sua aplicabilidade imediata e específica, existente e vigente enquanto passível de aplicação, diferentemente das leis que ficam isoladas e são utilizadas somente quando invocadas. 4. A constante emergência como justificativa para a utilização de decretos, fazendo com que aquele que edita o decreto aparente ser apenas um administrador acidental e incumbido na necessidade de fazê-lo. 5. Processo legislativo sem estágios e simplificado. 6. Facilita a administração centralizada de territórios extensos com populações heterogêneas. 7. Por fim, a impossibilidade de compreensão pelos administrados sobre o que diz respeito aos decretos devidos as escusas motivações que norteiam sua redação e seu fim e que mudam constantemente, o que leva a uma situação de arbitrariedades, em que autora chega a denominar de "governo da esperteza" (ARENDR, 2012, p. 341-342), afirmando que a ignorância sobre as circunstâncias e motivações é organizada, pois serve como meio dos administradores conservarem poder, atingindo seu nível mais evoluído na burocracia totalitária.

A burocracia totalitária, conhecendo melhor o significado do poder absoluto, interfere com igual brutalidade com o indivíduo e com a sua vida interior. Como resultado dessa radical eficiência, extinguiu-se a espontaneidade dos povos sob o domínio totalitário juntamente com as atividades sociais e políticas, de sorte que a simples esterilidade política, que existia nas burocracias mais antigas, foi seguida de esterilidade total sob o regime totalitário (ARENDR, 2012, p. 343).

Insta destaca que a burocracia como caráter central de um governo, é construída ao longo do tempo e passa por um processo de evolução, conforme vão se apercebendo que não só pode ser utilizada como

instrumento indispensável de administração, mas como instrumento de poder e de conservação do mesmo, até permear questões de ordens internas aos indivíduos, como no caso do regime totalitário.

Essa criação e utilização massiva de decretos e leis corresponde a uma situação em que logo pode-se perceber que não há de fato respeito pelos instrumentos e o que eles disciplinam, pelo simples fato de que comumente tratam matérias semelhantes, mas sob pretexto específico, de modo diverso, ou seja, não há um fim racional, como queira Weber no tipo-ideal, mas sim, traz à tona um estado de permanente ilegalidade, haja vista que pela perspectiva fictícia elaborada pelo Estado, o indivíduo sempre estaria à margem da norma (ARENDR, 2012, p. 529-533).

Depreende-se nesse mesmo sentido, a criação de muitos órgãos e departamentos, sobre os quais os cidadãos, quando necessitam, não sabem a quem recorrer e que acarretam outras consequências, como diz Arendt (2012, p. 547-548) tal situação traz a sensação de falta de responsabilidade e competência ao funcionário frente àquela situação que se apresenta para ele resolver, isso gera improdutividade e onerosidade, pois sempre há dependência de comando superior para sanar a questão sobre a qual departamento compete a incumbência.

3.2 SOBRE A BANALIZAÇÃO DO MAL

O caso mais emblemático sobre a discussão entre legalidade e responsabilidade (criminal) encontra-se no julgamento de Otto Adolf Eichmann (1906-1962) acusado de crimes (1) contra o povo judeu, (2) contra a humanidade e (3) por crimes de guerra, realizado na Casa Da Justiça de Jerusalém, com início em 11 de abril de 1961 e a execução do acusado, por enforcamento, em 31 de maio de 1962 (ARENDR, 1999, p. 32 e 271).

O acusado declarou-se inocente no sentido de todas as acusações, justificando, assim como a defesa o fez, com base no fato de que sob a

ordem legal vigente à época, tratava-se apenas do cumprimento do dever legal e, portanto, não fizera nada de errado. Inclusive, tais disposições se tratavam de atos de Estado e nenhum outro Estado tinha jurisdição para tratar tais atos como crimes (ARENDDT, 1999, p. 32).

Além disso, percebe-se uma sutil ordem de fatores progressivos ao holocausto. Primeiro teve-se a ideia de que os judeus teriam a permissão para sair do país, pois não eram mais considerados cidadãos; logo em seguida, foram desnaturalizados e posteriormente, após o “programa do partido”, o objetivo era a “emigração forçada”, função destinada a Eichmann, especialista nos assuntos judaicos, de logística e transporte; e, por fim, a “solução final”, isto é, o assassinato em massa nos campos de extermínio (ARENDDT, 1999, p. 55-57).

Salienta-se que Arendt (1999, p. 62) chama a atenção para o fato de que o acusado possui má memória, não é capaz de ter pensamentos e ideias próprias, nem mesmo se utiliza de argumentos melhores estruturados para alegar em sua defesa. Tudo o que profere são frases prontas e clichês, o que denota, uma deficiência no desenvolvimento criativo, autônomo.

Contudo, surpreende o fato de Eichmann, em certo momento do julgamento, ter afirmado que vivera toda sua vida sob a égide do imperativo categórico Kantiano e que, quando da execução da “solução final”, deixou de fazê-lo, adotando certa distorção de tal princípio ético, que poderia, agora, ser traduzido como: “aja como se o princípio de suas ações fosse o mesmo do legislador ou da legislação local”, ou então como afirmou Hans Frank, “aja de tal modo que o Führer, se souber de sua atitude, a aprove” (ARENDDT, 1999, p. 152-153).

Por diversas vezes, Eichmann se utiliza do fato de ter sido, assim como seus colegas, apenas engrenagem de um todo complexo que não poderia ser modificado e que por isso tentava dar o seu melhor por meio da obediência cega (cadavérica) e estar sempre sob a égide de ordens e diretivas, o que o mantinha entusiasmado na esperança de alcançar cargos de níveis superiores,

o que fez com que ele fosse moldando sua personalidade conforme ia alcançando seus objetivos (ARENDR, 1999, p. 70, 78-79 e 109).

No entanto, para ele, como fez-se a todos entender, tudo isso era tratado muito objetivamente em termos apenas de administração, assim como os campos de concentração foram tratados como aspectos econômicos, e isso o fazia sentir-se orgulhoso, pois era como a SS também tratava de tais assuntos (ARENDR, 1999, p. 83).

Faz-se importante a questão alegada pela defesa sobre os Atos de Estado, "que tem por base um poder soberano" e, por isso, não estão na alçada legal. A autora afirma que o Estado não se submete às mesmas leis que os cidadãos, porque pode ele (Estado) "se ver levado a cometer atos que são geralmente considerados crimes, a fim de garantir sua própria sobrevivência e a sobrevivência da legalidade", isto é, encontrar-se em situações de necessidade impostas pela *realpolitik*. Atribui-se essa explicação à teoria da *raison d'état* (ARENDR, 1999, p. 108 e 313-315), conquanto são consideradas exceção à regra em Estados civis-constitucionais, pois medidas extremadas.

Sendo assim, a natureza da burocracia pode ser entendida mais do que elemento transformador da política, mas também, em situações específicas e avançadas, como desumanizadora dos indivíduos que a constituem, como bem afirmou Hitler quando disse que se consideraria uma "desgraça" ser jurista na Alemanha, refletindo a "absoluta coerência de seu sonho de uma burocracia perfeita" (ARENDR, 1999, p. 313).

4 A BANALIZAÇÃO DO MAL PELO ESTADO LEGAL-BUROCRÁTICO

A burocracia resulta do desenvolvimento da segmentação de vários elementos que compõem a organização social, dirigidos por princípios universais e impessoais em que agentes exercem papéis especializados, isto é, metaforicamente, compõem diversas engrenagens de um todo interdependente e indissociável, resultando automaticamente num sistema

complexo que acaba por dificultar a garantia da efetivação de direitos (S. N. EISENSTADT *apud* CAMPOS, 1978, p. 81-82).

De acordo com Olivieri (2011, p. 1396), a burocracia compreende muito mais que apenas o quadro de pessoal que executam normas de procedimentos, mas sim, a base para o exercício do poder estatal e do governo democrático, havendo íntima relação com os políticos eleitos, pois, como bem aponta Bendix (*apud* CAMPOS, 1978, p. 12), embora a burocracia tenha amplos poderes, por si só, não possui capacidade de dirimir sua aplicação.

Dessa forma, o modelo democrático e a burocracia são interdependentes, pois o primeiro necessita do segundo para garantir as regras legais que o sustentam, contudo, em contrapartida, a burocracia pode tornar-se vilã da democracia, pois pode absorver também os atributos do governo, como os atos de decisão. Trata-se, portanto, não só de autoridade burocrática, mas eventualmente também de autoridade política (OLIVIERI, 2011, p. 1398 e 1400).

Embora a burocracia compunha seu poder sob a base das técnicas e do controle sobre a exclusividade das informações, o poder político utiliza-se da sua função primária para combater uma eventual assunção de todo o poder pela burocracia, de tal forma que essa situação corresponde ao cerne da problemática, como esclarece Olivieri (2011, p. 1402): “[...] na dominação legal [...]: como a autoridade é corporífica no domínio da lei, o sucesso na luta pelo poder se manifesta na influência sobre a promulgação das regras”.

Para tanto, por um lado, os burocratas transformam problemas políticos em questões administrativas, e de outro, políticos tentam exercer influência sobre os administradores institucionais (OLIVIERI, 2011, p. 1403).

Nesse contexto, Weber (2015, p. 228) foi capaz de prever que uma outra forma dos políticos assegurarem seu poder, seria contra-arrazoar a conclusão de determinado especialista, consultando outro especialista, concluindo por si próprio sobre a controvérsia posta.

Sendo assim, percebe-se que mecanismos legais como, a nomeação política a cargos de alto escalação da burocracia estatal, justificam-se pelo exposto, ou seja, servem de manipulação do controle para a conservação do poder (OLIVIERI, 2011, p. 1403-1404).

Na democracia, a ameaça da perda de supremacia pelo líder político para a burocracia é mais que uma ameaça à ordem pública, pois ela também coloca em risco a liberdade individual como valor e como fundamento da ação política (sem liberdade de escolha e de exercício do poder, os políticos não são responsáveis por suas ações) (OLIVIERI, 2011, p. 1407).

Com isso, a burocracia ameaça os direitos humanos quando tenta se ocupar de atribuições que não lhe competem, como as funções políticas, muito embora não apresente meios de responsabilizar-se para tanto. De outro norte, a exigência por políticos probos, que assumam suas responsabilidades, e a possibilidade do povo fiscalizar e sentir-se também responsável pela administração pública, traz legitimidade à dominação burocrática (OLIVIERI, 2011, p. 1404).

4.1 O MAL BANALIZADO DO BUROCRATA

Robert Merton (1963) analisa a relação entre a estrutura burocrática e a personalidade. Utilizando-se do conceito de “disfunções da burocracia”, alega o autor que “a estrutura burocrática exerce sobre o funcionário uma constante pressão para torná-lo ‘metódico, prudente, disciplinado’”, de tal forma que o indivíduo é moldado às funções do seu posto, fazendo com que “a submissão à norma, de início concebida como meio, transforme-se em um fim em si mesma” (MERTON *apud* CAMPOS, 1978, p. 112-113).

Nesse sentido, Weber (2015, p. 216) já havia apontado para o perigo de tal fenômeno, haja vista que, não obstante os fundamentos da burocracia sejam racionais, é preciso também que o sejam para o bom funcionamento do sistema, visando-o como fim, e não o mero exercício das normas de

procedimento *per se*, afirmando que “o decisivo para nós é que, em princípio, através de todo ato de uma autêntica administração burocrática encontra-se um sistema de ‘razões’ racionalmente discutíveis, isto é, a subsunção a normas ou a ponderação de fins e meios” (WEBER, 2015, p. 216).

No ponto ainda, imprescindível citar o autor em suas próprias palavras, observando atentamente aos resultados colaterais de uma burocracia plenamente desenvolvida:

A peculiaridade da cultura moderna, especialmente a de sua base técnico-econômica, exige precisamente esta ‘calculabilidade’ do resultado. A burocracia em seu desenvolvimento pleno encontra-se, também, num sentido específico, sob o princípio *sine ira ac studio*. Ela desenvolve sua peculiaridade específica, bem-vinda ao capitalismo, com tanto maior perfeição quanto mais se ‘desumaniza’, vale dizer, quanto mais perfeitamente consegue realizar aquela qualidade específica que é louvada como sua virtude: a eliminação do amor, do ódio e de todos os elementos sentimentais, puramente pessoais, e, de modo geral, irracionais, que se subtraem ao cálculo, na execução das tarefas oficiais. [...] a cultura moderna exige para o aparato externo em que se apoia o *especialista* não-envolvido pessoalmente e, por isso, rigorosamente ‘objetivo’, e isto tanto mais quanto mais ela se complica e especializa. E tudo isto a estrutura burocrática oferece numa combinação favorável. Sobretudo é só ela que costuma criar para a *jurisdição* o fundamento para a realização de um *direito* conceitualmente sistematizado e racional, na base de *leis*, [...] (WEBER, 2015, p. 213, grifo nosso).

Para Merton (*apud* CAMPOS, 1978, p. 113-114), essa inversão de valores finais em instrumentais, culmina no formalismo, tecnicismo e até mesmo no ritualismo, gerando extremas dificuldades no ajuste a cada caso concreto, isto é, na incapacidade de efetivar a prestação estatal, deixando o cidadão desamparado.

Dessa forma, observa-se que, quando o agente estatal prioriza as normas a quem deve seguir, sem a capacidade de refleti-las e ponderá-las aliado à insensibilidade de enxergar o cidadão não somente como uma senha, um número de protocolo, ou um nome em uma lista, mas como um ser

humano que possui suas necessidades, dificuldades, muitas vezes falta de instrução, a efetivação dos direitos fundamentais ficam em segundo plano.

Nessa toada, cumpre refletir sobre a abstração em que o Estado toma forma. Em outras palavras, como o agente estatal está sempre amparado pelas regras de funcionamento e procedimentos, num mínimo de especificidade que o caso em concreto apresentar, aquele que já está conformado com o sistema e, por conseguinte, incapaz de proceder de outra forma que não a regra estrita, deixará o cidadão à própria sorte, justificando-se que não se trata de tal departamento, tal órgão, competência federativa, entre outras.

Dessa forma, entende-se que a burocracia não só encaminha seu quadro de pessoal a desenvolver suas funções objetivamente, dentro de padrões minuciosamente calculados, mas também, em decorrência desses fatores, permite que o Estado reforce seu caráter abstrato, o que dificulta a responsabilidade, ou ao menos o seu sentimento, àqueles que o representam como estrutura institucional, gerando, inclusive, uma ficta dicotomia entre os que servem (funcionários, servidores) e o que são servidos (cidadão, povo), afastando o caráter democrático e o exercício da cidadania.

Em casos mais extremos, como no de Eichmann, poder-se-á imaginar que o funcionário estatal poderia eximir-se de cumprir suas funções e/ou ordens superiores com a justificativa de que eram manifestamente ilegais e/ou que suscitariam imediatamente repulsa a qualquer pessoa. No entanto, alerta Arendt (1999, p. 315-316) que deve-se compreender, primeiramente, que é a exceção que se relaciona com o conceito de criminalidade e, portanto, a regra instituída, ou seja, o entendimento dominante, não pode ensejar punição. Dessa forma, Eichmann agiu de acordo justamente com o que se esperava dele, pois amparado legalmente.

Para tanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe no seu texto os seguintes artigos que merecem atenção:

Artigo XXIX, [...] 2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações

determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas.

Artigo XXX. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos.

Dessa forma, se levado a cabo os preceitos humanos criados ao longo da história e aprimorados na elaboração da presente Declaração Universal, notória a preocupação não só com os direitos instituídos, mas também com a aplicação dos mesmos, limitando a arbitrariedade quando da hermenêutica jurídico-política.

Isto é, a elaboração e a aplicação do modelo burocrático de administração deve possuir princípios muito claros com o intuito de objetivar tal rumo, este que não pode ser confundido com seus meios, a fim de resguardar o seu bom funcionamento e os limites ético-normativos, não permitindo lacunas para eventuais distorções na aplicação das leis, sejam elas a execução literal do texto legal ou a abertura para inúmeras exceções, por exemplo, a ponto de configurar a banalização do mal.

Nesse sentido, como apontado anteriormente, de modo que o Estado é organizado administrativamente pela burocracia, torna-se imprescindível a atenta elaboração das regras, pois, se a autoridade burocrática ganha poder, sem, contudo, possuir capacidade para geri-lo, logo, a própria burocracia pode servir de ferramenta de manipulação por forças externas para fins de conservação do *status quo* do poder.

Em outras palavras, a autoridade burocrática perde seu caráter fundamental de racionalidade quando se permite que ações sociais

determinadas pelo carisma, tradição e/ou afeto – conforme conceito Weberiano – redijam os objetivos da administração, enquanto o funcionário técnico age não só de forma impessoal, mas também despersonalizado, como aponta Arendt em *Origens do Totalitarismo*, isto é, cego pela função específica a qual foi incumbido, que, por vezes, pode estar induzido por alguma ideologia.

Nessa esteira, quando Estado, já despido dos fundamentos democráticos e de direito, mesmo que formal e aparentemente constituído, cria regras distintas para si em comparação às regras aplicadas aos cidadãos, ou as aplica de forma a sempre justificar-se numa exceção, torna-se não só o monopólio da força legítima, mas sim da banalização do mal, pois cria as regras e também as aplica de acordo com premissas escusas, incidindo nos artigos supramencionados da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, foi possível compreender o conceito de burocracia, sobretudo pelos textos de Max Weber, bem como o que entende Hannah Arendt sobre banalidade do mal, embora esse conceito seja ainda muito delicado, a ponto de correr-se o risco de banalizar o próprio conceito, na tentativa de desenvolver-se um diálogo entre essas duas ideias, tendo como um dos fatores para a constatação da banalidade do mal por parte dos agentes estatais, a burocracia.

É preciso que se entenda que o Estado por si só é uma figura abstrata, a qual não pode ser punida e/ou culpabilizada de forma substantiva, haja vista tratar-se de uma forma de organização pública, mas que é composta por seres humanos, que devem sentir-se responsabilizados pela aplicação dos preceitos humanos e constitucionais, a fim de assegurar os direitos fundamentais em sua plenitude, a julgar por carregarem o título de servidores, representantes, etc.

De outro norte, tendo em vista o poder legítimo exercido pelo Estado, não se pode entendê-lo como soberano a ponto de primar-se pela simples manutenção do *status quo* do poder ante o bem-estar social, da mesma forma, utilizando-se do conceito de ação social de Weber, cuida-se da interferência de valores carismáticos e tradicionais para o modelo racional-legal, sendo necessária a exigência pela aplicação do constitucionalismo como meio de limitar o poder do próprio Estado, ou até mesmo por meio do *accountability*, sob pena de enveredar-se pelo caminho da banalização do mal até a instituição de um Estado Totalitário.

Nesse sentido, se faz necessária a criação e utilização de mecanismos acessíveis e eficazes de fiscalização dos serviços públicos com o fim de estabelecer segurança jurídica e assegurar a concretização dos direitos humanos, sobretudo no tocante à transparência do *modus operandi* estatal.

Portando, as luzes lançadas por Weber e Arendt nos permitem aferir que as ameaças aos direitos humanos e a própria democracia pode vir do núcleo do próprio Estado legal-burocrático quando este, por meio da ação de governantes, toma decisões ou favorece a consolidação de estruturas que limitam ou diminuem os direitos fundamentais, especialmente, os ligados à liberdade. Neste sentido, Arendt nos alerta que governos democraticamente eleitos podem atuar como autoritários e totalitários se utilizando das estruturas e instituições do próprio Estado democrático de Direito. A ameaça à democracia, contemporaneamente, não é advinda dos modelos clássicos de revoluções ou golpes de Estado, mas a partir de movimentos de governos democraticamente eleitos que partindo de suas decisões comprometem as estruturas democráticas. Para aprofundar os estudos e buscar fontes de pesquisa que tratam sobre temática deixamos como sugestões as obras, 'Origens do totalitarismo (2012)' e o livro 'Como as democracias Morrem (2018).

REFERÊNCIAS

ARENDR, H. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

- ARENDDT, H. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- CAMPOS, E. (org.). **Sociologia da burocracia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- CHIAVENATO, I. **Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações**. 7. ed. rev. e atual. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- MALISKA, M. A. Max Weber e o Estado racional moderno. **Revista Eletrônica do CEJUR**. Curitiba, v. 1, n. 1, ago./dez. 2006.
- OLIVEIRA, G. A. de. A burocracia Weberiana e a administração federal brasileira. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, p. 47-74, jul./dez. 1970.
- OLIVIEIRI, C. Os controles políticos sobre a burocracia. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, p. 1395-1424, set./out. 2011.
- PAVIANI, J. **Epistemologia prática: ensino e conhecimento científico**. 2. ed. Caxias do Sul: Educs, 2013.
- RAMOS, G. A sociologia de Max Weber. **Revista do Serviço Público**. Brasília, n. 57, p. 267-282, abr./jun. 2006.
- WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Martin Claret, 2013.
- WEBER, M. **Ciência e política: duas vocações**. São Paulo: Martin Claret, 2015.
- WEBER, M. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. téc. Gabriel Cohn. Vol. 1 e 2. 4ª ed. 4ª reimpressão. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.
- WEBER, M. **Ensaio de sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1982.
- WEBER, M. **Os economistas: Max Weber – Textos selecionados**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1997.

EDUCAÇÃO DOS FILHOS: CASOS EM QUE A CORREÇÃO RESULTA EM LESÃO CORPORAL OU MAUS-TRATOS

Valdenize Pimentel Jubainski¹

Roni Edson Fabro²

RESUMO

O presente trabalho versa a respeito da lesão corporal ou dos maus-tratos cometidos por pais ou responsáveis que usam do castigo físico para corrigir os filhos. Objetiva analisar a posição da doutrina e, principalmente, o entendimento jurisprudencial nos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul. Pretende-se, brevemente, demonstrar os tipos de crimes comumente cometidos nesses casos, quais são os princípios que norteiam os direitos das crianças e dos adolescentes, compreender os limites do poder familiar e a interferência do Estado na família. Neste viés, utiliza-se o método de pesquisa dedutiva, visando ao aprofundamento do tema por meio do entendimento jurisprudencial dos Tribunais dos estados da Região Sul do país, além da utilização da pesquisa bibliográfica. Verifica-se que, mesmo com a restrição da lei em educar ou corrigir os filhos por meio de castigos físicos, é possível a absolvição no caso concreto. Verifica-se, em alguns casos de condenação, que os magistrados nem sempre consideram o dolo em cometer lesão corporal ou maus-tratos, mas que qualquer violência deve ser punida. Já nos casos de absolvição, a maior parte dos embasamentos foi no sentido de não haver dolo em causar lesão corporal ou maus-tratos, mas sim a intenção de corrigir e de educar os filhos.

Palavras-chave: Direito da Criança e do Adolescente. Educação dos Filhos. Maus-tratos. Lesão Corporal.

¹ Acadêmica da 10ª fase de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; denize.uepg1991@hotmail.com.

² Doutorando em Educação do PPGEd da UNOESC, campus de Joaçaba. Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC Joaçaba (SC); Advogado; e-mail roni.fabro@unoesc.edu.br. Orientador da pesquisa efetuada referente ao Curso de Direito da UNOESC, referente ao período 01/2020.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar, de forma breve, as situações em que os pais ou responsáveis "agridem" seus filhos com a finalidade de educá-los ou de corrigi-los. A família é a principal formadora do desenvolvimento do caráter e da personalidade dos filhos, assim, muitos pais, especialmente as pessoas "mais antigas", acreditam que usar "palmadas" ou "cintadas" de forma moderada, ajudam a corrigir o comportamento dos filhos.

Os pais geralmente buscam diferentes formas de educar seus filhos, visando à mudança de comportamentos que consideram inadequados ou indesejáveis e têm como objetivo inculcar nos filhos comportamentos moralmente bons e aceitáveis pela população.

Entretanto, o problema está na forma de educar ou corrigir os filhos, uma vez que se percebe que o limite é muito frágil entre a punição física, que tem finalidade de disciplinar, e a agressão propriamente dita, podendo haver momentos em que a punição física deixa de ter o intuito de educar e passa a ser um abuso físico. Por esta razão, portanto, existem as leis, para proteger os direitos das crianças e dos adolescentes e punir condutas consideradas graves e reprováveis à sociedade.

Neste viés, o presente trabalho analisa os crimes de lesão corporal em âmbito doméstico e os maus-tratos, que são os comumente cometidos por pais que usam de meios "leves" de correção. Como objetivos específicos, visa-se ao estudo do entendimento da doutrina frente aos princípios que norteiam os direitos das crianças e dos adolescentes, o poder familiar e a interferência do Estado na família, uma vez que o Estado, objetivando proteger as crianças e os adolescentes, cria leis que tiram, de certa forma, a autonomia da família em educar seus filhos por meio de castigos físicos, incluindo até mesmo a forma moderada.

Nesse sentido, pesquisa-se o entendimento de julgados dos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul acerca das "pequenas"

agressões que ocorrem em âmbito familiar, que objetivam à educação e à correção das crianças e dos adolescentes.

2 DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O direito das crianças e dos adolescentes está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), a qual dispõe de um rol de direitos fundamentais. Dentre estes direitos, o art. 227³, *caput*, traduz de forma mais específica os principais direitos da criança e do adolescente, os quais devem ser preservados.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também prevê diversos direitos e considera como criança o sujeito que tem idade até 12 (doze) anos incompletos e adolescente aquele que possui idade entre 12 (doze) e 18(dezoito) anos, conforme prevê seu art. 2^o, *caput*.

Para nortear os direitos das crianças e dos adolescentes existem diversos princípios, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, o da proteção integral e o princípio da prevalência dos direitos dos menores ou da prioridade absoluta. O princípio da dignidade da pessoa humana se refere a um valor moral ou espiritual inerente à pessoa, que deve ser respeitado. Não obstante, "se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas." (MORAES, 2012, p. 48).

O princípio da proteção integral supõe que devem ser garantidas e satisfeitas todas as necessidades das crianças e dos adolescentes. Além dos direitos inerentes a todos os seres humanos, os direitos das crianças e

³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁴ Art. 2º. Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

dos adolescentes são tidos como especiais e específicos, já que peculiares à condição de uma pessoa em desenvolvimento (LIBERATI, 2010, p. 15).

Outro princípio que rege o direito das crianças e dos adolescentes é o da prioridade absoluta, pelo qual a Constituição Federal preconizou o atendimento prioritário aos menores (compreendidos entre zero e dezoito anos incompletos). Tal princípio estabelece a necessidade de proteger de modo especial as pessoas consideradas frágeis, por estarem geralmente expostas a riscos maiores e por não terem como se defender (LIBERATI, 2010, p. 16).

Assim, entende-se por absoluta prioridade que as crianças e os adolescentes devam estar em primeiro lugar na escala de preocupação do Estado, devendo este atender e proteger aos menores com preferência. Entretanto, a primazia não é obrigação exclusiva do Poder Público, mas também da família e da sociedade (LIBERATI, 2010, p. 18).

Nos mesmos moldes da CRFB, os direitos fundamentais também estão previstos no ECA, com ênfase nos arts. 3^o, 4^o, 5^o e 7^o, os quais versam a respeito dos direitos à vida, à saúde, à dignidade e à liberdade. O estatuto

⁵ Art. 3^o. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. Art. 4^o. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Art. 5^o. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Art. 7^o. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

também menciona quem são as pessoas que têm o dever de prestar tais cuidados (FONSECA, 2015, p. 59).

O ECA, conseqüentemente, tratou de forma minuciosa os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, não apenas descrevendo-os, mas trazendo ainda um caráter preventivo, tratando, portanto, do dever de cuidado, cuja ausência pode ensejar negligência, nos casos de descumprimento (FONSECA, 2015, p. 56).

Dessa forma, os princípios fundamentais são conexos aos direitos das crianças ou dos adolescentes previstos em lei, os quais devem ser vistos com principal preocupação, pois o legislador observou que a criança deve ter esses direitos assegurados antes mesmo antes de nascer. Assim, tais garantias tornam-se imprescindíveis, a fim de proteger aqueles que não têm possibilidade de defesa.

À vista disso, as políticas sociais públicas devem ser desenvolvidas com absoluta prioridade e oferecer especial atendimento às crianças e aos adolescentes. Assim, o Estado é responsável por criar meios de proteção, bem como amparo social para um desenvolvimento digno (FONSECA, 2015, p. 62-63).

Outro direito disposto no ECA é o respeito, que trata da inviolabilidade física e psíquica da criança e do adolescente, disposto nos arts. 17⁶ e 18-A do respectivo estatuto, dispondo que as crianças e os adolescentes têm direito ao respeito, sendo este, desse modo, dever de todos.

⁶ Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas sócio educativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize.

Ainda, referente ao direito ao respeito, o art. 18-A, o qual foi inserido no ECA por meio da Lei n. 13.010, de 26 de junho de 2014, prevê que toda criança e adolescente tem direito de ser educado sem o uso de castigos físicos ou tratamentos cruéis, como forma de correção, educação ou disciplina. Assim, o ECA assegura a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, tendo como objetivo protegê-los de maus-tratos e/ou tratamentos vexatórios.

O ECA foi criado com o objetivo de proteger mais intensamente as crianças e os adolescentes, pois são consideradas/os pelo estado como vulneráveis. Segundo Fonseca (2015), a vulnerabilidade propicia a violência que, conseqüentemente, está presente nas escolas, casas, etc. A violência, ainda segundo Fonseca (2015), "decorre da falta de educação e amor dos pais e da atitude complacente do Estado". Portanto, foi com essa finalidade que surgiu a Lei n. 13010/2014, com o objetivo de orientação e educação no seio familiar, para evitar a violência.

Muito embora a Lei n. 13.010/2014 não mencione a palavra "palmada" em seu texto, a norma é rígida em certos pontos, dispondo que toda e qualquer forma de violência física ou psíquica praticada contra crianças ou adolescentes é inadmissível (FONSECA, 2015, p. 85).

Nesse sentido, percebe-se que os princípios são imprescindíveis, pois norteiam os direitos das crianças e dos adolescentes, devendo os pais ou responsáveis proteger e educar seus filhos, entretanto, sem extrapolar ou abusar dos meios de educação ou correção.

3 CRIMES COMETIDOS PELOS PAIS OU RESPONSÁVEIS

O art. 136⁷ do Código Penal trata dos maus-tratos cometidos por quem detém autoridade, guarda ou vigilância, alguém sob sua responsabilidade e

⁷ Art. 136 – Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena – detenção, de dois meses a um ano,

expõe a vida ou a saúde desta pessoa em perigo, dentre outros motivos, com a finalidade de educar ou abusando nos meios de correção ou disciplina.

Os atos de castigo ou educação que excedam à normalidade ou caracterizem abuso por parte dos pais ou responsáveis poderão ser responsabilizados penalmente, dentre outros, pelos crimes previstos no art. 136 ou no art. 129⁸, § 9º, ambos do Código Penal, maus-tratos e lesão corporal/violência doméstica, respectivamente, pois a Lei n. 13.010/2014 tem em seu texto vários adjetivos que possibilitam aos magistrados diferentes enquadramentos.

Para uma boa analogia e aplicabilidade da lei pelo magistrado, em sua fundamentação é necessário compreender o art. 18-A, o qual foi introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente por meio da Lei n. 13.010/2014, mais conhecida como a Lei do Menino Bernardo. É possível perceber que a alteração que a referida lei prevê traz algumas expressões que possibilitam aos magistrados interpretação extensiva da letra da lei. São circunstâncias previstas na norma mencionada, como: castigo físico, sofrimento físico, lesão, tratamento cruel ou degradante, humilhação ou ameaça contra criança ou adolescente.

Nessa perspectiva, a implementação da Lei n. 13.010/2014 ampliou a forma de possíveis punições a quem comete tais condutas. Logo, quem pratica quaisquer dos atos previstos na Lei n. 13.010/2014, com o intuito de educar ou corrigir os filhos, por óbvio, poderá ser punido. O crime mais comum, nesses casos, é a lesão corporal praticada contra, dentre outros, os descendentes, previsto no art. 129, § 9º do Código Penal, além do crime de maus-tratos, tipificado no art. 136 do Código Penal.

ou multa. § 1º – Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de um a quatro anos. § 2º – Se resulta a morte: Pena – reclusão, de quatro a doze anos. § 3º – Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos.

⁸ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano. § 9º-Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

3.1 MAUS-TRATOS

O crime de maus-tratos está previsto no art. 136 do Código Penal e prevê pena de detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano ou multa. Nesse dispositivo, ainda estão presentes duas qualificadoras e um aumento de pena. No primeiro caso, se dos maus-tratos resultar lesão corporal de natureza grave, a pena será de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e, no caso de resultado morte, terá como pena reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos. Já o aumento de pena será de 1/3 (um terço), se o crime for praticado contra menor de 14 (quatorze) anos.

A infração de maus-tratos, portanto, é classificada como um delito próprio, que somente poderá ser cometido por quem tenha autoridade, guarda ou exerça algum tipo de vigilância sobre a vítima. O responsável, assim, deve estar em condições de exercer a educação, ensino, tratamento ou custódia da criança ou do adolescente. Além disso, o delito de maus-tratos é de ação múltipla, podendo ser caracterizado por meio da privação de alimento, de cuidados indispensáveis, sujeição de trabalhos excessivos ou inadequados e por meio do abuso nos meios de correção ou disciplina (GRECO, 2011, p. 364-365).

Na modalidade de abuso dos meios de correção e disciplina, o agente age com o denominado *animus corrigendi* ou *disciplinandi*⁹, abusando ou extrapolando esse direito. O abuso, portanto, significa ir além do permitido. Muito se discute se os pais podem ou não corrigir seus filhos em determinadas situações, aplicando-lhes, quando preciso, castigos corporais (GRECO, 2011, p. 365-366).

Ainda, pode-se classificar o delito de maus-tratos como de perigo concreto, doloso, de forma vinculada (pois o Código Penal aponta as formas ou modalidades que o crime pode ser cometido), comissivo ou omissivo,

⁹ *Animus corrigendi* ou *disciplinandi* significa, segundo Greco (2011), a ação de corrigir, portanto, o responsável extrapola os limites de seus cuidados.

instantâneo, não transeunte (em geral, deixa vestígios) e, por fim, pode ser classificado como de ação múltipla ou de conteúdo variado, pois o agente pode cometer várias condutas, contudo somente será responsabilizado uma única vez, por apenas uma infração (GRECO, 2011, p. 367).

O bem juridicamente protegido nesse tipo penal é a vida e a saúde da vítima e consuma-se com o efetivo risco ou o mero perigo causado ao sujeito passivo, devendo, entretanto, ficar demonstrado no caso concreto, não sendo admissível a mera presunção, admitindo, todavia, a tentativa (GRECO, 2011, p. 368-369).

Importante ainda diferenciar o crime de maus-tratos do crime de tortura-castigo. O delito de tortura está previsto na Lei n.9455, de 7 de abril de 1997, de forma que o art. 1º¹⁰ define as formas de tortura, dentre as quais, no inciso II, a tortura-castigo. Nessa perspectiva, Guilherme de Souza Nucci (2017) conceitua tortura, por meio da Convenção da Organização das Nações Unidas, aprovada no Brasil pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991, como qualquer ato intencional que cause sofrimento físico ou mental agudo, com a finalidade de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventiva a alguém sob sua autoridade (NUCCI, 2017, p. 83).

O delito de maus-tratos difere do delito de tortura-castigo pois naquele o objetivo é maltratar causando risco à vida ou à saúde da vítima, abusando dos meios de correção, enquanto que no crime de tortura-castigo o objetivo é causar intenso sofrimento físico ou mental (CUNHA, 2017, p. 136).

Portanto, os pais ou responsáveis que agredem seus filhos por meio de castigos corporais, causando perigo à saúde ou a vida destes, abusando dos meios de correção, poderão ser punidos pelo crime de maus-tratos. Já quando o objetivo for causar intenso sofrimento físico ou mental, o enquadramento legal será o crime de tortura-castigo.

¹⁰ Art. 1º. Constitui crime de tortura: II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena – reclusão, de dois a oito anos.

3.2 LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO

O crime de lesão corporal está previsto no art. 129, *caput* do Código Penal e tem como objetivo tutelar ou proteger a integridade corporal e a saúde das pessoas. O § 9º do referido artigo foi acrescentado ao Código Penal por meio da Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, que criou o tipo especial denominado “violência doméstica”. Entretanto, a lesão corporal cometida no âmbito doméstico já estava prevista no Código Penal, sendo considerada circunstância agravante, mas hoje na condição de qualificadora.

O delito de lesão corporal do Código Penal tem previsão de pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e é classificado como crime comum quanto ao sujeito passivo, visto que qualquer pessoa pode cometê-lo. Nesse crime, diferentemente dos maus-tratos, não é obrigatório que o agente seja detentor da guarda ou vigilância. A lesão corporal classifica-se doutrinariamente, ainda, como de forma livre, comissiva ou omissiva imprópria, instantânea de efeitos permanentes, de dano e não transeunte, ou seja, deve deixar vestígios para sua caracterização (GRECO, 2012, p. 252).

Na infração de lesão corporal é permitida a aplicação do princípio da insignificância, que serve como instrumento para interpretação ao analisar casos concretos, para que seja possível que o crime cometido possa ser considerado de menor importância em relação ao exigido pelo tipo penal. Tal princípio se torna imprescindível dada a pouca ou nenhuma importância da lesão sofrida pela vítima.

Já o delito de lesão corporal ou violência doméstica, como o Código Penal denomina, previsto no § 9º do art. 129, prevê a penalidade de detenção de 3 (três) meses a 3 (três) anos. Entretanto, se for cometido contra pessoa portadora de deficiência, a pena será aumentada em 1/3 (um terço), assim como também se a lesão cometida for de natureza grave ou gravíssima,

conforme as hipóteses de seus §§ 11¹¹ e 12 ou se tiver como resultado a morte da vítima.

A violência doméstica permite forma dolosa e culposa. Na forma culposa, quando o agente é omissivo, exige-se a condição de garantidor para sua caracterização. Dessa forma, é preciso que o agente tenha a obrigação de cuidado ou vigilância, tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado ou que, com seu comportamento anterior, tenha criado o risco de ocorrência do resultado, conforme art. 13¹², § 2º, alíneas a, b e c, do Código Penal (GRECO, 2012, p. 278).

Cumpra-se destacar, portanto, que o pai ou responsável que agredir seu filho com o intuito de lesionar, mesmo que para fins de correção ou disciplina, poderá ser punido pelo crime denominado de violência doméstica, previsto no art. 129, §9º do Código Penal.

4 PODER FAMILIAR

O poder familiar traz consigo uma ligação de poder-dever, dispendo aos pais o direito de autoridade sobre os filhos. Dessa maneira, são impostos deveres e direitos, sempre observando primeiramente o interesse da criança ou do adolescente. Assim, os pais criam seus filhos do modo que melhor lhes parecer, sendo por eles responsáveis, evitando-se a intromissão, muitas vezes indevida, outras vezes necessária, do Estado (FONSECA, 2015, p. 113-114).

Este instituto está disposto no art. 1634¹³, I e IX do Código Civil de 2002, o qual prevê que compete aos pais o pleno exercício do poder familiar, tendo

¹¹ § 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço). § 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

¹² Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Relevância da omissão. § 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

¹³ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a

estes em relação aos filhos o direito de dirigir-lhes a criação e a educação, bem como de exigir-lhes obediência e respeito.

O art. 1513¹⁴ do Código Civil dispõe também que ninguém pode interferir na vida familiar. Entretanto, o poder familiar não é no todo absoluto, uma vez que extrapolados os limites em detrimento dos direitos das crianças ou dos adolescentes, o Estado, por meio de seus agentes, tem o dever de agir a fim de defender o melhor interesse do menor (FONSECA, 2015, p. 114).

Todavia, nem todos defendem o poder familiar e acreditam que o Estado não deve interferir na vida familiar, de forma que não aceitam qualquer tipo de correção física. Para Maria Berenice Dias (2011, p. 436), por exemplo, “o castigo físico, mesmo que moderado, configura a prática de violência, e deve ser punido.”

O poder familiar é um dever-poder dado aos pais em relação aos seus filhos, devendo, desse modo, educá-los e criá-los da melhor forma possível, sem a interferência do Estado. Tais condutas devem visar sempre ao melhor interesse do menor, cabendo ao filho respeitar e obedecer aos pais, seguindo suas determinações. Contudo, quando há excesso ou exagero por parte dos genitores ou responsáveis, extrapolando-se o poder familiar a eles concedido, deve o Estado promover medidas no intuito de proteger os menores.

Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2015) conceituam o poder de família como “um conjunto de direitos e obrigações concedido aos pais em razão de sua autoridade parental perante os filhos.” Porém, esses direitos devem ser empregados de forma razoável e dentro dos limites (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 596).

O Código Civil prevê ainda, que poderá perder o poder familiar aquele que castigar seu filho de maneira imoderada, ou seja, a pessoa pode perder a guarda da sua prole, o que é correto e justo, pois quando um pai castiga seu

educação; [...] IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

¹⁴ Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

filho de forma exagerada ou por diversas vezes, de forma excessiva ou cruel, mesmo com a finalidade de corrigir ou educar, deve certamente o Estado intervir, a fim de proteger o menor e tirá-lo do poder do seu genitor, segundo art. 1638¹⁵ do Código Civil.

A violência praticada contra a criança ou adolescente atinge a dignidade e os direitos fundamentais desses sujeitos. Assim, a norma estatutária dispõe como dever do Conselho Tutelar a obrigação de comunicar eventuais casos de maus-tratos, devendo, aquele que primeiro tiver conhecimento em casos de confirmação ou suspeita de castigo físico, tratamento cruel ou degradante, informar ao Conselho Tutelar que, obrigatoriamente, tomará as devidas providências (FONSECA, 2015, p. 70).

Percebe-se que o Estado, visando à proteção da criança e do adolescente, tirou, de certa maneira, a autonomia da família em educar e corrigir seus filhos, quando necessário, criando leis que proíbem em sua literalidade a possibilidade de palmadas ou pequenas “surras”. Entretanto, muitas vezes os pais desejam apenas criar seus filhos bem. Desejam que sejam pessoas boas, educadas e corretas, usando, para isso, meios de correção física que consideram adequados.

5 INTERVENÇÃO DO ESTADO NA FAMÍLIA

Há certa preocupação da sociedade e, principalmente, dos pais e responsáveis, de que o Estado retire das pessoas o direito de exercer o poder

¹⁵ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V – entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção. Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

familiar, bem como de perder o controle disciplinar sobre seus filhos, pois há receio de que caso as crianças e os adolescentes não sejam devidamente educados e disciplinados, possa acontecer o inverso, ou seja, venham os filhos em determinadas situações a agredir os pais, por falta de disciplina (PÁDUA, 2015, p. 64).

As agressões físicas excessivas em crianças ou adolescentes caracterizam um comportamento abominável, reprovável e juridicamente punível. Todavia, o problema gira em torno da chamada “palmadinha corretiva”, onde a Lei n. 13010/2014 abre diversos entendimentos dos juízes que, ao analisarem o caso concreto, por vezes usam a lei na forma estrita, pois uma interpretação literal da lei pode levar à indevida intromissão do Estado na família, sem que de fato houvesse perigo de dano para justificar uma punição (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 604).

Os pais que utilizam “leves palmadas ou cintadas” pretendem normalmente educar os filhos, já que objetivam criá-los da melhor maneira, buscando moldar a personalidade dos seus para que se tornem boas pessoas. Como dito, o abuso do poder familiar e a agressão excessiva devem ser punidos rigorosamente. Entretanto, cada caso deve ser analisado isoladamente pelos magistrados, sem levar a lei ao “pé da letra”, pois há risco de que essas crianças se tornem pessoas más e sem limites, quando o Estado não permite que os pais eduquem ou corrijam seus filhos quando necessário.

Se levada a rigor, a lei se posiciona contrária à “palmadinha” como forma de educar ou corrigir crianças ou adolescentes. Logo, há sério risco de se cometer injustiças e eventual responsabilização dos pais ou responsáveis que praticam tais atos, uma vez que a intenção, geral, dos genitores é educar e não causar perigo aos filhos (FONSECA, 2015, p. 103).

É claro que existem diversas formas de educar e impor limites aos filhos, já que nem sempre a “palmada” é a melhor solução para corrigir o comportamento de uma criança. Há outros meios que, muitas vezes, podem ser mais eficientes e, sem dúvida, mais humanizados, como o diálogo, a

imposição de limites ou, até mesmo, a retirada de certos benefícios que são tidos como importantes para as crianças ou para os adolescentes.

Contudo, nem sempre essas "tentativas" de corrigir o comportamento dos filhos por meio do diálogo ou restringindo "regalias" surtem efeito. Logo, não deveria o Estado "invadir" o poder familiar a ponto de proibir totalmente que os pais deem uma "palmadinha" no filho para que este obedeça e aprenda o que é correto, desde que dentro dos limites, com bom senso e sem excessos.

É nítido que a violência praticada contra crianças, de forma exagerada, sempre visualizada sob a ótica do caso concreto, é inaceitável, mas, para isso, já existe o Código Penal, que pune severamente esses crimes. Assim, percebe-se que a Lei n. 13.010/2014 foi criada com o propósito de abranger todo e qualquer ato que cause dor ou sofrimento físico ou psicológico às crianças ou aos adolescentes.

A Lei n. 13.010/2014, no sentido estrito, refere-se à inadmissibilidade de quaisquer atos "atentatórios" aos menores, compreendendo-se até mesmo "palmadas" ou "cintadas" com o intuito de educar ou corrigir o filho, que venham a causar qualquer lesão, mesmo que ínfimas, devem ser punidas.

Percebe-se que o legislador, visando à proteção das crianças e dos adolescentes, deixou a lei aberta a entendimentos discricionários diversos. Sendo assim, alguns magistrados levam a lei ao "pé da letra" e punem os pais que visam à disciplina dos filhos com o uso de "palmada" ou "cintada", por exemplo. Todavia, para Fonseca (2015, p. 89), a norma, em casos específicos, não pode ser levada ao extremo interpretativo, já que o poder familiar continua vigente.

6 ESTUDO JURISPRUDENCIAL

É fundamental a compreensão da jurisprudência, pois como se pode perceber, a lei é categórica ao tratar sobre o assunto. Praticamente toda e

qualquer conduta cometida pelos pais ou responsáveis se amolda a algum tipo penal e o entendimento jurisprudencial é importante para entender qual tem sido o posicionamento dos tribunais diante do assunto.

Como problemática deste trabalho, foi realizada pesquisa jurisprudencial junto aos Tribunais de Justiça da Região Sul do Brasil: Santa Catarina (TJSC), Paraná (TJPR) e Rio Grande do Sul (TJRS). A busca jurisprudencial foi feita mediante pesquisa no período de janeiro a dezembro de 2019, sendo efetuada, inclusive, nos sites dos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF). Contudo, não foram encontradas jurisprudências que envolvessem pais ou responsáveis que “agrediram” seus filhos menores por meio da correção física moderada, seja no STJ, seja no STF.

O procedimento adotado para encontrar as referidas jurisprudências sobre o assunto foi filtrá-las, utilizando os referenciais *maus-tratos* e *lesão corporal*. Após breve análise de cada uma e constatar que se tratava do assunto, foram novamente filtradas em documento de inteiro teor com os seguintes termos: correção, educação e disciplina. Todos os julgados que pudessem ter ligação com o estudo foram salvos para que fossem analisados. Foram, portanto, descartados os julgados que se tratavam de maus-tratos contra idosos ou animais e os julgados que tratavam de lesões corporais que não foram cometidas contra criança ou contra adolescente.

Na busca inicial foram encontradas 60 (sessenta) julgados acerca dos assuntos *maus-tratos* e *lesão corporal*, já tendo sido descartadas aqueles que não eram contra crianças ou contra adolescentes. Destes, 5 (cinco) eram de Santa Catarina, 8 (oito) do Paraná e 47 (quarenta e sete) do Rio Grande do Sul.

Na sequência foi feita uma segunda filtragem, para eliminar os julgados que não possuíam nexos com o assunto estudado. Logo, restaram 43 (quarenta e três) julgados, dentre as quais 12 (doze) eram recursos referentes a crimes de tortura, nos quais os réus pediram desclassificação

para maus-tratos, lesão corporal ou mesmo a absolvição. Cabe destacar que nenhum desses recursos restou deferido, portanto, todos mantiveram a condenação pelo crime de tortura.

Diante disso, foram analisados 31¹⁶(trinta e uma) julgados, os quais se referem a crimes de maus-tratos e lesão corporal cometidos contra crianças ou contra adolescentes no âmbito familiar, por mães, pais ou responsáveis. Todos os julgados, em seu contexto, eram sobre crimes que, em tese, haviam sido cometidos com o objetivo de educar ou de corrigir os filhos.

Dentre os julgados analisados, 9 (nove) foram de lesão corporal em âmbito doméstico (violência doméstica), outros 9 (nove) restaram configurados em maus-tratos, 1(um) apenas com ambas as tipificações em decorrência de réus diferentes e 12 (doze) foram de casos em que os réus foram absolvidos ou mantida a absolvição.

Embora todos os julgados tenham sua importância, especialmente para as pessoas envolvidas, não é possível falar especificamente de cada um, tendo em vista o formato institucional pré-estabelecido deste artigo e, por isso, foram escolhidos, para este trabalho, 10 (dez) julgados, sendo 2 (dois) de maus-tratos, 4 (quatro) de lesão corporal e 4 (quatro) de absolvição. Os referidos julgados foram escolhidos com base no tipo de agressão cometida pelos pais ou responsáveis, pois o objetivo é analisar o entendimento nos casos de agressões leves, como “palmadas” e “chineladas”.

¹⁶ Os julgados, na íntegra, estão todos disponíveis nos sites respectivos dos Tribunais: www.tjsc.jus.br, www.tjpr.jus.br e www.tjrs.jus.br, foram acessados durante o mês de janeiro de 2020 e compreendem os seguintes números dos processos: 000290965.2018.8.16.0130; 001172748.2018.8.16.0019; 000128311.2011.8.16.0080; 000420219.2015.8.24.0012; 000057189.2018.8.24.0003; 000406252.2011.8.24.0035; 022092477.2019.8.21.7000; 018961623.2019.8.21.7000; 006327733.2019.8.21.9000; 003765824.2018.8.21.7000; 022466880.2019.8.21.7000; 019839042.2019.8.21.7000; 023610436.2019.8.21.7000; 018810405.2019.8.21.7000; 015715413.2019.8.21.7000; 020471363.2019.8.21.7000; 004991124.2019.8.21.9000; 012933941.2019.8.21.7000; 012744615.2019.8.21.7000; 012606217.2019.8.21.7000; 002772689.2019.8.21.9000; 008650608.2019.8.21.7000; 000231289.2019.8.21.9000; 035750706.2018.8.21.7000; 034758912.2017.8.21.7000; 035163981.2017.8.21.7000; 007305731.2018.8.21.9000; 030761247.2016.8.21.7000; 037866787.2018.8.21.7000; 022492627.2018.8.21.7000; 008037820.2018.8.21.9000.

6.1 DECISÕES SOBRE MAUS-TRATOS

No TJSC foi encontrado apenas 1 (um) julgado, não sendo objeto de análise. No TJPR foram encontrados 2 (dois) julgados, sendo 1 (um) analisado, enquanto que no TJRS foram encontrados 6 (seis) julgados, sendo apenas 1 (um) analisado.

Na Apelação constante dos autos n.000290965.2018.8.16.0130, em decisão proferida pelo TJPR, o réu foi condenado em primeira instância pelo crime de maus-tratos e alegou, em sede de recurso, insuficiência probatória ou in dubio pro reo. Segundo os autos, o investigado teria agredido seus filhos de 8 (oito) e 11 (onze) anos, por meio do exercício imoderado de correção, quando em seu veículo as crianças sujaram o assento, tendo o réu advertido para não comerem os doces no carro. Em razão da conduta dos infantes, o réu agrediu-as fisicamente por meio de puxão de cabelo na menina e o menino pelo pescoço, jogando-o no chão por terem sujado o carro com doce (PARANÁ, 2019). Muito embora o apelante tenha negado a acusação, fato confirmado pela namorada que estava junto na viagem e as vítimas não apresentarem lesões corporais, o entendimento do caso é de que a ausência de lesão não tem o condão de atenuar ou excluir a conduta delituosa, uma vez que o tipo penal não exige dano efetivo, mas a mera exposição da vítima ao perigo decorrente do excesso de correção ou disciplina, já sendo suficiente para a caracterização do delito. Logo, entendeu-se que prevalece a versão dada pela vítima. Nesse sentido, foi negado provimento à apelação e mantida a condenação (PARANÁ, 2019).

Outro processo analisado foi aquele dos autos n.006327733.2019.8.21.9000, do TJRS, no qual foi o réu condenado por maus-tratos por ter "surrado" seu filho de 7 (sete) anos. Segundo o menor, seu pai lhe bateu com uma cinta por ter brigado na escola (mau comportamento) (RIO GRANDE DO SUL, 2019). O réu foi condenado ante os depoimentos de pessoas que viram o hematoma e as provas existentes nos autos, como

o laudo pericial. A Turma Recursal que analisou o caso entendeu que o acusado ultrapassou os limites nos meios de correção, considerando o meio empregado (cinta) e as extensões da lesão, não reconhecendo a moderação no seu agir, o que denota a intenção de maltratar, negando-se provimento ao recurso e mantendo-se a condenação (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

Veja-se que em um dos casos houve marcas e/ou lesões ocasionadas pelos pais ou responsáveis quando na correção. Entretanto, em ambos os julgados a condenação foi no sentido de amoldar ao crime de maus-tratos, pelo fato de não terem considerado que houve moderação no agir, o que, por consequência, denota a intenção de maltratar.

6.2 DECISÕES SOBRE LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO/VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

No TJSC foram encontrados 2 (dois) julgados. Destes, 1 (um) foi analisado. No TJPR não foram encontradas decisões sobre o assunto e, no TJRS, foram encontrados 6 (seis) julgados, mas foram analisados somente 3 (três).

Mediante consulta ao *site* do TJSC foi encontrado os autos n. 000420219.2015.8.24.0012. O presente julgado trata de um recurso de apelação promovido pelo acusado, por ter sido condenado em 1º grau pelo delito de lesão corporal em âmbito doméstico contra os filhos. O apelante alegou insuficiência probatória, pediu a desclassificação para maus-tratos e, subsidiariamente, o reconhecimento de erro de proibição inescusável. O réu agrediu seus filhos de 8 (oito) e 14 (quatorze) anos, utilizando-se de uma cinta, causando diversas lesões corporais nas vítimas e abusando dos meios de correção e disciplina (SANTA CATARINA, 2019b). O réu alegou, em depoimento, que recebeu uma ligação de sua ex-esposa, dizendo que os filhos não estavam obedecendo e fazendo as tarefas. Confessou ter dado algumas cintadas nos infantes, justificando que não adiantaria conversar com eles. A genitora, apesar de não ter presenciado o momento em que

o apelante ofendeu a integridade dos menores, confirmou que solicitou o auxílio do genitor, porque as vítimas estavam desobedecendo, mas que o réu nunca tinha agredido os filhos (SANTA CATARINA, 2019b).

A turma entendeu ser impossível acolher a tese de erro de proibição, pois não restaram dúvidas acerca da responsabilidade do réu frente ao evento danoso, estando o crime confirmado pelos laudos periciais e pelos depoimentos das vítimas. Entendeu-se, no caso, que a justificativa do dever de exigir respeito e obediência dos filhos por meio de castigos físicos não afasta o dolo da conduta. Portanto, foi mantida a condenação pelo delito de lesão corporal, não cabendo a desclassificação para maus-tratos, ante a conduta praticada, que não envolveu mero perigo à vida e à saúde dos menores (SANTA CATARINA, 2019b).

Os autos n. 012606217.2019.8.21.7000 são provenientes do TJRS. Trata-se de recurso de apelação do réu, que foi condenado por lesão corporal em âmbito doméstico contra suas filhas de 12 (doze) e 14 (quatorze) anos. Consta que o acusado agrediu as filhas com uma cinta causando-lhes lesões, em razão de elas terem criado uma conta no Facebook para manter contato com a mãe. Ao descobrir a conta, o réu ficou furioso, pois as meninas vinham mentindo para ele a respeito dessa conta nas redes sociais. Por isso, usou da cinta com a finalidade de corrigi-las (RIO GRANDE DO SUL, 2019e). Uma das vítimas, em depoimento, contou que o réu, em outras duas ocasiões, as agrediu de modo demasiado, uma vez em que ela e a irmã voltaram para casa por outro caminho e o pai saiu à procura de ambas, ficando então muito nervoso quando as encontrou. Disse também que o réu passava o dia trabalhando e que pedia para que elas arrumassem a casa e ficava irritado quando chegava e elas não haviam arrumado suas coisas (RIO GRANDE DO SUL, 2019e).

O apelante pediu a absolvição por insuficiência probatória, atipicidade do fato e, subsidiariamente, a diminuição da pena. Entretanto, o recurso foi parcialmente provido, apenas em relação ao reajuste da pena. O entendimento

do caso é que ficou comprovada a materialidade e a autoria do delito de lesão corporal leve em âmbito doméstico, uma vez que amparado pelo laudo pericial e pelos depoimentos (RIO GRANDE DO SUL, 2019e).

Os autos n. 008650608.2019.8.21.7000, do TJRS, dizem respeito a um recurso de apelação no qual o réu pede absolvição, alegando excludente de ilicitude sob o fundamento do exercício regular de direito e, alternativamente, a desclassificação para o crime de maus-tratos. O réu admite que bateu nas pernas da enteada com um cinto, pois a menina não obedecia e que, na ocasião, ela o desrespeitou, gritando e xingando-o (RIO GRANDE DO SUL, 2019d). Embora o acusado alegue ter agido com o objetivo de educar, a conduta se amolda ao tipo penal do art. 129, § 9º do CP, uma vez que praticou dolosamente lesões corporais na enteada. Não é, desse modo, o caso de desclassificação, pois o agente não tinha finalidade de educar, já que se tratou de um evento isolado, com ânimos exaltados (RIO GRANDE DO SUL, 2019d).

Segundo entende a Turma, a lesão difere-se dos maus-tratos já que neste prepondera a intenção de maltratar/expor a perigo “[...] para fins de educação [...]”, abusando dos meios de correção ou disciplina, enquanto naquele se esgota no intento de causar lesão, não sendo, portanto, aceitável que a obrigação como pais/padrastos seja exercido mediante violência, sob o argumento de educar ou disciplinar. Neste viés, restou o recurso desprovido, pois a tipificação se encontra comprovada frente ao exame pericial que constatou a lesão avermelhada na coxa (RIO GRANDE DO SUL, 2019d).

Os autos n. 022492627.2018.8.21.7000, também do TJRS, trata de um recurso de apelação do acusado, no qual pleiteia a desclassificação do crime de lesão corporal para o crime de maus-tratos. O réu foi condenado por ter ofendido a integridade corporal de sua filha de 15 (quinze) anos por meio de um tapa na boca, uma vez que ficou bravo por ela estar demorando no banho, após alertá-la. A vítima relata que foi a primeira e única vez que apanhou do pai (RIO GRANDE DO SUL, 2019f). O entendimento é de que, no

caso *sub examen*, a conduta não expôs a vida ou a saúde da vítima a perigo, razão pela qual não há que se falar em desclassificação para maus-tratos. Restou, portanto, configurada a ação típica e ilícita do acusado, que se amolda ao crime de lesão corporal, já que o réu se prevaleceu das relações domésticas para praticar o ato, que resultou na lesão corporal, sendo o recurso desprovido (RIO GRANDE DO SUL, 2019f).

Em todas as condenações de lesão corporal é possível perceber que os magistrados consideraram a lesão causada, ou seja, por haver exame pericial que comprova a lesão é que foram condenados pelo crime. Interessante destacar, em relação aos dois últimos julgados analisados que, pelo fato de o evento ser um fato isolado, no qual o pai usou de um tapa na boca para corrigir a filha e no outro de uma cintada nas pernas, ocasionando a lesão, é que foram condenados pelo delito de lesão corporal e não pelo delito de maus-tratos, pois entenderam os magistrados que, no último caso, o tapa não expôs a perigo a vida ou a saúde da menor, mas em razão de ter deixado lesão é que foi passível de punição pelo delito do art. 129, §9º do Código Penal.

6.3 DECISÕES DE ABSOLVIÇÃO

Não foram encontradas decisões de absolvição referentes ao assunto no TJSC. No TJPR foi encontrado apenas 1 (um) julgado, que não foi analisado e, no TJRS foram encontrados 13 (treze) julgados. Destes, foram analisados 4 (quatro).

Os autos n. 004991124.2019.8.21.9000 dizem respeito a um recurso de apelação, interposto pela defesa do réu, que foi condenado pelo delito de maus-tratos e que alegou insuficiência probatória. O réu foi condenado por expor a perigo a vida e a saúde dos enteados e da filha, para fins de educação, abusando dos meios de correção e disciplina. Entretanto, a denúncia não veio acompanhada da exposição dos fatos exatos e os meios utilizados para

praticar o tipo penal, sendo apenas indicado que todos aqueles sofreram agressões, sem precisar dia, meio empregado e qualquer afirmação ou narrativa do resultado produzido. Não havia sequer exame pericial (RIO GRANDE DO SUL, 2019a).

O relator, analisando o contexto dos fatos, entende que ainda que o réu, de fato, tenha agredido a adolescente, não existe prova inequívoca de que tenha agido com dolo de expor a menor a perigo. Contrariamente, entende que a prova revela que o acusado agiu com a finalidade de moldar o comportamento do adolescente da forma que entendia correta, pois mesmo que o réu tenha batido no menor, ainda que de modo inusual, usou dos meios pelos incômodos e desobediência do enteado (RIO GRANDE DO SUL, 2019a).

Entende o relator que, ainda que moralmente reprovável o meio empregado (agressão física), o direito, em especial o direito penal, tutela a ofensa jurídica, o que não se vislumbrou no presente caso, "Pois, o Estado, hipoteticamente diz ou quer dizer de que modo os pais devem empregar na educação dos seus filhos." Portanto, não se pode marginalizar ou criminalizar a conduta da família que efetivamente assume o ônus da educação, ainda que de forma rígida, dita por valores culturais individuais. Não cabe ao Estado inibir pela via penal a correção física para nenhuma correção impor aos menores (RIO GRANDE DO SUL, 2019a). Portanto, deve o tipo penal punir apenas as condutas abusivas ou excessivas, o que no caso em apreço não se visualizou. Por essa razão, estando o acusado dentro dos limites do exercício do poder familiar, votou-se pelo provimento do recurso para absolver o réu (RIO GRANDE DO SUL, 2019a).

Os autos n.035750706.2018.8.21.7000 se referem a um apelo ministerial, no qual a denunciada foi absolvida do crime a ela imposto de maus-tratos contra seu filho de 9 (nove) anos. O Ministério Público alega que as provas são firmes e a própria ré confessa o delito. No presente caso, a infante desobedeceu a genitora, negando-se em escutar e acatar suas ordens, motivo pelo qual perdeu a paciência e desferiu aproximadamente

duas chineladas na menor. Entende a turma que os elementos contidos nos autos não indicam a ocorrência de abuso nos meios de correção e disciplina a ponto de configurar o crime imputado (RIO GRANDE DO SUL, 2019h). Por mais que tenham ocorrido “chineladas”, estas causaram apenas uma pequena e única equimose, não se visualizando, no caso, a exposição ao perigo. Portanto, entende-se que a sentença está correta, não existindo dolo na conduta da genitora de expor a perigo a vida e a saúde da criança, mas sim de moldar as atitudes da criança da forma que entendeu como correta, tentando corrigir e repreender a indisciplina de sua filha. Recurso do Ministério Público desprovido, com a absolvição mantida (RIO GRANDE DO SUL, 2019h).

Nos autos n.035163981.2017.8.21.7000, outro recurso de apelação do Ministério Público pedindo a condenação da ré. Na denúncia, consta que a acusada expôs a perigo a vida e a saúde de seu filho de 10 (dez) anos, abusando dos meios de correção e disciplina, mediante agressões. Na oportunidade, a denunciada agrediu fisicamente a vítima, causando-lhe lesões (escoriações) nos braços, descritas no exame de corpo de delito (RIO GRANDE DO SUL, 2019g). A conduta da ré, embora reprovável, ocasionou escoriações superficiais, restando descaracterizada a prática de maus-tratos, a exposição de perigo a vida ou a saúde do menor e afastada a possibilidade de ter abusado significativamente dos meios de correção, embora a agressão física não seja a melhor forma de educar. Entende o relator que a inoportunidade de excesso nos meios empregados para fins de correção e disciplina não autoriza o reconhecimento do dolo na conduta, situação que acarreta a absolvição da ré, diante da inexistência de punição para a prática de maus-tratos na forma culposa, como reconhecidamente ocorreu. Recurso de apelação do Ministério Público negado, com absolvição mantida (RIO GRANDE DO SUL, 2019g).

Nos autos n. 008037820.2018.8.21.9000, houve recurso de apelação em que o réu foi condenado pelo delito de maus-tratos, uma vez que expôs a

perigo a vida e a saúde de sua enteada de 11 (onze) anos, abusando dos meios de correção e disciplina. Na ocasião, o denunciado, em razão de a criança ter saído para ir até a residência de uma amiga, agrediu a vítima com puxões de cabelos e chutes, provocando-lhe algumas lesões (RIO GRANDE DO SUL, 2019c). Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, alegando que o conjunto probatório apresenta-se insuficiente para alicerçar um juízo condenatório, requerendo a absolvição do acusado. A vítima, mesmo sabendo que não tinha permissão, foi almoçar escondida na casa de uma amiga, onde foi encontrada pelo padrasto, que lhe deu uns tapas, um puxão de cabelo e um chute nas nádegas. A vítima disse que o réu nunca lhe bate, somente lhe castigava via restrição de assistir televisão ou sair de casa (RIO GRANDE DO SUL, 2019c). Analisando o conjunto probatório, entendeu a Turma não ser suficiente para ensejar condenação. De qualquer forma, ainda que se possa considerar que o réu, de fato, agrediu a filha, não existe prova suficiente de ter ele agido com o dolo de expor a criança a perigo. Para a configuração do crime imputado ao réu, é necessária a comprovação do exagero do meio empregado para fins de correção e disciplina (RIO GRANDE DO SUL, 2019c). O tipo penal exige a caracterização do dolo de perigo, a vontade livre e consciente de expor a perigo a vida ou a saúde, corporal ou psíquica da vítima, por meio do uso ilegítimo, imoderado e excessivo dos meios de correção e disciplina, o que não se verifica no presente caso, em que não foi comprovado o elemento subjetivo do crime, ou seja, a vontade consciente de maltratar a vítima, de modo a expor a perigo sua vida ou saúde. "Ainda que os meios de correção possam chocar pela narrativa, não se verifica excesso desmedido nem vontade de fazê-lo de modo desmesurado", alega o desembargador. Recurso provido, com a absolvição do réu (RIO GRANDE DO SUL, 2019c).

Cabe destacar que, embora em alguns dos julgados depreende-se que tenha ocorrido, de fato, escoriações ou lesões, os magistrados entendem que a intenção não foi de lesionar ou expor a perigo a vida ou a saúde de seus

filhos ou enteados, mas de educar os filhos. E que, muito embora a correção física não seja a melhor forma de educar, não houve excesso ou dolo nas condutas, a ponto de configurar os crimes de lesão corporal ou maus-tratos. Logo, acabaram por absolver os réus das imputações criminosas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar os direitos e princípios fundamentais das crianças e dos adolescentes, é possível compreender que existem dispositivos legais e doutrinários que defendem esses direitos. Dentre os princípios, destacam-se, no presente estudo, o da dignidade da pessoa humana, o da proteção integral e o da prevalência dos direitos dos menores. Desse modo, observa-se que a lei, assim como os princípios, são necessários para proteger as crianças e os adolescentes, uma vez que são tidos como frágeis. Sobretudo, o Estado, a sociedade e a família têm o dever de cuidá-los e mantê-los a salvo, garantindo seus direitos.

Nessa perspectiva e tendo em vista que muitos pais ou responsáveis utilizam a famosa “palmadinha” para educar seus filhos, é que este trabalho torna-se relevante, pois há certo dilema em como educar os filhos e não incorrer em infração penal, uma vez que a legislação veda qualquer tipo de violência, até mesmo a leve e moderada correção física. Por esse motivo, é extremamente importante analisar qual tem sido o entendimento dos Tribunais da Região Sul do Brasil a respeito do uso dos meios de correção moderados, como a “palmada” ou a “chinelada”, como forma de educar ou corrigir os filhos.

Verifica-se que a lesão corporal e os maus-tratos são os principais delitos cometidos pelos pais que “agridem” os filhos com o intuito de educá-los. Todavia, o delito de maus-tratos visa à punição daquele que expõe a saúde ou a vida da criança ou do adolescente em risco, enquanto a lesão

corporal visa à punição daquele que age na correção com a finalidade de lesionar.

A análise do poder familiar e a interferência do Estado na vida familiar também são discutidos no trabalho. Assim, verifica-se que a doutrina diverge quanto ao assunto. Alguns defendem o poder familiar e acreditam que deve-se evitar a intromissão do Estado na família, de forma que este somente pode ser usado quando os pais ou responsáveis extrapolam os limites de correção. Entretanto, outros defendem que mesmo o castigo físico moderado deve ser punido. Logo, observa-se que o Estado, visando à proteção das crianças e dos adolescentes, tirou, de certa forma, a autonomia da família em educar e corrigir os filhos quando necessário, de modo que criou leis que proíbem a possibilidade de aplicação de qualquer castigo físico, até mesmo a "palmadinha".

À vista disto, percebe-se que a Lei n. 13.010/2014, conhecida como Lei do Menino Bernardo, veda categoricamente o uso de qualquer meio de correção física, mas não dispõe de punições penais a quem comete esse tipo de conduta, nem mesmo remete especificamente ao Código Penal, bem como não faz menção de como devem os tribunais decidir nesses casos, permitindo que cada Turma Recursal tenha um entendimento diferente diante de cada caso.

Com a pesquisa de jurisprudências efetuada junto aos Tribunais de Justiça do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul, durante o período de janeiro a dezembro de 2019, foram encontrados 31 (trinta e um) julgados sobre condenações e absolvições que envolveram pais ou responsáveis que, de alguma forma, agrediram os filhos com a intenção de discipliná-los.

Diante disso, ao analisar os julgados de condenação, percebe-se que os magistrados, em alguns momentos, não consideraram a conduta dolosa do agente de lesionar ou maltratar, mas sim de que, em não envolvendo risco ou perigo à vida ou à saúde da criança ou do adolescente, a tipificação deve

ser de lesão corporal. Dessa maneira, alguns dos entendimentos foram no sentido de que qualquer conduta ou castigo físico se amolda como violência e deve ser punida de alguma forma. Entretanto, ao se verificar a descrição dos fatos, nem sempre é possível constatar o dolo em cometer o delito, masse vislumbra apenas a intenção de educar ou corrigir os filhos.

Nos casos de absolvição, os Tribunais foram categóricos ao mencionar, nos julgados, a falta de intenção, ou seja, a ausência de dolo para causar lesão corporal ou maltratar, porquanto visualiza-se, no caso concreto, que a intenção seria apenas corrigir e moldar o comportamento errado da criança ou do adolescente, muito embora se tenha utilizado dos meios de correção física, vedados pela lei.

Outro ponto a destacar no estudo jurisprudencial é a forma de interpretação e fundamentação nas decisões, pois houve entendimentos para ambos os enquadramentos criminais. Nos julgados em que houve leve escoriação foi tida como lesão corporal e um hematoma ou lesão foi enquadrado criminalmente como maus-tratos. Alguns julgados evidenciam, entretanto, que um "simples" tapa não expõe a perigo, logo, deve ser enquadrado como lesão. Em outros, mesmo sem qualquer escoriação, deve haver condenação por lesão corporal, diante da palavra da vítima ou de testemunhas.

Portanto, mesmo a lei restringindo qualquer forma de correção, é possível concluir que há possibilidade de absolvição quando em análise do caso concreto, apesar de haver divergências nos entendimentos e embasamentos legais, o que acaba sendo determinante para a ocorrência de condenações, em vários sentidos. Alguns levam a lei ao "pé da letra", enquanto outros analisam o caso concreto sob uma perspectiva mais branda. Verifica-se, nesse sentido, que a lei deveria ser mais específica e dispor de forma mais clara acerca de quais condutas podem ser consideradas delituosas, para que não ocorram tantos entendimentos contraditórios e diversos, acerca de tipos penais específicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 de dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispõe sobre o Código Civil brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014. Dispõe sobre o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante; altera a nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (Estatuto da Criança e do Adolescente). Passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 18-A, 18-B e 70-A. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jun. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal**: parte especial. 9. ed. rev., ampl. e atual: Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FONSECA, A. C. L. da. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte especial**. 9. ed. Rio de Janeiro, 2011.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte especial**. 9. ed. Rio de Janeiro, 2012.

LIBERATI, W. D. **Direito da criança e do adolescente**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, G. **Curso de direito penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PÁDUA, I. A. V. P. Lei Menino Bernardo e a Autonomia na escolha do modelo disciplinar de crianças e adolescentes. **Revista Síntese: Direito de Família**. ano 15, n. 87, p. 55-72, dez./jan. 2015.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 000290965.2018.8.16.0130**. Relator: Desembargador Clayton Camarago. Paranavaí, PR: TJPR, 05 set. 2019. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000010261151/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0002909-65.2018.8.16.0130>. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 004991124.2019.8.21.9000**. Relator: Desembargador Luis Gustavo Zanella Piccinin. Porto Alegre, RS: TJRS, 16 set. 2019a. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 006327733.2019.8.21.9000**. Relator: Desembargador Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, RS: TJRS, 06 nov. 2019b. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação n. 008037820.2018.8.21.9000**. Relator: Desembargador Luis Gustavo Zanella Piccinin. Porto Alegre, RS: TJRS, 25 mar. 2019c. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 008650608.2019.8.21.7000**. Relator: Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, RS: TJRS, 27 jun. 2019d. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 012606217.2019.8.21.7000**. Relator: Desembargador Diógenes V. Hassan Ribeiro. Porto Alegre, RS: TJRS, 29 ago. 2019e. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 022492627.2018.8.21.7000**. Relator: Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, RS: TJRS, 28mar. 2019f. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 035163981.2017.8.21.7000**. Relator: Desembargador Mauro Borba. Porto Alegre, RS: TJRS, 19 dez. 2019g. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 035750706.2018.8.21.7000**. Relator: Desembargador José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, RS: TJRS, 28 mar. 2019h. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Recurso de Apelação nº 000420219.2015.8.24.0012**. Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga. Caçador, SC: TJSC, 21 nov. 2019b. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 15 jan. 2020.

EMPREGABILIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE PELA PERSPECTIVA EMPRESARIAL NOS MUNICÍPIOS DE JOAÇABA, HERVAL D'OESTE, LUZERNA E LACERDÓPOLIS – SC

Ana Carolina Dalpissol¹

Márcia Marcondes Diniz de Freitas²

RESUMO

A inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho é uma forma de inclusão social e é garantida por princípios constitucionais e pela Lei n. 8.213 de 1991, conhecida como Lei de Cotas. O presente artigo tem como objetivo geral entender o contexto da empregabilidade das pessoas com deficiência nos municípios de Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis – SC, tendo em vista a reserva de vagas de emprego garantidas pela Lei de Cotas. O método de pesquisa é qualitativo, com levantamento de dados por meio de questionário e entrevista e compilação pelo método estatístico. Observou-se que, apesar das dificuldades encontradas pelo empresariado, 75% deste contrata pessoas com deficiência de acordo com a legislação e busca efetivar a inclusão no mercado de trabalho. Ainda, os achados relevantes referem-se às dependências dos fatores que regem o mercado de trabalho, tais como: resistência ou incentivo familiar, escolaridade, experiência profissional e rotatividade.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Inclusão social. Mercado de trabalho. Lei de Cotas.

ABSTRACT

The insertion of people with disabilities in the labor market is a form of social inclusion and is guaranteed by constitutional principles and by extensive

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, *Campus* de Joaçaba. *E-mail:* anacarolinadalpissol@hotmail.com.

² Professora orientadora. Advogada em Direito empresarial e tributário. Mestre em Administração Profissional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. *E-mail:* marcia.freitas@unoesc.edu.br.

legislation. This article aims to understand the context of employability of people with disabilities in the municipalities of Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna and Lacerdópolis – SC, in view of the reservation of job vacancies guaranteed by the Quota Law. The research method is dialectical, with data collection through a questionnaire and interview and compilation using the statistical method. It was observed that, despite the difficulties encountered by entrepreneurs, 75% of them hire people with disabilities in accordance with the law and seek to effect inclusion in the labor market. The results also indicated that the professional entry of people with disabilities depends on factors that govern the labor market, such as: resistance or family incentive, education, professional experience and turnover.

Keywords: *People with disabilities. Social inclusion. Labor market. Quota Law.*

1 INTRODUÇÃO

Este estudo refere-se à empregabilidade das pessoas com deficiência, uma análise pela perspectiva empresarial nos Municípios de Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis, no estado de Santa Catarina.

O mundo conta com aproximadamente 7,5 bilhões de pessoas (THE WORLD BANK, 2017), sendo que destas, 1 bilhão possui algum tipo de deficiência, ou seja, cerca de uma em cada sete pessoas no mundo (ONU, 2020). A América Latina tem uma população aproximada de 625 milhões de habitantes, dos quais estima-se que aproximadamente 12% possui alguma deficiência, o que equivale a cerca de 70 milhões de pessoas com deficiência (CEPAL, 2018). A nível de Brasil, as pessoas com deficiência representam 6,2% da população, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2019).

Os municípios objeto deste estudo são Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis, todos do Estado de Santa Catarina. Juntamente, possuem uma população de 56.058 habitantes, dos quais 12.631 possuem algum tipo de deficiência, o que representa 22,53% da população (IBGE, 2010a, 2010b, 2010c, 2010d). Os censos realizados pelo Instituto Brasileiro

de Geografia e Estatística (IBGE) compilaram os dados referente às pessoas com deficiência permanente, dos tipos: auditiva, mental/intelectual, motora e visual.

Diante da relevância desses números de pessoas com deficiência, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trouxe como premissas o princípio da igualdade, os direitos sociais e o direito ao trabalho, sem qualquer forma de discriminação.

Objetivando essa igualdade fática, verificou-se a adoção de políticas públicas visando estimular a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, implementada pela Lei n. 8.213 de 1991, conhecida como Lei de Cotas. Esse diploma legal estipula que empresas com mais de 100 empregados são obrigadas a preencher uma percentagem de seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência (artigo 93 da Lei n. 8.213/1991).

Um dos maiores desafios encontrados pelas pessoas com deficiência (PCD's) no Brasil e no restante do mundo é o acesso ao trabalho (CAMPOS; VASCONCELLOS; KRUGLIANSKAS, 2013, p. 1), eis que são muitas as barreiras a serem enfrentadas para que as PCD's consigam ser inclusas no ambiente laboral e, para além disso, consigam permanecer nele.

Ocorre que, apesar do longo tempo da vigência desta lei, as cotas de empregabilidade das pessoas com deficiência ainda não são cumpridas integralmente pelas empresas brasileiras. Ou seja, PCD's ainda não tem a sua inclusão social consolidada.

Diante deste cenário, o presente artigo buscou averiguar a efetividade da legislação que assegura a empregabilidade das pessoas com deficiência no âmbito dos municípios de Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis – SC, objetivando identificar quantas empresas dos municípios citados se enquadram na Lei de Cotas; e, posteriormente, verificar, nas respectivas empresas, as possibilidades de cumprimento legal e fatores críticos de não cumprimento, inclusive delineando as adequações empresariais para

o cumprimento. Além disso, busca-se comentar a legislação aplicável às pessoas com deficiência, comparando-a com legislações internacionais referente ao tema.

Frisa-se que, apesar da legislação acerca da empregabilidade das pessoas com deficiência já estar consolidada, ainda se vislumbra o descumprimento, por parte do empresariado, da oferta de empregos para as PCD's e da adequação pessoal e estrutural para a inclusão.

Vê-se que a existência de uma legislação específica que assegura um direito ou um dever não garante o seu exercício e a sua efetivação e, desta forma, torna-se indispensável a pesquisa e investigação do cumprimento da Lei de Cotas nos municípios de Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis – SC, os quais possuem um percentual elevado de pessoas com deficiência.

Para a realização da pesquisa, foi utilizado o método dialético, por meio do levantamento de dados e possuindo como ferramenta as técnicas de questionário e entrevista, utilizando-se posteriormente o método estatístico para compilação e explicação dos resultados alcançados.

2 TRABALHO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A sociedade depara-se com a diversidade de pessoas, e, disto, por vezes, tem-se o resultado preconceito social. Neste contexto de minorias e pessoas diferentes, incluem-se as pessoas com deficiência – PCD's, as quais enfrentam dificuldades para se inserir na sociedade e no mercado de trabalho. Sendo o trabalho um fator de dignidade humana, esta seção apresenta o contexto histórico das PCD's e o trabalho.

2.1 A HISTÓRIA SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Historicamente, a sociedade comportou-se de diversas maneiras em relação às pessoas com deficiência. Para uma melhor compreensão,

os ideais de inclusão podem ser classificados utilizando-se os principais períodos da história (PEREIRA, 2010, p. 26).

Durante o período da Idade Antiga, era exigida do homem a perfeição, de modo que, ao nascer com alguma deficiência, a criança era eliminada para o bem da sociedade. Durante o período da Idade Média, com o advento do Cristianismo, as doenças e causalidades que atingiam a população eram consequências da influência do "demônio" e, portanto, as pessoas com deficiência eram penalizadas com castigos físicos ou, em últimos casos, eliminadas nas fogueiras da Inquisição para libertarem-se do mal. Foi apenas no final do Século XVI que, com o desenvolvimento da medicina e compreensão das causas das deficiências, as pessoas com deficiência começaram a ser acolhidas nas Santas Casas de Misericórdia (LARAIA, 2009, p. 24-27).

O período da Idade Moderna tem como marcos principais os movimentos do Renascimento e Iluminismo e, em seguida, as Revoluções Francesa e Industrial, trazendo à sociedade novos processos de organização econômica. Contudo, apesar da mudança de alguns paradigmas, as pessoas com deficiência continuaram a ser excluídas, pois suas limitações eram consideradas obstáculos à produção e à acumulação de capital, de modo que "a Revolução Industrial não apenas excluiu, mas também produziu pessoas com diferença funcional" (PEREIRA, 2009, p. 8). As raras empresas que contratavam as pessoas com deficiência e as incluíam no mercado de trabalho possuíam o fiel objetivo capitalista de obter uma mão de obra mais barata. Posteriormente, no Século XX, ocorreram as duas Grandes Guerras Mundiais, caracterizadas por perseguições das pessoas com deficiência (LARAIA, 2009, p. 29-30).

A sociedade e a limitada legislação nacional e internacional acerca do tema PCD's ainda utiliza o termo "pessoa portadora de deficiência" para se referir àquelas que possuem alguma limitação física ou psíquica. Contudo, a expressão "portador de deficiência" não é adequada, pois relaciona-se com o modelo médico de deficiência, de tal modo que,

portar determinada deficiência seria considerado como um defeito ou uma doença que exigiria um tratamento ou cura e, ainda, o termo "portador" indicaria a possibilidade de deixar de ter a deficiência, pois seria temporária (RAMOS, 2019, p. 274 e 839).

A adoção desse modelo gerou falta de atenção às práticas sociais que justamente agravavam as condições de vida das pessoas com deficiência, ocasionando pobreza, invisibilidade e perpetuação dos estereótipos das pessoas com deficiência como destinatárias da caridade pública (e piedade compungida), negando-lhes a titularidade de direitos como seres humanos. Além disso, como a deficiência era vista como 'defeito pessoal', a adoção de uma política pública de inclusão não era necessária (RAMOS, 2019, p, 274).

Quando os próprios heróis das Guerras começaram a retornar às suas cidades com deficiências sensoriais e físicas, provocadas principalmente por mutilações, a sociedade começou a rever seus conceitos em relação à inclusão das pessoas com deficiência e à terminologia adequada (DALL'ACQUA, 2002, *apud* PEREIRA, 2010, p. 32). Então, a partir da década de 1960, começaram as revoluções sociais voltadas à igualdade das pessoas com deficiência.

O primeiro setor da sociedade a debater a adequação de seu sistema para o atendimento de alunos com necessidades especiais foi a educação, introduzindo a educação especial de cegos e surdos, inicialmente em internatos e posteriormente em associações como a Associação Brasileira de Assistência e Desenvolvimento Social (ABADS) e a Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE) (MAIOR, 2020, p. 1).

Em seguida, vislumbrou-se a necessidade de mudança do termo "portador de deficiência", para um termo mais apropriado e condizente com a realidade social, qual seja "pessoa com deficiência". O termo "pessoa com deficiência" expressa o modelo social, também conhecido como modelo de direitos humanos, o qual não exige mais da pessoa com deficiência a adaptação, mas exige que a sociedade

trate os seus diferentes de modo a assegurar a igualdade, eliminando barreiras à plena inclusão (RAMOS, 2019, p. 274).

O modelo social introduz na sociedade o ideal de que as desvantagens resultam mais das barreiras que das lesões, de tal forma que as barreiras sociais mitigam a independência das pessoas com deficiência e acabam gerando mais vulnerabilidade (DINIZ, 2007, p. 13-17).

Em concordância com o modelo social, a expressão utilizada neste artigo é "pessoas com deficiência" – PCD's, mesmo que em desacordo com o termo utilizado na legislação majoritária. Ainda, em consonância com o artigo 2º da Lei n. 13.146/2015, o termo pessoa com deficiência é utilizado neste artigo como "aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas" (BRASIL, 2015).

A criação de legislações específicas acerca das pessoas com deficiência se deu apenas no final do Século XX e início do Século XXI, com o advento das ações afirmativas, isto é, medidas especiais e temporárias, pensadas pelo Estado, a fim de remediar e combater os efeitos acumulados por um passado discriminatório. As ações afirmativas objetivam acelerar o processo de igualdade por meio de políticas compensatórias, assegurando a diversidade e a pluralidade social. São voltadas para grupos especiais que foram marginalizados, como por exemplo grupos raciais, étnicos, deficientes, religiosos e de gênero (PIOVESAN, 2006, p. 5-8).

Assim, atualmente, as PCD's têm uma legislação de proteção, mas, ainda, se verifica a necessidade de estudos para mensurar a implementação protetiva.

2.2 O TRABALHO E SEU CONTEXTO

Desde os primórdios, um dos aspectos mais influentes na sociedade é a concepção de trabalho, importante fator para a valorização do indivíduo.

Nota-se que não se pergunta à pessoa quem ela é, mas o que ela faz. Para se sentir parte integrante e ativa nas relações sociais cotidianas, o homem precisa estar empregado, ou ao menos ser capaz de ser empregado, expandindo seus relacionamentos, possuindo autonomia para tomar suas decisões e condições econômicas para sanar suas necessidades (LIMA; JURDI, 2014, p. 2).

A ideia de estar incluído compreende o potencial de produção e consumo que o sujeito demonstra, avaliado pelo seu aspecto pessoal e, simultaneamente, pela sua condição de participar da rede de produção coletiva, produzindo valores de troca reconhecidos socialmente (GHIRARDI, 2004, p. 2).

Ainda, o trabalho é uma relevante condição para a inserção social, criando e garantindo um cenário de socialização e desenvolvimento. O rendimento e a possibilidade de trabalhar gera um *status* social, fornecendo identidade, autoestima, criatividade e a obrigação de gerir e controlar o seu próprio trabalho. Em suma, o trabalho dá sentido ao projeto pessoal e social, estruturando relações contratuais, gerindo o tempo e aumentando a consciência política e de cidadania (SEQUEIRA; MAROCO; RODRIGUES, 2006, p. 4).

Nos dias atuais, as relações de trabalho e produção estão incluídas em um contexto de competitividade e emergência do conhecimento como ferramentas essenciais para a contratação em empresas (MANHÃES, 2010, p. 2). Diante deste cenário, surge o termo empregabilidade, isto é: “[...] um conjunto de habilidades, conhecimentos e características pessoais que propicie às pessoas mais chances de escolher e assegurar ocupações em que se sintam satisfeitas e obtenham sucesso” (DEL PINO, 2000; MUNHOZ, 2005 *apud* MANHÃES, 2010, p. 2-3).

Logo, a empregabilidade é uma estratégia de vender a melhor imagem de si mesmo para a sociedade e para o mercado de trabalho, passando de um ser social para um ser com condições de ser empregável e aceito socialmente.

Diretamente interligada à empregabilidade e inclusão de PCD's está a família. Conforme Lima e Jurdi (2014, p. 8), as famílias das pessoas com

deficiência influem diretamente na inclusão, pois frequentemente possuem o sentimento de pena, culpa, superproteção e desconhecimento em relação à perda do BPC. No mesmo sentido, Philereno *et al.*, (2015, p. 6), esclarece que se cria “[...] um processo conflitante, agravado pelo âmbito familiar, que, em alguns casos, apresenta resistência à qualificação, em função da segurança financeira que sentem com o benefício assistencial promovido pelo governo”. E ainda:

Muitos familiares, a despeito do zelo, desconhecem as capacidades dessas pessoas e não sabem como ajudá-las a desenvolver suas potencialidades, e acabam por tratá-las como incapazes. Esse ambiente superprotetor interfere nas relações sociais da pessoa com deficiência e no seu comportamento no ambiente de trabalho. [...] Portanto, pode-se assegurar que o envolvimento da família é importante no processo de inclusão. Quando a família não estimula o filho a buscar trabalho, a inclusão fica prejudicada. No entanto, quando ela participa e acredita este processo é facilitado (NEVES-SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2014, p. 5).

Além da dificuldade encontrada pelas PCD's em relação ao apoio e incentivo familiar para a inclusão no mercado de trabalho, também é um fator influenciador os cargos que as PCD's acabam por ocupar nas empresas, eis que normalmente a sua qualificação e experiência profissional os impedem de laborar em cargos mais elevados, os quais exigem um maior nível de qualificação (VELTRONE; ALMEIDA, 2010, p. 13).

Também foram constatadas nas pesquisas de Philereno *et al.* (2015, p. 13) e Veltrone e Almeida (2010, p. 10) que o gênero da PCD influencia no momento da contratação, pois está intimamente ligado ao cargo que esta PCD pode ocupar e, desta forma, mulheres com deficiência são mais difíceis de serem contratadas, pois cargos voltados às áreas de produção e empacotamento, por exemplo, requerem maior força física.

Em outro viés, as empresas atuam em um mercado competitivo no qual o capital humano qualificado é o principal fator de diferenciação

(PHILERENO *et al.*, 2015, p. 2). As empresas buscam empregar pessoas altamente capacitadas, aptas a superar as ameaças e oportunidades do mercado; buscam competência, abarcando os conhecimentos, as habilidades e as atitudes; buscam funcionalidade e autonomia física e social; buscam competitividade, proatividade, disposição para aprender e capacidade de empreender (MANHÃES, 2010, p. 3).

Nesta perspectiva de competitividade empresarial e, concomitantemente, com as exigências legais de contratação de pessoas com deficiência, as empresas deparam-se com alguns desafios no recrutamento e contratação. Como exemplos, pode-se citar a falta de banco unificado de currículos profissionais de PCD's, o que facilitaria muito a contratação, conforme constatado por Monteiro *et al.* (2011, p. 15); a alta rotatividade de PCD's, de acordo com estudos de Neves-Silva, Prais e Silveira (2014, p. 6), eis que nem todas as pessoas conseguem se acostumar com a rotina do trabalho, retornando ao BPC, ou trocam de empregador considerando apenas o ganho econômico.

O mundo da empregabilidade torna-se uma via de mão dupla: a sociedade, incluindo escolas e empresas, precisa adaptar-se para incluir e as pessoas a serem incluídas precisam estar preparadas para assumir os seus papéis sociais. Precisa-se que ocorra o fenômeno da profissionalização, "uma vez que se insere nas contradições do sistema capitalista, na estrutura social por ele organizada e perpassa ainda questões relacionadas à dinâmica e funcionamento do psiquismo humano e das interações sociais estabelecidas nos diversos contextos" (VIEIRA; VIEIRA; FRANCHISCHETTI, 2015, p. 2).

Desde o início da década de 2000, vive-se em um impasse entre "as necessidades das pessoas em relação ao trabalho, as exigências do mercado e as oportunidades de emprego formal para a população" (VIEIRA; VIEIRA; FRANCHISCHETTI, 2015, p. 3).

Neste contexto, a tentativa da profissionalização e contratação de PCD's e, apesar da existência de políticas públicas voltadas à inclusão no mercado de

trabalho, alguns estudos tem apontado dificuldades para o cumprimento das leis, tais como barreiras arquitetônicas, desconhecimento em relação às deficiências, resistências por parte das empresas e das famílias das PCD's, baixa escolaridade e qualificação profissional (MAIA; CARVALHO-FREITAS, 2015, p. 4).

Dessa forma, o trabalho é uma forma relevante de inclusão social das PCD's, que transcende a dignidade e a autoestima, oportuniza a autonomia e a independência financeira.

3 LEGISLAÇÃO SOBRE O TRABALHO DAS PCD'S

Após permear pelas dificuldades encontradas pelas pessoas com deficiência no desafio da inclusão na sociedade e no mercado de trabalho, é primordial a análise da legislação acerca do trabalho das PCD's.

Para tanto, serão analisadas brevemente a legislação internacional, o direito estrangeiro e as legislações constitucionais e infraconstitucionais.

3.1 LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL

No final da década de 1980 e início da década de 1990 começaram a ser promulgadas, em vários países, leis específicas para a inclusão das pessoas com deficiência, instituindo políticas públicas voltadas principalmente à educação e ao trabalho das PCD's.

Em nível mundial, a Convenção n. 159 da Organização Internacional do Trabalho, incluída pelo Decreto n. 129/1991 no Brasil, estabeleceu a Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, objetivando a igualdade de oportunidades e tratamento a todas as categorias de pessoas deficientes, no que se refere a emprego e integração na comunidade (MANHÃES, 2010, p. 4).

Em 1994, foi elaborada a Declaração de Salamanca, durante a Conferência Mundial sobre Educação Especial, com o objetivo de fornecer diretrizes básicas para a reforma de políticas e sistemas educacionais, em

consonância com o movimento da inclusão social. O Decreto n. 6.949/2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incluindo ações que os Estados Partes devem executar para materializar os direitos garantidos às pessoas com deficiência. Atualmente, a Convenção conta com 181 ratificações e 163 Estados signatários (ONU, 2020).

O artigo 8º da Convenção, estabelece que:

Artigo 8. 1. Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: [...] III) Promover o reconhecimento das habilidades, dos méritos e das capacidades das pessoas com deficiência e de sua contribuição ao local de trabalho e ao mercado laboral; [...] (BRASIL, 2009).

Em seu artigo 9º, a Convenção estabelece várias medidas que os Estados Partes devem adotar para eliminar obstáculos e barreiras à acessibilidade, inclusive no acesso ao trabalho.

Ainda, o artigo 27 da Convenção estabelece alguns parâmetros acerca do trabalho e emprego. Entre eles, pode-se citar a igualdade de oportunidades da pessoa com deficiência em relação às demais pessoas; a oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha, em ambiente que seja aberto, inclusivo e acessível; a proibição de qualquer discriminação; a proteção dos direitos da pessoa com deficiência; a promoção de oportunidades de emprego e ascensão profissional, assim como a assistência na procura, obtenção e manutenção do emprego e no retorno ao emprego; a promoção de trabalho autônomo e empreendedorismo; a promoção de políticas e medidas que poderão incluir programas de ações afirmativas e incentivos ao emprego e a promoção de adaptações razoáveis no local de trabalho (BRASIL, 2009).

3.2 DIREITO ESTRANGEIRO

É importante observar como alguns países enfrentam a inclusão das pessoas com deficiência e quais medidas foram adotadas para receber

a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em outras nações internacionais.

Em países como Itália, Espanha, França, Honduras, Venezuela, Uruguai e Portugal, o sistema de contratação de pessoas com deficiência prevê percentuais de acordo com o número total de funcionários da empresa. Na França e na Espanha, há previsão de exoneração da obrigação de empregar PCD's por intermédio de uma contribuição destinada à inserção profissional destes. Além disso, na Espanha, há uma bonificação de 80% (oitenta por cento) ou 90% (noventa por cento) no sistema de isenção ou redução de impostos para as empresas, nos casos de contratação de mulheres com deficiência (SOUZA JÚNIOR, 2011, p. 2-7).

A estratégia mais utilizada nos países da América Latina para incluir as pessoas com deficiência no mercado de trabalho é a aprovação de leis de cotas, com reserva de vagas. De acordo com Santos (2017, p. 6): "Dos 20 países da América Latina, essa é uma realidade presente em 15 deles", sendo que apenas os Estados do Chile, Colômbia, Cuba, Haiti e México não possuem legislações específicas sobre o tema.

Podem ser destacadas algumas peculiaridades encontradas na legislação da América Latina. O Equador, em sua legislação, permite que: "a cota reservada seja cumprida por familiar de pessoa com deficiência, desde que seja comprovada dependência dela em relação ao membro pleiteante da vaga" (SANTOS, 2017, p. 6).

O Uruguai possui em sua legislação a restrição de fazer novas contratações às instituições públicas que não preenchem as cotas de PCD's. O Chile e o México possuem um selo que premia e reconhece atividades de empresas que buscam e fomentam a inclusão por meio de iniciativas privadas, valorizando as empresas que cumprem com as cotas e que buscam a efetividade da inclusão. O Panamá e a Guatemala possuem incentivo fiscal às empresas que contratam PCD's, por meio do abatimento de impostos (SANTOS, 2017, p. 6-9).

Ainda, nota-se que apenas oito países da América Latina possuem benefícios assistenciais não contributivos para as pessoas com deficiência, objetivando a proteção social e o combate à pobreza e à desigualdade social, entre eles o Brasil (SANTOS, 2017, p. 10).

3.3 LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Brasil possui 210.147.125 habitantes, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Desta população, cerca de 6,2% possui algum tipo de deficiência, sendo que a visual é a mais representativa (IBGE, 2019). Diante desta realidade, a legislação brasileira precisou adequar-se, ao longo do tempo, para adaptar-se à inclusão de pessoas com deficiência.

A Constituição Política do Império do Brasil, promulgada em 1824, previa o direito à igualdade em seu artigo 179, como inviolável e necessário para manter os direitos civis e políticos do cidadão brasileiro; porém não previa formas de mitigar a exclusão das minorias. As Constituições Federais de 1981, 1934, 1937 e 1946 nada previram acerca da igualdade ou direitos das minorias.

A Constituição Federal de 1967, por sua vez, previu o direito à igualdade em relação à educação, em seu artigo 168. Posteriormente, a Emenda Constitucional n. 12, de 1978, assegurou às PCD's a melhoria de sua condição social e econômica mediante educação especial e gratuita; assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país; proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários e a possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos. Pela primeira vez as pessoas com deficiência foram incluídas na legislação brasileira, com igualdade de direitos.

Enfim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de assegurar a igualdade sem qualquer forma de distinção (artigo 5º), ainda assegura a todos os direitos sociais, ou seja, direitos fundamentais de segunda geração que

impõe ao Estado uma obrigação de ofertar prestações positivas em favor dos indivíduos, visando a igualdade e a oferta de melhores condições de vida (VALE; CAROLINA, 2020, p. 4). Leia-se o artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Desta forma, o trabalho é incluído como um direito social regulamentado pelo artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual institui os direitos sociais individuais dos trabalhadores. Entre eles, está previsto no inciso XXXI:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; [...] (BRASIL, 1988).

Este dispositivo traduz uma obrigação de não-discriminação e de isonomia entre todos os trabalhadores, em igualdade de condições e tratamento no mercado de trabalho (VALE; CAROLINA, 2020, p. 18).

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura, em seu artigo 37, inciso VIII, que a administração pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão (BRASIL, 1988).

Ainda, o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil prevê que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à profissionalização, protegendo-o de qualquer forma de discriminação” (BRASIL, 1988). E, ainda, institui como preceito:

Art. 227. §1º, II. [...] a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Logo, compreende-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituiu o princípio da igualdade como uma base para o seu sistema jurídico, de modo que a legislação infraconstitucional precisa seguir este parâmetro essencial a fim de garantir a igualdade para todos, sem qualquer forma de discriminação.

3.4 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Neste viés de garantir a igualdade a todos, precisa-se compreender que, “diante de indivíduos diferentes possam existir regulações diferentes” (SILVA, 2011), de modo que, se a única forma de assegurar efetivamente a igualdade for rompendo a igualdade legislativa para criar leis específicas, isso deve ser feito (NEME; NUNES, 2006, p. 9). Neste sentido, o Brasil promulgou diversas leis infraconstitucionais para garantir a igualdade das pessoas com deficiência.

A Lei n. 7.853/1989 regulamentou, entre outros temas, o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social. Em seu artigo 2º, previu que cabe ao Poder Público e aos seus órgãos assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, incluindo os direitos à educação e ao trabalho, buscando propiciar o bem-estar pessoal, social e econômico (BRASIL, 1989).

Em relação ao sistema de cotas, este foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 1960, por intermédio da Lei n. 3.807/1960, a qual dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. No artigo 55 da referida Lei, entre as disposições diversas, previa-se que, as empresas com 20 empregados ou mais seriam obrigadas

a reservar de 2% a 5% dos seus cargos para atender aos casos de readaptados ou reeducados profissionalmente (BRASIL, 1960). Nota-se aqui o objetivo de inclusão de pessoas historicamente discriminadas, porém sem qualquer menção às pessoas com deficiência.

Para modificar o dispositivo anteriormente citado, foi promulgada a Lei n. 8.213/1991, a qual dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, objeto de estudo deste artigo. Sobre o sistema de cotas na iniciativa privada, o artigo 93 da Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991) estabelece quantos empregados a empresa com 100 funcionários ou mais está obrigada a contratar, conforme tabela explicativa a seguir:

Tabela 1 – Número de Pessoas com Deficiência a serem contratadas pela Lei de Cotas de acordo com o número de funcionários da empresa

Número de funcionários de uma empresa	Percentual assegurado pela Lei de Cotas	Número mínimo de PCD's contratados por número mínimo de funcionários
De 101 a 200	2%	3
De 201 a 500	3%	7
De 501 a 1.000	4%	21
De 1.001 em diante	5%	51

Fonte: Elaborado pela autora, com base na Lei n.º 8.213/1991, artigo 93 (2020).

Conforme Lorentz (2006, *apud* SOUZA JÚNIOR, 2011, p. 7): “[...] o sistema de cotas surgiu com o propósito de possibilitar o reconhecimento das desigualdades sociais através do respeito pela igualdade de oportunidades, a fim de facilitar o acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho”. Ainda, pode-se afirmar que o sistema de cotas busca demonstrar a capacidade produtiva das pessoas com deficiência, a partir do momento em que podem desempenhar um papel importante na sociedade (PASTORE, 2001 *apud* SOUZA JÚNIOR, 2011, p. 8). Neste contexto, em que se vê a existência de uma Lei específica, com a previsão de uma ação afirmativa e um sistema de cotas de emprego, nota-se que não se pode tratar a ação afirmativa como um fim do Estado, mas como um meio de ampliação de oportunidades de acesso;

pois, concomitantemente à ação afirmativa, devem ocorrer investimentos em outras áreas da sociedade que auxiliem na igualdade de condições das PCD's. Investimentos na educação e na profissionalização, por exemplo, são medidas que, a longo prazo, podem tornar desnecessária a Lei de Cotas, pois todos as PCD's teriam acesso aos mesmos bens e oportunidades (VIEIRA; VIEIRA; FRANCHISCHETTI, 2015, p. 3). Diretamente associada à Lei de Cotas, encontra-se a assistência social voltada às PCD's. Há previsão na Constituição da República Federativa do Brasil, veja-se:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

III – A promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – A habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

Para assegurar a efetividade do disposto acima, foi promulgada a Lei n. 8.742 de 1993, a qual dispõe sobre a organização da Assistência Social e assegura, no artigo 20 e seguintes, o Benefício de Prestação Continuada – BPC, correspondente a um salário mínimo mensal às pessoas com deficiência e idosos com sessenta e cinco anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família (BRASIL, 1993).

O Benefício de Prestação Continuada – BPC “integra um rol de políticas de proteção social que impõem ao Estado o dever de promover a cidadania das pessoas pobres no país” (NEVES-SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2014, p. 4). Ainda, impõe a garantia do mínimo existencial para pessoas com deficiência grave que não conseguem exercer uma profissão e estão, concomitantemente, inseridas em famílias que não conseguem gerar o seu próprio sustento sem comprometer a vida de todos.

Ainda, a Lei n. 8.742 de 1993, Lei Orgânica da Assistência Social, estabelece que "Art. 21 -A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual".

Desta forma, a partir do momento em que a pessoa com deficiência consegue ser empregada e inclusa no mercado de trabalho, ocorre a suspensão da concessão do BPC. Conforme Neves-Silva, Prais e Silveira (2014, p. 4):

Até recentemente, o direito ao benefício se extinguia com o ingresso no mercado de trabalho formal. Assim, muitos beneficiários preferiam permanecer em casa, com a renda assegurada, a arriscar-se em um ambiente de trabalho incerto e hostil. Ao se considerar todas as barreiras e discriminações que enfrentam, é compreensível que as pessoas com deficiência considerem a opção pelo BPC a mais adequada.

Assim, com a finalidade de suprir esta dificuldade encontrada pelas pessoas com deficiência, em relação à suspensão do BPC e a difícil inclusão no mercado de trabalho, foi incluída na Lei Orgânica da Assistência Social a possibilidade de que, extinta a relação trabalhista, a pessoa com deficiência volte a receber o seu Benefício de Prestação Continuada. Veja-se:

Art. 21-A. § 1º. Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

§ 2º. A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício (BRASIL, 1993).

Consequentemente, cria-se um incentivo maior para que as pessoas com deficiência busquem a inclusão no mercado de trabalho, pois além da renda própria, o trabalho agrega conhecimentos, vivências e ganhos à vida, tais como a socialização e o respeito, não fornecidos pelo Benefício de Prestação Continuada (NEVES-SILVA; PRAIS; SILVEIRA, 2014, p. 5).

Posteriormente, é promulgado o Decreto n. 3.298/1999 para regulamentar a Lei n. 7.853/1989, dispondo sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e, por meio do Decreto n. 3.956/2001, é promulgada a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência.

Em sequência, o Decreto n. 5.296/2004 regulamenta as Leis n. 10.048/2000 e 10.098/2000, estabelecendo normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Após cerca de treze anos de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovado, em 2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio da Lei n. 13.146 de 2015. "O Estatuto passou a ser um dos principais marcos legislativos nacionais para a proteção dos direitos das pessoas com deficiência no país" (SANTOS, 2016, p. 5). É uma legislação modernizada que altera o tratamento jurídico das pessoas com deficiência no país, fortemente interligada aos direitos humanos.

Entre os conceitos expostos pelo Estatuto, destaca-se o conceito de desenho universal: "Art. 3º, II – desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva" (BRASIL, 2015). Esse conceito possui o objetivo de interligar, ou seja, deixa de visualizar a pessoa com deficiência em áreas distintas, como saúde, educação ou trabalho, e inclui todos os fatores sociais em conceitos inclusivos que, ao longo dos anos, precisam ser materializados. Desta forma, o desenho universal é uma perspectiva

futurística que visa assegurar a todas as pessoas, sem discriminação ou qualquer barreira, direitos iguais diante de todas as situações da vida.

Nesse viés, o Estatuto prevê, por exemplo, o direito à habilitação e reabilitação:

Art. 14. Parágrafo único. O processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, talentos, habilidades e aptidões físicas, cognitivas, sensoriais, psicossociais, atitudinais, profissionais e artísticas que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

Assegura-se também o direito à educação, destacando-se a:

Art. 28. IX – Adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência; [...] (BRASIL, 2015).

Após assegurada a igualdade de condições na educação e na habilitação e reabilitação, o Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê o direito ao trabalho:

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

§ 1º As pessoas jurídicas de direito público, privado ou de qualquer natureza são obrigadas a garantir ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos. [...] (BRASIL, 2015).

Logo, têm-se uma legislação principal que impõe a obrigatoriedade de contratação de PCD's, a Lei n. 8.213/1991 e, concomitantemente, uma legislação que obriga a garantia de ambientes de trabalho acessíveis e inclusivos, em consonância com a perspectiva de desenho universal, a Lei n. 13.146/2015. Neste cenário, há duas posições a serem analisadas: a posição

da PCD, que quer ser empregada e inclusa no mercado de trabalho e a posição do empregador, que muitas vezes enfrenta dificuldades e obstáculos para empregar corretamente a PCD. De acordo com o Instituto Ethos (2002, p. 11), "incrementar a diversidade é promover a igualdade de chances para que todos possam desenvolver seus potenciais", ou seja, para promover a inclusão das PCD's, precisa-se garantir o livre e adequado acesso a todos os bens da sociedade, desde saúde e educação, até o trabalho. No mercado de trabalho: "Não se trata [...] somente de contratar pessoas com deficiência, mas também de oferecer as possibilidades para que possam desenvolver seus talentos e permanecer na empresa, atendendo aos critérios de desempenho previamente estabelecidos" (INSTITUTO ETHOS, 2002, p. 11).

O artigo 37 do Estatuto da Pessoa com Deficiência prevê que:

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho (BRASIL, 2015).

Desta forma, vê-se que não falta aparato legal para que as pessoas com deficiência sejam contratadas no mercado de trabalho. Contudo ainda há, na sociedade, preconceitos e barreiras das mais diversas que, automaticamente, excluem as pessoas do processo produtivo. Essas barreiras, recentemente conceituadas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, são físicas e principalmente atitudinais, pois uma pessoa com deficiência "parece guardar uma condição que inviabiliza a vida", tornando-a limitada, improdutiva e incapaz de cuidar de si mesma, sendo vista pelos demais como digna de pena e carente de ajuda, não de trabalho ou socialização (BARSAGLINI; BIATO, 2015, p. 12).

E, em outro viés, há a dificuldade da empresa em contratar, pois, quando decide incluir, prioritariamente, deve enfrentar as dificuldades de compreensão e informação, tanto dos empregadores quanto dos empregados, a inexperiência dos demais funcionários da empresa em conviver com as PCD's e, ainda, a precária educação, profissionalização e experiência das pessoas com deficiência (INSTITUTO ETHOS, 2002, p. 20).

4 ANÁLISE DA EMPREGABILIDADE NOS MUNICÍPIOS DE JOAÇABA, HERVAL D'OESTE, LUZERNA E LACERDÓPOLIS

Após realizadas a análise histórica da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e o estudo da legislação acerca das PCD's e, diante das dificuldades enfrentadas tanto pelo empresariado quanto pela pessoa com deficiência nos momentos da contratação e manutenção no trabalho, observou-se a viabilidade de realizar uma pesquisa no âmbito de alguns municípios para constatar, efetivamente, qual é a realidade do mercado de trabalho.

Assim, foi realizada uma pesquisa nos municípios de Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis para averiguar a empregabilidade das pessoas com deficiência nas empresas que possuem mais de 100 empregados e, conseqüentemente, enquadram-se na obrigatoriedade de contratação de acordo com a Lei n. 8.213/1991 (Lei de Cotas).

4.1 MÉTODOS E EMPRESAS PESQUISADAS

Para realizar a pesquisa nas empresas com mais de 100 empregados, foi utilizado como método de abordagem o método qualitativo.

Como estratégia de pesquisa, conforme Yin (2005), utilizou-se o levantamento de dados, onde se focalizam acontecimentos contemporâneos.

Apesar da pergunta norteadora deste estudo ser uma questão “quantos, como e qual”, o escopo do trabalho é identificar os fatores críticos para o sucesso da implementação legal. Assim, considerando as características do estudo e analisando os métodos possíveis, a estratégia mais adequada foi o levantamento de dados, com base em documentos e entrevistas junto a pessoas envolvidas no processo de recrutamento, seleção e administração das empresas.

E, para a realização de uma pesquisa qualitativa, o pesquisador deve se atentar aos símbolos e metáforas utilizadas pelo entrevistado (RUBIN; RUBIN, 1995). Para tanto, como ferramenta de coleta de dados foram utilizadas as técnicas de questionário e entrevista. Conjuntamente, estas duas técnicas surtem efeito, pois através do questionário, com um conjunto de perguntas objetivas, a pessoa responde rapidamente e, posteriormente, é realizada uma breve entrevista, permitindo verificar a opinião pessoal e empresarial sobre determinados acontecimentos e desafios, checar sentimentos e conhecer condutas e motivações (SILVA; PORTO, 2016, p. 68).

Por fim, para compilação dos dados, foi utilizado o método estatístico, visando “reduzir os fenômenos sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos a termos quantitativos, que, manipulados estatisticamente, possibilitam comprovar relações entre eles e alcançar generalizações ou a compreensão e seu significado” (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017).

Inicialmente, foi escolhido como município principal para realização da pesquisa de campo o município de Joaçaba, do estado de Santa Catarina, por tratar-se do município onde está localizado o Campus da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Para contribuir com o projeto, foram elencadas também empresas de alguns municípios vizinhos, quais sejam: Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis.

As empresas que fizeram parte deste estudo foram selecionadas a partir de uma listagem fornecida pelo Ministério do Trabalho e do Emprego de Joaçaba/SC, que continha o cadastro de 51 empresas com mais de 100 funcionários.

Destas 51 empresas, 15 foram desconsideradas por não possuírem sede nos municípios pesquisados ou por tratarem-se de órgãos públicos, afastando-se do objeto de estudo deste trabalho.

Posteriormente, foram contatadas 24 empresas, as quais foram convidadas a participar da pesquisa por meio de contato telefônico. Mesmo após sucessivas tentativas, apenas 8 empresas responderam positivamente e aceitaram participar da pesquisa, correspondendo a um terço das empresas convidadas.

O questionário foi planejado na plataforma de formulários do Google, constituindo-se de 13 questões objetivas ou de resposta curta e possuindo como tópicos: características da empresa; características das pessoas com deficiência contratadas na empresa; e dificuldades empresariais, adaptação empresarial e auxílio de instituições. Na abordagem inicial do questionário, destacou-se que as respostas às perguntas sugeridas são sigilosas, de modo que as empresas não correm riscos de comprometimento ou exposição das informações concedidas.

Em seguida, foi realizado o encaminhamento do questionário por correspondência eletrônica para as empresas que aceitaram participar da pesquisa. As correspondências eletrônicas foram encaminhadas para o setor de Recursos Humanos das empresas, eis tratar-se do setor responsável pelo recrutamento, seleção e contratação dos funcionários, incluindo as PCD's. Para complementação, foram marcadas entrevistas com os setores de Recursos Humanos, com o principal objetivo de averiguar detalhes sensíveis que não poderiam ser expostos em dados quantitativos por meio do formulário.

Após a coleta de dados, foram reunidas as respostas por blocos de temas, de acordo com os tópicos já mencionados, a fim de averiguar se há similaridade entre as dificuldades encontradas pelo empresariado nos municípios pesquisados e se estes desafios tentam ser sanados pelas empresas para efetivar a inclusão no mercado de trabalho.

4.2 ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O questionário possui 13 perguntas, divididos em três tópicos principais.

O primeiro tópico apresentado buscou coletar informações acerca da empresa, ou seja, o ramo de atividade principal, o número total de funcionários e o número total de pessoas com deficiência contratadas nos últimos anos.

Na tabela a seguir, há a enumeração das empresas participantes, com nomes fictícios de acordo com o alfabeto fonético mundial, visando manter a discrição e confidencialidade das respostas; além de informações sobre o ramo de atividade das empresas, número de funcionários contratados, número de PCD's contratados e comparação com a legislação aplicável:

Tabela 2 – Relação das empresas pesquisadas e quantitativos dos funcionários contratados, com comparação à legislação

Nº da empresa	Empresa	Ramo da atividade	Nº de funcionários	Nº de PCD's contratados	Nº de contratações exigidas pela lei	Relação entre as contratações efetivadas e as exigidas
01	Alfa	Comércio	109	2	3	-1
02	Beta	Prestação de Serviços	103	4	3	+1
03	Charlie	Comércio	54	2	0	+2
04	Delta	Indústria	96	1	0	+1
05	Echo	Prestação de serviços	2.081	10	51	-41
06	Foxtrot	Comércio	149	5	3	+2
07	Golf	Comércio	436	12	7	+5
08	Hotel	Prestação de serviços	92	5	0	+5

Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

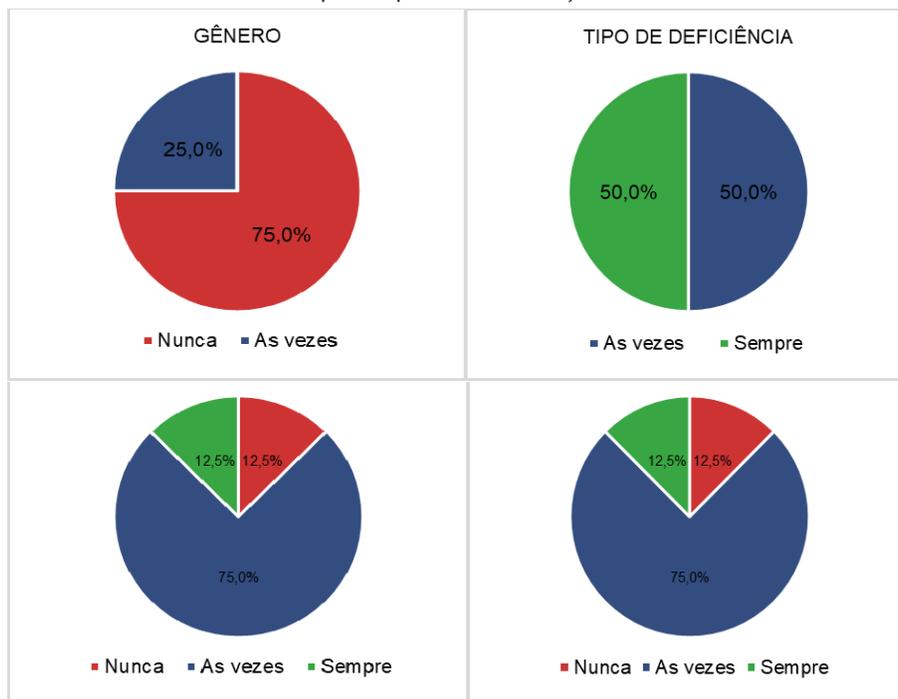
Conforme vê-se na tabela acima, a presença do ramo comercial é significativa, seguida pela prestação de serviços e indústria. Salienta-se que possuem de 54 a 2.081 empregados no total, sendo que dentre estes, todas possuem pessoas com deficiência em seu quadro de pessoal. Observa-se

que as empresas Charlie, Delta e Hotel possuem a contratação de PCD's mesmo sem exigência legal, de acordo com o número total de funcionários que possuem; e, em contrapartida, as empresas Alfa e Echo não estão cumprindo com as quotas exigidas pela Lei 8.213/1991.

De acordo com as respostas obtidas: a) nos anos de 2017 e 2018, predominou nas empresas a contratação de apenas 1 PCD; b) nos anos de 2019 e 2020, predominou nas empresas a contratação de 2 a 5 PCD's; c) nenhuma das empresas participantes possui ou já possuiu em seu quadro de pessoal mais de 12 empregados com deficiência.

O segundo tópico do questionário contou com perguntas relacionadas às pessoas com deficiência contratadas e a relação da empresa com a empregabilidade e demais ações de responsabilidade e sustentabilidade social.

Gráfico 1 – Critérios observados pela empresa na contratação de PCD's



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Denota-se dos gráficos acima que, nas empresas pesquisadas, o que mais influencia na contratação da PCD é o tipo de deficiência, seguido da escolaridade e a experiência profissional, conforme também observado nas pesquisas de Maia e Carvalho-Freitas (2015); sendo que o gênero raramente é considerado no momento da seleção e escolha da pessoa com deficiência para o trabalho, contrariamente ao observado nas pesquisas de Philereno *et al.* (2015) e Veltrone e Almeida (2010). Constata-se, de início, que há um certo preconceito em relação ao tipo de deficiência que a PCD possui, sendo este um parâmetro para sua capacidade, por exemplo; mas, ao mesmo tempo, há a prevalência de igualdade entre os gêneros, em conformidade com os princípios igualitários trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil e demais diplomas legais.

Com o objetivo de aprofundar o exposto acima, foram realizadas duas perguntas voltadas diretamente ao tipo de deficiência e à escolaridade exigida para a contratação nas empresas. Com as respostas, foi elaborada a seguinte tabela:

Tabela 3 – Tipos de deficiências predominantes nas empresas pesquisadas nos últimos 3 anos

Tipo da deficiência predominante	Nunca	As vezes	Sempre
Deficiente físico	1	2	5
Deficiente visual	4	2	2
Deficiente auditivo	3	4	1
Síndromes (como a Síndrome de Down)	5	2	1
Deficiente intelectual	5	2	1

Fonte: Elaborado pelas autoras, com base nas pesquisas realizadas (2020).

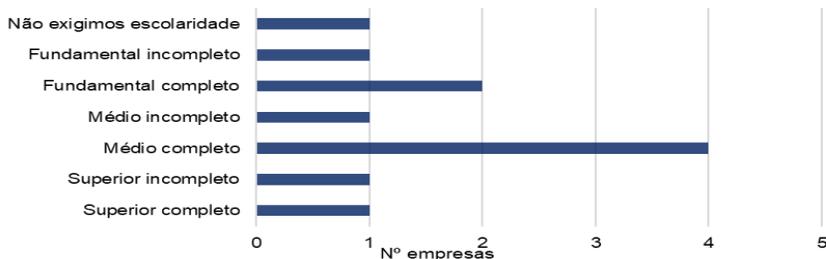
Desta forma, observa-se que a deficiência predominante nas empresas dos municípios abrangidos por este estudo é a deficiência física, seguida pela deficiência visual, juntas somando 62,5% das contratações.

A motivação desse critério de escolha de PCD's, majoritariamente, se dá, apesar das adequações físicas exigidas para a contratação de um

deficiente físico, pela maior autonomia no desempenho de suas funções, enquanto os empregados com outros tipos de deficiência exigem cuidados mais frequentes. Conforme citado pela empresa Alfa: “Deficientes físicos conseguem se virar, enquanto os outros exigem que tenhamos mais um funcionário cuidando dele o tempo todo”.

Em relação à escolaridade, os dados foram compilados no gráfico a seguir:

Gráfico 2 – Critério de contratação referente a escolaridade



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Constata-se que 50% das empresas, no momento da contratação de pessoas com deficiência, exige a escolaridade de nível médio completo, seguida pelo nível fundamental completo. A empresa Golf, durante a entrevista, relatou que: “Tentamos exigir uma escolaridade maior, porém não conseguimos encontrar pessoas com deficiência com uma boa escolaridade”.

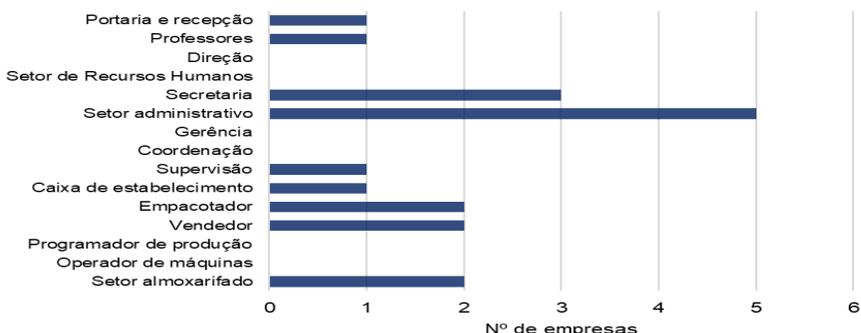
Assim como nas pesquisas realizadas por Lima e Jurdi (2014), Neves-Silva, Prais e Silveira (2014) e Philereno *et al.* (2015), esta pesquisa também se deparou com relatos do empresariado que indicam como fator influenciador na contratação de pessoas com deficiência o incentivo das famílias e a superproteção destas, eis que, das 8 empresas pesquisadas, 6 citaram que um fator primordial nesta relação de estudos e trabalho é o incentivo e a educação familiar.

Conforme relatado pela empresa Beta: “A qualificação, profissionalização e incentivo para o mercado de trabalho surgem do berço familiar”. E ainda, neste sentido, a empresa Hotel comentou que: “Tudo vem

da família, e se a família incentiva os estudos e a inserção no mercado de trabalho, a pessoa com deficiência vai preferir trabalhar, se sentir útil, do que ficar em casa, dependente e recebendo BPC".

Em seguida, questionou-se quais as funções desempenhadas pelas PCD's contratados nas empresas, sendo confeccionado o seguinte gráfico com as respostas:

Gráfico 3 – Funções desempenhadas pelos PCD's contratados



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Vê-se que os cargos predominantes em 5 das empresas pesquisadas são cargos ligados ao setor administrativo, seguidos pelos cargos de secretaria e posteriormente cargos de empacotador e vendedor. Observa-se que são funções auxiliares, ou seja, cargos que possuem sua importância, porém que podem ser diretamente auxiliados por outros funcionários, conforme também verificado nos estudos de Veltrone e Almeida (2010).

Constata-se que estão diretamente interligados os fatores escolaridade e função exercida pela PCD, pois quanto maior a qualificação da pessoa com deficiência, maior será a possibilidade de exercer um cargo que não seja auxiliar, como cargos de gerência e chefia. Ademais, interligado a estes fatores, está a alta rotatividade, que será abordada futuramente neste artigo, mas que, de acordo com a empresa Golf: "Como temos alta rotatividade de pessoas com deficiência na empresa, não nos sentimos seguros de confiar

cargos mais elevados à elas, pois quando se capacitam e conseguem pegar o jeito, pedem demissão e nos deixam na mão”.

A pergunta seguinte questiona: “Há quanto tempo a empresa contrata PCD's?”. Diante das respostas, foram compilados os seguintes dados:

Gráfico 4 – Tempo (anos) em que a empresa utiliza a contratação de PCD's



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Nota-se que apenas 3 empresas há mais de 10 anos contratam pessoas com deficiência, enquanto as outras contratam de 8 a 10 anos, há 3 anos ou há 1 ano. Diante do gráfico, evidencia-se que a contratação de PCD's nas empresas pesquisadas não é uma prática de longa data e consolidada, mas recente, podendo-se inferir que por obrigação legal.

No quesito “se a empresa desenvolve alguma outra ação de responsabilidade e sustentabilidade social junto aos funcionários”, foram obtidas as seguintes respostas: a) 3 empresas realizam contratação de menor aprendiz; b) 2 empresas não desenvolvem outras ações; c) 1 empresa efetua a contratação de presidiários; d) 1 empresa possui campanhas internas, além de uma equipe multiprofissional que desenvolve trabalho interno e externo, por meio da parceria com outras empresas, a fim de empregar pessoas com deficiência; e, e) 1 empresa possui vários

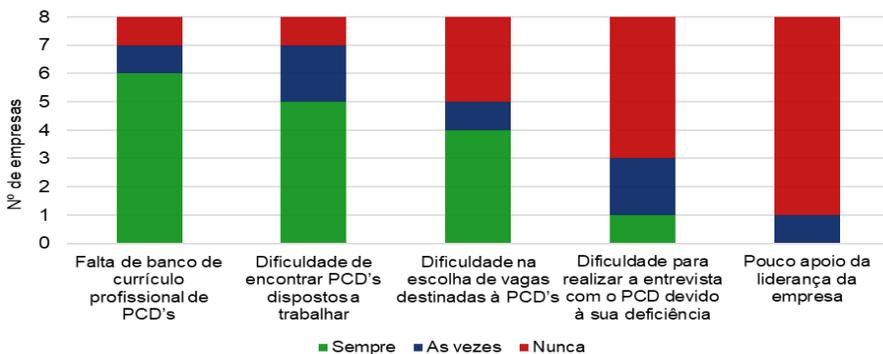
programas externos que estão à disposição de colaboradores, por meio de assistência psicológica, jurídica, social e financeira.

Em consonância com as respostas citadas acima, pode-se afirmar que 75% das empresas pesquisadas desenvolvem ações de responsabilidade e sustentabilidade social com os seus funcionários e com a comunidade externa. A empresa Charlie comentou, em entrevista: “Sempre tentamos fazer ações sociais e de auxílio ao próximo, como a contratação de menor aprendiz”. A empresa Golf relatou: “Fazemos ações na empresa, mas não precisamos fazer muitas coisas voltadas à aceitação dos funcionários novos ou deficientes, porque a inclusão aqui se torna automática e natural”.

O terceiro tópico de perguntas abrange as dificuldades empresariais, a adaptação do empresariado e o auxílio de instituições.

A primeira pergunta formulada neste tópico é: “Quais são as principais dificuldades encontradas no momento do recrutamento e seleção de PCD's?”. Com as respostas, foi elaborado o gráfico a seguir:

Gráfico 5 – Dificuldades no recrutamento e seleção de PCD's



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Analisando-se os dados apresentados, pode-se assegurar que 75% das empresas afirmaram que a maior dificuldade no recrutamento e seleção de pessoas com deficiência é a falta de banco de currículo profissional das

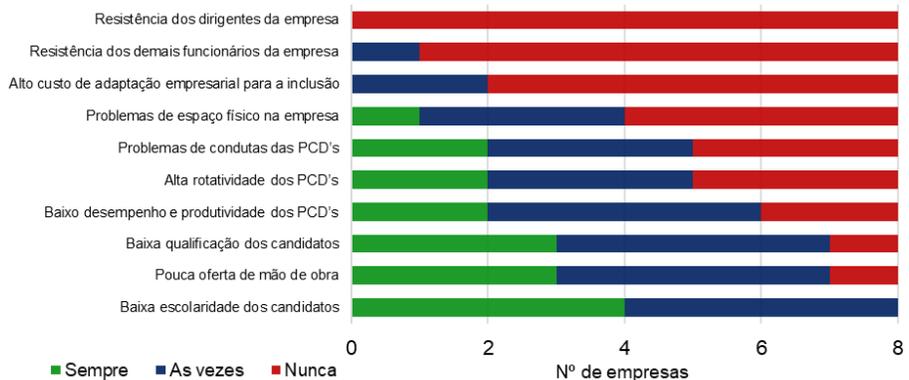
peças com deficiência, conforme também constatado nas pesquisas de Monteiro *et al.* (2011). Concomitantemente com esta dificuldade e em consonância com o também constatado por Neves-Silva, Prais e Silveira (2014), está a dificuldade de encontrar PCD's dispostos a trabalhar, o que se infere pela possibilidade legal de acessar o BPC, direito constitucional e que auxilia na qualidade de vida de PCD's.

Durante as entrevistas realizadas nas empresas, os profissionais de recursos humanos entrevistados relataram estas dificuldades dando ênfase ao fato de que é muito difícil encontrar pessoas com deficiência que estejam qualificadas ao trabalho e que queiram efetivamente trabalhar, principalmente em função das dificuldades que encontram ao sair de casa para o trabalho e à estabilidade que sentem com o Benefício de Prestação Continuada.

Foram elencadas também como dificuldades enfrentadas pelo empresariado a dificuldade na escolha de vagas destinadas à PCD's e, apenas a empresa Alfa elencou a dificuldade para realização da entrevista, pois, de acordo com o relatado: "Já entrevistei uma pessoa surda, e aí vi que não sabia me comunicar com ela. Foi difícil entender o que queria dizer e acabou sendo a análise do currículo e a primeira impressão que contou". Ainda conforme o gráfico, nenhuma empresa elencou como dificuldade a falta de apoio da liderança empresarial.

Em seguida, foi questionado às empresas: "Quais são as principais dificuldades encontradas no momento da contratação de PCD's e em sua manutenção na empresa?", sendo que o responsável por responder o questionário podia escolher mais de uma opção de resposta. Com esta pergunta, objetivou-se averiguar, principalmente, quais são os desafios enfrentados para contratar a pessoa com deficiência e como a empresa age para tentar manter esses empregados por mais tempo contratados, gerando estabilidade profissional. Com os resultados obtidos, foi confeccionado o seguinte gráfico:

Gráfico 6 – Dificuldades na contratação e manutenção do emprego de PCD's



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Conforme depreende-se do gráfico acima, percebe-se que a maior dificuldade encontrada pelo empresariado em relação à contratação de pessoas com deficiência é a baixa escolaridade dos candidatos (4 empresas), seguida pela pouca oferta de mão de obra e baixa qualificação dos candidatos, ambas com as respostas de 3 empresas, em conformidade com os estudos de Maia e Carvalho-Freitas (2015) e Veltrone e Almeida (2010). Posteriormente, as empresas elencaram o baixo desempenho e produtividade, a alta rotatividade e problemas de condutas das PCD's, todos selecionados por 2 empresas. Apenas a empresa Charlie indicou como dificuldade o espaço físico.

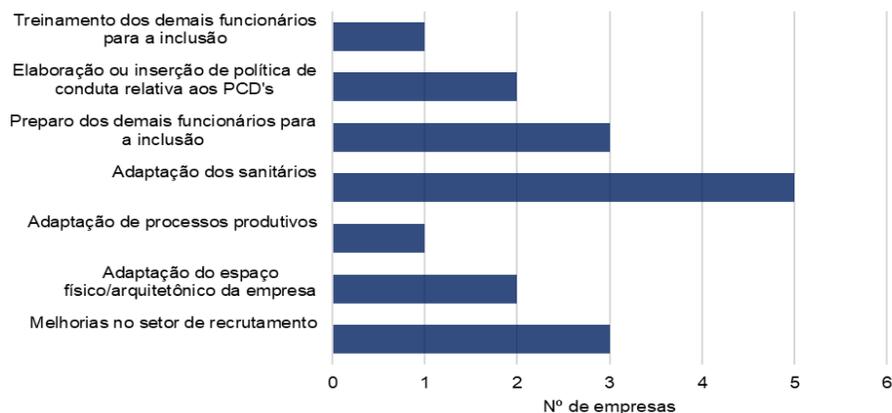
Os entrevistados confirmaram o exposto acima, expondo que normalmente as pessoas com deficiência não possuem, por exemplo, o grau superior, impossibilitando assim a contratação para cargos superiores. Além disso, o empresariado citou a alta rotatividade como um desafio a ser enfrentado, conforme palavras da responsável pelo setor de Recursos Humanos da empresa Golf: "São realizados treinamentos e repassados ensinamentos ao funcionário, os demais funcionários se acostumam com ele, e no próximo mês pede a conta, e então precisamos contratar um novo, iniciando novamente o processo, e assim se repetindo durante todo

o ano". Neste sentido, os estudos de Neves-Silva, Prais e Silveira (2014) também elencaram a alta rotatividade como desafio a ser enfrentado pelo empresariado.

As empresas Delta e Foxtrot também relataram que é um desafio muito grande ter as pessoas com deficiência em seu quadro de funcionários porque, normalmente, precisam assegurar maiores benefícios à elas; inclusive, muitas preferem manter-se desempregadas e recebendo o benefício de prestação continuada do que laborar nas empresas e sair da zona de conforto, enfrentando desafios como transporte, locomoção e aceitação.

Posteriormente, foi realizada uma pergunta para o empresariado acerca das adaptações realizadas, no espaço físico e pessoal, para facilitação da contratação de PCD's. Novamente, as empresas poderiam selecionar mais de uma resposta e também elencar outras adaptações realizadas. As respostas foram compiladas no gráfico abaixo:

Gráfico 7 – Adaptações necessárias para a contratação de PCD's



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Pode-se observar que 5 das empresas elencaram como principal adaptação os sanitários, seguidas pelo preparo dos demais funcionários para a inclusão e melhorias no setor de recrutamento, ambas selecionadas

por 3 empresas; e elaboração ou inserção de política de conduta relativa às PCD's e adaptação do espaço físico da empresa, ambas elencadas por 2 empresas.

Os entrevistados das empresas Beta e Hotel narraram que as adaptações físicas estão sendo realizadas na medida em que são exigidas pelo poder público, de modo que, nos últimos anos, foram realizadas mais reformas voltadas à extinção de barreiras físicas e arquitetônicas, mas voltadas aos clientes, não diretamente aos funcionários contratados pela empresa. Além disso, relataram que, em média, as PCD's contratadas são bem aceitas pelos demais funcionários, não se fazendo necessário políticas empresariais voltadas à inclusão e convívio profissional.

Finalmente, a última pergunta realizada foi: "Entre as opções de instituições a seguir, quais a empresa procura e possui como parceiras para auxiliar no recrutamento e seleção de PCD's?". Com as respostas obtidas, elaborou-se o seguinte gráfico:

Gráfico 8 – Empresas parceiras para a contratação de PCD's



Fonte: Elaborado pelas autoras (2020).

Esta pergunta foi elaborada visando constatar se a empresa procura auxílio de instituições para encontrar as pessoas com deficiência aptas e interessadas no trabalho, em referência a falta de inclusão das PCD's; porém as instituições não são procuradas e por vezes nem conhecidas.

Vê-se que 2 empresas elencaram não procurar qualquer instituição, bem como não sugeriram outra instituição parceira. Da mesma forma, apenas 1 empresa indicou, como forma de contratação, a indicação ou procura pelas próprias PCD's. Foram selecionadas, respectivamente: APAE e SINE, selecionadas por 4 empresas; INSS, escolhido por 3 empresas; APAS e Assistência Social do Município, selecionados por 1 empresa. A empresa Charlie expôs que: "As vezes tentamos entrar em contato com o SINE para conseguir contatos de pessoas com deficiência que estejam procurando um emprego, mas acho que nem eles têm relações dessas pessoas, porque são poucas". O entrevistado da Alfa também mencionou que: "É mais fácil tentar encontrar os empregados com deficiência com alguma indicação, tipo um amigo de um amigo da família dele, que saiba que ele quer trabalhar".

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral deste estudo foi averiguar a efetividade da legislação que assegura a empregabilidade das pessoas com deficiência junto ao empresariado no âmbito dos municípios de Joaçaba, Herval D'Oeste, Luzerna e Lacerdópolis – SC, por meio de uma pesquisa com levantamento de dados por meio de questionário e entrevista.

Em relação ao cumprimento da Lei de Cotas, pôde-se concluir com este estudo que 100% das empresas pesquisadas realizam a contratação de pessoas com deficiência, sendo que 75% delas estão contratando de acordo com os parâmetros legais.

Além disso, traçam-se algumas conclusões pontuais acerca da empregabilidade das pessoas com deficiência no empresariado dos municípios objeto de pesquisa: **a)** o gênero raramente é observado no momento de escolha das PCD's, contrariamente ao observado nas pesquisas de Philereno *et al.* (2015) e Veltrone e Almeida (2010); **b)** é importante critério de seleção os níveis de escolaridade, bem como alguma experiência

profissional, conforme também observado nos estudos de Maia e Carvalho-Freitas (2015); **c)** majoritariamente, as empresas contratam deficientes físicos, em detrimento das outras deficiências; **d)** as funções exercidas pelas pessoas com deficiência são, em sua maioria, funções secundárias e auxiliares, conforme também constatado nos estudos de Veltrone e Almeida (2010); e **e)** a contratação de PCD's não é uma prática de longa data e consolidada, mas recente, podendo-se concluir que por obrigação legal.

Outrossim, as maiores dificuldades enfrentadas pelo empresariado em relação à seleção, recrutamento e contratação de pessoas com deficiência são relacionadas à falta de banco de currículos profissionais, falta de mão de obra especializada, falta de PCD's disponíveis e dispostos ao trabalho, falta de incentivo familiar, bem como baixa escolaridade e qualificação dos candidatos, baixo desempenho, baixa produtividade e alta rotatividade das PCD's; todos aspectos também elencados pelas pesquisas de Lima e Jurdi (2014), Maia e Carvalho-Freitas (2015), Monteiro *et al.* (2011), Neves-Silva, Prais e Silveira (2014) e Philereno *et al.* (2015), por exemplo.

Percebe-se que são aspectos recorrentes e elencados não apenas pelas empresas pesquisadas, mas por muitas empresas que já responderam a pesquisas semelhantes no país.

Este estudo chegou a boas conclusões, eis que não se esperava encontrar 100% do empresariado contratando pessoas com deficiência, mesmo que alguns deles sem cumprimento total da Lei de Cotas. Constatou-se e comprovou-se que a existência de uma legislação consolidada não assegura o seu efetivo cumprimento, pois não basta apenas assegurar o emprego à pessoa com deficiência, é preciso também estar atento às dificuldades enfrentadas pelo empresariado para contratar e manter o emprego das pessoas com deficiência.

Para próximos estudos sobre o tema propõe-se a realização de pesquisa e análise das instituições de qualificação profissional das PCD's, como a Associação dos Pais e Amigos dos Excepcionais – APAE, bem como instituições de fomento ao trabalho, como o Serviço Nacional de Emprego – SINE, a fim de

investigar quais ações são desenvolvidas por estas instituições para qualificar os profissionais, fomentar a contratação e auxiliar o empresariado nesta missão.

Conclui-se que, em relação à contratação de pessoas com deficiência, precisam ser analisados todos os fatores envolvidos levando-se em consideração duas visões distintas: a do profissional a ser contratado, muitas vezes desqualificado e desmotivado; e a do empresariado, que encontra muitos desafios para efetivar a legislação de Cotas.

Afinal, o pré-conceito se dá tanto em relação à pessoa com deficiência, quanto em relação à empresa, que, onde deveria encontrar o apoio das instituições e da sociedade, frequentemente encontra críticas e pré-julgamentos, sendo tratada como a vilã da história. Para além disso, além de cumprir com os dispositivos éticos e morais da proposta da inclusão, é preciso estimar que, em um futuro próximo, a empresa esteja preparada o suficiente para contratar a pessoa com deficiência naturalmente, enquanto a pessoa com deficiência estará motivada, qualificada e disposta a dispender a sua força de trabalho, tornando-se, enfim, desnecessária a previsão de Lei de Cotas de empregabilidade.

REFERÊNCIAS

BARSAGLINI, R. A.; BIATO, E. C. L. Compaixão, piedade e deficiência física: o valor da diferença nas relações heterogêneas. **História, Ciências, Saúde** – Mangueiras, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 781-796. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702015000300781. Acesso em: 24 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960. Dispõe sobre a lei orgânica da previdência social. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 5 set. 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm. Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 25 out. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 14 ago. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 8 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 8 dez. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (Estatuto da pessoa com deficiência). **Diário Oficial da União:** Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 7 abr. 2020.

CAMPOS, J. G. F. de; VASCONCELLOS, E. P. G. de; KRUGLIANSKAS, G. Incluindo pessoas com deficiência na empresa: estudo de caso de uma multinacional brasileira. **Revista Adm.**, São Paulo, vol. 48, n. 3, p. 560-573. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rausp/v48n3/13.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **A Cepal realizou a semana da Inclusão das Pessoas com Deficiência**. 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/noticias/cepal-realizou-semana-inclusao-pessoas-deficiencia>. Acesso em: 10 out. 2020.

DEL PINO, M. A. B. **Reestruturação produtiva e política de educação profissional**. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3257>. Acesso em: 2 out. 2020.

DINIZ, D. **O que é deficiência**. 2007. Disponível em: http://www.museusaccessiveis.com.br/arquivosDown/20190204153017_o_que_e_deficiencia_-_dc_bora_diniz.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

GHIRARDI, M. I. G. Trabalho e deficiência: as cooperativas como estratégia de inclusão social. **Revista de Terapia Ocupacional da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 49-54, maio/ago. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rto/article/view/13939/15757>. Acesso em: 2 set. 2020.

HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev., e reform. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/cfi/6/20!/4@0:0>. Acesso em: 3 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo demográfico 2010**. Município de Herval D'Oeste. 2010a. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/herval-doeste/pesquisa/23/26170>. Acesso em: 25 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo demográfico 2010**. Município de Joaçaba. 2010b. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/joacaba/pesquisa/23/26170>. Acesso em: 25 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo demográfico 2010**. Município de Lacerdópolis. 2010c. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/lacerdopolis/pesquisa/23/26170>. Acesso em: 25 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo demográfico 2010**. Município de Luzerna. 2010d. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/luzerna/pesquisa/23/26170>. Acesso em: 25 set. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Educa jovens**. Conheça o Brasil – população: pessoas com deficiência. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/20551-pessoas-com-deficiencia.html>. 2019. Acesso em: 2 out. 2020.

INSTITUTO ETHOS. **O que as empresas podem fazer pela inclusão das pessoas com deficiência**. Coordenação Marta Gil. São Paulo: Instituto Ethos, 2002. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/25.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

LARAIA, M. I. F. **A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho**. São Paulo, 2009. 189 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC– São Paulo, 2009. Disponível em <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/8878/1/Maria%20Ivone%20Fortunato%20Laraia.pdf>. Acesso em: 3 set. 2020.

LIMA, L. B. de; JURDI, A. P. S. Empregabilidade de pessoas com deficiência no Município de Santos/SP. mapeamento de políticas públicas e práticas institucionais. **Revista Brasileira de Educação Especial**, São Paulo, v. 20, n. 4, p. 513-524. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-65382014000400004&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 9 out. 2019.

MAIA, A. M. de C.; CARVALHO-FREITAS, M. N. de. O trabalhador com deficiência na organização: um estudo sobre o treinamento e desenvolvimento e a adequação das condições de trabalho. **REAd – Revista Eletrônica de Administração**, Porto Alegre, v. 21, n. 3, p. 689-718. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-23112015000300689-&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 abr. 2020.

MAIOR, I. **Breve trajetória histórica do movimento das pessoas com deficiência**. Disponível em: <http://violenciaedeficiencia.sedpcd.sp.gov.br/pdf/textos/Apoio/Texto2.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

MANHÃES, V. S. Breve análise da legislação das políticas públicas de empregabilidade para pessoas com deficiência. **Cadernos Gestão pública e cidadania**, São Paulo, v. 15, n. 57. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/3257>. Acesso em: 28 set. 2019.

MONTEIRO, L. G. *et al.* Responsabilidade social empresarial: inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v. 17, n. 3, set-dez. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-65382011000300008&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 set. 2020.

NEME, E. F.; NUNES, L. N. B. T. **Capacidade civil e as pessoas portadoras de deficiência**. 2006. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/eliana_franco_neme.pdf. Acesso em: 2 set. 2020.

NEVES-SILVA, P.; PRAIS, F. G.; SILVEIRA, A. M. Inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho em Belo Horizonte, Brasil: cenário e perspectiva. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 20, n. 8, p. 2549-2558. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232015000802549&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 27 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Perspectiva global**. Reportagens humanas. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2013/12/1458411-onu-diz-que-mundo-tem-mais-de-1-bilhao-de-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 10 out. 2020.

PEREIRA, C. E. C. **Inclusão no mercado de trabalho**: analisando a relação escola e empregabilidade de pessoas com deficiências. 2010. 175 p. Dissertação (Mestrado em Educação Escolar) – Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara. 2010. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/99270>. Acesso em: 10 out. 2019.

PEREIRA, R. Diversidade funcional: a diferença e o histórico modelo de homem-padrão. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 3, jul.-set., p. 715-728. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702009000300009&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 23 abr. 2020.

PHILERENO, D. C. *et al.* Qualificação das pessoas com deficiência para o mercado de trabalho: um estudo de caso em Caxias do Sul – RS. **Estudo & Debate**, Lajeado, v. 22, n. 1, p. 160-179. 2015. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/estudoedebate/article/view/637>. Acesso em: 30 set. 2019.

PIOVESAN, F. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n. 69, p. 36-43, mar./maio 2006. Disponível em: [file:///C:/Users/mauri/Downloads/13511-Texto%20do%20artigo-16486-1-10-20120517%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/mauri/Downloads/13511-Texto%20do%20artigo-16486-1-10-20120517%20(1).pdf). Acesso em: 19 abr. 2020.

RAMOS, A. de C. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RUBIN, H. J.; RUBIN, I. S. **Qualitative interviewing: the art of hearing data**. 2nd Edition, Sage Publications, London, 1995.

SANTOS, W. Deficiência como restrição de participação social: desafios para avaliação a partir da Lei Brasileira de Inclusão. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, n. 10, p. 3007-3015. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232016001003007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 10 abr. 2020.

SANTOS, W. Pessoas com deficiência e inclusão no trabalho na América Latina: desafios à universalização dos direitos. **Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional**, v. 25, n. 4. 2017. Disponível em: <http://www.cadernosde-terapia-ocupacional.ufscar.br/index.php/cadernos/article/view/1668/919>. Acesso em: 26 mar. 2020.

SEQUEIRA, A.; MAROCO, J.; RODRIGUES, C. Emprego e inserção social das pessoas com deficiência na sociedade do conhecimento: Contributo ao estudo da inserção social das pessoas com deficiência em Portugal. **Revista Europeia de Inserção Social**, v. 1, n. 1, p. 3-28. 2006. Disponível em: <http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/1856>. Acesso em: 29 set. 2019.

SILVA, C. N. N. da; PORTO, M. D. **Metodologia científica descomplicada: prática científica para iniciantes**. Brasília: Editora IFB, 2016.

SILVA, L. G. da. Portadores de deficiência, igualdade e inclusão social. **Direito Constitucional**, revista 95, Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/portadores-de-deficiencia-igualdade-e-inclusao-social/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

SOUZA JÚNIOR, A. N. Cotas de acesso ao mercado de trabalho para pessoas com deficiência: breves reflexões. **Revista Direitos Culturais**, v. 6, n. 10. 2011. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/853>. Acesso em: 14 mar. 2020.

THE WORLD BANK. Grupo Banco Mundial. **IBRD + IDA**. 2017. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/country/brazil>. Acesso em: 10 out. 2020.

VALE, R.; CAROLINA, N. **Direito constitucional**: aula 03. Disponível em: <https://d3eaq9o21rgr1g.cloudfront.net/aula-temp/1007874/09430791958/curso-134173-aula-03-v1.pdf?Expires=1585231883&Signature=SRZZ10rAWWVAoDIJ0yQowjl-IW4HDnelZdWymI9oE6nfS7EvlYfAz3e4~nPizHfCMTky1Q8EZIoHyjEv9ETP0kDmauj8HoWmP3WDAkWraxgo-1E0JDikOdStUv8k~qv~djvmZUAUT30YQNNK5hEgeTjF6wDS-dFaC5E6POBFojHuPkm2QHH3OQBbkxy3g5q5POd7cmEpwPrD~mWfVdINMaIjPcX1PRL9Uku7SYIFsU2g-aAqIMoyKt-1Hc9MyV3bo-d8AkLjD Eoxxt-osFA-IDj0Dtkm9WYjpmVdmR5yZi2sUDnrK MczjArdFftM-Q0McalgDGII5pZtco-zeZdpit1a9g &Key-Pair-Id=APKAIMR3QKSK2UDRJI-TQ>. Acesso em: 26 mar. 2020.

VELTRONE, A. A.; ALMEIDA, M. A. Perfil da pessoa com deficiência no mercado de trabalho na cidade de São Carlos-SP. **Revista Educação Especial**, v. 23, n. 36, jan./abr. 2010. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/educacaoespecial/article/view/1434>. Acesso em: 7 set. 2020.

VIEIRA, C. M.; VIEIRA, P. M.; FRANCISCHETTI, I. Profissionalização de pessoas com deficiência: Reflexões e possíveis contribuições da psicologia. **Revista Psicologia: Organizações e Trabalho**, 15, p. 352-361, out./dez. 2015, Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rpot/v15n4/v15n4a03.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2020.

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: A FRAGILIDADE DAS PROVAS ATRAVÉS DAS FALSAS MEMÓRIAS DESAFIANDO O PRINCÍPIO DE PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E CONVERTENDO-SE EM UM CASO BUSCADO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Maria Theresa Lazzari Barison¹
Magda Cristiane Detsch Silva²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise das provas no crime de estupro de vulnerável, que trata daquele cometido contra pessoa sem capacidade ou condição de consentir, como podem ser distorcidas e quais os resultados em caso de uma injusta condenação. Por meio do método dedutivo, com análise em doutrinas, artigos científicos, e na legislação vigente foi possível compreender quais as fragilidades probatórias latentes e em quais meios e situações tendem a ocorrer, comprometendo o princípio constitucional de presunção da inocência. Ao analisar, inicialmente, a evolução histórica do crime de estupro e quais foram as mudanças que ocorreram ao longo do tempo, foi possível compreender acerca do advento da Lei n. 12.015/2009, a qual instituiu o crime de estupro de vulnerável, compreendendo quem são os chamados vulneráveis pela legislação, bem como de que forma o delito busca sua comprovação. Intentando compreender fatores psicológicos que possam comprometer a veracidade dos fatos, como as falsas memórias implantadas no vulnerável, mediante um contexto de alienação parental, conclui-se pela necessidade da efetivação, em todas as jurisdições, de um depoimento diferenciado, por intermédio de uma pessoa capacitada no judiciário e colhido do vulnerável de forma a não haver interferência no âmbito do processo penal.

Palavras-chave: Estupro de vulnerável. Falsas memórias. Alienação parental. Testemunho. Presunção de inocência.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, Campus de Joaçaba; barisonmaria@gmail.com.

² Mestra em Educação, Graduação em Direito, Professora no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, Campus de Joaçaba; magda.dasilva@unoesc.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

Ao analisar acerca da fragilidade das provas existentes na comprovação do crime de estupro de vulnerável, buscou-se como objetivo compreender quais são os fatores em que o crime está envolvido e quais os meios que possibilitam a distorção da verdade dos fatos, podendo gerar uma condenação baseada em situações fantasiosas, comprometendo, assim, o princípio de presunção da inocência e dificultando o devido processo legal. Com isso, pretendeu-se realizar a análise de qual a melhor forma de possibilitar amparo às vítimas do referido crime, ao mesmo tempo que garanta a segurança de um procedimento amparado em provas verídicas e em uma justa condenação.

Na primeira seção abordam-se aspectos acerca do crime de estupro, que durante toda sua evolução histórica foi possível perceber diversas alterações que corroboraram em diferentes formas de análise tanto das vítimas quanto das penas aplicadas, sempre remetendo a um crime que possui grande apelo social, sendo tratado sobre os elementos existentes em cada período para a formação do tipo penal.

Aborda-se, ainda, a respeito da necessidade de mudanças na legislação que, com isso, entendeu pela criação de uma nova tipificação penal, disposta no artigo 217-A do Código Penal, que foi instituído pela Lei n. 12.015/2009 (BRASIL, 2009), tratando-se do estupro de vulnerável, nesse sentido, aborda-se quem pode ser considerado o sujeito ativo, quem são os vulneráveis e de que forma ocorre a consumação do delito. No mesmo sentido, analisa-se acerca das penas vigentes para o descrito no tipo e quais suas formas de comprovação, buscando compreender quais as provas que possuem maior validade para o julgamento de cada caso concreto.

Na segunda seção introduz-se a análise referente aos fatores psicológicos que dizem respeito à criação de falsas memórias e da alienação parental, que podem intervir no testemunho do vulnerável ao relatar acerca

dos fatos, ou seja, tais fatores podem comprovar de que forma as provas podem se tornar frágeis nesse tipo de crime.

As falsas memórias, quando inseridas no contexto do fenômeno da alienação parental – esta normalmente ligada a sentimentos de vingança ou em condição pós-separação do casal, de forma que um genitor faz com que o filho crie sentimentos de ódio e repúdio do outro genitor –, facilitam as possibilidades de distorções da memória, que serão explanadas nesta seção, possibilitando a criação de fatos e a inserção destes na memória do menor, facilitando a formação de falsas informações e, com isso, a criação de um testemunho desprovido de fatos verídicos.

Na última seção analisam-se as provas existentes e aceitas no processo que envolve esse tipo penal, seguindo o pressuposto de que o testemunho do vulnerável sempre será a prova de maior valoração para o processo, por isso a necessidade da cautela quando do colhimento do testemunho, a fim de que o princípio de presunção da inocência não seja ferido, de maneira a não afrontar o que está disposto na Constituição Federal.

Pelo método dedutivo, analisando as legislações vigentes, doutrinas e pesquisas científicas, foi possível analisar que da mesma forma que o crime de estupro de vulnerável possui particularidades próprias, tratando-se de vulneráveis, a forma para colher o testemunho destes também deve ocorrer de maneira diferente daquela utilizada em procedimentos comuns, ou seja, há necessidade de maior cautela ao analisar e formular as comprovações desse tipo de crime, devendo fazer uso do depoimento especial, previsto na Lei n. 13.431/2017, que trata de uma forma diferenciada de buscar compreender, por intermédio da vítima, nesse caso vulnerável, o que de fato ocorreu.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Nesta seção aborda-se a evolução histórica acerca do crime de estupro, que ocorreu desde o Código Criminal do Império de 1830, até o atual

Código Penal de 1940, vigente nos dias atuais, com as devidas alterações subsequentes. Aborda-se, ainda, a respeito do crime de estupro de vulnerável, quem são os tratados como “vulneráveis” e quais as modificações significativas que a Lei n. 12.015/2009 trouxe à legislação penal.

2.1 ELEMENTOS DO CRIME DE ESTUPRO

O crime de estupro, em sua visão mais ampla, ocorre e é reconhecido desde o passado. As noções básicas desse crime, segundo as legislações penais, estão intimamente ligadas às mulheres, ou seja, somente se entendia por estupro o ato praticado contra pessoas do sexo feminino. Ademais o crime apenas teria sua pena máxima aplicada quando se tratasse daquelas mulheres consideradas “honestas” e, ainda, ocorreria a desclassificação do crime ou a diminuição de pena quando se tratasse de ato praticado contra prostitutas, como o que era descrito pelo Código Criminal do Império de 1830 (CAPEZ, 2016).

Nesse sentido, aponta Filó (2012, p. 17) que “o sujeito ativo só poderia ser o homem e o sujeito passivo a mulher honesta.” Logo, percebe-se que estariam excluídas da tutela as mulheres não honestas, ou seja, prostitutas, sendo assim, teriam tratamento diferenciado, pois se o estupro fosse contra elas praticado o sujeito ativo teria uma pena inferior àquela aplicada quando se tratasse de mulher honesta.

Na redação do Código Penal da República de 1890, o crime de estupro estava ligado principalmente à honra da família antes de qualquer outra coisa e ainda mantinha a diminuição de pena quando o crime fosse cometido contra prostituta, como disposto no Código anteriormente citado (PIERANGELI, 1980).

Outrossim, esse mesmo Código trouxe de forma mais específica as definições de violência, criando diversas divisões, incluindo os tipos penais relativos aos crimes sexuais em capítulos que tratavam dos crimes contra a

honra e segurança e, de qualquer modo, tal Código foi propulsor de diversas críticas por não estabelecer o que de fato se era pretendido, gerando diversas alterações legislativas em curto espaço de tempo (FILÓ, 2012).

Mais tarde, em 07 de dezembro de 1940, foi instituído o Código Penal, o qual, apesar das alterações e modificações, permanece até os dias atuais. Dessa forma, na redação original, o crime de estupro continuou mencionando a vítima apenas como a mulher e ainda com o sentido de que quando fosse praticado dentro da vigência do casamento não se enquadraria como prática de crime (CAPEZ, 2016).

Assim permaneceu em um primeiro momento, quando instituiu o Título VI, "Dos Crimes contra os Costumes". A partir disso e com o passar do tempo, as mudanças nos costumes e na sociedade fizeram com que o Código Penal fosse alterado a respeito dos crimes sexuais. Com isso, instituiu-se a redação dos dias atuais (FILÓ, 2012).

Com efeito, após a vigência da Lei n. 12.015/09, que trouxe algumas alterações ao Código Penal, o crime de estupro está inserido no "Título VI – Dos Crimes contra a Dignidade Sexual, Capítulo I – Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual", bem como se encontra previsto no artigo 213 do Código Penal e consiste em "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso" (BRASIL, 2009), possuindo pena de reclusão de seis a dez anos.

Importante também discorrer acerca das características e especificidades deste artigo. Efetivamente, no que se refere ao objeto jurídico do crime de estupro, de acordo com Masson (2018, p. 893), há dois bens jurídicos tutelados: "a dignidade sexual e, mais especificamente, a liberdade sexual, bem como a integridade corporal e a liberdade individual, pois o delito tem como meios de execução a violência ou grave ameaça."

Para Cunha e Silva (2016, p. 421):

O dispositivo visa a proteção da dignidade sexual da vítima. A Lei 12.015/2009 trouxe ao direito positivo brasileiro uma nova acepção do vocábulo estupro: conjunção carnal violenta contra homem ou mulher (estupro em sentido estrito) e também o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com o agente se pratique outro ato libidinoso.

Nesse viés, tendo em vista o advento da Lei n. 12.015/09, o foco da proteção jurídica foi alterado. Assim, no que se refere ao aspecto sexual, a tutela da dignidade do indivíduo e os direitos a ela relacionados vêm em primeiro lugar, ao contrário do que se priorizava antes, que era a moral média da sociedade, bem como a defesa dos bons costumes, ou seja, os ímpetos de terceiros como objeto essencial a ser resguardado (CAPEZ, 2016).

Ademais, considerando a vigência da Lei n. 12.015/2009, as distinções acerca das mulheres também foram encerradas, o que possibilitou garantir maior efetividade por meio da generalização formada com o uso da expressão “alguém”.

Em relação ao núcleo do tipo do artigo 213 do Código Penal, Masson (2018, p. 89) explica:

O núcleo do tipo é 'constranger' no sentido de coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Consiste, em suma, no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação. Inicialmente o estupro em muito se assemelha ao crime de constrangimento ilegal (art. 146 do CP). Todavia, contém elementos especializantes que o tornam sensivelmente mais grave – no art. 213 do CP a coação da vítima se destina a uma finalidade específica, representada pela conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Para viabilizar o constrangimento, o sujeito se vale de violência ou grave ameaça, legalmente previstos como meios de execução do estupro.

Consoante Nucci (2013, p. 993), “constranger significa tolher a liberdade, forçar ou coagir. Nesse caso, o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso.”

Salienta-se que para a configuração do delito em tela é preciso que haja o elemento do constrangimento, juntamente com o meio executório da violência ou grave ameaça e que tal conduta seja dirigida para qualquer pessoa, a fim de que com esta se pratique conjunção carnal ou ato libidinoso.

O crime de estupro é um crime comum, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como qualquer pessoa pode ser o sujeito passivo desse delito (CUNHA; SILVA, 2016).

Sobre o tema, Masson (2018, p. 895, grifos do autor) coloca:

Sujeito ativo: Qualquer pessoa (crime comum ou geral), seja ela do sexo masculino ou feminino, e também os transexuais [...].

Sujeito passivo: Na conduta de 'constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal', a vítima do estupro pode ser qualquer pessoa, desde que do sexo oposto ao do sujeito ativo [...]. Na modalidade 'constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso', o ofendido pode ser qualquer pessoa, independentemente do sexo do sujeito ativo. Atualmente, o artigo 213 do CP contempla um crime bicomum: qualquer pessoa pode figurar tanto como sujeito ativo quanto como sujeito passivo.

Por seu turno, ressalta-se que o elemento subjetivo do crime de estupro solidifica-se no dolo do indivíduo, consolidado na vontade de constranger qualquer ser humano à conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, por intermédio de violência ou grave ameaça (CAPEZ, 2016).

Outrossim, estabelece Nucci (2013, p. 993), que o elemento subjetivo desse crime é o dolo. Segundo o autor, "não existe a forma culposa. Há, também, a presença do elemento subjetivo do tipo específico, consistente na finalidade de obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, satisfazendo a lascívia."

No mesmo sentido, explica Greco (2017, p. 1129) sobre o elemento subjetivo necessário para a constatação do delito:

O dolo é o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito de estupro. Não há necessidade de que o agente atue com a finalidade especial de saciar sua lascívia, de satisfazer sua libido. O dolo, aqui, diz respeito tão somente ao fato de constranger a vítima com a finalidade de, com ela, ter a conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso, não importando a motivação. Se o agente agiu com a finalidade, por exemplo, de humilhar ou mesmo vingar-se da vítima, tal fato é irrelevante para efeitos de configuração do delito, devendo ser considerado, no entanto, no momento da aplicação da pena. Não é admissível a modalidade culposa, por ausência de disposição legal expressa nesse sentido. Assim, por exemplo, se o agente, de forma imprudente, correndo pela praia, perder o equilíbrio e cair com o rosto nas nádegas da vítima, que ali se encontrava deitada, tomando banho de sol, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois que não se admite o estupro culposos.

Visto isso, ressalta-se que o crime de estupro pode ser consumado ou tentado. Na visão de Cunha e Silva (2016, p. 598), "o delito se consuma com a prática do ato de libidinagem buscado pelo agente, sendo perfeitamente possível a tentativa."

Nessa mesma perspectiva, disserta Greco (2017, p. 1128):

Quando a conduta do agente for dirigida finalisticamente a ter conjunção carnal com a vítima, o delito de estupro se consuma com a efetiva penetração do pênis do homem na vagina da mulher, não importando se total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação. Quanto à segunda parte do art. 213 do estatuto repressivo, consuma-se o estupro no momento em que o agente, depois da prática do constrangimento levado a efeito mediante violência ou grave ameaça, obriga a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio correspondente à tentativa. Dessa forma, o agente pode ter sido interrompido, por exemplo, quando, logo depois de retirar as roupas da vítima, preparava-se para a penetração. Se os atos que antecederam ao início da penetração vaginal não consumada forem considerados normais à prática do ato final, a exemplo do agente que passa as mãos nos seios

da vítima ao rasgar-lhe vestido ou, mesmo, quando esfrega-lhe o pênis na coxa buscando a penetração, tais atos deverão ser considerados antecedentes naturais ao delito de estupro, cuja finalidade era a conjunção carnal.

Segundo Capez (2016, p. 31), a consumação do delito em tela acontece com a “introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal da mulher, independentemente da ejaculação do agente ou da ruptura do hímen da vítima durante o evento, na hipótese desta ser virgem, ou com a prática de qualquer outro ato libidinoso.” Assim, não se exige para a consumação do crime a satisfação sexual do autor.

Isto posto, não menos importante destacar que o crime de estupro possui duas modalidades qualificadas, que foram criadas pela Lei n. 12.015/2009, *in verbis*:

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

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

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena: reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (BRASIL, 2009).

Desse modo, tendo em vista as qualificadoras supracitadas, verifica-se a incidência do denominado crime complexo, visto que aos crimes de cunho sexual em questão somam-se as lesões corporais culposas de natureza grave ou o homicídio culposo (CAPEZ, 2016).

Outrossim, ressalta-se que o crime de estupro é crime de ação penal pública condicionada à representação. Todavia, estabelece o seu parágrafo único que se procede mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Se a vítima for pessoa vulnerável, deslocando a tipicidade para o artigo 217-A do Código Penal, a ação penal será pública incondicionada (GRECO, 2017), como se verá a seguir.

Por fim, menciona-se que o delito em debate, em qualquer de suas espécies –simples ou qualificado –, caracteriza-se como crime hediondo e terá prioridade de tramitação em todas as instâncias, conforme artigo 394-A, instituído pela Lei n. 13.285/2016 (BRASIL, 2016) ao **Código de Processo Penal** (BRASIL, 1940), bem como correrá em segredo de justiça, nos termos do artigo 234-B, que foi instituído pela Lei n. 12.015/2009 (BRASIL, 2009) ao **Código Penal** (BRASIL, 1940).

2.2 DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O crime descrito como estupro de vulnerável também foi instituído a partir da Lei n. 12.015/2009 e pertence ao Capítulo II do Título VI do Código Penal, descrito em seu artigo 217-A, *caput*, a saber:

Estupro de vulnerável

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

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

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

§ 2º (Vetado)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime (BRASIL, 2009).

Tal artigo penal gera grande repercussão e repúdio social, já que além de tratar de crime sexual, refere-se ao crime cometido contra um vulnerável. Nesse viés, o tipo a que se refere esse artigo trata sobre o sujeito passivo

descrito como vulnerável, ou seja, a pessoa que esteja em situação de fragilidade, seja por sua idade, seja por questões de saúde (GRECO, 2017).

Com efeito, leciona Cunha e Silva (2016, p. 609) que o sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável pode ser qualquer pessoa. Todavia, o sujeito passivo "só pode ser pessoa menor de 14 anos de idade (*caput*) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental ou incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tem condições de oferecer resistência."

Nessa esteira, entende Masson (2018, p. 913) que "o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, inclusive os transexuais."

É possível vislumbrar que fatores, como a enfermidade, deficiência mental e a incapacidade de oferecer resistência, são tratados por Führer (2009, p. 125), como "doença com efeitos mentais, que priva a vítima do discernimento necessário" e ainda, "aos casos que a vítima está, por qualquer outra razão, efetivamente impedida da sua capacidade de entender e de se portar."

Portanto, as formas de vulnerabilidade descritas no artigo possuem outros fatores além da idade da vítima.

O elemento subjetivo do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal é o dolo, composto pela vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com indivíduo nas condições previstas pelo diploma legal (BRASIL, 2009). Para Capez (2016, p. 67), "não é exigida nenhuma finalidade especial, sendo suficiente a vontade de submeter a vítima à prática de relações sexuais."

Salienta-se que "o objeto material deste delito é o menor de 14 anos. Já o objeto jurídico é a proteção à liberdade sexual." (CUNHA; SILVA, 2016, p. 609).

No que diz respeito à análise do núcleo do tipo, Nucci (2013, p. 993) assevera:

Ter (alcançar, conseguir obter algo) é o verbo nuclear, cujo objeto pode ser a conjunção carnal (cópula entre pênis e

vagina) ou outro ato libidinoso (ato passível de gerar prazer sexual, satisfazendo a lascívia). A pessoa com a qual o agente pretende ter a relação sexual é o vulnerável. No caput, menciona-se o menor de 14 anos. Entretanto, no § 1.º estão enumerados os outros (enfermos e doentes mentais e privados de resistência). O tipo, nos mesmos moldes do estupro previsto no art. 213, é misto alternativo. O agente pode ter conjunção carnal e praticar outro ato libidinoso contra a mesma vítima, no mesmo local e hora, para responder por um só delito. Note-se que o relacionamento sexual pode ser obtido de forma violenta ou não violenta, pois irrelevante. O tipo penal enfoca a vítima, como critério de tutela jurídico-penal. O art. 213 do CP, quando há violência real, deve ser utilizado, exclusivamente, para os não vulneráveis ou quando houver dúvida sobre a vulnerabilidade e houver incidência de violência.

Dito isso, quanto à classificação do crime em comento, salienta-se que este

[...] trata-se de crime comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, bem como é crime material, eis que o delito demanda resultado naturalístico, consistente na verdadeira retirada da liberdade sexual da vítima e, além disso, é crime de forma livre, instantâneo, de dano, unissubjetivo e que admite tentativa (NUCCI, 2013, p. 993).

No que se refere à consumação do delito de estupro de vulnerável, Greco (2017, p. 1193) leciona que se efetiva “com o ato de conjunção carnal, pouco importando se a penetração foi total ou parcial, não havendo, inclusive, necessidade de ejaculação.”

Conforme entendimento de Masson (2018, p. 915), “o delito se aperfeiçoa com a introdução total ou parcial do pênis na vagina.” Na variante “praticar outro ato libidinoso”, o crime se aperfeiçoa no momento em que se concretiza no corpo da vítima o ato libidinoso desejado pelo agente.

A tentativa é possível em casos desse gênero. Ademais, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do artigo 225 do Código Penal (MASSON, 2018).

Isto posto, imperioso mencionar que, em qualquer caso, estando presentes os requisitos característicos do artigo 217-A, *caput*, bem como do § 1º, ambos do Código Penal, não importa se a vítima tenha ou não consentido para o ato sexual, o crime restará configurado.

2.3 O ESTUPRO DE VULNERÁVEL PELO ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009

O Direito Penal busca proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade, garantindo que por intermédio de leis e princípios seja possível o combate ao crime e o controle social.

Nesse contexto, o crime de estupro, em sua visão mais ampla, possui uma evolução histórica, conquanto, como citado anteriormente, por meio das diversas mudanças de conceitos e paradigmas, permanece no atual Código Penal (FILÓ, 2012).

Para Martins (2020, p. 18), “a norma jurídica representa a soma de todas as suas precursoras e de todas as transformações da sociedade, ainda com o estudo da evolução histórica, tanto da norma, como da sociedade.”

Tanto Nader (2011) quanto Rolim (2010) compreendem que as ciências jurídicas correspondem à soma das experiências vividas no passado e no presente, sendo impossível dissociar o direito da história, já que ambos caminham juntos, permanecendo interligado um ao outro, o que gera a mudança e a transformação nas ciências, na mesma variável que a sociedade esteja em constante transformação.

Com o advento da Lei n. 12.015/2009,

[...] o crime de estupro de vulnerável foi inserido no Código Penal e mais que isso, foi implantado no rol dos crimes hediondos, tanto em sua forma simples, quanto em sua forma qualificada, além de a ação ser pública incondicionada, já que aqui tratamos de menores de 18 (dezoito) anos ou vulneráveis (CAPEZ, 2016, p. 60-68).

Segundo Nucci (2013, p. 989), "a Lei acima mencionada garantiu que o tipo penal que trata do crime de estupro de vulnerável pudesse ter seu próprio texto e denominação específica no Código Penal vigente". Dessa forma, como busca especificar o artigo 217-A do citado Código, o definido como vulnerável é aquele que possui incapacidade ou fragilidade por algum motivo especial, não podendo ser confundido apenas com o que se entende por "criança", uma vez que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é todo menor de 12 (doze) anos e a partir dessa idade até chegar à maioridade é considerado adolescente.

Entretanto, "no crime de estupro de vulnerável, o considerado vulnerável são os menores de 14 (catorze) anos, pessoas enfermas ou deficientes mentais que não têm o necessário discernimento para praticar o ato sexual ou que não conseguem oferecer resistência." (NUCCI, 2013, p. 989).

Antes da Lei em questão entrar em vigor, a amplitude era visível, do que poderia ser entendido pela prática sexual contra pessoa considerada vulnerável, uma vez que poderia ser encaixado no tipo penal previsto no artigo 213 do CP, qual seja, o estupro, se fosse o caso de conjunção carnal.

Por outro viés, poderia ser considerado como aquele descrito pelo artigo 214 do CP, ou seja, atentado violento ao pudor, este tendo sido revogado pela Lei n. 12.015/2009 (BRASIL, 2009). Do mesmo modo, com a entrada em vigor e a criação do tipo penal descrito como estupro de vulnerável, a punição dos crimes sexuais cometidos contra vulneráveis fica amparada (FILÓ, 2012).

Inclusive, extrai-se do Código Penal vigente que a pena base descrita para o tipo citado acima é de 08 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão, conforme descreve o *caput* do artigo 217-A do Código Penal. Ainda, se da conduta descrita pelo *caput* resultar lesão corporal de natureza grave, a pena passará a ser calculada de 10 (dez) a 20 (vinte) anos de reclusão, e ainda, se da conduta resultar a morte da vítima, passará de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, conforme § 3º e § 4º, respectivamente (BRASIL, 1940, 2009).

Conforme demonstra Viana (2018, p. 1041), “a presunção que decorre da análise do cometimento do crime é formada através da prova testemunhal, já que o tipo penal que decorre a vulnerabilidade do sujeito passivo é presumidamente absoluta.” Dessa maneira, entende-se não haver possibilidade de prova em contrário, também conforme decisões do Superior Tribunal de Justiça. Diante do exposto e pelo que é visualizado através da Lei em questão, a prova testemunhal para fins de presunção de análise do cometimento do crime é suficiente.

Nessa linha, entende-se que por se tratar de um crime que causa repúdio e possui um apelo social forte, há necessidade de se buscar maior amparo às vítimas, então, optando os julgadores pela desnecessidade de prova técnica para comprovação do delito, ou seja, a prova testemunhal se tornará suficiente, conforme relatado nos tópicos seguintes.

3 DAS FALSAS MEMÓRIAS E O CRIME DE ESTUPRO

Nesta seção, aborda-se a respeito das falsas memórias relacionadas ao crime de estupro, de qual maneira a criação delas pode intervir nesse crime e, nesse sentido, elas podem ocorrer mediante alienação parental, quando um cônjuge utiliza desse meio para que o menor seja induzido a acreditar em um falso acontecimento. Demonstram-se, ainda, quais as consequências que esses atos podem gerar na vida do vulnerável e também do sujeito que for acusado injustamente.

3.1 AS FALSAS MEMÓRIAS E A ALIENAÇÃO PARENTAL

A palavra memória remete ao sentido de passado, do que ocorreu ou mesmo das experiências que cada pessoa possa ter sentido e vivenciado, por isso, “a memória é tudo aquilo que se mantém gravado no interior da mente de cada pessoa.” (STEIN *et al.*, 2010, p. 105).

No mundo jurídico, a memória tem grande valia, uma vez que corrobora com o processo investigativo em busca da verdade diante dos fatos narrados. Contudo, é preciso ressaltar a existência da chamada síndrome das falsas memórias, a qual pode tornar os depoimentos, tanto de testemunhas quanto da vítima ou réus, fragilizados.

Conforme destacam Guaragni e Tanaka (2020, p. 189), "a memória é elemento essencial para a formação de cada indivíduo. É a partir daquilo que presenciamos, ouvimos, sentimos, gravamos e interpretamos, assim como, formamos nossa personalidade e nos comunicamos com o mundo."

A síndrome das falsas memórias (SFM), conforme Stein *et al.* (2010, p. 22), diz respeito às "lembranças que um indivíduo traz acerca de diversos fatos dos quais, na verdade, não ocorreram." Tratando-se do crime de estupro podem-se mencionar as lembranças de um abuso sexual que na verdade não existiu. Com isso, percebe-se a gravidade do assunto, uma vez que se trata de um tipo penal em que apenas a prova testemunhal da vítima basta para ser caracterizado o crime.

No entanto, acaba tornando-se frágil nas provas que requer e no que se entende por necessário, "já que o relato de um vulnerável pode ser a única evidência em um processo criminal deste tipo." (STEIN *et al.*, 2010, p. 157). De qualquer forma, é possível analisar que esse testemunho possa surgir, através de um meio, qual seja, alienação parental, que refletirá a não garantia da segurança jurídica ao procedimento.

O artigo 2º, *caput*, da Lei n. 12.318/2010, trata sobre o ato de alienação parental, a saber:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Para Dias (2015, p. 545), "quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação [...], surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro."

Igualmente, acredita-se que o que ocorre nesses casos é a introdução de falsos acontecimentos, feita pelo responsável ao vulnerável, de modo que isso comprometa a imagem do outro genitor, por meio do relato de situações que fogem da realidade. Quando ocorre esse tipo de situação, denomina-se de alienação parental, ou seja, quando a falsa memória se torna parte do universo e do cotidiano da família em questão.

Vale ressaltar que a presença de vulneráveis nas esferas jurídicas está sendo cada vez mais comum, isso porque "os adultos ou responsáveis podem facilmente transmitir sua visão referente a uma situação específica ao infante, especialmente em casos de separação conjugal [...]. O filho é utilizado como instrumento da agressividade, sendo induzido a odiar o outro genitor" (DIAS, 2015, p. 546).

Em relação à temática de separação conjugal, segundo alguns autores, como Brito (1997) e Féres-Carneiro (1998), quando ocorre o litígio deve-se buscar distinguir entre os aspectos que dizem respeito ao casal e os que dizem respeito à relação entre pais e filhos, ou seja, a diferença entre a relação conjugal e a relação parental. Para isso, é necessário considerar que a conjugalidade pode findar, no entanto, o dever de manter a integridade dos filhos continua. Nesse sentido, há adultos que não conseguem diferenciar o papel de cônjuges do papel relativo à relação parental e, com isso, os filhos acabam tornando-se vítimas das manipulações de um dos genitores com a finalidade de atingir o outro.

Quando um genitor influencia a criação de falsas memórias em um vulnerável, seja qual for o intuito, o menor inicialmente, segundo Nascimento (2018, p. 15) "passará, sem qualquer justificativa, a desprezar o outro genitor."

Ao ocorrer à implicação de falsas memórias, por meio da alienação parental, relativas ao suposto abuso sexual, sendo este cometido pelo outro genitor, possibilita além do início de um processo criminal fundado em falsas denúncias, o que é prejudicial à moralidade do outro, ainda, segundo Stein *et al.* (2010, p. 157), "resultará em sérios danos psíquicos ao infante, o qual sofrerá tanto por ter sido alvo da criação de falsas memórias quanto por conviver em um meio tumultuado, sem discernir sobre o certo ou errado."

Desse modo, a alienação parental é influenciada por um genitor para que o filho crie sentimentos, como ódio e repúdio ao outro genitor ou, então, para que tais situações sejam utilizadas como meio de denúncias infundadas, conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo único, VI, da Lei n. 12.318/2010:

Art. 2º [...] Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

[...]

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente (BRASIL, 2010).

Então, nota-se que "o ciclo da alienação parental fica intimamente ligado entre o genitor alienador, a criança/adolescente alienado e o genitor alvo da alienação." (BASÍLIO; OLIVEIRA, 2019, p. 19).

Salienta ainda Trindade (2012), que deve existir uma relação entre à alienação parental e as falsas memórias, uma vez que elas devem ser entendidas em conjunto, ou seja, uma complementando a outra. Afinal, uma vez que a síndrome das falsas memórias trata de situações e sensações que não ocorreram, estabelece forte ligação com a alienação parental, em que as falsas memórias podem ser implantadas nos vulneráveis, ficando esquecidas por um período de tempo e depois serem utilizadas de forma conveniente, quando se tratar de um momento de divórcio ou separação.

O exposto acima é possível e mais fácil de acontecer com indivíduos vulneráveis, isso porque, ao viverem em um ambiente conturbado e com informações inverídicas, estarão automaticamente constituindo falsas memórias. Nesse sentido, as situações que não ocorreram, mas que o indivíduo acredita veementemente que sim, têm mais influência quando se trata de um ser em desenvolvimento biopsicossocial.

Para Stein *et al.* (2010, p. 37), "os estudos das falsas memórias são importantíssimos, uma vez que o fenômeno faz parte do dia a dia das pessoas, sendo decorrente do funcionamento saudável da mente, não se tratando de uma patologia ou distúrbio." Assim como, entende que a síndrome das falsas memórias "está relacionada à recuperação de eventos que na realidade nunca ocorreram." (STEIN *et al.*, 2010, p. 21).

Parafraseando Amaral e Siqueira (2018, p. 180), existem três teorias explicativas a fim de elucidar os mecanismos responsáveis pelas falsas memórias, a saber: Paradigma Construtivista, Teoria do Monitoramento da Fonte e Teoria do Traço Difuso. A primeira se constrói a partir da interpretação e análise pessoal de cada situação; a segunda pode analisar quais foram e em que momento foram realizadas inserções na memória, por intermédio de fontes equivocadas. Já a terceira divide a memória em de essência e literal, ou seja, divide a memória e consegue analisar cada situação, em um contexto geral.

Assim, conforme dispõem Amaral e Siqueira (2018, p. 183), "possibilita maior compreensão acerca da necessidade da hermenêutica jurídica, qual seja a interpretação das normas pelas autoridades inseridas em todo o procedimento, desde o fato investigativo até a decisão do juiz." Torna-se, possível, desse modo, garantir a real análise dos fatos e as circunstâncias advindas dele, além da adequação na tipificação. Ou seja, analisar a real existência de um fato gerador de alienação parental e se tal originou uma denúncia caluniosa e, por fim, se o crime existiu e pode ser tipificado como estupro de vulnerável.

3.2 AS MEMÓRIAS E AS POSSIBILIDADES DE DISTORÇÕES

Ao tratar de memória somos remetidos às lembranças de cada ser humano, sendo um processo que desencadeará o testemunho da vítima no âmbito penal, por isso a importância acerca deste. Ainda, há que se analisar todas as circunstâncias em que o suposto caso ocorreu, para uma análise geral do que engloba o caso de um testemunho incompleto, incoerente ou, ainda, desprovido de informações consideradas importantes.

Segundo Tucci (1997), o que pode ocorrer devido a uma extensão do processo ao longo do tempo, não sendo analisado em tempo hábil e viável, é, além do declínio daquilo que se pretende buscar, tornando ineficiente seu propósito, ainda, graves danos às partes, em especial, psicológicos.

Com isso, percebe-se a utilidade e a dependência do processo penal em relação às provas e relatos testemunhais. É por isso, segundo Melhem e Rosas (2014, p. 5), que "a força de uma falsa memória é tão intensa, que uma vez internalizada ela não consegue mais ser retirada da pessoa, pois para ela torna-se real", por isso, da necessidade de que a prova seja sustentada por fatos verdadeiros, sendo indispensável o relato correto do que ocasionou o processo, uma vez que a distorção nesses casos implicará em um resultado negativo para ambas as partes.

Considerando que o processo tem seu tempo prolongado, conforme Guaragni e Tanaka (2020, p. 192), "o tempo colabora para que as pessoas esqueçam detalhes concretos." Além disso, neste viés, Stein *et al.* (2010, p. 26), menciona que "a memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos [...] é parte da memória: lembrar, esquecer e produzir falsas memórias."

Entretanto, de acordo com Dias (2015, p. 545), "é levada a efeito verdadeira 'lavagem cerebral', de modo a comprometer a imagem do outro genitor", pois quando há indícios de alienação parental, fica ainda mais fácil

à memória ter o fato por verdadeiro, muito embora este não tenha ocorrido, ou seja, produz-se o fenômeno das falsas memórias e, por consequência, resulta em um relato inverídico, incentivado por um genitor em desfavor do outro, utilizando o vulnerável como meio para atingir seu objetivo e ocasionando para o processo penal o que chamamos de possibilidades de distorção de testemunho e provas concretas.

Para Stein *et al.* (2010, p. 21), "as falsas memórias podem parecer muito mais brilhantes, conter mais detalhes ou até mesmo, serem mais vividas do que as memórias verdadeiras." Assim, o autor entende que:

A Síndrome das Falsas Memórias surge a partir de fatores internos e externos. Os fatores internos dizem respeito à forma como um vulnerável entenderá a violência por ele sofrida. Nesse sentido, possivelmente o crime deixará sequelas físicas e psíquicas, bem como distorções, que podem ser denominadas como 'auto sugeridas', ou seja, são memórias que a pessoa cria e acredita veemente na veracidade delas, também denominados de fatores endógenos por se tratar de um processo interno (STEIN *et al.*, 2010, p. 25).

Em relação aos fatores externos, também chamados de fatores exógenos, segundo Stein *et al.* (2010, p. 25), "estão relacionados ao que será sugerido à vítima, que neste caso, se trata de alguém que não detém capacidade suficiente de resistência, por isso, as falsas informações e distorções da realidade inseridas podem ser denominadas como memória sugerida", ou seja, são sugeridas novas informações, às quais o indivíduo entende como verdadeiras. Para o mesmo autor em questão, em tese significa que "ao tratarmos de questões que cremos ter ocorrido, porém, que na verdade não passaram do simples resultado de falsa informação e que, por estar aderida a memória original, acreditamos veemente em sua existência, são as falsas memórias." Por isso, é possível analisar que nem todo o fruto da memória é necessariamente verídico.

Cabe mencionar igualmente que, tanto Stein *et al.* (2010) quanto Viana (2018) entendem que as pessoas são suscetíveis à criação de falsas memórias, quando expõem-se os fatores externos, há possibilidade destes terem sido intencionalmente fixados como uma falsa informação na memória de um indivíduo ou então, podem ter sido criados de maneira não intencional, onde uma nova verdade prevalece sobre alguma já existente, criando-se uma nova versão da situação.

De acordo com Viana (2018, p. 1043), "quando buscamos uma lembrança, a divisão se dá entre os detalhes emocionais e os periféricos", o primeiro é de fácil rememoração, já o segundo trata-se de sensações que vão se extinguindo, com isso entende-se o ponto-chave do testemunho, já que são os seus elementos mais relevantes que são deixados para trás.

Em se tratando do âmbito penal e de consciência da importância acerca do testemunho, nos dizeres de Guaragni e Tanaka (2020, p. 198), é preciso "rever as práticas jurídicas, revisar a própria legislação e principalmente, aprofundar o conhecimento acerca do tema, buscando analisar as possibilidades efetivas de neutralizar o problema no âmbito processual penal."

Acerca da necessidade de uma análise geral de todo o acervo probante no processo, dispõem Amaral e Siqueira (2018, p. 175) que "apesar da importância significativa que é dada a palavra da vítima, impõem-se o exame com o devido cuidado e cautela de todos os fatores que norteiam a prova testemunhal e não apenas se deixar influenciar pelo relato da vítima como se fosse uma verdade absoluta."

Por fim, é sabido que a construção de histórias é um processo natural da mente humana e que todos os indivíduos são suscetíveis à criação de falsas memórias, nesse sentido, deve-se buscar pelo testemunho mais verídico acerca dos fatos que norteiam o processo penal, devendo ser observada a primazia no âmbito jurídico.

4 AS PROVAS E O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Nesta seção aborda-se a respeito das provas do crime de estupro de vulnerável, demonstrando que em se tratando do testemunho da vítima é a prova mais valorosa para o processo, além da mais significativa. No mesmo sentido, apresenta-se o princípio constitucional de presunção da inocência, de que maneira ele pode ser ferido quando o processo não tiver uma comprovação acerca dos fatos. O último tópico diz respeito ao testemunho do vulnerável e a importância de ser colhido de forma a respeitar os limites e entender sobre a diferença do testemunho habitual.

4.1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

Ao perceber que a valoração probatória não é discriminada para cada tipo de prova, mas que a prova testemunhal tem grande valor em caso do âmbito penal, caberá ao Magistrado um equilíbrio e uma valoração entre os fatos e o testemunho, para então chegar a um veredito. Conforme entende Melhem e Rosas (2014, p. 8) “nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas.”

Nesse sentido, para Amaral e Siqueira (2018, p. 174), “nos crimes sexuais existe uma valoração ainda maior acerca da palavra da vítima, sobre todas as outras provas, quando houver [...] já que são crimes que ocorrem longe dos olhares de testemunhas.” Inclusive, ao se tratar de estupro de vulnerável, os autores entendem que o conflito entre os genitores precisa ser considerado, uma vez que o embasamento para o processo penal se baseia nas declarações do infante e, na maior parte das vezes, no relato de um dos genitores. Ou seja, há um déficit para as devidas conclusões ao se tratar de testemunhos de crianças, já que os depoimentos podem ser facilmente modificados por adultos.

Para tanto, Stein *et al.* (2010, p. 159) reforça que “a avaliação da precisão de uma recordação é imprescindível no campo forense” e complementa: “a discussão acerca do testemunho infantil deve incluir tanto a consideração das competências da criança, quanto às vulnerabilidades inerentes ao processo de recordação.”

Sabendo da valoração do testemunho da vítima, em casos como esse, é necessário visualizar e aplicar o disposto na Lei n. 13.431/2017, que trata do depoimento especial, relativo justamente à aplicação nesses casos concretos, e que garanta que o procedimento seja realizado de maneira a não comprometer a veracidade dos fatos, tampouco possibilitar uma injusta condenação.

Conforme Amaral e Siqueira (2018, p. 185), “o avanço democrático brasileiro trouxe o compromisso ao legislador constituinte de 1988 em afirmar a presunção de inocência já consagrada em textos internacionais de direitos humanos”, ainda é possível extrair da Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, inciso LVII, o que segue: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.” (BRASIL, 1988). Com isso, percebe-se que os indivíduos que respondem ação penal, por qualquer que seja o crime, serão presumidamente inocentes, até trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nos dizeres de Melhem e Rosas (2014) “com o livre convencimento motivado que muitas garantias passam a ser observadas e seguidas, inclusive o Princípio da Presunção de Inocência e a máxima *in dubio pro reo*.” Devendo então o magistrado, apesar de fazer uso de tal sistema, realizar a análise de todas as provas contidas nos autos, para sustentar suas razões, pois nos casos do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal, qual seja, estupro de vulnerável, em sendo a condenação embasada unicamente na prova testemunhal de um vulnerável, ou ainda, no depoimento de um dos genitores, é notável que a margem para uma condenação errônea seja

muito ampla e, nesse sentido, o *in dubio pro réu* (na dúvida em favor do réu) também seria violado.

O instituto que foi moldado pelo legislador, inclusive conforme decisão recente, da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Agravo Regimental no *Habeas Corpus*, datada de 08 de setembro de 2020, corroborou acerca da consumação do estupro de vulnerável independentemente da conjunção carnal e de vestígios:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. PEDIDO CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA IMPORTUNAÇÃO SEXUAL. VIA INCOMPATÍVEL. REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. AUSENTES CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. O exame da suposta ausência de indícios suficientes da autoria delitiva demandaria ampla dilação probatória, incompatível com a via estreita do writ.

3. O estupro de vulnerável se consuma independentemente da conjunção carnal e de vestígios, conforme jurisprudência consolidada. In casu, o exame de corpo de delito ocorreu sete dias depois dos fatos, ocasião em que haviam desaparecido as lesões corporais na vítima – então com 4 anos de idade – outrora visualizada por parentes.

4. A Corte estadual afastou a tese de negativa de autoria, valendo-se dos depoimentos colhidos em assentada – relato da perita judicial e testemunhos dos parentes –, da oitiva da própria criança pela autoridade policial e das lesões reportadas no laudo técnico (hiperemia em genitais externos e em orla himenal compatível com vulvovaginite inespecífica), vinculadas ao tipo de agressão referido na exordial.

5. A conclusão condenatória se mantém – ainda que o desfecho do laudo pericial supostamente se distinga da orientação final do Tribunal de origem, se não houver ilegalidade manifesta, que possa ser constatada sem a análise acurada dos elementos probatórios produzidos –, sobretudo se há trânsito em julgado do decisum de segundo grau.

6. Se ao acusado não se imputaram circunstâncias judiciais desfavoráveis, se a sanção corporal foi estabelecida no patamar

mínimo e a reprimenda não ultrapassou 8 anos de reclusão, o regime prisional adequado é o semiaberto, de acordo com o art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

7. Agravo parcialmente provido, para estabelecer ao réu o regime intermediário para o início de satisfação da pena (BRASIL, 2020, grifo nosso).

Percebe-se que as decisões colegiadas conduzem à proteção do vulnerável do repugnante crime e, ainda, buscam cumprir com os direitos fundamentais dispostos no artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal:

Art. 5º –

[...]

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

Busca-se, desse modo, a garantia de um procedimento célere, simplificado do ponto de vista das provas, objetivando a efetividade e eficácia da punição contemplada no tipo penal.

De outra via, o tipo acabou sendo deturpado, conforme senso comum pela corrupção moral, que afeta a sociedade brasileira. Ou seja, o estupro de vulnerável acaba sendo, em casos de alienação parental, uma possibilidade de vingança entre um genitor e outro, ficando o procedimento suscetível à influência da criação das falsas memórias.

Segundo Feix e Welter (2010, p. 180), "o testemunho de crianças é um tema extremamente sério e complexo, que deve, antes de tudo, ser discutido dentro do âmbito técnico e científico, tais como o direito, a psicologia, a psiquiatria a sociologia."

Em razão disso, o judiciário necessita de mais análise quando se trata desses casos, afinal, todo cuidado é pouco em se tratando desse tipo de situação, em que a condenação de um indivíduo pode ferir o princípio da presunção de inocência e muito, além disso, instaurar consequências que perdurarão por anos. Além disso, o amparo ao vulnerável é fundamental, no

intuito de possibilitar que as experiências de relatos não sejam ainda mais traumáticas, partindo-se do pressuposto da veracidade do caso, ou mesmo se tratando de informações distorcidas, inseridas na memória, as quais também podem gerar sofrimento ao indivíduo.

Nessa premissa, Feix e Welter (2010, p. 170) afirmam que “os adultos podem facilmente transmitir sua própria visão de um evento pela forma como formulam uma questão à criança.” Por isso, a importância da entrevista ser realizada corretamente por um profissional da área da psicologia, o qual conseguirá nortear de forma coerente o Judiciário, sem interferir naquilo que de fato ocorreu.

Os autores mencionados analisam também acerca da forma e da importância dada à entrevista, pois é por meio dela que os fatos e as narrativas serão colhidos. A maneira como a entrevista é conduzida colabora para um testemunho qualificado e válido para a ação penal. Esse instrumento torna-se uma das partes mais importantes na elucidação dos fatos, assim como na preservação da criança.

Conforme Amaral e Siqueira (2018, p. 175):

Apesar da importância significativa que é dada a palavra da vítima, impõe-se o exame com o devido cuidado e cautela de todos os fatores que norteiam a prova testemunhal e não apenas se deixar influenciar pelo relato da vítima como se fosse uma verdade absoluta.

Assim, o princípio da presunção de inocência fica amparado e com menor risco de ser violado.

Nessa linha de raciocínio, acerca da dificuldade desse tipo de crime ser amparado somente por relato testemunhal e por ser induzido às falsas memórias, Amaral e Siqueira (2018, p. 178) ainda relatam que “no caso de abusos sexuais infantis, geralmente é o seu responsável que leva ao conhecimento das autoridades o abuso, além da palavra da vítima, a palavra deste responsável tem extremo valor.”

Ademais, cientes da desnecessidade de prova técnica (pericial) nos crimes de estupro de vulnerável, por não haver a necessidade de vestígios ou consumação e, ainda, do alto valor probatório do testemunho a ser realizado pelo vulnerável, se faz necessário uma análise prévia dos fatos ocorridos, pois apesar da celeridade que seria aplicada, em tese ao procedimento, é preciso também ter cautela quanto à observância dos relatos, já que há probabilidade de interferências fantasiosas.

Conforme menciona Stein *et al.* (2010, p. 250), “uma cuidadosa avaliação de cada caso é essencial, pois situações delicadas como essas podem ter implicações cruciais na vida das pessoas.”

Destarte, para que um fato possa ser considerado crime e a este possa ser imputado uma autoria, é imprescindível a existência de provas. E ao tratar de um crime tão repudiante, como o estupro de vulnerável, é preciso cautela, afinal, uma condenação errônea pode trazer danos significativos e de difícil esquecimento para o ser humano.

4.2 O TESTEMUNHO DO VULNERÁVEL

Como já mencionado em tópicos anteriores, acerca dos crimes sexuais, como é o caso do estupro de vulnerável, conforme Amaral e Siqueira (2018, p. 172), “neste tipo de crime apenas a palavra da vítima é competente para ensejar condenações, em razão das peculiaridades de como o ilícito é cometido”, já que, muitas vezes, é a única prova existente que contribuirá para a condenação.

É necessário, inicialmente, analisar as formas de provas existentes no processo penal, que, para Guaragni e Tanaka (2020, p. 183), “a prova testemunhal assume imensa relevância no processo penal, convertendo-o em eventual cenário de confusões que o indivíduo pode produzir ao reviver as lembranças do crime e suas circunstâncias.”

Em se tratando de crimes e da responsabilidade testemunhal perante eles, percebe-se que a memória tem consequência decisiva para o veredito de um juiz, na aplicação de pena e no desencadear de consequências psíquicas. Destaca Stein *et al.* (2010, p. 256) que “no testemunho de alguém sobre um crime, uma distorção de memória pode levar uma pessoa inocente à prisão.”

Por essa razão, torna-se importante uma coerente retomada e uma análise concreta do que de fato ocorreu, sendo que isso é permitido por meio da memória original, para que haja a compreensão do fato e um testemunho livre de informações inseridas de forma conturbada e com conteúdo inverídico.

Destaca Viana (2018, p. 1039) que “a grande problemática, entretanto, encontra-se na comprovação da ocorrência desse tipo criminal. Uma vez que essa modalidade nem sempre apresenta resquícios materiais para serem utilizados.”

Segundo uma análise feita por Stein *et al.* (2010, p. 158):

Observa-se que os menores vulneráveis, ao chegar em um tribunal para depor, estão tratando de situações particulares as quais mexem consideravelmente com experiências difíceis e constrangedoras, principalmente em se tratando de informações em relação a intimidade, as quais podem acarretar em lembranças traumáticas, as quais remetem a situações delicadas.

Outrossim, é possível perceber que casos de crimes sexuais são delicados, o que dificulta o enfrentamento das vítimas. O que de fato ocorre é uma confusão, um abalo e um trauma profundo na vida do vulnerável, seja por ter sofrido o abuso ou por ter sido induzido a acreditar que o sofreu.

Por isso, é necessário que o testemunho do vulnerável seja baseado em uma coleta diferenciada, segundo Fariello (2017), “o depoimento especial criado através da Lei nº 13.431/2017, consiste na aplicação de uma metodologia diferenciada de escuta de crianças e adolescentes na Justiça,

em um ambiente reservado e que seja mais adequado ao seu universo." É possível perceber como é aplicada a técnica do depoimento especial, através do artigo 12, da Lei supracitada:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I – os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II – é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III – no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV – findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V – o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI – o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo (BRASIL, 2017).

No mesmo sentido é possível perceber que essa técnica preza pelo não constrangimento e sofrimento do vulnerável, pois já se trata de uma situação muito delicada e extremamente complicada, desse modo e nesse tipo de depoimento, "a criança é ouvida apenas uma vez e apenas na presença do técnico, e tal testemunho serve como prova antecipada em todo processo." (FARIELLO, 2017).

Segundo Fariello (2017), "um avanço é que a metodologia do depoimento especial atualmente é uma matéria exigida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) para o vitaliciamento de juízes."

Mas é importante salientar que nem todas as jurisdições atuam de maneira a utilizar o depoimento especial, amparado por Lei, e, assim, as provas que sustentam o processo penal acabam muitas vezes sendo embasadas em fatos que verdadeiramente não ocorreram, ou que são contados de maneira distorcida pelos vulneráveis que não são submetidos a um procedimento correto de coleta de depoimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discutiu-se acerca da fragilidade das provas no crime de estupro de vulnerável e de que forma pode ocorrer uma comprovação fundada em fatos verídicos e que prejudicará o devido processo legal, incidindo a erro os órgãos julgadores, levando assim a ferir o princípio constitucional de presunção da inocência, em especial, nos casos em que estão interligados ao fenômeno da criação de falsas memórias, mediante a alienação parental.

Com isso, foi possível perceber que em se tratando de um crime com particularidades diferentes dos demais, o estupro de vulnerável, disposto no artigo 217-A, do Código Penal, ao possuir como vítima um indivíduo em situação de fragilidade, torna a análise ainda mais delicada e necessita de uma forma diferenciada de colher o testemunho, possibilitando um entendimento maior acerca do meio em que o crime, supostamente, foi cometido.

Para isso, ao ser analisado que a prova testemunhal se trata da que possui maior valoração em tipos penais, como o aqui tratado, percebeu-se acerca da necessidade de implantação em todos os meios jurisdicionais do depoimento especial, disposto pela Lei n. 13.431/2017, por intermédio de um profissional qualificado e especializado, com a finalidade de deixar o menor, tratando aqui de casos de suposta prática de alienação parental, muito mais à vontade para esclarecer os fatos, em um ambiente reservado e que possua características de sua idade, por intermédio de falas e meios de fácil entendimento e compreensão, ou seja, métodos diferenciados, do que

apenas um interrogatório comum utilizado em crimes em que não possuam um vulnerável como sujeito passivo.

Ainda, há que se prezar pelo não constrangimento e pelo zelo da vítima nessas situações tão delicadas e que possuem grande apelo emocional, devendo tal método aplicado no depoimento especial possuir todos os meios necessários para que o depoimento venha a ser colhido apenas uma vez, por alguém capacitado, sem que o vulnerável necessite vivenciar tal situação novamente e que tal prova sirva para todo o rito processual.

Para tanto, percebeu-se que a hipótese de pesquisa do presente artigo, bem como seu objetivo geral foram alcançados, uma vez que se deve buscar uma maior adequação na prática jurídica, em situações que possuam como suspeita casos de alienação parental e, conseqüentemente, a implantação de falsas memórias no vulnerável, para que as provas obtidas no processo não sejam frágeis e inverídicas, a fim de não comprometer o princípio constitucional de presunção da inocência, não sendo gerada uma injusta condenação, que resultará em conseqüências de cunho psicológico tanto para a vítima quanto para o indivíduo que responderá por um crime não cometido.

REFERÊNCIAS

AMARAL, M. M.; SIQUEIRA, D. P. Falsas memórias e o princípio da presunção de inocência nos crimes sexuais. **Revista Argumentum**, São Paulo, v. 19, n. 1, 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/543>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BASÍLIO, P.; OLIVEIRA, L. P. O. As conseqüências das falsas acusações de crime de estupro de vulnerável na hipótese de alienação parental. **Revista Científica do Curso de Direito**, Paraná, 2019. Disponível em: <https://www.fag.edu.br/upload/revista/direito/5db84903edbd8.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: D.O. 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 18 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.285, de 10 de maio de 2016**. Acrescenta o art. 394-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13285.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 2 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 581.956/SP**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Decisão em 08 de setembro de 2020. Brasília, 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1979237&num_registro=202001153327&data=20200921&formato=P-DF. Acesso em: 26 set. 2020.

BRITO, L. M T. de. Pais de fim de semana: questões para uma análise jurídico-psicológica. **Psicologia Clínica Pós-Graduação e Pesquisa**, Rio de Janeiro, v. 8, p. 139-152, 1997.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal** – parte especial. 14. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, R. S.; SILVA, D. C. (col.). **Código penal para concursos**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FARIELLO, L. **Método que humaniza depoimento de criança na Justiça vira lei**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/metodo-que-humaniza-depoimento-de-crianca-na-justica-vira-lei/>. Acesso em: 2 set. 2020.

FEIX, L. da F.; WELTER, C. L. W. Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, L. M. *et al.* (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

FÉRES-CARNEIRO, T. **Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade**. Porto Alegre: Equilíbrio, 1998.

FILÓ, M. C. S. **O desafio da hermenêutica jurídica diante do crime de “estupro de menor vulnerável”**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos, Minas Gerais, 2012. Disponível em: <https://www.unipac.br/site/bb/teses/dir5.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2020.

FÜHRER, M. R. E. **Novos crimes sexuais com a feição instituída pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, R. **Código penal**: comentado. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUARAGNI, F. A.; TANAKA, C. M. Falsas memórias no processo penal: a incidência de falsas memórias na prova testemunhal. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 2, p. 181-209, 2020.

MARTINS, J. R. **O delito de estupro após o advento da Lei nº 12.015/09**: questões controvertidas em face das garantias constitucionais. 2020. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/anais2/DelitoJose.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MASSON, C. **Código penal comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MELHEM, P. M.; ROSAS R. H. **Palavra da vítima no estupro de vulnerável**: retorno da prova tarifada? 2014. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/19.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, J. A. G. do. **As implicações das falsas memórias nas provas do processo de alienação parental**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/27777>. Acesso em: 22 jun. 2020.

NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**: estudo integrado com processo e execução penal. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIERANGELI, J. H. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. Bauru: Javoli, 1980.

ROLIM, L. A. **Instituições de direito romano**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STEIN, L. M. *et al.* **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TRINDADE, J. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TUCCI, J. R. C. e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

VIANA, C. N. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: as implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1035-1056, 2018.

O DIREITO À MORADIA: PROPOSIÇÃO DE UM CONCEITO A PARTIR DAS DISSERTAÇÕES E TESES DESENVOLVIDAS NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO BRASILEIRO NOS ANOS DE 2018 E 2019.

Nadine Zambiasi¹
Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

Previsto na Constituição Brasileira de 1988 e também na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o direito à moradia é um direito fundamental, sendo o Estado o responsável por promover e proteger esse direito, um direito a muito mais que um teto, a um padrão de vida digna, com acesso a infraestrutura básica como rede de água, saneamento básico, energia elétrica, transporte público, coleta de lixo, entre outros. Direito de morar, não é somente ter um lar, mas morar adequadamente dentro da cidade, sendo uma porta de entrada para que o indivíduo, a sua família e a comunidade, tenham o acesso aos serviços essenciais como educação, saúde, renda, trabalho e segurança. O direito à moradia é uma garantia constitucional inviolável e que exalta a dignidade da pessoa humana, sendo assim a moradia é fundamental ao desenvolvimento humano, não podendo ser vista apenas como um lugar para morar, mas sim como um direito que incide diretamente na qualidade de vida do ser humano, no seu convívio social e na sua saúde mental e física.

Palavras-chave: Direito à moradia. Moradia Adequada. Direitos Fundamentais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

¹ Acadêmica do curso Bacharel em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). E-mail: zambiassinadine@gmail.com.

² Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc – Mestrado e Doutorado. Pós-doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre em instituições Jurídico-Políticas pela UFSC.

1 INTRODUÇÃO

O objeto de análise, do presente estudo se desenvolve no âmbito da compreensão do que é direito à moradia, partindo para a proposição de um conceito. Utilizando-se da metodologia dedutiva e também da metodologia quantitativa, esta pesquisa busca-se elaborar o conceito de direito à moradia, o que requereu estudar as dissertações e teses desenvolvidas nos programas de Pós Graduação em direito brasileiro nos anos de 2018 e 2019, encontradas no site catálogo de teses da CAPES (2020). Na presente pesquisa, selecionando a categoria para o referido título: "Direito à moradia"; e na área específica de Direito, foram encontrados 39 trabalhos, sendo 4 teses e 35 dissertações, com um número de 22 trabalhos indisponíveis, sem sua divulgação autorizada e 17 trabalhos disponíveis com autorização para pesquisa.

Basicamente, o direito à moradia é o direito de ter um lar. Desde 1948, o direito à moradia passou a ser considerado um direito fundamental pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, desde essa época, o direito à moradia é considerado um direito humano universal, isto é, todas as pessoas devem ter acesso a ela.

O conceito de direito à moradia é amplo, como será visto ao longo da pesquisa, como bem mencionado pelos doutrinadores e em documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, falar em direito à moradia, não é somente o direito em si, é falar também em uma moradia adequada, não é somente ter um lar, mas sim um lugar habitável, com boas condições, é ter um espaço digno para se viver.

2 CONTORNOS TÉCNICOS E CONCEITUAIS SOBRE O DIREITO À MORADIA

Nesta seção serão abordados os assuntos que dão sustentação ao referido artigo. O primeiro tópico aborda, a proteção do direito à moradia,

seu reconhecimento constitucional, em seguida como segundo tópico, sobre a moradia adequada, com a explanação do Comentário Geral nº 4 do Comitê de direitos sociais e culturais. Com terceiro tópico a análise legal e documental com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais e o Estatuto da Cidade nº 10.257 (BRASIL, 2001). Em seguida como quarto tópico acerca dos dados encontrados no site catálogo de teses da CAPES, com as principais temáticas abordadas nas teses assim como o conceito mais utilizado nos referidos trabalhos, e por fim como quinto tópico a análise crítico conceitual acerca do tema.

2.1 A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil, o direito à moradia tem seu processo histórico, com uma marca muito forte na escravidão e na concentração da terra, onde começa a partir da lei Aurea, quando os escravos ganham sua liberdade, migrando para a cidade com isso havendo a criação dos cortiços no século XIX, onde construíam os casarões perto das indústrias, que abrigavam muitas pessoas, tanto escravos como europeus (VAZ, 1994, p. 582).

Esses fatores então provocaram o aumento da população nas cidades, especialmente em São Paulo e no Rio de Janeiro, fato que acarretou uma demanda por moradia, transporte e demais serviços urbanos (MARICATO, 1997, p 115).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Carta Imperial de 1824, assim como a Constituição de 1891, não previam expressamente o direito à moradia. Na constituição de 1891, previu a casa como asilo inviolável, só podendo adentrar nela com autorização do morador.

Já no século XX, houve uma mudança nessa perspectiva de propriedade a constituição de 1937 e a de 1946 passaram a prever que a

garantia do direito à propriedade estaria excepcionada para os casos de desapropriação.

É na Constituição Federal de 1988 que o direito à moradia surge. Apesar de já haver menção expressa a moradia em outros dispositivos como nos artigos, 7º, IV, o qual previa como direito do trabalhador “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia” e no art. 23, IX, ao estabelecer que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais (BRASIL, 1988).

O direito à moradia é previsto hoje na Constituição Federal Brasileira de 1988, que por influência do Direito Internacional, se inseriu no contexto constitucional nacional com status de direito fundamental. Com a redação trazida pela Emenda Constitucional (EC) nº 26/ promulgada em 14 de fevereiro de 2000, foi inserida a expressão “a moradia” entre o trabalho e o lazer, colocando o direito à moradia como direito social inserido no contexto dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O direito à moradia faz parte de um rol de direitos fundamentais sociais elencados no artigo 6º ao 11º, da Constituição Federal, juntamente com outros direitos sociais tais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

A Constituição federal de 1988 é analítica, dispondo sobre várias matérias, dentre as quais está um rol de direitos fundamentais, previsto na em seu artigo 6º, dentre outros direitos sociais:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Saule Junior (2004, p. 172), ressalta que não há qualquer dúvida quanto a proteção do direito à moradia na inclusão do texto constitucional, o que "impõe sua observância no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico".

O autor ainda afirma que a "eficácia jurídica do artigo 6º e demais normas da Constituição reconhecem o direito à moradia como um direito social", devendo ser entendida a eficácia jurídica como implicativa da realização efetiva dos resultados buscados pelas normas que tratam do significado, abrangência e forma de exercício do direito à moradia (SAULE JUNIOR, 2004, p. 175).

Sendo um direito fundamental, tem aplicação imediata, (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal), é cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal) o que significa que de acordo com os direitos humanos mais básicos, o direito à saúde e o direito à moradia, é um direito reconhecido a qualquer indivíduo, sobre a característica aplicabilidade imediata:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido o art.5º, 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não existia consenso a respeito do alcance deste dispositivo. Que qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente (SARLET, 2012, p. 66).

Pode-se afirmar que o direito à moradia é direito fundamental social presente em diversas normas constitucionais, intimamente ligado à qualidade de vida do indivíduo e por isso tem profunda fusão com o princípio da dignidade da pessoa humana, com isso todo direito fundamental social tem uma característica, de que para se tornar efetivo demanda do poder público uma atuação positiva, não apenas uma atitude de quem não vai intervir para que a pessoa possa exercer o seu direito, mas medidas

positivas, prestacionais para que aquele direito possa de fato ser exercitado pelos seus titulares.

Nesse sentido Sarlet (2012) afirma que:

[...] o direito à moradia reveste-se de complexidade peculiar dos direitos fundamentais, notadamente dos sociais, já que abrange um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, assim como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Na condição de direito de defesa (negativo) a moradia encontra-se protegida contra a violação por parte do Estado e dos particulares, no sentido de um direito da pessoa não ser privada de uma moradia digna, inclusive para efeitos de uma proibição de retrocessos, [...] Por sua vez, como direito a prestações, igualmente são múltiplas as possibilidades, já que o direito a efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas de ordem normativa (como dá conta, entre nós, a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para a aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, entre outras tantas alternativas que aqui poderiam ser citadas (SARLET, 2012, p. 330).

Apesar do tanto desenvolvimento tecnológico da arquitetura e ao mesmo tempo das leis, tantas pessoas ainda tem problemas com moradia. Não é um problema recente, não é um problema de governo, mas sim de Estado.

Segundo Rolnik (2009), se, em função da distribuição da renda e riqueza do País, um grande número de pessoas não têm acesso a condições adequadas de moradia pela via do mercado, é obrigação do poder público garantir políticas para que este direito seja implementado para todos.

O Brasil como outros países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento de capitalismo subsidiário enfrenta problemas de moradia e um déficit habitacional muito grande. Segundo dados do o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 11 milhões de pessoas nessas condições moram em favelas ou em moradias precárias, sem contar, uma

quantidade enorme de pessoas que vivem em casa própria ou alugada que encontra-se em condições precárias, que logo em pouco tempo também estarão nessas condições (IBGE, 2020).

É comum haver ocupações irregulares nas cidades, decorrência da necessidade de moradia pelas famílias pobres e do desinteresse estrutural do Estado e da sociedade civil na promoção de políticas habitacionais visando a implementação desse direito em melhores condições. Deve-se portanto ser prioridade no que concerne a políticas sociais, quando diz-se moradia não é só o ato de produzir casas, mas sim é melhorar a infraestrutura de onde já existem casas, acolher famílias de baixa renda para melhoria de suas condições de vida habitacionais tendo assim um controle através das políticas urbanas.

Falar em direito à moradia também é falar em mobilidade urbana pois o direito à cidade, o direito das pessoas em viver de maneira humana ao mesmo tempo tendo garantias básicas, é também garantir o direito dessas populações circularem nesta cidade, é ter direito a vida urbana (LEFEBVRE, 2008, p. 118).

2.2 MORADIA ADEQUADA

A moradia adequada é um direito humano, previsto na Constituição Federal e na Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948, expõe que todo cidadão tem direito à moradia adequada. No entanto, verifica-se que o acesso à habitação digna ainda é privilégio da minoria. Mas o que é a moradia adequada?

A Secretaria de Direitos Humanos (SDH) do Governo Federal brasileiro, por meio da publicação da série de cadernos Por uma Cultura de Direitos Humanos, em especial no documento Direito à moradia adequada, apresenta diretrizes a respeito da conceituação de moradia adequada.

A melhor forma de entender o direito à moradia adequada é entender que ele é composto por três elementos: liberdades, garantias e proteções. O direito à moradia adequada inclui, mas não se limita, às liberdades, como a Proteção contra a remoção forçada, a destruição arbitrária e a demolição da própria casa. O direito de ser livre de interferências na sua casa, à privacidade e à família; O direito de escolher a própria residência, de determinar onde viver e de ter liberdade de movimento (BRASIL, 2013, p. 14).

O direito à moradia adequada inclui, mas não se limita, às garantias como a segurança da posse; restituição da moradia, da terra e da propriedade; acesso igualitário e não discriminatório à moradia adequada; participação em níveis internacional e comunitário, na tomada de decisões referentes à moradia (BRASIL, 2013, p. 14).

O direito à moradia adequada também inclui proteções, como a proteção contra remoção forçada, sendo um elemento-chave do direito à habitação adequada e está intimamente ligada à segurança da posse (BRASIL, 2013, p. 14).

Ainda, o direito à moradia adequada é um direito humano reconhecido na legislação internacional dos direitos humanos, como componente do direito a um padrão de vida adequado (BRASIL, 2013, p. 14).

Do ponto de vista dos direitos humanos, a moradia é uma porta de entrada para os outros direitos, moradia adequada como elemento fundamental para uma vida adequada e entre os elementos que compõem essa porta de entrada para uma vida adequada significa respeitar a dignidade da pessoa humana, cada qual dentro da sua possibilidade do seu contexto socioeconômico (ONU, 1948).

Significa o acesso não apenas infraestrutura da água, da luz, do esgoto, da coleta de lixo, mas também significa o acesso a oportunidades de desenvolvimento humano, e econômico, ou seja o acesso à educação a saúde segurança, conforto e nutrição, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, serviços de emergência, ao

trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; significa também a prioridade para aqueles que são mais vulneráveis, com a finalidade de mais estabilidade e proteção a estes.

A moradia adequada não é somente a casa em si, é um espaço que protege as pessoas das intempéries como frio, calor, chuva, um espaço que tem que ser bem localizado, que tem que ter custo acessível, ter condições de habitabilidade, ou seja, o tamanho da moradia adequada ao tamanho da família (BRASIL, 2013, p. 13).

É uma série de condições que define o que é moradia adequada, não se resumindo mais a um teto e quatro paredes, mas sim, ao direito de ter um padrão de vida adequado, que incide diretamente na qualidade de vida, no convívio social e na saúde mental e física do indivíduo. Portanto, tornou-se instrumento de integração social, é o local onde essa moradia está, que possibilita o acesso aos serviços e a infraestrutura, uma vez que nenhuma pessoa consegue exercer suas funções básicas sem habitação.

A moradia adequada é um dos direitos humanos garantidos a todas as pessoas pela legislação internacional e também pela Constituição brasileira. Esse direito fundamental foi reconhecido em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e também em 1992 pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), cujo artigo 11, assim dispõe:

Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, e ao melhoramento contínuo das condições de existência. Os Estados Signatários tomarão as medidas adequadas para assegurar a efetividade deste direito, reconhecendo para esse efeito a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento (PIDESC, 1992).

2.3 O COMENTÁRIO GERAL Nº 4 DO COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Destaca-se o comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Cultura de 12 de dezembro de 1991, nos art. 10 e 11, o qual tem por incumbência a fiscalização do cumprimento pelos Estados-parte do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

10. Independentemente do estado de desenvolvimento de qualquer país, há alguns passos que devem ser tomados imediatamente. Como reconhecido na Estratégia Global para Habitação e em outras análises internacionais, muitas das medidas requeridas para promover o direito à habitação exigiriam apenas a abstenção pelo governo de certas práticas e o comprometimento a facilitar a 'autoajuda' pelos grupos afetados. Para que se considere que tais passos são considerados além do máximo de recursos disponíveis para um Estado-parte, é apropriado que uma solicitação seja feita assim que possível de cooperação internacional de acordo com os artigos 11(1), 22 e 23 do Pacto, e que o Comitê seja informado disto.

11. Estados-partes devem dar prioridade devida àqueles grupos sociais que vivem em condições desfavoráveis, dando-lhes particular consideração. Políticas e legislação não deveriam ser criadas para beneficiar grupos sociais já favorecidos, em detrimento de outros. O Comitê é ciente que fatores externos podem afetar o direito a uma melhoria contínua das condições de vida, e que em muitos Estados-partes as condições de vida em geral declinaram durante a década de 80. Entretanto, como foi percebido pelo Comitê no Comentário Geral 2 (1990) (E/1990/23, anexo III), apesar de problemas causados externamente, as obrigações do Pacto continuam a aplicar-se e são talvez até mais pertinentes durante tempos de contração econômica. Assim, pareceria para o Comitê que o declínio geral nas condições de vida e habitação, diretamente atribuíveis a decisões políticas e legislativas pelos Estados-partes e à falta de medidas compensatórias que se façam acompanhar, seria inconsistente com as obrigações assumidas no Pacto (DHNET, 2020).

Assim, o CDESC esclarece que o direito à habitação adequada se aplica a toda e qualquer pessoa e não deve ser interpretado em um sentido estreito

ou restrito, precisa ser visto como um direito a viver com segurança, paz e dignidade e define que uma moradia adequada deverá conter elementos como:

[...] segurança da posse, onde a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças;

disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura essenciais para saúde, segurança, conforto e nutrição, além do acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água apropriada para beber, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, facilidades sanitárias, meios de armazenagem de comida, depósito de ruídos e de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência;

economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes;

habitabilidade da moradia: garantindo a segurança física e estrutural dos ocupantes proporcionando um espaço adequado, protegendo do frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e riscos de doença;

acessibilidade das habitações, em especial aos grupos desfavorecidos como idosos, crianças, deficientes físicos, os doentes terminais, os portadores de HIV, pessoas com problemas crônicos de saúde, os doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas propensas a desastres, e outros deveriam ser assegurados um patamar de consideração prioritária na esfera habitacional;

adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural.

localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas que ameacem o direito à saúde dos habitantes (BRASIL, 2013, p. 13).

O elemento localização é um elemento fundamental, que é ele que permite que a partir da moradia a pessoa tenha acesso a uma qualidade de vida adequada porque ela tem uma quantidade de recursos a sua volta que ela pode mobilizar para sua própria existência. Esses elementos fazem parte

do direito à moradia e, portanto, quando eles não são respeitados trata-se claramente de uma violação desses direitos.

O Mesmo documento também traz o que não seria o direito à moradia adequada, elencando as principais posições:

[...] não se exige que o Estado construa habitação para todos, o direito à moradia adequada abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia, proibir as remoções forçadas e a discriminação, focar nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, garantir a segurança da posse a todos, e garantir que a habitação de todos seja adequada, de modo que eventualmente terá de prestar assistência direta; o direito à moradia adequada não é somente um objetivo programático, mas de efeito imediato; o direito à moradia adequada não proíbe projetos de desenvolvimento que possam remover pessoas, pois as remoções são necessárias eventualmente, porém o direito em questão impõe condições e limites processuais sobre ele, para proteger os afetados; o direito à moradia adequada não é o mesmo que o direito de propriedade, por ser mais amplo que o segundo por relacionar aspectos não relacionados à propriedade, visando que todos tenham um lugar seguro para viver. Inclusive o foco único no direito de propriedade poderia levar a violações do direito de moradia adequada; o direito à moradia adequada não é o mesmo que o direito à terra; f) o direito à moradia adequada não significa apenas que a estrutura da habitação seja adequada, também deve haver acesso sustentável e não discriminatório às infraestruturas básicas à saúde: água, energia, aquecimento, iluminação, transporte, esgoto e acesso a serviços de educação e emergência (BRASIL, 2013, p. 16-19).

O entendimento manifestado no presente comentário, não se pode confundir a "moradia" com um simples teto, isto porque há uma vinculação do direito à moradia com os demais direitos humanos, como: o direito à segurança, à paz, à dignidade, de modo que a moradia deve preencher tais requisitos. Deve ser compreendida como sendo uma moradia adequada, quando envolve o compromisso de os Estados promoverem uma vida digna.

3 ANÁLISE LEGAL E DOCUMENTAL

Como pode ser percebido, é garantia de todo cidadão o direito à moradia como exposto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, bem como o disposto no artigo 23, inciso IX, do mesmo diploma, não restando dúvidas de que o direito à moradia é uma garantia constitucional inviolável e que exalta a dignidade da pessoa humana.

Assim, Kildare Gonçalves Carvalho (2005) assevera que:

No âmbito da Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados. Desse modo, a dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa (CARVALHO, 2005, p. 386-387).

A doutrina jurídica contemporânea, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que os direitos fundamentais são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado como regras constitucionais escrita. Os direitos definidos na Declaração de 1948 correspondem, integralmente, ao que o costume os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana (COMPARATO, 2001 *apud* STEFANIAK, 2020).

A busca por outros entendimentos apresenta também a conceituação de Nolasco (2008, p. 88) ao expor que:

O direito à moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito erga omnes.

Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção (NOLASCO, 2008, p. 88).

3.1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

O direito à moradia tem proteção na ordem constitucional brasileira, também há de se considerar que o Brasil é integrante da ONU e parte em tratados internacionais que protegem tal direito, além disso a ONU promove interpretações oficiais que exaltam o dever dos Estados de garantir moradia adequada, evitar os despejos forçados e não gerar desabrigo de pessoas de modo a ficarem sujeitas a mais violações de direitos humanos.

O reconhecimento ao direito à moradia tem como importante documento internacional a Declaração dos Direitos Humanos proclamada em 1948:

Artigo XXV

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (ONU, 1948).

Ainda, uma de suas primeiras referências está no Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), relacionado a uma série de direitos que conformam o direito a um padrão de vida adequado, afirmando, a universalidade e inter-relação de tais direitos, o que diz, textualmente:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais

indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (ONU, 1948).

Essa Declaração, não só reconheceu o direito à moradia, assegurando a pessoa e a sua família saúde e bem estar, mas também um princípio maior, que informa e embasa todo o sistema jurídico, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos fundamentais para vida das pessoas.

3.2 O PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seus artigos 22 a 27, que, pela primeira vez, a ordem internacional reconheceu os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia.

A partir deste diploma a moradia passou a constar de diversos tratados e documentos internacionais, em especial o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1992, em seu artigo 11, §1º, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, traz o reconhecimento pelos Estados do direito à moradia conjugado aos direitos de vestimenta e alimentação ao ser humano e sua família, com o seguinte texto:

Artigo 11

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (PIDESC, 1992).

Assim, Saule Junior (2004, p. 90) ressalta que

[...] o principal fundamento do reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, do qual gera para os Estados-partes signatários, a obrigação legal de promover e proteger esse direito, sendo este o principal fundamento para o Estado brasileiro ter essa obrigação e responsabilidade.

O Estado tem três tipos de obrigações com relação ao direito à moradia adequada: a obrigação de se abster de atos que ofendam tal direito, de proteger a moradia contra a intervenção de terceiros e de atuar para sua realização. A moradia integra o direito a um mínimo existencial (BRASIL, 2013, p. 39).

Há vasta legislação voltada à proteção da moradia e da posse sobre bens imóveis, amparada na Constituição Federal de 1988, que assegura como princípios fundamentais a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Está previsto no Título II – ‘Dos Direitos e Garantias Fundamentais’, o direito à propriedade, a subordinação desta ao cumprimento de sua função social, e a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro (art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXIV). Há proteção constitucional especificamente voltada para indígenas (art. 231) e quilombolas. O capítulo sobre política urbana da Constituição Federal dispõe sobre a função social da propriedade urbana (art. 182 e 183) (ROLNIK, 2013).

3.3 DO ESTATUTO DA CIDADE LEI Nº 10.257, DE 2001

No ordenamento jurídico brasileiro encontra-se a lei nº 10.257, de 2001, denominada Estatuto da Cidade, em que trata no seu artigo 2º, inciso I, a garantia do direito à moradia:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 2001).

Regulamentando os artigos referentes à política urbana no âmbito federal (art. 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 – CF/1988) esse estatuto, estabelece os princípios da política urbana no Brasil, elencando o dever do Estado em prestar serviços que satisfaçam o direito à moradia como por exemplo no art. 3º, inciso III:

Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

II – Promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público (BRASIL, 1988).

Verifica-se assim, que o Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tem o dever em promover a ocupação urbana e o direito à moradia. Sendo ele responsável por garantir os direitos inerentes a personalidade e suas adequações a “função social das cidades”, nos espaços urbanos através de políticas públicas capazes de democratizar o acesso à moradia com planejamento urbano adequado atendendo então a essa legislação.

4 DADOS ENCONTRADOS PARA OS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A pesquisa realizada no site catálogo de teses da CAPES buscou encontrar trabalhos abrangendo os anos de 2018 e 2019. Selecionando categoria para o referido título: “Direito à moradia”; e na área específica de Direito. Foram encontrados 39 trabalhos, sendo 4 teses e 35 dissertações,

com um número de 22 trabalhos indisponíveis, sem sua divulgação autorizada e 17 trabalhos disponíveis com autorização para pesquisa (CAPES, 2020).

Para operacionalização do estudo, apresentam-se na Tabela 1, quais as localidades em que as teses e dissertações de Pós-graduação em Direito foram publicadas. Procurou-se delinear um quadro que possibilitasse a visualização de quais cidades e estados as teses foram elaboradas, sendo apresentado a seguir:

Tabela 1 – Localização das teses e dissertações de Pós-graduação em Direito

ESTADO	CIDADE
MINAS GERAIS	BELO HORIZONTE
PARANÁ	CURITIBA
	JACAREZINHO
SÃO PAULO	SÃO PAULO
	RIBEIRÃO PRETO
RIO DE JANEIRO	SANTOS
	RIO DE JANEIRO
SANTA CATARINA	CRICIÚMA
	ITAJAÍ
AMAZONAS	MANAUS
RIO GRANDE DO SUL	PASSO FUNDO

Fonte: Elaborada pela autora (2020).

Na tabela é possível verificar as localizações em que foram encontrados na busca da respectiva pesquisa das palavras chaves direito à moradia. A pesquisa teve resultados bem satisfatórios com um total de 103 trabalhos entre teses e dissertações sobre o tema.

4.1 PRINCIPAIS TEMÁTICAS ABORDADAS

Com base na pesquisa realizada no site catálogo de teses da capes, analisou-se as principais temáticas abordadas sobre o tema, que são elas:

- a) do Processo histórico: o direito fundamental social à moradia na Constituição Brasileira de 1988, que por influência do Direito

Internacional, se inseriu no contexto constitucional nacional com status de direito fundamental, com a redação trazida pela Emenda Constitucional (EC) nº 26/2000, colocado como direito social inserido no contexto dos direitos fundamentais da pessoa humana; O direito à moradia faz parte de um rol de direitos elencados nos artigos 6º ao 11º da Constituição Federal, juntamente com outros direitos sociais tais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção maternidade e à infância e assistência aos desamparados;

- b) do direito à moradia, em razão de sua dimensão – social e jurídica;
- c) da relação entre a moradia, a propriedade e a função social, com a possibilidade de efetivar o direito fundamental à moradia;
- d) do direito à moradia sendo reconhecido como um direito humano em diversas declarações e tratados internacionais dos quais o Estado Brasileiro faz parte, enunciado esse direito na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948;
- e) o desenvolvimento do direito à moradia no direito internacional e sua previsão e efetivação no Brasil;
- f) desjudicialização da usucapião como instrumento de efetivação do direito à moradia adequada, introduzida na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/75) pelo atual Código de Processo Civil, e sua relação com o direito social à moradia;
- g) o direito fundamental à moradia digna e a política pública habitacional no Brasil;
- h) da forma jurídica moradia, investigando sua constituição e sua atuação. O direito à moradia decorre da função social da propriedade urbana e é, ao mesmo tempo, um direito humano e fundamental, necessitando do Estado e do Direito para concretizar esse direito social;

- i) as moradias irregulares e a regularização fundiária na lei N.º 13.465/2017;
- j) a forma jurídica moradia: propriedade privada e globalização do capital – propriedade privada e moradia utilizando a ideia de cidade e moradia como mercadoria;
- k) locação social como instrumento de garantia do direito à moradia adequada; possibilidade de utilizar o aluguel como um dos meios de garantir a população brasileira, em especial de baixa renda, o direito social à moradia adequada;
- l) a possibilidade de relativização da proteção ao meio ambiente – relativizar-se a proteção ao meio ambiente a fim de que outros direitos fundamentais, tais como o direito à moradia, sejam alcançados plenamente;
- m) do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1992;
- n) Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948);
- o) das leis esparsas: lei nº 10.257/2001, dispendo sobre o Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 11.124/2005 (BRASIL, 2005), Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social e a Lei 11.888/2008 – Assegura às famílias de baixa renda assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social.

4.2 CONCEITO DE “DIREITO À MORADIA” MAIS UTILIZADO

A partir dos trabalhos desenvolvidos foi possível verificar que o conceito de direito à moradia é um conceito amplo. Na pesquisa dos referidos trabalhos o direito à moradia encontra-se previsto nas leis esparsas, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, nos documentos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assim como Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1992.

No ordenamento constitucional brasileiro, os direitos sociais foram positivados, em especial no artigo 6º na Constituição Federal de 1988, tornando-se o direito à moradia, um direito cujo seu conteúdo tem como objetivo que o ser humano viva com dignidade, garantida com a proteção da vida e da saúde, bem como alimentação, vestimenta e moradia.

Destaca-se o trecho da dissertação do autor Rafael Taranto Malheiros que diz:

No texto originário da CF/88, não estava expressamente previsto, nem nas Constituições brasileiras anteriores. Foi inserido através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Os princípios e os direitos fundamentais originalmente previstos na CF/88 já eram, em si, suficientes para gerar interpretações no sentido de que a moradia seria um dos pressupostos de dignidade humana (arts. 1º e 3º da CF/88). Para além, existiam tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, anteriores a 2000, que traziam previsões suficientes para a moradia ser considerada núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana (MALHEIROS, 2018, p. 13).

Antes da Constituição Federal de 1988, o direito era visto como direito individual e a Constituição Federal de 1988, passa a preconizar o direito com ponto de vista coletivo e social. O direito à moradia é previsto hoje na atual Constituição em seu artigo 6º e nos artigos 182 e 183, como um direito social e fundamental.

Para Hugo de Oliveira Vieira Basili:

A constituição brasileira de 1988 é analítica, dispondo aos detalhes várias matérias dentre as quais está um rol de direitos fundamentais, incluindo no artigo 6º, dentre outros direitos sociais, o direito à moradia, este desde a Emenda Constitucional n.º 26, de 15 de fevereiro de 2000. O texto original da Constituição federal já dispôs expressamente sobre o direito à moradia nos artigos 7º, IV, art. 23, IX, 182, caput e §1º, e 191, caput. O que se denota desses dispositivos é que foram positivados por meio de estratégias diferentes, a delinear as respectivas

normatividades, sendo que em conjunto compõem a proteção constitucional do direito à moradia (BASILI, 2018, p. 115).

Assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, verifica-se que o direito à moradia é um direito humano, além de ser um direito de segunda geração ou dimensão.

Ao lado de outros direitos como alimentação, trabalho, segurança, saúde, a moradia está no rol das necessidades mais básicas do ser humano, pois para que o indivíduo desenvolva suas capacidades, é fundamental possuir uma moradia, visto que tendo um lugar para morar, tem um lugar para se viver de forma digna que consiste nos pressupostos da dignidade da pessoa humano um dos fundamentos da Constituição Federal da Republica, previsto em seu artigo 1º, inciso III.

Nesse sentido Ana Paula Meda, assevera:

Observe-se que a moradia ultrapassa a concepção de lugar físico para se habitar, a fim de abranger uma concepção ampla que está relacionada com a capacidade de o ambiente de morada oferecer conforto, privacidade e segurança em prol do desenvolvimento das pessoas em um espaço de recolhimento ao externo, com efeito erga omnes, ou seja, efeito jurídico que a torna oponível e válida em face de todos os demais indivíduos, com proteção reconhecidamente legítima (MEDA, 2018, p. 25).

Considerado como direito nato, o direito à moradia, condiciona o desenvolvimento de outros direitos fundamentais, pois nada vale o indivíduo ter garantia desses direitos se não há um lugar para se proteger, descansar, desenvolver-se e usufruir desses direitos que lhe são assegurados.

Além do direito de morar, é assegurado pela Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948 e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1992, que todo indivíduo também tem o direito de morar dignamente, que essa moradia deve ficar em um local adequado, com acesso à saúde, ao saneamento básico, áreas de lazer, próximo a escolas

e com ruas em boas condições de uso, com segurança e sem ameaças de remoção.

5 ANÁLISE CRÍTICO- CONCEITUAL

A busca de um conceito de moradia encontra certa dificuldade pelo fato de que existem outros termos, que lhe são empregados muitas vezes como sinônimos. Relacionadas com o termo moradia encontra-se as palavras como propriedade, habitação, residência, domicílio, entre outras.

Para Maria Helena Diniz, o direito de propriedade pode ser entendido como "o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha" (DINIZ, 2006, p. 89).

A habitação orienta-se por uma relação de fato, na qual a pessoa se estabelece no local temporária ou acidentalmente (hotel, casa de praia, etc.); a residência é o lugar em que a pessoa tem a intenção de permanecer (SOUZA, 2008, p. 45-47).

Já o domicílio é o local onde a pessoa poderá ser encontrada para efeitos jurídicos, ao passo que a moradia, nata ao ser humano, existe enquanto "bem da personalidade", com proteção assegurada na Constituição e no Código Civil (SOUZA, 2008, p. 45-47) e em legislações específicas como, por exemplo, no Estatuto da Cidade.

Assim, "O domicílio, a residência fixa e a moradia integram o conceito de personalidade, já que são considerados como indispensáveis e até mesmo indissociáveis do indivíduo que necessita de uma localização fixa" (SOUZA, 2008, p. 46).

O direito à moradia traz a ideia de um espaço onde as pessoas podem ser encontradas e onde passam boa parte do seu tempo, porém o conceito vai muito além de apenas um teto para as pessoas abrigarem-se.

O direito de morar, não é apenas ter um teto com 4 paredes. É ter o direito de morar de forma digna. Todos têm esse direito assegurado, morar em um espaço em que haja disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura, pois uma moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.

Saule Júnior, elenca três elementos necessários para satisfazer o direito à moradia, quais sejam: viver com segurança, viver com paz e viver com dignidade. Ou seja:

O núcleo básico do direito à moradia é constituído, portanto, pela segurança, pela paz e pela dignidade. Situações que retratam a violência urbana como as ações das organizações de traficantes e do crime armado, que resultam em fechamento de territórios, de conflitos armados nos morros e favelas, as invasões de domicílios praticadas pelos agentes de segurança pública, como a polícia civil, são evidentes formas de violação do núcleo básico do direito à moradia, da segurança e da paz (SAULE JÚNIOR, 2004, p. 133).

No que tange os direitos humanos e fundamentais, o direito à moradia é previsto como status de direito superior, em que deve ser garantido por todos e, por se tratar de um direito prestacional, deve ser buscado junto ao Estado sua efetivação. No Brasil, algumas famílias não conseguem ter a sua casa própria, e é aí que deve ser questionado as políticas de habitação do Estado, como os programas de moradia popular que devem assegurar que o Estado garanta condição de financiamento de casas para aquelas pessoas de baixa renda.

Nesse sentido, o direito à moradia deve ser efetivado, pois existem outros direitos fundamentais que dependem da sua efetivação adequada para serem concretizados, como o direito à educação, saúde, trabalho, desenvolvimento econômico social e cultural.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia como visto, é um direito essencial para nossa sobrevivência, para se levar uma vida segura, independente e autônoma.

A moradia é um dos primeiros direitos que devem ser considerados na vida de uma pessoa. Todo tem de morar em algum lugar, pois tendo um lugar para se viver é garantido o exercício dos demais direitos, como direito ao trabalho, integridade física, educação, saúde, privacidade, a vida familiar entre outros.

Restou claro que o direito à moradia trata-se de um direito fundamental, intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana devendo este ser protegido e principalmente garantido. A moradia é uma necessidade ligada a dignidade da pessoa humana, necessidade esta que deve ser garantida a qualquer pessoa, sendo que como visto é imprescindível para uma vida digna.

Previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este direito corresponde como direito humano, calcado na dignidade da pessoa humana, correspondendo tanto aos direitos civis e políticos como aos direitos econômicos e sociais.

Conclui-se, portanto, que o conceito de direito à moradia tem um conceito amplo, pressupõe segurança da posse da terra, infraestrutura adequada de abastecimento de água, esgoto, energia elétrica, disponibilidade de serviços, garantindo a segurança física e estrutural. Não se restringe apenas em ter um teto para morar, mas também ter um lugar seguro para se viver assegurando qualidade de vida, de maneira a preservar sua dignidade, saúde física e mental e desenvolvimento pessoal, ou seja, ter uma habitação adequada provida de infraestrutura básica e outras facilidades.

REFERÊNCIAS

BASILI, H. de O. V. **O direito fundamental social a moradia na Constituição brasileira de 1988**. 2018. Disponível em: <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 16 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005**. Lei do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/ PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/DH_moradia_final_internet.pdf. Acesso em: 20 maio 2020.

CARVALHO, K. G. **Direito constitucional: teoria do estado e da Constituição – direito constitucional positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES. **Catálogo de teses e dissertações, 2018 e 2019**. Direito à moradia. Disponível em: <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

DHNET. **Moradia e direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacaopronto.html#8>. Acesso em: 12 mar. 2020.

DINIZ, M. H. **Curso de direito brasileiro: direito das coisas**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo demográfico 2020**. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 10 abr. 2020.

LEFEBVRE, H. **O Direito à Cidade**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2008.

MALHEIROS, R. T. **O procedimento administrativo da regularização fundiária urbana de interesse social como garantia do direito à moradia**. 2018. Disponível em: <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MARICATO, E. Brasil 2000: qual planejamento urbano? **Cadernos IPPUR**, Rio de Janeiro, v. 11, jan./dez. 1997, p. 113-130, 1997.

MEDA, A. P. **A proteção do direito a moradia em conflitos fundiários urbanos: a mediação como pluridialógo para cidades mais humanas**. 2018. Disponível em: <http://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>. Acesso em: 10 mar. 2020.

NOLASCO, L. G. **Direito fundamental à moradia**. 1. ed. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU**. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos/direitos-humanos.php>. Acesso em :16 abr. 2020.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS – PIDESC. Brasília, DF: Senado Federal, 1992. Disponível em: [ttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 17 maio 2020.

ROLNIK, R. Moradia adequada é direito de todos. **O Estadão de S. Paulo**, São Paulo, 18 out. 2009. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/noticias/geral,moradia-adequada-e-direito-de-todos>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ROLNIK, R. **Respostas ao questionário sobre “segurança da posse”**: apresentado pela relatora especial sobre moradia adequada. 2013. Disponível em: <http://www.direitoamoradia.fau.usp.br/wp-content/uploads/2013/08/ResponseBrasil25.06.13.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais** - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012.

SAULE JUNIOR, N. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: SAFE, 2004.

SOUZA, S. I. N. de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

STEFANIAK, J. L. **A efetividade do direito humano e fundamental à moradia**. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/24>. Acesso em: 22 jun. 2020.

VAZ, L. F. **Dos cortiços às favelas e aos edifícios de apartamentos** – a modernização da moradia no Rio de Janeiro. 1994. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/122337718716iYL2uw3Xe43QN7.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.

O DIREITO DE MORRER: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Maiquiel Jeferson Antunes¹

Roni Edson Fabro²

RESUMO

A palavra eutanásia significa morte piedosa, digna, sem dor ou sofrimento e, em sentido amplo, implica morte suave e indolor. No seu sentido restrito, implica ceifar a vida de uma pessoa ou auxiliar em seu fim, podendo ocorrer por vários motivos. Em se tratando de um assunto polêmico, por associar diferentes ideias em vários países, o objetivo dessa pesquisa é refletir e discutir sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de morrer e a eutanásia. Para tanto, realiza-se um estudo de revisão bibliográfica que verifica a ideia do tema sob a ótica de vários autores, concluindo-se que apesar de a eutanásia já ter sido legalizada em vários países, no Brasil ainda não é permitida sua ocorrência. Ainda, o assunto gera inúmeras discussões sobre a necessidade de ter sua aceitação no ordenamento jurídico, mesmo que com amparo à dignidade da pessoa humana e o direito de morrer, sob a autonomia da vontade. Entende-se que a eutanásia faz com que o paciente, com sofrimento incontrolável, sempre busque uma oportunidade para findar seus dias de angústia, mas o Estado sempre buscará proteger o direito à vida, o que pode levar ao confronto no entendimento de abreviar a vida.

Palavras-chave: Eutanásia. Direito de Morrer. Dignidade.

1 INTRODUÇÃO

A temática desse estudo envolve a inserção da dignidade da pessoa humana na condição de um direito fundamental de morrer. Apesar de a

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. maiquielantunes.pm@gmail.com.

² Doutorando em Educação do PPGEd da UNOESC, *campus* de Joaçaba. Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC Joaçaba (SC); Advogado; e-mail: roni.fabro@unoesc.edu.br. Orientador da pesquisa efetuada referente ao Curso de Direito da UNOESC, referente ao período 02/2020.

evolução da ciência contribuir para prolongar a vida, ela também é capaz de manter uma pessoa sem sofrimento até seu limite antes da morte, como por exemplo, nos casos de pessoas com morte encefálica, que permanecem vivas por meio de aparelhos.

Nessa perspectiva, Marinho (2011, p. 9) menciona que há um embate entre o direito de decidir morrer sob determinadas circunstâncias e o direito/dever de viver, que “passa a ser visto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta um novo movimento social conhecido como o direito de morrer com dignidade”.

O assunto ‘morte’ é algo que assusta grande parte da população, isso porque as pessoas se movem na expectativa do viver o dia a dia, fazendo planos e projetos, sem pensar que isso possa ter um fim a qualquer momento, além do que, muitas pessoas são precavidas com cuidados à saúde e não pensam na morte. O que desperta a discussão sobre o tema refere-se ao fato de que, quando ocorrem situações indesejáveis, que levam o indivíduo a passar meses em uma cama de hospital, vegetando, sem muitas expectativas de vida, faz muitas pessoas se perguntarem o motivo pelo qual devem prolongar o sofrimento do indivíduo, que já não possui nenhuma atividade corpórea, ou pode nunca voltar a ter.

O profissional da área da saúde, frise-se, é quem determinará o quadro vital dessa pessoa em questão, determinando as chances ou eliminando-as. Contudo, não se pode deixar de mencionar os familiares que acompanham a luta deste paciente, e que estas pessoas sofrem ainda mais, por se sentirem impotentes e martirizadas até mesmo pelo fato de pensarem na possibilidade do fim desse sofrimento.

Dessa forma, aponta-se o direito de morrer dignamente como uma reivindicação da dignidade da pessoa, com direito ao não prolongamento da agonia. No mesmo sentido, surge uma questão para discussão: utilizar-se da eutanásia para dar fim ao sofrimento do indivíduo, que não interage mais socialmente em razão do seu estado de saúde, pautado no princípio

da dignidade da pessoa humana, é uma forma de fazer valer sua morte com dignidade?

Diante do contexto, o objetivo geral dessa pesquisa é refletir e discutir o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de morrer e a eutanásia. Os objetivos específicos, por sua vez, consistem em verificar o ordenamento jurídico brasileiro sobre o entendimento da eutanásia; comparar como se dá a eutanásia em outros países e identificar até que ponto o direito à vida favorece o indivíduo que está nos momentos finais, pelo fato de estar sofrendo.

Justifica-se a escolha do tema por sua complexidade, envolvendo conflitos de valores sociais e interesses, não limitando apenas um enfoque na área jurídica, mas ampliando esta condição para a religião e a moral. O direito à vida é visto como algo irrenunciável, não podendo o homem interferir em seu direcionamento. No entanto, as várias dimensões que acompanham a vida do indivíduo, acarretam mudanças em seu entendimento, na medida em que certo desfecho vivido toma outros rumos.

Tais dimensões envolvem a qualidade de vida do ser humano, levando a pensar que o prolongamento da vida só deve ser dado caso haja algum retorno benéfico, à vista que esse benefício não possa ferir a dignidade. Nessa ótica, e em se tratando da justificativa pessoal, escolheu-se o tema por conta da discussão polêmica, no qual muitas pessoas dividem opiniões quando há envolvimento de uma pessoa em situação de saúde crítica, já em leito hospitalar ou até mesmo na própria casa, como pode ocorrer.

A metodologia empregada nessa pesquisa ocorreu pelo método dedutivo e bibliográfico, sendo imprescindível a análise de materiais já publicados, para entender a temática sob a ótica de vários autores. A abordagem qualitativa permitiu aprofundar o estudo, conforme explicam Bogdan e Biklen (1998, p. 3) que "os pesquisadores qualitativistas procuram entender o processo pelo qual as pessoas constroem significados e descrevem o que são estes".

Esse estudo se desdobra em quatro capítulos, inicialmente trazendo um pouco sobre a dignidade da pessoa humana, o direito de morrer, o que leva a assertivas sobre a autonomia da vontade. Em seguida, parte-se para o entendimento da eutanásia e de seu contexto interpretativo, finalizando o estudo com a conclusão.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para compreender o princípio da dignidade da pessoa humana é, antes de mais nada, imprescindível ressaltar a dignidade humana, pois se trata de um direito natural, que nasce com o indivíduo e, o fato de ele existir, significa dizer que possui dignidade humana. Essa dignidade traz consigo o amor próprio, sua autoestima, a felicidade, a honra e tudo que envolve a existência do ser humano na sociedade (HOUAISS, 2009).

Conforme retrata Marcondes (2012), a dignidade humana refere-se individualmente ao homem, diferenciando-se da dignidade da pessoa humana por esta se dirigir à humanidade como um todo. Contudo, a dignidade humana é o valor moral e espiritual que cada um leva dentro de si, manifestando a autodeterminação e a consciência responsável da própria vida. Por meio dela, também se faz compreensível o respeito à vida das outras pessoas, ressaltando os direitos fundamentais que podem ser gozados e, acima de tudo, respeitados.

Todavia, percebe-se que a dignidade humana está intimamente relacionada com o modo de viver em harmonia com a vida que foi concedida, desde que não interferindo em maus modos, mas não contribuindo para o sofrimento. Entretanto, não se exprime a ideia de como essa interrupção de aflição deve ser realizada, mas se deixa subentendido de que é por meio de ações que cessem o sofrimento, levando alívio, à pessoa. Parte-se agora para o que se entende sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Barcellos (2002) a dignidade da pessoa humana está expressa na Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º³, III, manifestadamente como um dos princípios fundamentais. Sendo assim, toda pessoa humana é digna, sendo a dignidade um pressuposto de sua condição pessoal. Desta forma, tal princípio é a essência do ser humano, compreendendo condições para contemplar a personalidade de cada um.

Segundo Lisboa (2014), a dignidade da pessoa humana refere-se ao respeito à cidadania, significa dizer que, dessa forma, o indivíduo pode ser inserido na sociedade com honestidade, honra e distinção de merecimento. Sendo assim, afirma-se e corrobora entendimento com o autor anterior, dizendo que esse fundamento é a essência dos direitos humanos.

Sarlet (2015) propôs um conceito para a dignidade da pessoa humana, sendo a qualidade intrínseca e distintiva de cada indivíduo, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Nesse sentido implica, ao ser humano, um mister de direitos e deveres fundamentais, assegurando proteção a qualquer ato desumano, bem como a garantia de condições mínimas de vida.

Kant (1998 *apud* SARLET, 2015, p. 33), manifesta também sua concepção, que a dignidade parte da autonomia ética do ser humano, “considerando esta como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado, nem mesmo por ele próprio, como objeto”.

Para Borges (2007), a dignidade da pessoa humana tem suas raízes no pensamento cristão, não apontando especificamente para a religião cristã sobre as demais. Todavia, há existência tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, o que aponta que, pela concepção do homem, o restante foi criado no que se refere ao ser humano como exclusivo.

No entendimento de Sarlet (2015, p. 12), ainda se tem que:

³ 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: III – a dignidade da pessoa humana; [...] (BRASIL, 1988).

A dignidade da pessoa humana, desde muito, deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja existência se buscava ora na razão divina, ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores do período clássico e medievo, para se converter, de último, numa proposição autônoma do mais subido teor axiológico, irremissivelmente presa à concretização dos direitos fundamentais.

Conforme menciona Freire (2016), tal princípio trouxe a valorização do indivíduo dentro da própria família, protegendo-a por si só. Nesse sentido, afirma-se que o ser humano é protegido por ser pessoa, protegendo a vida e a integridade de uma família, assegurando-lhe os direitos da personalidade.

2.1 DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE

O direito à vida é uma condição assegurada pelo Estado, não apenas no sentido de estar vivo, mas de garantir uma vida digna ao indivíduo enquanto subsistir. Nesta ótica, para Moraes (2008, p. 270) o Estado deverá garantir esse direito “a um nível adequado com a condição humana, respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

O direito a uma morte digna não significa prevalecer na defensiva de qualquer procedimento que cause a morte de uma pessoa, mas de reconhecer sua liberdade e autodeterminação. Nesse diapasão, cabe mencionar o que há muito apontou Borges (2005), ao dizer que a Constituição defende a vida como um direito e não como um dever. Da mesma forma podem ser identificados na medicina situações às quais o paciente não é obrigado a se submeter a tratamento, mas sim de escolher ou não, em fazê-lo.

O fato de um paciente interromper um tratamento de saúde ou optar por não o iniciar, é visto como uma garantia constitucional de pôr em prática sua liberdade, assim como outros pressupostos, por exemplo, da

inviolabilidade de sua vida privada e intimidade e, além disso, da dignidade da pessoa, erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, III, da Constituição Federal. O artigo 5º⁴, XXXV, inclusive, garante o direito de o paciente recorrer ao Judiciário para impedir qualquer intervenção ilícita em seu corpo contra sua vontade (BORGES, 2005), além do art. 15⁵ do Código Civil, no mesmo sentido, quando trata dos denominados direitos da personalidade (BRASIL, 2002).

No entendimento de Barroso e Martel (2010, p. 18), a dignidade vista como autonomia é fundamentada e justifica-se como direito fundamental, conceituando alguns prismas relevantes: “a capacidade de autodeterminação; as condições para o exercício da autodeterminação; a universalidade; e a inerência da dignidade ao ser humano”.

No mesmo sentido entende Diniz (2006, p. 16), ao citar que:

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito a sua intimidade, restringindo, com isso, a introdução alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento.

Em relação à autonomia de vontade, esta possui relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, como há muito mencionou Miranda (1998 *apud* CICHORSKI, 2015, p. 169) ensinando que “a dignidade da pessoa pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

Assim, a autodeterminação diz respeito ao indivíduo assumir qualquer decisão em relação a sua vida, assumindo responsabilidades e determinando

⁴ 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: XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

suas escolhas. Por mais que o Estado possa intervir em situações cabíveis, algumas decisões só podem ser determinadas pelo próprio indivíduo (BARROSO; MARTEL, 2010).

2.1.1 Eutanásia em outros países

Em se tratando de países liberais em relações complexas, a Holanda possui destaque, não sendo diferente na questão da eutanásia, sendo que em 2002 foi a primeira nação mundial a praticar esse instituto. Antes de se tornar legal, a prática da eutanásia, na Holanda, era tratada como uma espécie de homicídio privilegiado. O entendimento jurídico, firmado no país, foi de que o médico não poderia sofrer punição caso a eutanásia fosse sugerida como intervenção por força maior (BOTTEGA, 2011).

Cabe ressaltar que a eutanásia, na Holanda, não foi legalizada imprudentemente, houve uma série de requisitos que fizeram parte desse entendimento para que o paciente pudesse ter sua morte antecipada. No mesmo sentido, Molinari (2014 *apud* SANTOS; DUARTE, 2016, p. 102) assevera:

Por fim, importante salientar que, embora legalizada, a eutanásia e o suicídio assistido sofrem intenso controle no país, sendo cada caso encaminhado a uma comissão regional formada por médicos, juízes e sociólogos que devem se manifestar pela viabilidade ou não do procedimento e em caso de dúvida o caso é submetido ao poder judiciário.

O segundo país a legalizar a eutanásia foi a Bélgica, sendo vigente no mesmo ano em que a Holanda também legalizou o ato, podendo-se dizer que esta teve influência na decisão do país vizinho. Entretanto, os belgas não consideraram realizar a eutanásia para menores de 18 anos, exceto aos que já fossem emancipados (EUTANÁSIA..., 2016).

Contudo, a Bélgica não mantinha como requisito o estado terminal do paciente para realização da eutanásia. Ressalta Molinari (2014 *apud*

SANTOS; DUARTE, 2016, p. 5) que “inicialmente a lei belga foi mais rígida que a holandesa, não se admitindo a prática da eutanásia em menores de 18 anos, porém, a lei permitia a eutanásia em pessoas que não estavam em estado terminal”.

Cabrera (2010, p. 690) explica que, nos dois países, os requisitos para solicitar a eutanásia são semelhantes, devendo o paciente pedir por tal procedimento em sã consciência: “o enfermo deve estar acometido de doença incurável, deve haver consulta de outro médico para averiguar o estado clínico do doente, o sofrimento deve ser insuportável [...]”. Ainda, a antecipação da morte só poderá ser realizada com prazo de 30 (trinta) dias após solicitação do pedido.

No Uruguai, a eutanásia não possui pressuposto legal, mas é admitida em determinados casos, desde que o agente tivesse: antecedentes honráveis, realizando a conduta por motivo piedoso e que a “vítima” tivesse feito reiteradas súplicas. Explica Goldim (1997) que, de acordo com a legislação uruguaia, é facultado ao juiz a exoneração do castigo a quem realizou este tipo de procedimento, desde que preenchida as três condições básicas, como mencionado.

Cabe também retratar a eutanásia na Colômbia, quando em 1997 passou a não mais ser considerada crime, mas somente em 2015 o Ministério da Saúde tratou de que modo ela poderia ocorrer. No país em questão, a eutanásia foi regulamentada pela Resolução 12.116/2015, na qual são estabelecidos critérios para sua ocorrência e quais os procedimentos que levam à morte digna. Dentre estes, destaca-se que aos pacientes, cujo sofrimento intenso não pode ser aliviado, é assegurado o direito a morrer com dignidade, desde que requisitado pelo paciente de forma consciente (CASTRO *et al.*, 2016).

A França, país destaque por ser berço de ideias liberais, também tem a eutanásia como assunto discutido. Alguns projetos de lei, que legalizariam ou despenalizariam a eutanásia ativa em território francês, já foram

apresentados, entretanto, nenhum, até o momento, veio a ser aprovado (FERREIRA JÚNIOR, 2015).

Nos Estados Unidos, a eutanásia é ato proibido por lei federal, conforme destaca Pimentel (2012, p. 92):

Nos Estados Unidos, a lei federal não autoriza a eutanásia. Embora a autonomia dos Estados membros da federação seja bem ampla, inclusive no que diz respeito ao tratamento de pacientes terminais, a Suprema Corte definiu que tal matéria (eutanásia) seria de competência legislativa privativa da União.

A Inglaterra possui histórico de primeiro país a lutar em prol da legalização da eutanásia, no entanto, mesmo o país realizando inúmeros movimentos acerca do assunto, a prática da eutanásia é considerada homicídio (VIEIRA, 2009).

A eutanásia é assunto delicado em muitos países, que entendem a possibilidade para sua ocorrência, considerando que todo indivíduo tem o direito de morrer com dignidade. No entanto, por se tratar do ceifar de uma vida, a luta desse direito passa por inúmeras controvérsias e discussões, motivo pelo qual pode ser considerada sua dificuldade de aceitação para vários governos.

2.1.2 Eutanásia no direito brasileiro

Na legislação brasileira, com efeito, a eutanásia é vista como homicídio previsto no artigo 121⁶ do Código Penal, com base em uma definição de óbito, qualquer que seja ela (BATISTA; SCHRAMM, 2004). A eutanásia não é prática recente da sociedade, pois surgiu no começo da civilização, mais precisamente na Grécia, em Roma.

Não há provas concretas, nem vestígios que comprovem a prática da eutanásia, nos moldes que atualmente são conhecidos, porém, conclui-se

⁶ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

que, sem dúvida alguma, a eutanásia mesmo em seu verdadeiro sentido de morte piedosa, não foi de todo estranha para os gregos, tendo sido estes a lhe darem o nome (SILVA, 2007).

Nos relatos históricos de Favero (1998), o rei Saul de Israel, foi gravemente ferido na guerra. Para furtar-se ao sofrimento atroz e à possibilidade de cair vivo nas mãos dos filisteus, apressou a própria morte, precipitando-se em sua espada ou morrendo pela mão do amalequita, ao qual, a crer-se no relato deste para Davi, pedira insistentemente que lhe cortasse o fio da vida, e o amalequita, movido por piedade, praticou a primeira eutanásia de que há positivo registro na história.

Os fatos históricos ainda apontam que, em Roma, a prática da eutanásia era utilizada quando César, ao colocar seu polegar para baixo, autorizava a eutanásia, concedendo ao gladiador, como forma de escapar da desonra, a morte. Em outros moldes dessa permissão, o Estado possuía o direito de não permitir que os cidadãos disformes ou monstruosos nascessem e, logo, cabia ao pai matar o filho que assim chegasse ao mundo, com tal deformidade (CARLIN, 1998).

Silva (2007) aborda que, durante as guerras, a eutanásia foi uma prática comum entre soldados que usavam um punhal pequeno e afiado, conhecido como "misericórdia", com o qual se livravam dos sofrimentos os mortalmente feridos. O autor afirma que no Brasil, como em todo o mundo, a história destaca que a ocorrência da eutanásia se apresentava em algumas tribos que deixavam à morte seus idosos, sobretudo aqueles indivíduos que não mais contribuíam às atividades do grupo, como as festas e caçadas. Entendiam que a dificuldade em participar dessas atividades representava perda do estímulo para a vida, de forma que a morte se mostraria como uma benção.

Vale considerar que, segundo o mesmo autor, entende-se que esta prática se estende até os dias atuais, porém as mesmas não são divulgadas, já que a lei penal brasileira considera a eutanásia para fins de atenuação

de pena, de acordo com o caso concreto, não desfigurando, entretanto, o crime de homicídio (homicídio privilegiado), conforme assim estabelecido no artigo 121⁷, § 1º do Código Penal (SILVA, 2007).

Na Idade Contemporânea, a eutanásia sempre vem seguida de repercussão social e da discussão doutrinária que, na atualidade, verifica-se em uma série de livros e artigos, envolvendo discussão dos mais diversos campos da ciência, como médicos, filósofos, juristas, psicólogos e teólogos (SILVA, 2007).

A história ainda afirma que, mesmo tendo sua ocorrência desde os primórdios da humanidade, a palavra eutanásia foi criada no século XVII, pelo filósofo inglês Francis Bacon. Na sua etimologia estão duas palavras gregas *eu*, que significa bem, e *thanasia*, equivalente à morte. Em sentido literal, eutanásia significa “boa morte”, “morte apropriada”, “morte tranquila”, sendo que seu antônimo é *distanásia*, definida como morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento (SANTOS, 1992).

Gominho e Souza (2017) também explicam que a eutanásia, palavra grega, é definida como boa morte. Trata-se de uma conduta concedida a uma pessoa que tenha espontânea vontade e severas razões morais para ocasionar a morte de alguém, em estado de doença incurável ou em estado avançado de dor e sofrimento. Nesse entendimento, a eutanásia se justificaria como uma forma de amenizar o sofrimento prolongado por muitos anos.

Na visão do site RFI (MORRE..., 2019), a sociedade se encontra em constante discussão pelo fato de antecipar a morte de uma pessoa para sanar seu sofrimento. Em relação à eutanásia no Brasil, o autor menciona que, em 1996, um projeto de lei chegou até o Senado Federal, com a

⁷ Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL, 2020).

finalidade de instituir a possibilidade de tal aplicação, porém não chegou a ser colocado em votação.

O Código de Ética Médica, no que se refere aos cuidados do paciente, seus familiares e a relação com o médico, tem em seu artigo 41⁸, que é vedado ao médico abreviar a vida do paciente, mesmo que o pedido seja do próprio paciente ou de seu representante, com as importantes observações constantes de seu parágrafo único, referentes aos cuidados paliativos, na situação específica.

Tavares (2012) ainda menciona que, por não ser legalmente autorizada a eutanásia no Brasil, sua ocorrência classifica-se como homicídio. Contudo, em 2012, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução n. 1995, que concede aos pacientes terminais ou que sejam portadores de doenças crônico-degenerativas, a escolha de morrer, sendo que para isto, o doente precisa avisar ao seu médico.

Coelho (2010, p. 45) conclui que “negar a Eutanásia a um paciente em fase terminal, é o mesmo que furtar-lhe a liberdade. Não haveria um delito a ser punido, mas sim, um alívio na angústia e no sofrimento”.

Como forma de considerar o respeito de escolha do paciente, em pôr fim a sua própria vida, tem-se a justificativa imposta pelas questões da bioética, que fundamenta os princípios éticos que regem a vida quando essa é colocada em risco pela medicina ou pelas ciências. Além de argumentar que a eutanásia se reveste de um genuíno estofo humanitário, propicia que se livre o enfermo de um sofrimento insuportável, encurtando uma vida considerada sem qualidade – pelo próprio paciente – não albergando mais nenhum sentido para ser vivida (BATISTA; SCHRAMM, 2004).

⁸ Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (BRASIL, 2020).

2.2 AUTONOMIA DA VONTADE

Relatou-se anteriormente, sobre o princípio da dignidade humana, passando-se à discussão do princípio da autonomia, que declara o respeito à capacidade da pessoa humana de autogovernar-se, podendo escolher, dividir e avaliar sem restrições, ou seja, é a capacidade de o sujeito deliberar sobre sua vontade e objetivo pessoal (CICHORSKI, 2015).

Ainda sobre o princípio da autonomia aplicado ao tema, afirma Diniz (2006, p. 17) que:

O princípio da autonomia requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito a sua intimidade, restringindo, com isso, a introdução alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento.

Para Cichorski (2015), quando se trata de o ser humano estar sentindo muita dor, sofrimento, devido a alguma enfermidade, é muito complicado (até mesmo pelo aspecto médico), definir um parâmetro de até que ponto um paciente seria capaz de suportar as dores de sua enfermidade. Portanto, somente aquele que está passando por essa dificuldade poderia analisar até quando aguentaria tal situação.

Os estudos sobre o princípio da autonomia, também conhecido como princípio do respeito às pessoas, indicam que ele incorpora pelo menos duas convicções éticas: uma se referindo ao tratamento dos indivíduos como agentes autônomos; e outra, que as pessoas com a autonomia diminuída devem ser tratadas com maior proteção. Dessa forma, este princípio, ao respeitar a autonomia do paciente, concede primazia à dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (DINIZ, 2006).

O debate com relação aos valores sociais, culturais e religiosos envolvidos da eutanásia já ocorria na Grécia Antiga, onde filósofos como

Sócrates defendiam a ideia de que o sofrimento resultante de uma doença dolorosa justificava o suicídio, pois o que vale não é o viver, mas o viver bem. Epicuro, Pitágoras e Aristóteles, ao contrário, condenavam tal prática, assim como Hipócrates, que em seu juramento declarou não dar qualquer droga que fosse fatal a uma pessoa, mesmo que o indivíduo houvesse solicitado (LIMA, 2008).

A seguir, vê-se outros direitos inerentes ao cidadão, tratando-se do direito à vida, à liberdade, bem como o conflito existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

2.2.1 Direito à vida

A Constituição assegura o direito à vida, mas não necessariamente o dever à vida a qualquer custo. Para os que defendem a prática da eutanásia, não seria correto manter viva a pessoa que, na realidade, já não tem mais capacidade de viver dignamente, somente em função do princípio da inviolabilidade da vida, pois assim se estaria violando o princípio da dignidade da pessoa humana (CICHORSKI, 2015).

O autor ainda destaca que a Constituição assegura o direito à vida, mas ela se omite no que tange aos casos em que esta vida não é mais desejada, onde esta se encontra em estado de muito sofrimento, tanto para o enfermo, como para seus familiares, pois nesses casos permanecer vivo é pior do que a morte.

O site RFI (MORRE..., 2019) explica que o direito à vida é constitucional e está consagrado na Carta Magna, como já visto, garantindo a sua inviolabilidade. Diante dessa constitucionalidade, afirma o autor que a vida deve ser vista como o bem mais relevante do ser humano.

Corroborando entendimento com o autor mencionado, Silva (2007, p. 197) esclarece que:

[...] vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte.

No entendimento de Silva (2014, p. 199), a vida “é o mais básico de todos os direitos, no sentido de que surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente”. Sob essa ótica, afirma o autor que é o direito humano mais sagrado.

Segundo Tavares (2012), o direito à vida deve estar vinculado a duas vertentes, interligando o direito de existir com o direito à dignidade. Assim, ao assegurar o direito à vida, deve estar compatível com a dignidade que a acompanhe.

Para Lima (2008), apesar de o direito à vida ser protegido constitucionalmente, a legislação infraconstitucional deve regulamentar essa proteção, uma vez que a legislação penal faz menção aos crimes contra a vida, tipificando-os e também apontando as exclusões de tipicidade.

O direito à vida pode ser entendido como um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da “não agressão” ao direito à vida, implicando também, a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Por um lado, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo. Por outro, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. Conclui-se assim, que o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade (CANOTILHO, 2000).

Todavia, ressalta Dorigon (2018) que o direito à vida deve ser relacionado com sua vivência digna, o que sugere embasamento também

a uma morte digna, que pode ser atribuída àquela pessoa que não possui mais desejo de viver por estar sofrendo. Contudo, mesmo havendo o direito fundamental à vida, não quer dizer que se trata de uma obrigação de viver, mas sim de viver de forma digna, o que, não ocorrendo, pode ensejar o desejo à morte digna.

2.2.2 Direito à liberdade

A liberdade também é um direito fundamental, podendo ser considerado um dos direitos mais abertos tidos no ordenamento jurídico, o que abre um leque de compreensões, podendo ser a liberdade pessoal, de expressão, de pensamento, religiosa, de ir e vir, entre outros dispostos na Constituição. Consoante ao exposto, tal direito está expresso juntamente com o direito à vida, no artigo 5º da Carta Magna (DORIGON, 2018).

Ainda, em se tratando da liberdade, pode-se citar Montesquieu (*apud* DIAS, 2012, p. 132), quando afirmava que “não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade”.

Todavia, busca-se verificar qual o limite que atinge a liberdade, o que implica na tônica do art. 5º, II da Constituição Federal. O dispositivo se refere ao princípio da legalidade, deixando o entendimento de que os cidadãos são livres para fazer aquilo que a lei não proíbe. Subentende-se, assim, que a liberdade está amparada por tal disposição (BRASIL, 2020).

Por conseguinte, conforme a liberdade emana da Constituição, como já visto, a autonomia da vontade, traz a possibilidade de os indivíduos serem livres sobre suas vontades, conforme Morais (2010, p. 292):

Semanticamente, autonomia é derivado do grego *autos*, que significa ao mesmo tempo o mesmo, ele mesmo e por si mesmo, e *nonus*, que significa compartilhamento, lei do compartilhar,

⁹ Art. 5º, II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 2020).

uso, lei. Nesse sentido, autonomia significa propriamente a competência humana em dar-se suas próprias leis. Da junção dos dois termos confere à ideia de autonomia o significado de autogoverno; autodeterminação para a pessoa tomar decisões que afetam sua vida, saúde, integridade físico-psíquica e relações sociais. Portanto, autonomia refere-se à capacidade do ser humano de decidir o que é bom; aquilo que é seu bem-estar.

Está-se diante da determinação pessoal do que cada um entende correto fazer o que lhe for mais coerente, pois tem liberdade para fazê-lo, desde que dentro dos princípios legais. Tem-se, portanto, que o princípio basilar, da dignidade da pessoa humana estende-se por sua autonomia da vontade, unindo-se à liberdade garantida (MORAIS, 2010).

2.2.3 Conflito entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida

Conforme Bittar (2008, p. 70), o direito à vida ocupa “[...] primazia [...] exatamente porque, em seu entorno e como consequência de sua existência, todos os demais (direitos) gravitam”. No entanto, como já visto, o direito mencionado possui alicerce com a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, tendo o direito à vida como princípio inviolável, o mesmo deve ser visto sempre à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para Fabríz (2003, p. 276), “se a vida é um pressuposto fundamental, premissa maior, a dignidade se absolutiza em razão de uma vida que somente é significativa, se digna”. Subentende-se que, ao Estado, cabe assegurar às pessoas que não só tenham o direito à vida, como fazer com que ela seja digna, para então ser usufruída, concedendo o mínimo para que cada um possa viver dignamente.

Nesse viés, para Santoro (2010), a dignidade é vista como o limite dos direitos fundamentais, até mesmo para a vida. Sendo assim, ficam os ensinamentos do autor de que, enquanto houver vida, a mesma deve ser

digna. Entretanto, quando um indivíduo se depara com extremo sofrimento físico ou moral, tendo a certeza da morte e a impossibilidade da cura de determinada doença acometida, a lei brasileira não dispõe de uma escolha a esse sujeito.

No Texto Constitucional os direitos fundamentais estão protegidos pela dignidade da pessoa humana, mas, uma existência limitada não pode ser renunciada? Exemplificando, tem-se aquela pessoa que há anos está em coma, não podendo exercer suas vontades nem seus direitos, nem mesmo o da própria vida. Assim, ela não poderia então morrer com dignidade? Uma vez que a morte não se trata de uma realidade com a qual se pode lutar? (CABRERA, 2010).

Lima (2010, p. 32) afirma que o ordenamento jurídico brasileiro deveria buscar coerência em questões como essa, podendo abrir mão de limites rígidos levando um sentido aos princípios da isonomia. Para tanto, um novo conceito poderia ser dado à vida, direcionando outros significados na mesma proporção em que novas direções são dadas a novos valores. Assim, "em meio a um universo de técnicas de mecanização da vida, a preservação da dignidade humana, no processo de morte por doença, constitui um imenso desafio".

É evidente que a Constituição Federal brasileira protege o direito à vida, mas não no sentido de compelir o ser humano a existir até os seus últimos limites, inclusive submetendo-o a condições de degradação, humilhação, dor e sofrimento físico e emocional. Na realidade, o que ocorre é que na Constituição está enunciado o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, ou seja, zelar e proteger o direito de continuar vivo mas, sobretudo, defendendo a existência de uma vida digna, em consonância com o respeito devido à dignidade da pessoa humana (CICHORSKI, 2015).

Reforça Dias (2012, p. 117) que no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à vida não se trata de mera sobrevivência física. "Lembrando que o Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, resulta claro

que o direito fundamental em apreço abrange o direito a uma existência digna", tanto sob o aspecto espiritual quanto material.

Sá (2015, p. 68), afirma que "a discussão que permeia a garantia do direito à vida versa, não raro, em relação à sua qualidade e dignidade como construção diária". O principal ponto que ressalva o contexto da eutanásia vem sendo discutido justamente na questão desse conflito entre esses dois princípios.

Na mesma linha de pensamento Lopes, Lima e Santoro (2012, p. 53), discorrem que "[...] a proteção constitucional da vida humana garante a todos o direito à vida digna. Se há a garantia da vida digna, indaga-se se há, dentre todos os direitos fundamentais, um último direito", ou seja, o direito constitucional à morte digna.

2.3 EUTANÁSIA E SEU CONTEXTO INTERPRETATIVO

Segundo Rodrigues (2015), a eutanásia se constitui em uma conduta que leva um paciente com doença incurável ou estado terminal, demonstrando extremo sofrimento, a uma morte rápida e indolor.

Quando se prolonga o estado de sofrimento de um indivíduo, mesmo que se imagine que essa ação estaria o beneficiando, o que ocorre é que está se estendendo seus dias de sofrimento. A este ato chama-se distanásia, o oposto da eutanásia, sendo vista como uma má prática dos médicos, uma vez que se promove uma morte lenta e sofrida ao paciente incurável (AIRES, 2016).

Ainda, o assunto traz a ortotanásia, que são procedimentos paliativos a esse paciente que já não demonstra possibilidades de cura para sua doença. A ortotanásia, não leva o paciente em estado terminal a tratamentos invasivos, com o propósito de adiar a morte, mas sugere tratamentos que controlem a dor, deixando que a morte ocorra no momento devido, quando o próprio organismo decidir que seja a hora (ARAGUAIA, 2017).

A utilização da tecnologia proporcionou, ao longo das décadas, que se tornasse mais fácil prolongar a vida do ser humano, através de equipamentos e drogas lícitas, que acabam retardando o processo natural que leva o ser humano à morte. Algumas culturas, em diversos países, aceitam a eutanásia. Porém, a maior parte dos países ainda não admitem essa atividade, enfatizando aqui a religião, como exemplo o Cristianismo e o Judaísmo, que assumem a eutanásia como uma forma de homicídio (ARAGUAIA, 2017).

Apesar das opiniões contrárias e da não aceitação da eutanásia, o oposto se determina em muitos países do mundo, como no caso de Holanda, Bélgica e Colômbia, que tornaram a eutanásia um ato legal.

Na ocasião de um julgamento, em maio de 1997, a Corte Constitucional Colombiana decidiu pela isenção de responsabilidade penal daquele que cometesse o chamado homicídio piedoso, desde que houvesse consentimento prévio e inequívoco do paciente em estado terminal. Sobre o caso, explica Goldim (1998 *apud* SOUZA, 2016, p. 12):

O magistrado que propôs a discussão, Carlos Gaviria, é ateu e defensor da eutanásia. Ele aceita que o médico pode terminar com a vida de um paciente que esteja em intenso sofrimento. O juiz Jorge Arango propôs que a liberdade é o direito maior, a vida sem liberdade não tem sentido. Outro juiz, Eduardo Cifuentes, propôs que a liberdade e a vida não se opõem. Acrescentou que esta proposta somente poderia ser levada a cabo em pacientes terminais, plenamente informados sobre sua condição de saúde. Os demais juízes – Alexander Martinez, Fabio Moro e Antônio Barrera – acompanharam o voto dos juízes Jorge Arango e Eduardo Cifuentes, de apoio à proposta de Carlos Gaviria. Desta forma, a possibilidade de não ser processado por homicídio, quando for misericordioso, foi aprovada [...].

Alguns defensores da eutanásia argumentam que cada pessoa tem o direito à escolha entre viver ou morrer com dignidade, quando se tem consciência de que o estado da sua enfermidade é de tal forma grave, que não compensa viver em sofrimento até que a morte chegue naturalmente. Já

quem condena a prática da eutanásia, utiliza frequentemente o argumento religioso de que só Deus tem o direito de dar ou tirar a vida e, portanto, o médico não deve interferir neste dom sagrado.

É indispensável retratar o assunto da eutanásia sem levar em consideração o entendimento de Ronald Dworkin sobre o assunto. Para o filósofo e jurista, a sua convicção sobre a eutanásia sempre se fez levando em consideração o resultado “morte” e o benefício que é concedido ao paciente ao fim de sua agonia (CHUEIRI, 1997).

Para Dworkin, a eutanásia é tratada sob três situações, a primeira refere-se à consciência do paciente, quando manifesta sua vontade; a segunda quando mesmo estando consciente, o paciente já não pode se manifestar mais sozinho. Por fim, a terceira é quando o paciente já está em seu estado de inconsciência (DWORKIN, 1999).

Nessa ótica, Ronald entende que o indivíduo consciente possui capacidade para decidir sobre dar fim a sua vida, o que leva inclusive a instigar o suicídio. Em sua segunda concepção, ao estar consciente e não ter condições físicas para dar fim a sua vida, necessita que outra pessoa o faça, estando diante da eutanásia ativa, dando fim a uma situação de sofrimento sob os cuidados médicos (DWORKIN, 2003).

Ao se tratar do terceiro momento descrito pela ideia do filósofo, o indivíduo inconsciente, ou seja, vegetando, já está em ênfase no seu coma persistente, não tem mais contato com o mundo exterior e acabou por se excluir socialmente. Por conseguinte, Dworkin questiona o momento da morte ideal quando se verifica a presença dessas três bases enunciadas por ele mesmo (DWORKIN, 2003).

Nesse contexto, corrobora-se o que já foi apontado nesse estudo, a autonomia, por exemplo, pois o indivíduo estando consciente e podendo determinar o que lhe for melhor nos últimos momentos de vida, é algo relevante a ser considerado. Ainda, os interesses fundamentais também devem ser elencados, uma vez que prolongar a vida artificialmente não

proporciona nenhum prazer ao indivíduo que está vegetando (DWORKIN, 2005).

Por último, Dworkin aponta um terceiro fator para avaliar a decisão de encurtar o período de vivência: o valor intrínseco da vida. Para ele, questiona-se o fato de a vida continuar sendo valiosa no estado vegetativo, sendo que não se consegue mais aproveitá-la sadiamente (DWORKIN, 2005).

2.3.1 A eutanásia em casos reais

É fato que muitas pessoas em estado terminal desejam o fim do próprio sofrimento, pois a dor já está sendo tanta que não veem mais sentido em continuar vivendo, sendo que a morte estaria lhes dando um certo alívio. Em países onde a eutanásia não é legal, algumas pessoas buscam dar fim a seu sofrimento por alternativas próprias. Este tópico destaca algumas situações dessa prática, verificando ocorrências legais ou não, sobre o desfecho da vida de muitos pacientes.

Buscando aliviar o sofrimento de uma doença incurável, um francês, de nome Alain Cocq, pediu permissão ao presidente da França para que sua vida fosse interrompida. Em negativa, por não ser permitida a eutanásia, aos 57 anos, o paciente decide parar seu tratamento, assim como também decidiu não se alimentar, nem se hidratar mais. Como protesto, Alain ainda disse que transmitiria seus momentos finais pela rede social *facebook*, para que as autoridades locais tomassem partido do acontecimento e reavaliassem as leis locais (FRANCÊS..., 2020).

Contudo, a rede social acabou bloqueando a conta e Alain Cocq, alegando que a política da rede social é contra a transmissão de suicídio. Sua doença não possui nome, mas o indivíduo em questão sofre de compressão nas artérias que impedem o fluxo de sangue naturalmente o que, segundo o paciente, lhe acomete uma dor insuportável. Após quatro dias sem tratamento, sem alimentação e sem hidratação, o paciente foi

internato às pressas, em 7 de setembro de 2020, sendo que isso ocorreu contra sua vontade e enquanto estava inconsciente. O caso segue sem outras atualizações até o momento (FRANCÊS..., 2020).

Entretanto, mesmo a França não concedendo a eutanásia para Alain, como mencionado no caso descrito, em 2019, o francês Vincent Lambert ganhou uma luta judicial no país, para que sua vida fosse encurtada. Em 2008, Vincent sofreu um acidente de carro, grave e desde então estava vegetando, em estado irreversível há 11 anos (MORRE..., 2019).

Aos 42 anos de idade, seu sofrimento chegou ao fim, quando a sonda que o alimentava foi desligada, por decisão da Corte de Cassação, a mais alta instância da justiça na França. O tratamento foi suspenso e passou apenas a receber sedação profunda, até que sua morte, alguns dias depois, foi anunciada, revelando alívio ao sofrimento, pela família (MORRE..., 2019).

D'Avillez (2020), relembra um acontecimento marcante, quando traz a história de Ramón Sanpedro, que aos 25 anos de idade saltou no mar, após ter mal calculado a profundidade do oceano, batendo sua cabeça ao fundo e ficando tetraplégico. Passou alguns anos de sua vida tentando permissão para acabar com ela, incapaz de fazê-la sozinho.

Perdeu todas as lutas judiciais no tribunal espanhol mas, no ano de 1997, Ramón ingeriu uma bebida com cianeto de potássio, deixando sua morte registrada e filmando sua declaração final, a fim de inocentar qualquer pessoa que tivesse feito parte do ato, pois cada participação foi de mera insignificância, que não teve como responsabilizar ninguém por sua morte (D'AVILLEZ, 2020).

As histórias ainda não param por aí. Na Holanda, Noa Pothoven, uma adolescente holandesa de 17 anos, acometida por transtorno de estresse pós-traumático, vítima de abusos sexuais e estupro até seus 14 anos, havia solicitado pedido de eutanásia por não aguentar mais viver com tal sofrimento. Mesmo a eutanásia sendo legal na Holanda, em razão de ser menor idade e por não sofrer de doença incurável, o pedido foi negado à

adolescente, que deixou de se alimentar e faleceu por inanição, quatro dias após ter tomado sua decisão (FERRER, 2017).

No Brasil, chama-se atenção para o caso do paulista Jheck Brenner Oliveira de 16 anos, diagnosticado com uma doença degenerativa, levando seu pai a pedir a eutanásia na justiça, no ano de 2005. Movido por muita repercussão, opiniões e ideias contrárias, o pai acabou desistindo de buscar solicitação para o ato. Jheck morreu em 2017 em razão da doença (FIGUEIREDO, 2017).

Para os países em que a eutanásia é permitida, não é incomum observar esse acontecimento, como no caso da Bélgica, em que uma mulher de 24 anos pediu para ter sua morte assistida por sofrer de depressão profunda, sendo que nenhum tratamento lhe adiantava, carregando pensamento suicidas desde os seis anos. Em 2015, foi autorizada sua morte, mas cabe ressaltar que este não foi o primeiro caso de morte autorizada em razão de depressão. Já no ano de 2012, outra mulher, na Bélgica, pediu que lhe fosse aplicada injeção letal, sendo concedido o pedido. Tais acontecimentos foram possíveis porque no país é aceitável a eutanásia para quem possui sofrimento físico e mental (FARIA, 2017).

Menciona-se, nesse contexto, ainda, um ocorrido na Holanda, quando Mark Langedijk, com 41 anos, pediu a eutanásia em julho de 2016. Após inúmeras tentativas de reabilitação sem sucesso, sofrendo de forte depressão e transtorno de ansiedade, seu pedido foi concedido. Depois de um jantar em família, com a presença de todos os que desejava, Mark recebeu a injeção letal em sua casa, pelas mãos de um médico (FERRER, 2017).

A Lei da Eutanásia entrou em vigor na Holanda em 2002 e, até 2016, os números chegaram a 6.091, ou seja, 4% de todas as mortes registradas (148.973) no país. Cerca de 83% dos pacientes que optaram em 2016 pela eutanásia, na Holanda, tinham câncer, doenças como Parkinson, esclerose múltipla, esclerose lateral amiotrófica ou estavam doentes do coração e do pulmão. Em 96% dos casos a eutanásia foi praticada por um médico,

3,5% consistiu em suicídio assistido e 0,3% em uma combinação das duas modalidades, assistência e eutanásia. Embora as estatísticas mostrem que 85% dos holandeses apoiam a lei, nem todos os casos de eutanásia estão claros (FERRER, 2017).

Outros dados estatísticos revelam que, na Bélgica, após a legalização da eutanásia, houve 15.000 mortes por esse procedimento até então. Com uma população de 11,2 milhões de habitantes, em 2016 a eutanásia foi realizada em 2.025 doentes, apenas 3 a mais que no ano anterior (OLIVA, 2017).

Em suma, não foram encontrados dados mais atualizados sobre esses países quais a eutanásia é permitida. Porém, verifica-se que há um grande número de acontecimentos em razão dessa permissão, nos quais muitos indivíduos buscam alívio do seu sofrimento e, conseqüentemente, na maioria das vezes são atendidos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que a eutanásia ainda é um assunto que envolve muitas controvérsias, gera muita polêmica e não emana de uma justificativa aceitável ainda em muitos países, o que acaba levando a repensar o contexto que envolve o prolongamento do sofrimento de muitas pessoas e que, infelizmente, é uma realidade recorrente em muitos países. Não se pode, também, avaliar a situação no âmbito jurídico, uma vez que ainda faltam dispositivos legais que versam sobre a matéria.

Nesse viés, buscou-se responder ao problema inicialmente lançado, ou seja, utilizar-se da eutanásia para dar fim ao sofrimento do indivíduo, que não interage mais socialmente em razão do seu estado de saúde, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, é uma forma de fazer valer sua morte com dignidade? Pois bem, verifica-se que esta questão é considerada positiva em alguns países, como na Colômbia, na Holanda e na Bélgica, por

exemplo, onde até mesmo o sofrimento mental é considerado digno de se dar o fim.

Nessa ótica, entende-se que nos países que legalizaram a eutanásia, afirma-se a dignidade da pessoa humana que, unida à autonomia da vontade, enaltece o direito de morrer com dignidade, cessando o sofrimento da família e do indivíduo com a doença. Assim, pôde-se inferir que o objetivo geral desse estudo foi atingido, refletindo e discutindo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de morrer e a prática da eutanásia.

Por fim, cabe dizer que a eutanásia ainda levantará muitas questões, partindo de que o paciente, com sofrimento incontrolável sempre buscará na eutanásia, uma oportunidade para findar seus dias de angústia, bem como o Estado sempre buscará proteger o direito à vida. Por conseguinte, situações como as que foram mencionadas não deixarão de acontecer, pois só quem está passando por um sofrimento incurável sabe o sofrimento que carrega todos os dias.

REFERÊNCIAS

AIRES, E. Entenda o que é eutanásia, ortotanásia e distanásia. **Tua Saúde**, 2016. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/distanasia/#:~:text=Dis-tanasia%20%2D%20prolongar%20a%20vida%20atrav%C3%A9s%20de%20tratamento&text=Assim%2C%20a%20distan%C3%A1sia%20%C3%A9%20considerada,em%20fase%20terminal%20de%20vida>. Acesso em: 30 set. 2020.

ARAGUAIA, M. Ortotanásia. **Brasil Escola**, 2017. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/ortotanasia.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

BARCELLOS, A. P. de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. de C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito – UFU**, Uberlândia, v. 38, n. 1, jan./jun., 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BATISTA, R. S.; SCHRAMM, F. R. Eutanásia: pelas veredas da morte e da autonomia. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 9, n. 1, p. 31-41, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v9n1/19821.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOGDAN, R. C.; BIKLEN, S. K. **A pesquisa qualitativa para a educação**: uma introdução à teoria e métodos. 3. ed. Boston: Allyn e Bacon, 1998.

BORGES, R. C. B. Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 871, nov., 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7571/eutanasia-ortotanasia-e-distanasia>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BORGES, S. G. **A dignidade da pessoa humana e a aposentadoria por idade**. São Paulo: Clube dos autores, 2007. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=nUM5BQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=dignidade+da+pessoa+humana&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj2q9X-gLbbAhUGxpAKHdC8D7YQ6AEIQjAF#v=onepage&q=dignidade%20da%20pessoa%20humana&f=false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BOTTEGA, C. Considerações sobre eutanásia, distanásia e ortotanásia e a bioética. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**, Cuiabá, 2011. Disponível em: <http://revistaemam.kinghost.net/revista/index.php/rjunic/article/view/214/197>. Acesso em: 21 ago. 2020.

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

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso: 17 nov. 2020.

CABRERA, H. de A. **Eutanásia: direito de morrer dignamente.** 2010. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO – UNIFIEO, Osasco, 2010. Disponível em: http://www.unifio.br/pdfs/Heidy_de_Avila_Cabrera.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional.** 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CARLIN, V. I. **Ética e bioética: novo direito e ciências médicas.** Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

CASTRO, M. P. R. de *et al.* **Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática.** *Revista Bioética*, v. 24, n. 2, 2016.

CICHORSKI, A. **Considerações sobre a eutanásia, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.** 2015. 46f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, Santa Rosa, 2015. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3522/tcc%20eutan%C3%A1sia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 set. 2020.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHUEIRI, V. K. A Dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: SEVERO ROCHA, L. **Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea.** Curitiba: JM Editora, 1997.

D'AVILLES, F. Eutanásia. Os casos mais marcantes e polêmicos desde que a primeira lei foi aprovada. **Renascença**, 2020. Disponível em: <https://rr.sapo.pt/2020/02/15/mundo/eutanasia-os-casos-mais-marcantes-e-polemicos-desde-que-a-primeira-lei-foi-aprovada/noticia/181940/>. Acesso em: 30 set. 2020.

DIAS, R. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, M. H. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DORIGON, A. O direito de morrer com dignidade: um estudo sobre a eutanásia, ortotanásia e o suicídio assistido. **Conteúdo jurídico**, 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51349/o-direito-de-morrer-com-dignidade-um-estudo-sobre-a-eutanasia-ortotanasia-e-o-suicidio-assistido>. Acesso em: 30 ago. 2020.

DWORKIN, R. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EUTANÁSIA na Bélgica e Holanda. Há 20% a 30% de "casos de homicídio". **RR Renasceça**. 2016. Disponível em: http://rr.sapo.pt/noticia/51828/eutanasia_na_belgica_e_holanda_ha_20_a_30_de_casos_de_. Acesso em: 21 ago. 2020.

FABRIZ, D. C. **Bioética e direitos fundamentais**: a bioconstituição como paradigma do biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FARIA, N. Eutanásia: alguns casos controversos. **Eutanásia**, 2017. Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/02/01/sociedade/noticia/eutanasia-alguns-casos-controversos-1760334>. Acesso em: 30 set. 2020.

FAVERO, F. **Medicina legal**. 11. ed. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

FERREIRA JÚNIOR, A. de M. O direito fundamental ao bom controle público. **Revista de direito administrativo e Gestão Pública**, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/161>. Acesso em: 20 ago. 2020.

FERRER, I. Holandesa de 17 anos morreu de inanição após solicitar eutanásia sem êxito. **El País**, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/04/internacional/1559672340_968899.html. Acesso em: 30 set. 2020.

FIGUEIREDO, T. Morre em SP jovem alvo de debate sobre eutanásia no Brasil em 2005. **G1**, 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2017/02/morre-em-sp-jovem-alvo-de-debate-sobre-eutanasia-no-brasil-em-2005.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

FRANCÊS com doença incurável que decidiu interromper tratamento é hospitalizado. **GZH Mundo**, 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/mundo/noticia/2020/09/frances-com-doenca-incuravel-que-decidiu-interromper-tratamento-e-hospitalizado-cke406ps001001ffupd0s6w7.html>. Acesso em: 30 set. 2020.

FREIRE, K. **Resumo**: princípios norteadores do direito de família. 2016. Disponível em: <https://kaiquefreire3.jusbrasil.com.br/artigos/323429513/resumo-principios-norteadores-do-direito-de-familia>. Acesso em: 22 ago. 2020.

GOLDIM, J. R. Definição de Distanásia. **Revista Bioética**, UFRGS, 1997. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/distanas.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020.

GOMINHO, L. B. F.; SOUZA, L. de S. N. Análise jurídica sobre o instituto da eutanásia. **Jus**, 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/55565/analise-juridica-sobre-o-instituto-da-eutanasia#_ftn13. Acesso em: 30 jul. 2020.

HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2009.

LIMA, C. V. Ortotanásia e cuidados paliativos: instrumentos de preservação da dignidade humana. **Revista Jurídica Consulex**, ano XIX, n. 332, jun. 2010.

LIMA, P. M. S. Aspectos éticos e legais da aplicabilidade da ortotanásia. **Jus Societas**, v. 2, n. 1, p. 1-20, 2008.

LISBOA, A. R. **Dignidade da pessoa humana: a inconstitucionalidade da exclusão social**. São Paulo: Universidade Ibirapuera, 2014. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=RYpKBQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=dignidade+da+pessoa+humana&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj-2q9X-gLbbAhUGxpAKHdC8D7YQ6AEIKDAA#v=onepage&q=dignidade%20da%20pessoa%20humana&f=false>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LOPES, A. C.; LIMA, C. A. de S.; SANTORO, L. de F. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2012.

MARCONDES, S. Princípio da dignidade da pessoa humana, o que é? Significado. **Blog gestão de segurança privada**, 2012. Disponível em: <https://gestaodesegurancaprivada.com.br/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 30 set. 2020.

MARINHO, J. M. de O. **O direito de morrer dignamente**. 2011. 36f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, Barbacena, 2011. Disponível em: <https://ri.unipac.br/repositorio/wp-content/uploads/2019/02/JULIANA-MAYARA-DE-OLIVEIRA-MARINHO.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAIS, I. M. de. Autonomia pessoal e morte. **Revista Bioética**, v. 18, n. 2, p. 289-309, 2010. Disponível em: http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/565/538. Acesso em: 25 set. 2020.

MORRE paciente que virou símbolo do debate sobre a eutanásia na França. **RFI**, 2019. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/franca/20190711-morre-paciente-que-virou-simbolo-do-debate-sobre-eutanasia-na-franca>. Acesso em: 30 set. 2020.

OLIVA, M. P. Quem decide como devemos morrer? Apenas seis países permitem algum tipo de eutanásia; o último deles, Canadá, acaba de aprovar uma lei. **El País**, abr., 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/31/ciencia/1490960180_147265.html. Acesso em: 30 set. 2020.

PIMENTEL, D. C. **Eutanásia**: crime contra a vida ou direito fundamental? O direito de escolher. 2012. 213f. Dissertação (Pós-Graduação em Direito Constitucional) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2012. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12593/1/2012_dis_dcpimentel.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

RODRIGUES, L. de O. Eutanásia. **Brasil Escola**, 2015. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/eutanasia.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

SÁ, M. de F. F. de. **Autonomia para morrer**. eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SANTORO, L. de F. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, J. R. dos; DUARTE, H. G. Eutanásia: o direito de morrer à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-148/eutanasia-o-direito-de-morrer-a-luz-do-principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SANTOS, M. C. C. L. dos. **Transplante de órgãos e a eutanásia**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, I. W. S. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, G. de. Eutanásia: uma comparação à luz das semelhanças e diferenças entre legislações de diferentes países. *In*: **9ª Jornada de Pesquisa; 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES**. 2016. Disponível em: <http://metodistacentenario.com.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/o-direito-civil-no-seculo-xxi/e2-07.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIEIRA, M. S. **Eutanásia: humanizando a visão jurídica**. Curitiba: Juruá, 2009.

OUTORGA DA ÁGUA NO BRASIL E A AGRICULTURA IRRIGADA

Angela Cristiane Hüther Zambão¹

Ricardo Marcelo de Menezes²

RESUMO

O trabalho abordará a outorga do uso da água na agricultura irrigada a partir da Lei 9.433/97 (Lei das Águas/ Política Nacional Recursos Hídricos), considerando que é nessa seara onde ocorre um dos principais usos consuntivos da água, contrapondo-a à proteção constitucional à água, o que contrasta com o fato de ser a água um bem de domínio público, um recurso natural limitado, de elevado valor econômico e que possui como uso prioritário o consumo humano e a dessedentação de animais. O trabalho se propõe a responder dois questionamentos, o primeiro se a outorga do uso da água à agricultura irrigada é feita de modo a preservar o meio ambiente e o segundo pensando na vida e na sua disposição para os usos prioritários e se haveriam formas de aumentar a proteção da água hoje. Para tanto, o objetivo geral é analisar o nível de consumo de água realizado pela agricultura no Brasil, o modo como a outorga de uso é realizada, a fim de verificar se o sistema legal de proteção à água, previsto tanto na Constituição Federal como em disposições na própria Lei das Águas atendem aos interesses sociais e, eventualmente, propor soluções para eventuais defasagens legais. A metodologia utilizada no desenvolvimento da pesquisa será a bibliográfica, fundamentação doutrinária em artigos científicos e legislação. Da pesquisa foi possível observar que é necessário desenvolver mecanismos para quantificar os usuários antes da criação da lei para um balanço hídrico adequado, que a outorga é um instrumento fundamental na garantia da água em respeito aos usos múltiplos, de modo atender as necessidades de todos os usuários, atuais e futuros. Ainda, sabe-se que a água é essencial para a sobrevivência dos seres vivos na

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; ahz_angela@yahoo.com.br.

² Professor M.e, Orientador, Universidade do Oeste de Santa Catarina; ricardo.menezes@unoesc.edu.br.

terra bem como para a produção de alimentos, sendo obrigatória a busca pelo uso racional e sustentável da água.

Palavras-chave: Outorga. Direito de uso. Recursos hídricos.

1 INTRODUÇÃO

A água é elemento fundamental para a vida no planeta sendo utilizada de diversas formas pela sociedade e presente em inúmeras atividades humanas, além de permitir o desenvolvimento econômico e social. A água é um bem de domínio público, cujo direito ao uso por entes públicos ou privados é possível mediante a outorga, a qual está regulamentada pela Lei 9.433/97 (BRASIL, 1997). Tal legislação no Brasil possibilitou a maior visibilidade referente a conservação dos recursos hídricos com busca ao equilíbrio da biodiversidade.

De forma a permitir a disponibilidade e qualidade da água, torna-se crucial a proteção dos recursos hídricos disponíveis, com foco na mudança de hábitos de uso, evitando o desperdício e a poluição. Outro ponto importante está associado ao controle dos principais usuários da água, especialmente o maior consumidor de água no Brasil, o setor agropecuário, em especial a agricultura irrigada. Por meio da outorga é realizada a regulação do uso dos recursos hídricos e torna-se um meio de possibilitar que os usuários tenham acesso a água em qualidade e quantidade necessária.

O trabalho se propõe a responder dois questionamentos, o primeiro se a outorga do uso da água à agricultura irrigada é feita de modo a preservar o meio ambiente e o segundo pensando na vida e na sua disposição para os usos prioritários e se haveriam formas de aumentar a proteção da água hoje. Para tanto, o objetivo geral é analisar o nível de consumo de água realizado pela agricultura no Brasil, o modo como a outorga de uso é realizada a fim de verificar se o sistema legal de proteção à água, previsto tanto na Constituição Federal como em disposições na própria Lei das Águas atendem aos interesses sociais e, eventualmente, propor soluções para eventuais

defasagens legais. Os objetivos específicos estão associados a analisar o consumo da água pela agricultura, analisar a regulação mediante a outorga de uso, discutir o direito fundamental a água e as diretrizes de período de outorga da água à agricultura e analisar a proteção jurídica da água e sua relação com a outorga de uso de na agricultura frente aos usos prioritários.

Para estabelecer suas abordagens e reflexões, o presente trabalho utilizou o método dedutivo e a pesquisa está baseada em bibliografia, artigos científicos e literaturas consolidadas sobre o tema. Ainda, utilizaram-se meios eletrônicos e a legislação pátria.

Para tanto se dividiu o artigo em cinco capítulos. No primeiro capítulo realiza-se a exposição dos usos da água, dos conflitos associados a necessidade de água, os aspectos quali-quantitativos dos recursos hídricos. No segundo tópico analisa-se a parte legal, a evolução legislativa, juntamente com a Constituição Federal e a Lei das Águas nº 9.433/97 (BRASIL, 1997), que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos juntamente com o instrumento de outorga ao direito de uso. No quarto capítulo pondera-se sobre o uso na irrigação, como ela se distribui no Brasil e qual o impacto do consumo na irrigação sob o aspecto econômico social e sua relação com o uso prioritário – consumo humano. Por fim, no quinto capítulo é apresentada a conclusão do artigo e as considerações finais.

2 RECURSOS HÍDRICOS E A IMPORTÂNCIA AMBIENTAL

A água doce é um recurso natural finito que cada vez mais merece destaque em todas as áreas nas ciências humanas, exatas e até mesmo jurídicas, sendo uma preocupação interdisciplinar a proteger. Como bem pontuou o Professor Ricardo Menezes³, a questão do meio ambiente incluindo nele os recursos hídricos deve ser pensada no todo, ou seja, é uma

³ Informação coletada na Aula ministrada pelo Professor no Curso de Direito da Unoesc-Joaçaba na aula do dia 20/02/2018.

questão multidisciplinar, todas as áreas devem trabalhar em conjunto para promover a educação ambiental, neste aspecto os operadores do direito também devem despertar para a complexa teia de normas jurídicas que envolvem o meio ambiente. Assim sendo, ainda existe um longo caminho a ser trilhado em todas as áreas buscando “soluções” para a preservação dos recursos hídricos.

A água é um elemento fundamental para a vida na terra, além de ser necessária para inúmeras atividades como indústria, pecuária, agricultura e dessedentação de animais. O consumo demasiado dos recursos hídricos pode acarretar degradação do meio ambiente e ocasionar problemas acerca da disponibilidade desse bem.

A Lei 9.433/97 (BRASIL, 1997), disciplina no art.7º que o plano hidrológico deve ser de longo prazo, em razão da complexidade que envolve diversos aspectos (econômicos, culturais e políticos), mas necessariamente multidisciplinar contemplando aspectos sociais, econômicos e administrativos que juntos criam uma perspectiva de proteção ao meio ambiente. Nesse sentido, entende-se a necessidade de diversos entes governamentais trabalhando em conjunto para a gestão da água. Ou seja, busca-se equilibrar o uso da água com os usuários, de modo evitar o desperdício e limitação do recurso ambiental para todos os fins necessários.

A discussão acerca dos recursos hídricos mostra-se frequente especialmente nos momentos de crise como a Crise Hídrica em SP, a Transposição do Rio São Francisco, as Tragédias de Mariana e Brumadinho, entre outras situações em que a qualidade e a quantidade de água são pontos cruciais para sociedade (consumo humano) e economia (indústrias, agricultores) dependentes. Para Freitas (2002, p. 17-18) o mundo, nas últimas décadas, vem passando por transformações brutais. A água, sempre considerada elemento inesgotável, passou a receber tratamento mais atento. Com razão, pois o esgotamento dos recursos naturais no planeta e o

aumento populacional levaram o precioso líquido a tornar-se cada vez mais disputado.

Dantas (2005, p. 267) reforça que desde o início da colonização os recursos hídricos foram alvo de inúmeras ações predatórias que serviam para deposição e transporte de resíduos e no despejo direto de esgoto sem tratamento. Aliado a estes fatos e aumento populacional e ao incremento da atividade econômica, determinaram a atual escassez quantitativa e qualitativa dos recursos hídricos. O intenso uso da água e a consequente poluição gerada pelas atividades associadas contribuem para agravar o problema da escassez sendo necessário o acompanhamento das alterações da qualidade e a regulação do uso.

O gerenciamento dos recursos hídricos, de forma prioritária, busca promover o controle ambiental de forma a garantir o aproveitamento múltiplo e integrado da água (REBOUÇAS; BRAGA; TUNDISI, 2006). Os rios são corpos hídricos de água doce que em princípio formam as bacias hídricas. Nota-se a complexidade nas bacias especialmente associada ao uso da terra no entorno, a geologia do local, tamanho e formas das bacias de drenagem, além das condições climáticas locais bem como as interações antrópicas dentro desse espaço (PIRES; SANTOS; DEL PRETTE, 2002, p. 17-37). Desse modo, nota-se que os usos da água bem como os usuários são fatores essenciais para o gerenciamento dos recursos hídricos. O equilíbrio entre a necessidade de uso, ações humanas e políticas públicas apresentam-se como fatores essenciais para o sucesso na gestão dos recursos hídricos.

Um fator importante em relação aos recursos hídricos está associado a quantidade e qualidade, as quais devem coexistir para que problemas com conflitos acerca do uso da água sejam reduzidos. Um exemplo da inter-relação é as regiões litorâneas de Santa Catarina, na qual há abundância de água salgada (mar), porém essa água não possui a qualidade necessária para consumo humano sem tratamento específico ou irrigação de áreas de agricultura. O uso da água do mar é possível para esses fins com tratamento

específico, porém tais processos são de elevado custo e manutenção, que pode inviabilizar sua utilização.

A água doce, encontrada em rios e lagos, também necessitam de tratamento (na maioria das vezes) para seu uso no consumo humano. No entanto, para a agricultura, seu uso pode ocorrer de forma direta, sem necessidade de processo específico, ou seja, possui a qualidade correta de forma natural para o uso na agricultura irrigada. Desse modo, é possível observar que a quantidade e a qualidade da água são fatores cruciais para o desenvolvimento de uma região.

A qualidade da água é um fenômeno resultante de ações naturais e antrópicas. Entende-se que as condições naturais bem como o uso e ocupação do solo em uma bacia hidrográfica definem a disponibilidade e qualidade da água (VON SPERLING, 2014, p. 13). Nesse sentido, pode-se destacar os dois conceitos importantes segundo o autor: Condições naturais: a bacia hidrográfica pode ser afetada mesmo em condições naturais preservadas devido precipitações, escoamento superficial, infiltração os quais podem causar impacto na condição da água; Interferência dos seres humanos: a forma como o ser humano ocupa o solo e usa a água disponível (despejo de efluentes, uso de pesticidas e agrotóxicos, entre outros) afeta a qualidade da água.

A quantidade de água disponível no planeta é dividida em três partes principais: água do mar, geleiras e água doce. A porcentagem de água disponível é 97% água do mar, 2,2% de geleiras e 0,8% de água doce. Um ponto a ressaltar é que o consumo humano e a maioria das atividades humanas dependentes da água está associada aos 0,8%, que é água doce. Desses 0,8% disponíveis, 97% é água subterrânea (poços, por exemplo) e somente 3% é água superficial (rios e lagos). Observa-se a importância da preservação dos recursos hídricos na Terra tendo em vista que a disponibilidade é escassa e a qualidade da água depende das ações humanas (VON SPERLING, 2014, p. 15).

2.1 USOS DA ÁGUA

No Brasil observa-se uma elevada disponibilidade hídrica, porém a distribuição e ocorrência de água no território é desigual. Nota-se que a cultura da disponibilidade hídrica abundante tem sido progressivamente substituída pelo entendimento de que a água é um bem finito e possui valor econômico. Tal condição oferece elevada importância à análise do balanço entre uso e oferta hídrica, ao assumir que há regiões com déficits de acesso à água e existe o risco aos setores produtivos, agrícolas e demais atividades (ANA, 2019).

O Brasil dispõe da maior reserva hídrica superficial do planeta, cerca de 12%, que resulta em um dos maiores potenciais hidráulicos. No entanto, esta situação aparentemente confortável em relação à disponibilidade hídrica não é totalmente verdadeira. Nota-se que aproximadamente 90% da água se encontra nas bacias hidrográficas de baixa densidade demográfica dos rios Amazonas e Tocantins e cerca de 90% da população convive com o restante dos recursos hídricos em outras regiões demográficas (SOITO, 2019, p. 7). Tal condição influencia diretamente na disponibilidade de água para os usuários da água, especialmente consumo humano, visto que há uma situação inversamente proporcional de maior disponibilidade de água e menor número de consumidores frente a outras realidades.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente – Conama por meio das suas atribuições relaciona a Classe e o Destino/uso da água, sendo a Resolução nº 357 de 2005 (CONAMA, 2005) um importante documento para auxiliar na classificação dos corpos de água no país. Nessa legislação, é considerado que a classificação das águas doces, salobras e salinas são essenciais à defesa de seus níveis de qualidade, avaliados por condições e padrões específicos, de modo a assegurar seus usos preponderantes. Ainda, considera que o enquadramento dos corpos de água deve estar baseado não necessariamente no seu estado atual, mas nos níveis de qualidade que

deveriam possuir para atender às necessidades da comunidade. No Quadro 1 é apresentado a classe e o uso preponderante das águas doces, segundo o Conama.

Quadro 1 – Classe das Águas Doce e o Destino segundo Resolução Conama n° 357/2005

CLASSE	DESTINO
Especial	a) abastecimento para consumo humano; b) preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas; c) preservação dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral.
1	a) ao abastecimento para consumo humano; b) à proteção das comunidades aquáticas; c) à recreação de contato primário; d) à irrigação de hortaliças que são consumidas cruas e de frutas que se desenvolvam rentes ao solo e que sejam ingeridas cruas sem remoção de película; e e) à proteção das comunidades aquáticas em Terras Indígenas
2	a) ao abastecimento para consumo humano; b) à proteção das comunidades aquáticas; c) à recreação de contato primário; d) à irrigação de hortaliças, plantas frutíferas e de parques, jardins, campos de esporte e lazer, com os quais o público possa vir a ter contato direto; e e) à aquicultura e à atividade de pesca.
3	a) ao abastecimento para consumo humano; b) à irrigação de culturas arbóreas, cerealíferas e forrageiras; c) à pesca amadora; d) à recreação de contato secundário; e) à dessedentação de animais.
4	a) à navegação; b) à harmonia paisagística.

Fonte: Conama (2005).

Vale ressaltar que, conforme Resolução do Conama n° 357/2005 (CONAMA, 2005) as águas doces, salobras e salinas do Território Nacional são classificadas, segundo a qualidade requerida para os seus usos preponderantes. Ou seja, em tal resolução é realizado o enquadramento dos corpos de água superficiais conforme os usos estabelecidos. Ainda, são apresentados padrões de qualidade associado a parâmetros físico-químicos e microbiológicos necessários aos corpos de água.

Cunha *et al.* (2013, p. 159-168) sugerem que a Resolução Conama n° 357/2005 não deve ser limitada a somente o acompanhamento dos valores

fixados para os parâmetros físico-químicos e microbiológicos acerca da qualidade da água. A referida Resolução deve possuir também o caráter de instrumento jurídico e auxiliar na determinação de metas progressivas para melhoria dos sistemas aquáticos em seus aspectos qualitativos, associado aos comitês de bacia hidrográfica, com foco nos usos mais nobres a que a água se destina e com vistas à sustentabilidade em longo prazo.

A Lei das Águas prevê que a gestão dos recursos hídricos deve proporcionar os usos múltiplos das águas, de forma descentralizada e participativa, contando com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. Também determina que, em situações de escassez, o uso prioritário da água é para o consumo humano e para a dessedentação de animais. Nota-se que a Lei das Águas atrelada a Resolução do Conama nº 357/2005 devem ser empregadas como instrumentos jurídicos, auxiliando na boa conduta em relação a gestão dos recursos hídricos.

O uso da água pelos seres humanos é principalmente associado aos seguintes fins: abastecimento público, abastecimento industrial, irrigação, dessedentação de animais, preservação da flora e fauna, recreação e lazer, criação de espécies, geração de energia elétrica, navegação, harmonia paisagística, diluição e transporte de despejos. Os quatro primeiros usos listados são considerados consuntivos, que retiram água do manancial para o uso. Já os usos não consuntivos não envolvem o consumo direto da água, pois aproveitam o curso da água sem consumi-la, conforme os outros itens listados (VON SPERLING, 2014, p. 17).

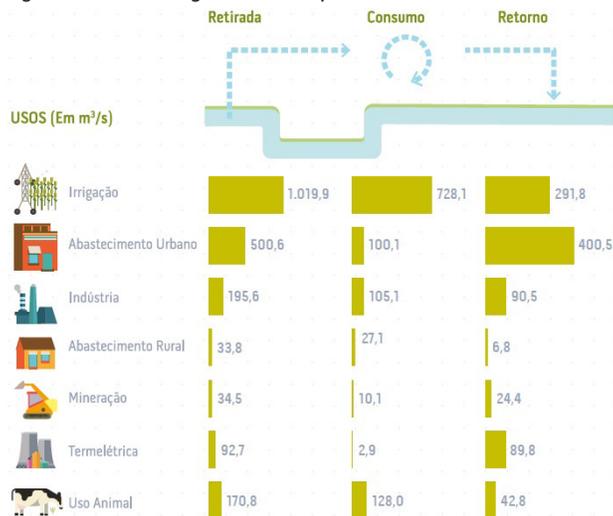
Os usos consuntivos da água reduzem a disponibilidade de água no corpo hídrico, sendo o volume retornado dependente da atividade, ou seja, o volume retornado da agricultura será diferente do volume retornado do consumo humano aos rios. O balanço hídrico torna-se uma ferramenta para avaliar a oferta e a demanda de recursos hídricos, desse modo, auxiliar na tomada de decisão dos gestores públicos acerca da água.

Entre os usos consuntivos da água, a agricultura irrigada no Brasil, pode ser considerada o mais expressivo, visto que utiliza os maiores volumes de água frente a outras atividades. Embora o ciclo hidrológico seja fechado, o consumo significa indisponibilidade da água para outras aplicações naquela localidade no curto espaço de tempo (ANA, 2017).

Segundo Conejo (1993, p. 28-62), alguns usuários da água necessitam retirar do curso d'água um volume de água para a sua respectiva atividade, sendo que parte dos usuários devolvem parte da água retirada ao corpo hídrico. Para melhor entender a situação de retirada de água, deve-se observar as seguintes situações: A quantidade de água retirada; A quantidade de água consumida (volume que não retorna aos rios da bacia ou só retornam a médio e longo prazos); A quantidade de água devolvida associada à qualidade (carga poluidora, características físico-químicas e microbiológicas).

Observa-se na Figura 1 o gráfico que apresenta a situação dos usos consuntivos de água no Brasil por setor em relação ao volume (m^3) retirado, consumido e retornado ao corpo de água.

Figura 1 – Uso da água no Brasil por setor usuário



Fonte: ANA (2019a, p. 40).

Conforme observado na Figura 1, a irrigação, o abastecimento urbano, uso na indústria e o uso animal são os principais responsáveis pela retirada da água em corpos de água no Brasil. Quanto ao retorno ao meio ambiente, nota-se que todos devolvem uma parcela inferior a retirada, os seja, todos consomem parte da água.

A água retornada ao corpo hídrico, associada a quantidade e qualidade, varia conforme a atividade desenvolvida. Conforme observado na Figura 1, os usos consuntivos que mais se destacam no gráfico é a irrigação e o abastecimento. Nota-se que os dois são atividades importantes e essenciais para os humanos, sendo o abastecimento a atividade prioritária frente a qualquer outra em momentos de escolha.

O abastecimento público não representa uma demanda significativa frente a irrigação, porém, a qualidade da água devolvida é deteriorada principalmente devido a falta de coleta e tratamento do esgoto sanitário das residências. Tal condição afeta significativamente o corpo de água devido a elevada carga de poluentes despejados. Outro ponto a ser destacado é a densidade populacional de algumas regiões do país, que agravam tal situação por despejar maior quantidade de poluentes em um único local (TUCCI; HESPANHOL; CORDEIRO NETTO, 2001, p. 57). Vale a notar que corpos hídricos da cidade de São Paulo – SP, como Rio Pinheiros e Tiete possuem sua qualidade e uso comprometidos devido principalmente a descargas de efluentes sem tratamento.

Com relação aos usos consuntivos da água no Brasil e também no mundo, a maior demanda é associada a irrigação. O perfil do consumo muda conforme a região geográfica e a cultura a ser desenvolvida. A vazão de retorno da irrigação varia especialmente em função da eficiência de uso da água e as perdas por evaporação e arraste durante a aplicação nos sistemas de irrigação (ANA, 2019, p. 42-55). Com relação a qualidade da água retornada ao corpo hídrico, segundo Brito e Andrade (2010, p. 51), a mesma pode ser deteriorada devido ao transporte de nutrientes ao corpo receptor,

erosão e assoreamento dos rios e o excesso da irrigação pode acarretar infiltração nas águas subterrâneas. Nesse sentido, é importante salientar que o potencial de deterioração de mananciais superficiais e subterrâneos pode sofrer influência devido a irrigação.

2.2.1 Conflitos associados a necessidade de água

A maior parte das bacias com indicadores de criticidade quantitativa no Brasil tem como maior uso consuntivo a agricultura irrigada. Tal condição de consumo pode gerar conflitos intrassetorial (entre os irrigantes) ou com outros setores, especialmente o setor de abastecimento urbano e a geração de energia. O fator crítico desse processo consiste na elevada demanda necessária à irrigação. Outro ponto que pode causar problemas é em regiões com demandas moderadas de água, porém com baixa disponibilidade hídrica, por exemplo a região do Semiárido (ANA, 2017).

DiMauro(2014,p.81-105)expõequeparaimplantaressesinstrumentos da Lei das Águas, foram na ponta do sistema estão os Comitês de Bacias Hidrográficas (CBHs). Os Comitês de Bacia Hidrográfica são compostos por diferentes representantes como do: governo, usuários, sociedade civil e instituições técnicas e de ensino. Destaca ainda que, a responsabilidade de administrar em primeira instância os conflitos identificados pelo uso da água, no território que está sob sua jurisdição.

Um exemplo de conflitos sociais associado a água e aos seus usos múltiplos é na Bacia Hidrográfica do rio São Francisco. Os conflitos envolvem a agricultura irrigada, a geração de energia hidroelétrica, o atendimento ao abastecimento humano, a navegação, a diluição de efluentes urbanos, industriais e da mineração e a manutenção dos ecossistemas (CBHSF, 2004). O cenário de disputas e incertezas entre os diversos usuários da água resulta na necessidade de uma maior discussão sobre o estabelecimento de um regime de vazão que atenda às necessidades do ambiente, de

forma negociada entre os atores conflitantes, associados com ações de restauração do rio (TORRES *et al.*, 2015, p. 197).

Rossi e Santos (2018, p. 151-167), comentam que na Bacia Hidrográfica do rio Salitre (Bahia) observa-se os conflitos surgem da escassez de água e fazem um apontamento acerca dos privilégios que os grandes usuários possuem devido a relações de poder. Destacam que a ação de organizações de trabalhadores rurais se contrapõe a interesses e práticas econômicas geradoras de conflito e produtoras de escassez.

Observa-se nesse sentido que a influência sobre a água e seus usos múltiplos pode estar facultada aos grandes usuários, os quais podem ter maior peso em decisões nas bacias hidrográficas devido ao impacto das suas atividades a economia local. Nesse sentido, o refinamento das demandas de água atuais e futuras é um importante subsídio para atualização e detalhamento dos respectivos balanços hídricos, de forma a auxiliar nas análises de capacidade de suporte e na definição de políticas de reservação (ANA, 2017, p. 59).

Conforme observado por Di Mauro (2014, p. 81-105) o Brasil é uma economia capitalista em que a água é um bem de domínio público dotado de valor econômico. Assim, a água possui valor econômico e se transforma em componente para geração de lucro, sendo primordial para alguns setores de usuários como os irrigantes, os industriais, os aquaviários, as hidrelétricas, o saneamento básico (no âmbito privado), entre outros. Nesse sentido, entende-se que a água é considerada um bem público e o mecanismo da implantação da cobrança pelo uso gerou a necessidade de se agregar ao produto final o custo com água utilizada para produção, possibilitando a valoração apropriada da água no contexto de economia capitalista. O autor ainda, comenta que o recurso financeiro arrecadado com a cobrança pelo uso da água, deve retornar inteiramente para a Bacia Hidrográfica na qual se operou a captação da água e o lançamento de efluentes.

Segundo a ANA (2019, p. 69-70) deve-se atentar para a identificação e quantificação os usos atuais e potenciais nas sub-bacias hidrográficas brasileiras, por setor econômico. Tal condição permite melhor desenvolver o processo participativo na gestão da água e na definição de ações setoriais, bem como a priorização de atuação em bacias com problemas de balanço entre a oferta e a demanda de recursos hídricos. Para uma conduta em prol da resolução de conflitos torna-se essencial o planejamento e a gestão dos recursos hídricos no Brasil, o que fica atrelado a criação de banco de dados com informações precisas e atualizadas sobre o balanço hídrico.

Vale a ressalva, elencada pelos autores Rossi e Santos (2018, p. 153), que a questão ao discutir os conflitos socioambientais, envolve a possibilidade ou impossibilidade de compatibilizar economia e ambiente, interesses público, coletivo, difuso e privado, no atual contexto de produção e reprodução social. Observa-se a complexidade no debate, tendo em vista os diferentes entes a serem envolvidos em prol de uma conduta em benefício de todos.

3 ÁGUA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal é a norma maior em nosso país, em havendo conflitos com outras leis é a Constituição que prevalece, por ser ela que dá início ao ordenamento jurídico, nela estão previstas as garantias individuais e coletivas, também estão previstos os direitos fundamentais no sentido de incluir os direitos de terceira geração que consagram os princípios da solidariedade e fraternidade que passaram a proteger direitos difusos e coletivos. Dentre os direitos de terceira geração, destaca-se a proteção ao meio ambiente equilibrado e saudável.

Quanto aos direitos fundamentais são normas jurídicas ligadas a ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Já os direitos humanos são utilizados para reivindicar respeito aos seres humanos,

inseridas em documentos de direito internacional. Para Sarlet (2007, p. 35-36), a expressão "direitos fundamentais" se aplica àqueles que estão positivados no direito constitucional do Estado e o termo "direitos humanos" possui relação com os documentos de direito internacional aplicável a todos os povos e tempos. De acordo com Canotilho (2003, p. 377), os direitos fundamentais são aqueles que se encontram juridicamente positivados numa Constituição, e essa posituação significa incorporar na ordem constitucional direitos que são inalienáveis e naturalmente do indivíduo, os chamados direitos humanos.

Percebe-se que tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos possuem a mesma finalidade, ou seja, a garantia dos direitos e a dignidade da pessoa humana.

Em consulta as leis relativamente sobre a água, o reconhecimento do direito humano fundamental à água ainda é frágil em nossa legislação interna constitucional ou infraconstitucional. A água é um elemento indispensável para a vida, todavia, ainda não é reconhecida como um direito fundamental e sim como um bem econômico. A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), consagra em seu art.1º, III a dignidade da pessoa humana, no art.3º, III erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, como direitos fundamentais do ser humano. Também se encontra na Constituição Federal as referências sobre as águas do Brasil como um bem da união (art.20, III), de competência a união explorar o uso sobre ela (art.21, XII, "b") e no art.22, IV que cabe a união legislar sobre ela. O art.23 dispõe que é de competência comum da União dos Estados e dos municípios proteger o meio ambiente, melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico e principalmente, registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; O Art.24 fala da competência da União, Estados e Municípios de legislar concorrentemente sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção

do meio ambiente e controle da poluição; VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. Ainda o art.26, I define que são bens dos Estados as águas superficiais e subterrâneas. No art.43, §§ 2º e 3º que ações administrativas a União pode articular visando o desenvolvimento e a redução das desigualdades, com incentivos regionais, priorizando o aproveitamento econômico dos rios e das massas de águas represadas ou represáveis. A união possui a responsabilidade de incentivar a recuperação de terras áridas e cooperar com os pequenos e médios proprietários rurais no sentido de estabelecimento de fontes de água e de pequenas irrigações. No título III, da Constituição Federal, trata da ordem econômica, mais precisamente o art.170 fala da valorização humana e da livre iniciativa com fim de assegurar a todos existência digna e inclui no inciso VI, a defesa do meio ambiente, e no art. 187, trata da política agrícola que será executada e planejada na forma da lei, levando em conta a eletrificação rural e irrigação, e no §1º inclui o planejamento agrícola as atividades agroindustriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais.

Com relação ao cuidado e preservação da água para as futuras gerações, especificamente, não existe um artigo exclusivo. No entanto, no título VII, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), o art.225 afirma que "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."

Válido ressaltar que a preocupação com o meio ambiente, especialmente devido a poluição atmosférica, água e solo, é crescente entre as nações e muito tem-se discutido a respeito de políticas públicas para minimizar os impactos ambientais decorrentes de atividades humanas. Nesse sentido, observa-se um dos movimentos mais famosos ocorreu em

1972 em Estocolmo, com a realização da primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU). Tal evento pode ser considerado um marco histórico da preocupação global ligadas aos aspectos ambientais e a saúde dos seres vivos, com representantes de diversas nações, tendo como desdobramento a elaboração da Declaração de Estocolmo e a criação do Programa das Nações Unidas para o meio Ambiente (PNUMA). No ano de 1992 na Cidade de Rio de Janeiro aconteceu um novo encontro que ficou conhecido como a “Cúpula da Terra”, que adotou o termo “Agenda 21” com ações para a proteção do nosso planeta e para o crescimento econômico sustentável. Nesse documento, foi proposto o desenvolvimento de atividades que tivessem como base a proteção e renovação dos recursos ambientais, de modo a proteger a atmosfera, combater o desmatamento, a perda de solo e a desertificação; prevenir a poluição da água e do ar, deter a destruição das populações de peixes e promover uma gestão segura dos resíduos tóxicos. Ainda no ano de 1992, a Assembleia Geral da ONU declarou o dia 22 de março o Dia Mundial da Água, por meio da Resolução 47/193 (ONU, 2020).

Com constantes movimentos em diversos países com ações voltadas à preservação e o desenvolvimento sustentável, no ano de 2015, líderes mundiais se reuniram em Nova York na sede da ONU e elaboraram um plano para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e prosperidade. O encontro ficou conhecido como “Agenda 2030” para o Desenvolvimento Sustentável com um conjunto de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Entre os objetivos, dois especificamente tratam de questões voltadas ao cuidado com água sendo eles: Objetivo 06 e o 14. O primeiro voltado para água doce, onde busca-se assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos. Com ações planejadas até o ano de 2030 incluindo acesso a saneamento e higiene adequados, melhorar a qualidade da água reduzindo a poluição, aumentar a eficiência do uso água em todos os setores

e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofre com a escassez, gestão integradas dos recursos hídricos inclusive transfronteiras, proteger ecossistemas relacionados à água e saneamento, apoiar a participação das comunidades para melhorar a gestão da água e do saneamento. E objetivo 14 voltado para água salgada, com objetivo de buscar a conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável (ONU, 2019).

Válido ressaltar que em julho de 2010 a ONU declarou que o acesso a água limpa e segura e ao saneamento básico são direitos humanos fundamentais ao aprovar em Assembleia a Resolução – A/RES/64/292 (ONU, 2019).

O tema água é pauta mundial, especialmente a preocupação de mantê-la em boa quantidade e qualidade, para que atenda a todas as necessidades humanas e animais, bem como atividades econômicas dependentes dela como a produção de alimentos por meio do uso da água, agricultura, hidrelétricas, entre inúmeras outras.

3.1 LEI DAS ÁGUAS

Para melhor entendimento da evolução de leis brasileiras acerca dos recursos hídricos no Brasil, é válido voltar no tempo antes da Promulgação da Constituição Federal de 1988, vigia no Brasil o Decreto nº 24.643 de 10 de julho de 1934 – Decreto das Águas (BRASIL, 1934) considerado o primeiro diploma legal que possibilitou ao Poder Público disciplinar o aproveitamento industrial das águas e, de modo especial, o aproveitamento e exploração da energia hidráulica (MILARÉ, 2007, p. 463). O decreto de nº 24.643/34 (BRASIL, 1934) classificou as águas em águas públicas de uso comum e águas particulares, ainda fez a partilha das águas públicas entre a União, Estados e Municípios, ainda no art.34, assegurava o uso gratuito de qualquer

corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível (BRASIL, 1934).

Como visto anteriormente a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) passou a considerar as águas de domínio público, deixando de existir águas particulares, que as águas passaram a ser de domínio da União dos Estados e dos Municípios.

Assim no Brasil a proteção dos Recursos Hídricos encontra abrigo na Constituição Federal e na Lei 9.433 de 08.01.97 (BRASIL, 1997) conhecida como a Lei das Águas (BRASIL, 1997), a qual instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), regulamentando o inciso XIX do art.21 da Constituição Federal "instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso". O diploma legal, citado anteriormente, reforça o fundamento da água como um bem de domínio público, porém limitado e dotado de valor econômico. Machado (2002, p. 414) esclarece que "a dominialidade pública da água, afirmada na Lei n. 9.433/97 (BRASIL, 1997), não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas torna-o gestor desse bem, no interesse de todos".

Cabe destacar, em relação a Lei das Águas (BRASIL, 1997), o artigo 1º e seus incisos traz os fundamentos essenciais para o decorrer do presente trabalho:

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

I – a água é um bem de domínio público;

II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III – em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V – a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e

atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI – a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Já no artigo 2º encontram-se alguns dos principais objetivos (BRASIL, 1997):

Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I – assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;

II – a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;

III – a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

IV – incentivar e promover a captação, a preservação e o aproveitamento de águas pluviais.

A Lei 9.984 de 17.07.2000 (BRASIL, 2000), criou a Agência Nacional de Águas – ANA, como entidade federal de implementação da PNRH e integrante do SINGREH. E, por sua vez, o Decreto 3.692, de 19.12.2000 (BRASIL, 2000), que contempla a estrutura organizacional e operacional da ANA.

Na Tabela 2, é possível observar de forma ampla a atuação de cada ente no processo de gerenciamento dos recursos hídricos no Brasil. Os diferentes entes, apresentados na Tabela 2, conversam entre si, seja de forma vinculada, subordinada ou como integrante de ações, para o gerenciamento dos recursos hídricos.

Tabela 2 – Organização do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH)

ENTIDADE	ABRANGENCIA	ATRIBUIÇÃO
CNRH	Federal	Dirimir conflitos em última instância; Subsidiar a formulação da PNRH;
Secretaria de Recursos Hídricos – SRH	Federal	Formular PNRH; Atuar como secretaria executiva do CNRH;

ENTIDADE	ABRANGENCIA	ATRIBUIÇÃO
ANA	Federal	Regular uso em rios da União; Coordenar SIGREH nacional; Implementar e coordenar a gestão compartilhada e integrada dos recursos hídricos; Regular o acesso à água, promovendo o seu uso sustentável;
Conselho Estadual de Recursos Hídricos – CERH	Estadual	Dirimir conflitos; Subsidiar a formulação da PERH;
Gestor Estadual de Recursos Hídricos	Estadual	Similar a ANA, porém a nível estadual; Outorga e fiscalização do uso dos RH no domínio do Estado; Aprovar plano de bacia e acompanhar sua execução;
CBH	Bacia Hidrográfica	Estabelecer mecanismos para cobrança; Sugerir a CNRH valor a ser cobrado; Braço executivo;
Agência de Bacia	Bacia Hidrográfica	Responsável balanço hídrico; Cadastro usuários; Operacionalizar cobrança; Elaborar Plano de bacia.

Fonte: adaptado de Braga *et al.* (2008, p. 26).

Nesse contexto, cabe ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) a responsabilidade da implementação da gestão dos recursos hídricos no país, de modo a orientar a sociedade para um diálogo transparente no processo de decisão acerca das legislações de recursos hídricos. Entre as competências do Conselho, destaca-se o estabelecimento de critérios gerais para a outorga e a cobrança do uso da água. Observa-se que tal instrumento, tem papel fundamental para controle e manutenção das águas no país.

3.2 OUTORGA DE DIREITO DE USO DE RECURSOS HÍDRICOS

Com o intuito de manter a quantidade e a qualidade dos recursos hídricos para a atual e as futuras gerações foi necessário o desenvolvimento

de um mecanismo, o qual deveria nortear a forma de acesso a água. Nesse sentido, a Lei nº 9.433/97 (BRASIL, 1997) elenca entre os seus instrumentos de gestão a Outorga de direito de uso dos recursos hídricos.

A outorga corresponde a uma autorização dada a usuários específicos da água, o efetivo exercício dos direitos de acesso à água. Por meio desse instrumento, busca-se assegurar o uso racional dos recursos hídricos e a compatibilização dos usos múltiplos. Desse modo, atender as necessidades de água a todos (ANA, 2019).

A outorga é o instrumento pelo qual o ente público permite a particulares e a prestadores de serviço público, a utilização das águas, em condições preestabelecidas e por tempo determinado (MILARÉ, 2007, p. 480).

Assim a outorga assegura que a administração conheça o perfil dos usuários dos recursos hídricos e acompanhe sua evolução, além, de se mostrar uma garantia dada pelo Estado ao usuário, assegurando-lhe que a água será alocada a ele e não a terceiros (ANA, 2019, p. 9).

Vale salientar que na Seção III da Lei 9.433/97 (BRASIL, 1997), está disciplinado o regime de outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos, o art.12 elenca as atividades e usos sujeitos a outorga de direito de uso dos recursos hídricos. Para os diferentes corpos hídricos foi idealizada uma divisão de responsabilidades dos órgãos outorgantes. Nas águas de domínio da União, ou seja, em rios que atravessam mais de um Estado (ex.: rio São Francisco), a competência para a emissão da outorga é da ANA, órgão federal. Em rios de domínios dos Estados e do Distrito Federal, como em rios que nascem e desaguam no mesmo Estado, a autoridade é do respectivo órgão gestor estadual e distrital (ANA, 2019).

Para os rios de domínio da união existem três tipos de outorga: a outorga preventiva, a Declaração de Reserva de Disponibilidade Hídrica (DRDH) e a outorga de direito de uso (ANA, 2019, p. 13).

A outorga preventiva se destina a reservar a vazão passível de outorga, permitindo aos investidores o planejamento para suas ações de

investimento, a duração máxima dessa outorga está limitada a três anos. Podendo ocorrer nas legislações estaduais atos semelhantes (ANA, 2019, p. 13).

A Declaração de Reserva de Dominialidade Hídrica (DRDH) é análoga a outorga preventiva para os casos de concessões ou autorizações de uso potencial de energia hidráulica e da construção de eclusas ou de outros dispositivos de transposição hidroviária de níveis de corpo d'água de domínio da união, neste caso a DRDH deve ser solicitada pela Agencia Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) para uso em hidrelétricas, e pelo Ministério da Infraestrutura ou pela Agencia Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). A DRDH não confere direito de uso e deve ser transformada automaticamente pelo respectivo poder outorgante em outorga de direito de uso de recursos hídricos (ANA, 2019, p. 13).

Já a outorga de direito de uso confere ao detentor o direito de uso dos recursos hídricos. Insta salientar que o detentor da outorga tem o prazo de dois anos para o início da implantação do empreendimento, e outros seis anos para a conclusão desta implantação. Importante frisar que a outorga é somente para o uso dos recursos hídricos, mas não o direito de fazer funcionar seu empreendimento (ANA, 2019, p. 13-14).

A outorga é o ato administrativo mediante o qual o poder público outorgante (União, estado ou Distrito Federal) faculta ao outorgado (requerente) o direito de uso de recursos hídricos, por prazo determinado (máximo 35 anos, renovável), nos termos e nas condições expressas no respectivo ato. O ato administrativo é publicado no Diário Oficial da União (no caso da ANA), ou nos Diários Oficiais dos Estados ou do Distrito Federal (ANA, 2011).

A unidade espacial de gestão de recursos hídricos é a bacia hidrográfica. Assim, para aplicação dos instrumentos de gestão e da atuação de comitês de bacias hidrográficas e agências de água, o território de atuação transpassa quaisquer limites políticos estaduais e federais, sendo priorizado a região

da bacia hidrográfica no gerenciamento dos recursos hídricos. O Comitê de Bacia Hidrográfica (CBH) constitui fórum de debates para a tomada de decisões sobre questões relacionadas à gestão dos recursos hídricos de uma bacia hidrográfica específica (ANA, 2018). Conforme Braga *et al.* (2008, p. 25), o Comitê de Bacia Hidrográfica, é responsável pela aprovação do plano da bacia e pela proposição do valor a ser cobrado pelo uso da água. Já a Agência da bacia é a entidade de execução e operacionalização da cobrança.

A cobrança pelo uso de recursos hídricos efetiva o princípio da internalização dos custos ambientais por meio dos usuários da água, em geral, sejam eles particulares ou não. O custo pelo uso da água por uma parcela da população torna-se "externalizado", ou seja, são pagos por toda a sociedade, inclusive por quem não se aproveita do recurso natural ou atividade resultante do aproveitamento do bem ambiental. Todavia, quando não há o pagamento destes custos econômicos, pode por fim, incentivar a degradação da qualidade ou da quantidade do recurso usado (MILARÉ, 2007, p. 485).

Vale ressaltar ainda que, os valores arrecadados da cobrança devem ser aplicados na bacia hidrográfica em que foram gerados, gerenciados pelas agências de águas ou entidades delegatárias de suas funções. Desse modo, os recursos arrecadados são revertidos para uso na própria bacia hidrográfica, promovendo melhorias no local do uso.

O desenvolvimento das atividades agropecuárias e urbano-industriais trouxe um conjunto de problemas ambientais que se acumulam e crescem ano a ano, expressando-se em danos à qualidade dos recursos hídricos (BRAGA *et al.*, 2008, p. 31). Observa-se um desafio na gestão ambiental coordenar diferentes realidades e possibilitar a todos o acesso a água, em quantidade e qualidade adequada.

A outorga sendo um dos instrumentos de gerenciamento de recursos hídricos deve buscar a articulação com a gestão ambiental do local. Assim,

busca-se a integração entre a gestão de recursos hídricos e a gestão ambiental. Os instrumentos, outorga e licenciamento ambiental, quando trabalhados de forma conjunta contribuem com a integração e podem permitir uma avaliação dos empreendimentos sob ótica ambiental e quanto à disponibilidade hídrica para as diferentes fases de um empreendimento (ANA, 2011).

Nesse contexto, a bacia hidrográfica realiza a aplicação regionalizada da Lei das Águas, sendo ela a unidade natural dos recursos hídricos. O enfoque de planejamento e o uso de instrumentos de gestão, como a outorga do direito de uso da água e a cobrança pelo mesmo uso, permitem que haja ações efetivas na recuperação e na conservação dos recursos hídricos, bem como no seu melhor compartilhamento (SANTIN; GOELLNER, 2013, p. 208).

Para que haja a conscientização ambiental, o sistema não deve limitar-se somente a cobrar por quantidade captada ou lançada. Nota-se a necessidade de reduzir a captação e melhorar a qualidade do efluente descartado. Desse modo, um sistema de irrigação mais econômico deve ser privilegiado em relação a outro menos econômico, por exemplo. Assim, a cobrança não estaria atrelada somente em razão da quantidade retirada do corpo hídrico, porém iria avaliar a redução sobre o valor unitário da água captada (MILARÉ, 2007, p. 486).

A fiscalização da outorga consiste na busca da regularização de usos ainda não outorgados ou na verificação dos usos outorgados. A fiscalização considera as condições estabelecidas nos atos de outorga e, quando necessário, aplica as sanções legais para sanar as infrações às normas de utilização de recursos hídricos. Desse modo, pode-se reduzir e coibir o acesso indevido ou o uso não conforme dos recursos hídricos (ANA, 2011).

A fiscalização da outorga em rios da União, no âmbito federal fica a cargo da ANA. Já a nível estadual, está associado ao Gestor Estadual dos Recursos Hídricos que referente a cada Estado. Em bacias hidrográficas de Santa Catarina cabe a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico

Sustentável (SDS), por meio da Diretoria de Recursos Hídricos, a emissão da outorga para os usos de recursos hídricos que alterem as condições quantitativas e/ou qualitativas das águas e a fiscalização do regime da outorga, por exemplo.

Para a ANA, o instrumento da fiscalização tem caráter educativo repressivo. Em contato com um usuário regular, emite-se um Auto de Vistoria que garante que o uso está em acordo com o estabelecido na legislação pertinente. No entanto, para um usuário irregular, é aplicado o Auto de Infração, onde é dado um prazo para a correção da irregularidade (ANA, 2011). Nesse sentido, a ANA é clara em suas penalidades para usuários irregulares:

As penalidades decorrentes do Auto de Infração são, em ordem gradativa: advertência, multa simples, multa diária, embargo provisório e embargo definitivo. Em casos de infrações mais graves, pode-se optar pela aplicação direta de multa, de acordo com o estabelecido em resolução (ANA, 2011).

A ANA utiliza ainda o Protocolo de Compromisso para corrigir as irregularidades com grande complexidade, que necessitam de prazos extensos ou por parte do usuário para corrigi-las. Para tanto, faz-se necessária a elaboração por parte do usuário de um cronograma de atividades a ser aprovado pela ANA. Destaca-se que a sociedade apresenta papel primordial por meio da apresentação de denúncias responsáveis, relatando à autoridade outorgante as infrações às normas de uso dos recursos hídricos vigentes (ANA, 2011). Desse modo, busca-se coibir e evitar usos não racionais e não legais da água, como forma de manter a disponibilidade e qualidade dos recursos hídricos no Brasil.

Nesse contexto, vale salientar que “a possibilidade de suspender o direito de uso da água decorre do fato de não ser ele um direito adquirido”, irrevogável ou só revogável mediante indenização. O direito de uso é revogável, sem indenização, sempre que houver necessidade de atender

usos prioritários, de interesse coletivo como o abastecimento público, mesmo essa necessidade surgindo posterior a outorga. Assim, a outorga tem o caráter de uma autorização, que é essencialmente revogável a critério da autoridade competente e é a denominação que lhe dá o código de águas (MILARÉ, 2007, p. 484-485).

4 INTER-RELAÇÃO DA IRRIGAÇÃO E ABASTECIMENTO COM OUTORGA DE USO

A água é elemento fundamental para a garantia da vida na terra. Para a agropecuária, em especial para irrigação, ela torna-se essencial pois contribui para o desenvolvimento do cultivo, desde a germinação até a colheita. Por meio da irrigação é possível aos produtores uma safra uniforme e maior estabilidade econômica. No consumo humano a água é fator imprescindível pois está associada ao abastecimento, a qualidade de vida, saúde, economia da população e ao saneamento básico.

A irrigação é uma técnica utilizada para tornar produtiva uma área onde as condições de desenvolvimento da agricultura somente dependente das condições climáticas seria praticamente impossível ou ainda para aumentar a produtividade de um determinado local ou cultura. Em regiões afetadas pela escassez contínua de água, como no Semiárido brasileiro, a irrigação é fundamental. Em regiões afetadas por escassez em períodos específicos do ano, como na região central do País, diversas culturas viabilizam-se apenas com a aplicação suplementar de água nesses meses críticos (ANA, 2017, p. 9).

Conforme o Atlas do Abastecimento Urbano produzido pela ANA (2010, p. 47), a avaliação da demanda e oferta da água é essencial para garantia de abastecimento satisfatório para a população. Tal documento elenca que possíveis problemas associados a déficit de abastecimento podem ser decorrentes de problemas com oferta e demanda de mananciais (superficial ou subterrâneo – rios e poços, por exemplo) seja em quantidade

ou qualidade, ou com a capacidade dos sistemas produtores (captação, adução, tratamento e distribuição de água), ou ainda, devido a ambos.

A agricultura tem papel fundamental na economia e na sociedade, pois está intimamente ligada a produção de alimentos e insumos relacionados a alimentação. A necessidade de produção, em quantidade adequada, possibilita segurança nutricional e alimentar da população. Algumas culturas como tomate, arroz, frutas e verduras são extremamente dependes de elevados volumes de água. A demanda para irrigação é significativa, especialmente quando avaliado o todo, ou seja, os inúmeros usos dependentes da água nas bacias. A condição de uso racional da água, deve vir apoiada em instrumentos de gestão e jurídicos, como a outorga de direito de uso e a cobrança pelo seu uso. Tal condução de balanço hídrico permite sustentabilidade dos usos, aumento da eficiência e a redução do desperdício da água (ANA, 2017, p. 9).

Em contrapartida a importância da água para a irrigação, observa-se que o mesmo é o uso que mais consome água no Brasil e no mundo. Em nosso país, a prática obteve forte expansão com o apoio de políticas públicas, a partir das décadas de 1970 e 1980 (ANA, 2019). Assim, para compatibilizar os usos consuntivos da água, é fundamental que haja equilíbrio no balanço hídrico, entre a oferta e a demanda de uso da água. Nesse contexto, a outorga de direito de uso possui o objetivo assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água, bem como o efetivo exercício dos direitos de acesso aos recursos hídricos aos diferentes usuários.

A outorga torna-se o instrumento legal destinado a validar o uso dos recursos hídricos destinado a qualquer finalidade, para que ela seja obtida inclui uma série de exigências e condições que buscam garantir a qualidade e o controle de utilização das águas, essas exigências são definidas a partir de uma avaliação da Bacia Hidrográfica levando em conta a disponibilidade hídrica e consumo (ANA, 2020). Os usuários que pretendem utilizar água de um manancial (rio, lago ou águas subterrâneas), deve procurar o órgão

gestor daquela área que abrange (federal ou estadual) para formular seu pedido.

Os recursos hídricos, como já mencionado, são bens de “domínio público”, algo não suscetível de apropriação, o qual todos podem utilizá-lo, mas ninguém pode dispor dele ou transacioná-lo (FIORILLO, 2011). De fato, a constatação que todos tem direito em relação aos recursos hídricos não exime usuários de suas obrigações perante esse bem. O uso indevido, desperdício ou ineficiência nos processos que dependem dos recursos hídricos pode acarretar em prejuízos a todos os usos subsequentes.

Assim, a disponibilização da outorga de direito de uso, deve atuar como um instrumento jurídico e administrativo e garantir o gerenciamento integrado dos recursos hídricos, de modo a atender aos usos múltiplos e o direito ao acesso dos usuários dependentes (SIMPLÍCIO; FARIA, 2016, p. 7). Nesse ponto, vale ressaltar a importância dos dados a respeito dos usos e sua influência sobre a bacia hidrográfica na qual está inserido. O manejo das informações coletadas permite avaliar e tomar decisões acerca do melhor balanço hídrico, adequado a região em questão, sem esquecer da importância desse bem ambiental para todo o ecossistema dependente.

Nesse ponto, a outorga é a geração de informações para a gestão dos recursos hídricos nas diferentes bacias hidrográficas, ela atua como instrumento que permite que alguém desfrute da água, porém também se torna a ferramenta que gera informações sobre o uso da água na bacia. Com base nos dados levantados com a outorga é possível avaliar a disponibilidade hídrica no local, de modo a permitir ou restringir as outorgas com vista a não prejudicar os usuários dependentes. Assim, a outorga permite que haja o planejamento da oferta de água na atualidade e no futuro (BURKERT, 2012, p. 2).

O autor destaca ainda, que ao término da vigência da outorga pode-se avaliar a situação atual do local e a outorga ser atualizada com condições diferentes das anteriores. Ou seja, pode auxiliar na tomada de decisão

por órgãos reguladores restringindo valores de concessão em número ou capacidade, em prol do meio ambiente. Ainda, a outorga pode ser orientada pelo crescimento populacional e econômico do local nas qual está inserida.

4.1 AVALIAÇÃO DOS PRINCIPAIS USOS CONSUNTIVOS DE ÁGUA NO BRASIL: IRRIGAÇÃO E ABASTECIMENTO

O balanço hídrico no Brasil entre abastecimento de água e agropecuária destaca-se pela elevada demanda frente outros usos consuntivos. A importância no equilíbrio entre as atividades consumidoras de água é uma questão multidisciplinar, cuja relação é dependente da cultura da população acerca do uso da água, da atuação das entidades públicas e privadas bem como suas necessidades de produção, economia e consequente desenvolvimento.

Conforme alertado pela ANA (2019a, p. 40), a demanda por uso de água no Brasil é crescente, com aumento no total retirado de aproximadamente 80% nas últimas duas décadas. O quadro tende a se elevar até 2030, onde as retiradas podem aumentar 26%. Essa condição de evolução dos usos da água está diretamente relacionada ao desenvolvimento econômico e ao processo de urbanização do país, que demanda maiores quantitativos de água.

Em relação ao total de água consumida no Brasil observa-se que 66,1% é empregado para irrigação, 11,6% para uso animal, 9,1% para abastecimento urbano e 2,5% para o abastecimento rural. Com relação ao abastecimento da população, a porcentagem total é de aproximadamente 11,6% (ANA, 2019, p. 40). Nesse sentido, é possível observar com números que os principais usuários, em termos de consumo, são a agropecuária, com destaque para a irrigação, seguidos do abastecimento.

Outro ponto que pode ser destacado é a diferença por demanda de água em relação a região geográfica no país, fato esperado tendo em vista a diversidade de clima, temperatura, relevo, disponibilidade hídrica, entre outros

fatores. Por exemplo, a Região Nordeste demanda mais água para irrigação do que a Região Sudeste. Em contrapartida, a Região Sudeste demanda mais água para abastecimento público do que a Região Nordeste (ANA, 2019, p. 41). Desse modo, fica evidente que cada região possui peculiaridades acerca do balanço hídrico e permite entender a importância de bem gerir os recursos hídricos conforme as realidades locais.

Nas regiões áridas e semi-áridas do Brasil, especialmente, a água se tornou um fator limitante para o desenvolvimento urbano, industrial e agrícola. Planejadores e entidades gestoras de recursos hídricos procuram, continuamente, novas fontes de recursos para complementar a pequena disponibilidade hídrica ainda disponível (HESPANHOL, 2002, p. 75). Observa-se que é um desafio para gestores em níveis federais, estaduais e municipais planejar e executar ações no que tange os recursos hídricos, tendo em vista sua vasta aplicação em diferentes setores, cada qual com seu interesse específico no uso desse bem ambiental.

O uso eficiente dos recursos hídricos permite segurança hídrica aos usuários e permite que os diferentes usos sejam atendidos. Para isso, o equilíbrio do balanço hídrico, obtido por meio do gerenciamento do uso da água deve estar presente nos diferentes entes responsáveis (poder público) bem como nos próprios usuários do bem ambiental (consumidores da água, produtores rurais, indústria, entre outros).

Outro ponto importante na gestão da água é remediar os possíveis conflitos no âmbito interno, especialmente, quando o uso dos recursos hídricos adquire um caráter competitivo e excludente, tendo que optar por um ou outro uso, por exemplo: entre uso urbano ou rural, abastecimento humano ou industrial, entre outros (GOMES; BARBIERI, 2014, p. 4).

Nesse contexto podem-se afirmar os recursos naturais, especialmente a água, é um bem precioso e com diversas atividades dependentes desde sobrevivência das espécies ao desenvolvimento econômico de uma região. O uso da água deve ser sustentável, de forma a minimizar conflitos entre

usuários, garantir o atendimento a todos os interessados, além de cumprir seu papel ambiental como manutenção dos corpos de água. Outro fator a ser destacado é o modo como esse bem deve ser utilizado e devolvido ao meio ambiente, cujo objetivo está em não afetar o ambiente a ser retornado. Tal condição implica em devolver em qualidade adequada ao meio ambiente, dentro das legislações cabíveis.

4.2 REDUÇÃO DO IMPACTO DO CONSUMO DE ÁGUA NA IRRIGAÇÃO E ABASTECIMENTO

A água usada para a irrigação é o consumo mais representativo, isto é, parte da água usada para este fim não retorna ao seu curso original, reduzindo a efetiva disponibilidade no manancial e, pode ainda, retornar com qualidade aquém da necessária para o corpo receptor.

Camargo (2016, p. 7-8) destaca que para o manejo da irrigação seja eficiente é necessário adequar o equipamento à quantidade da água a ser aplicada, ainda deve levar em conta o compromisso com a produtividade, uso eficiente da água e a conservação do meio ambiente.

A maioria dos países tem conhecimento dos próprios problemas de disponibilidade e uso dos recursos naturais. Nota-se que há muitas dificuldades para a aplicação de tecnologias em grande escala, para resolver ou evitar problemas e para estabelecer programas de preservação dos recursos naturais (PAZ; TEODORO; MENDONÇA, 2000, p. 466).

Para que haja qualidade e disponibilidade de água, para os diversos fins, inclusive para irrigação, deve-se buscar a eficiência no seu uso. Para a irrigação vários componentes necessitam de atenção, entre eles as perdas que ocorrem nos reservatórios, na condução e na aplicação nas parcelas irrigadas. Vários trabalhos apontam baixos valores de eficiência, indicando a necessidade de utilização de estratégias de manejo para estimativa da quantidade de água a ser aplicada e operação adequada de

sistemas, proporcionando melhoria dos níveis de eficiência (PAZ; TEODORO; MENDONÇA, 2000, p. 466).

Nesse sentido, é crucial que os métodos e equipamentos de irrigação sejam aprimorados e assim permitam reduzir as perdas e induzir ao manejo adequado em conjunto com o solo, a planta e o clima, com ganhos de eficiência do uso da água (PAZ; TEODORO; MENDONÇA, 2000, p. 469).

Segundo Hespanhol (2002, p. 75), uma alternativa que vem surgindo para a irrigação é o uso do esgoto para suprimento de água para algumas culturas, entre as principais vantagens: pode ser uma fonte alternativa para irrigação; redução de custo com fertilizante (no próprio esgoto podem estar presentes os fertilizantes/nutrientes necessários para as plantas); minimizar risco com saúde pública e impactos no solo quando são tomadas as devidas precauções; aceitação sociocultural da prática de reuso agrícola; reconhecimento da importância desse uso por parte de órgão gestores de recursos hídricos. Os benefícios econômicos do reuso do esgoto na agricultura pode estar relacionado ao aumento da área cultivada e ao aumento da produtividade agrícola, os quais são mais significativos em áreas onde se depende apenas de irrigação natural, proporcionada pelas águas de chuvas (HESPANHOL, 2002, p. 75).

Para Oliveira, Silva e Carneiro (2012, p. 149), a racionalização do uso e de reúso de água, são elementos fundamentais para conservação, que contribuem de forma direta na disponibilidade deste recurso natural, tanto para atender o crescimento da população como para preservação do meio ambiente.

A sustentabilidade da agricultura irrigada está associada a eficiência no uso da água, bem como no uso controlado de químicos aplicados às culturas ou ao solo, os quais podem causar contaminação dos recursos hídricos e afetar a qualidade do ambiente. A otimização do processo de irrigação pode ser obtida atuando-se: a) na estrutura de irrigação existente, em termos de tipos de cultivo, sistemas de irrigação e gestão do uso de

água; b) nos métodos de manejo da irrigação e c) nas técnicas que permitem aumento da eficiência do uso da água (COELHO; COELHO FILHO; OLIVEIRA, 2005, p. 57-60).

Outro ponto importante em relação a tomada de decisão, nesse caso a respeito do abastecimento de água, é mediante a manutenção das fontes de abastecimento de água, seja de origem superficial ou subterrânea. Para isso, é necessário conhecimento hidrogeológico dos aquíferos explorados, estabelecimento de estratégias de monitoramento da qualidade e uso sustentável. Além disso, é necessário gerir os reservatórios e infraestrutura hídrica para atendimento aos usos múltiplos da água, a exemplo, a operação/manutenção/recuperação de açudes que armazenam água e que permitem uma disponibilidade hídrica para atendimento as demandas em períodos críticos. Ainda, a proteção dos mananciais é o que possibilita água em qualidade e, o sucesso dessa ação está relacionado especialmente a coleta e tratamento do esgoto associado a organização do uso e ocupação do solo (ANA, 2010, p. 61).

Nesse contexto de redução de impacto nos usos principais da água vale destacar o Programa Produtor de Água, o qual é voltado à conservação e recuperação de recursos hídricos em bacias hidrográficas estratégicas. Esse programa envolve diferentes instituições públicas e privadas que em parceria com produtores rurais, objetivam a implementação de práticas conservacionistas de solo e água nas atividades produtivas tradicionais, incentivo à adequação ambiental das propriedades rurais e melhoria das condições hidrológicas da bacia. Ainda, há um componente de pagamento por serviços ambientais (PSA) para os produtores rurais participantes (ANA, 2019a, p. 48).

O desenvolvimento econômico e crescimento populacional são duas situações que promovem incremento no consumo de água, tendo em vista a necessidade de atendimento a irrigação e o abastecimento público, além de inúmeras outras atividades dependentes da água. O manejo do consumo

de água associado aos dois principais consumidores da água torna-se essencial para redução de impactos ambientais, além de garantir o balanço hídrico favorável a todos os usuários. A outorga de direito de uso permite que o gerenciamento ocorra e possibilita a tomada de decisão de forma adequada. Com base na outorga, é que se obtêm dados e informações acerca das necessidades dos usuários, daí a importância em se controlar e regular, de forma multidisciplinar, as informações provenientes dela.

A busca pela minimização dos impactos ambientais decorrentes das atividades humanas é um tema complexo, que envolve diferentes setores atuando, além da capacidade de gerir conflitos de interesses entre aspectos culturais, sociais, econômicos, políticos acerca do uso da água.

5 CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca da outorga de água na agricultura irrigada e o uso prioritário consumo humano, a luz da Constituição Federal e em especial a Lei das águas 9.433/97 (BRASIL, 1997), em garantia a presença da água para população e a fim de evitar os diversos conflitos.

O desenvolvimento da pesquisa bibliográfica possibilitou obter informações consolidadas acerca dos consumos de água no Brasil, tendo em vista os dados levantados por entidades federais. O tema recursos hídricos discutido ao longo do trabalho possui um viés multidisciplinar, ou seja, envolve diferentes áreas como a social, a econômica, a política e a ambiental e o equilíbrio entre eles é uma tarefa difícil para as entidades envolvidas na gestão das águas. Observa-se que todas devem trabalhar em conjunto para promover a educação ambiental em todos os níveis sociais, contemplando aspectos de sustentabilidade sejam eles sociais econômicos e/ou administrativos. Ainda é necessário o equilíbrio dos usos múltiplos da água, atentando para a gestão integrada e ao balanço hídrico adequado a

cada região do Brasil. Desse modo, apresenta-se uma forma de garantir água para as demandas consuntivas e não consuntivas ao longo do tempo.

A outorga de uso, conforme observado, demonstra ser um importante instrumento que permite, em tese, garantia de volume e vazão reservados para os usuários. Desse modo, confere segurança jurídica e atenua conflitos entre os usos da água, além de possibilitar a administração conhecer o perfil dos usuários e acompanhar o uso. Também ficou evidenciado que a outorga não é eterna, ela é revista, e possui usos prioritários. De modo a auxiliar na gestão dos recursos hídricos, deve-se incentivar a fiscalização dos usuários, especialmente, nos principais consumidores como irrigação e consumo humano, tendo em vista a necessidade de uso sustentável desse recurso. Ainda, é necessário desenvolver mecanismos para quantificar os usuários antes da criação da lei, visto a importância do balanço hídrico regional bem como o emprego de informações coerentes com a realidade.

A demanda de água para irrigação é a mais significativa frente aos outros usos, para tanto, o mesmo deve ocorrer de modo racional e sustentável. Para isso, deve-se buscar aumentar a eficiência nos sistemas de irrigação, com vistas à redução do desperdício e busca por fontes alternativas, como o reúso. Nesse ponto, com base nos dados levantados com a outorga é possível avaliar a disponibilidade hídrica no local, de modo a permitir ou restringir as outorgas com vista a não prejudicar os diferentes usuários dependentes.

Ante ao exposto, observa-se que as discussões acerca do tema recursos hídricos são complexas e demandam atuação de diferentes áreas do conhecimento, visto que envolvem sociedade, cultura, economia, administração pública, legislação entre inúmeras outras áreas. Nesse sentido, entende-se a grandeza e importância do presente tema para todos, diante a dependência desse recurso para sobrevivência de todos. Ainda, sugere-se que sejam elaborados maiores estudos acerca do tema água, irrigação e consumo humano para buscar soluções e melhorias possíveis.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). Atlas Brasil abastecimento urbano de água. 2010. Disponível em: <http://atlas.ana.gov.br/atlas/forms/analise/RegiaoMetropolitana.aspx?rme=16>. Acesso em: 5 dez. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). **Atlas irrigação: uso da água na agricultura irrigada**. Brasília: ANA, 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). **Conjuntura recursos hídricos, Brasil 2018: informe anual**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: www.ana.gov.br. Acesso em: 24 jun. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). **Conjuntura recursos hídricos, Brasil 2019: informe anual**. Brasília-DF, 2019a. Disponível em: www.ana.gov.br. Acesso em: 18 mar. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). **Manual de usos consuntivos da água no Brasil**. Brasília: ANA, 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). **Outorga de direito de uso de recursos hídricos**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.ana.gov.br/solicite-sua-outorga>. Acesso em: 4 abr. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DAS ÁGUAS (ANA). **Outorga de direito de uso de recursos hídricos**. Brasília: SAG, 2011. (Cadernos de Capacitação em recursos hídricos; v.1 e v. 6).

BRAGA, B. P. F. *et al.* **Pacto federativo e gestão de águas**. São Paulo: Agência Nacional de Águas (ANA), 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v22n63/v22n63a03.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. **Constituição 1988**. Brasília: Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934**. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm. Acesso em: 5 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a política nacional de recursos hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Brasília, DF: jan. 1997.

BRASIL. **Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000**. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional. Brasília, DF: jul. 2000.

BRITO, R. A. L.; ANDRADE, C. de L. T. de. Qualidade da água na agricultura e no ambiente. **Informe Agropecuário**, Belo Horizonte, v. 31, n. 259, p. 50-57, 2010. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/34978/1/Qualidade-agua.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BURKERT, D. Aspectos técnicos da outorga dos direitos de uso da água em bacias do estado de São Paulo. **Pesquisa e Tecnologia**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 1-6, jul. 2012.

CAMARGO, D. C. Manejo da irrigação: como, quando e quanto irrigar? **INOVA-GRI/IFCE**. Fortaleza. 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

COELHO, E. F.; COELHO FILHO, M. A.; OLIVEIRA, S. L. de. Agricultura irrigada: eficiência de irrigação e de uso de água. **Bahia Agrícola**, Salvador, v. 7, n. 1, p. 57-60, set. 2005.

COMITÊ DE BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO (CBHSF). **Plano de recursos hídricos da bacia hidrográfica do Rio São Francisco**. Módulo 1. Resumo Executivo. Plano Decenal de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco PBHSF (2004-2013), 2004.

CONAMA. **Constituição (2005)**. Resolução nº 357, de 18 de março de 2005. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2019.

CONEJO, J. G. L. A outorga de usos da água como instrumento de gerenciamento dos recursos hídricos. **Revista Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 28-62, jun. 1993.

CUNHA, D. G. F. *et al.* **Resolução CONAMA 357/2005**: análise espacial e temporal de não conformidades em rios e reservatórios do estado de São Paulo de acordo com seus enquadramentos (2005–2009). 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522013000200008. Acesso em: 5 mar. 2020.

DANTAS, F. S. Gerenciamento de recursos hídricos: uma análise crítica da Lei nº 9.433/97. In: KRELL, A. J. (org.). **Direito ambiental no estado federativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI MAURO, C. A. Conflitos pelo uso da água water use conflicts conflicts por el uso del agua. **Caderno Prudentino de Geografia**, Presidente Prudente, n. 36, volume especial, p. 81-105, 2014. Uberlândia, Mg, n. 36, p. 81-105, jun. 2014. Semanal. Disponível em: revista.fct.unesp.br/index.php/cpg/article/view/3174/2679. Acesso em: 1 mar. 2020.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, V. P. de. Águas – considerações gerais. In: FREITAS, V. P. de (org.). **Águas aspectos jurídicos e ambientais**. Curitiba: Juruá, 2002.

GOMES, J. de L.; BARBIERI, J. C. Gerenciamento de recursos hídricos no Brasil e no estado de São Paulo: um novo modelo de política pública. **Cadernos Ebape.br**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 1-21, dez. 2014.

HESPANHOL, I. Potencial de reuso de água no Brasil agricultura, indústria, municípios, recarga de aquíferos. **Revista Brasileira de Recursos Hídricos**, São Paulo, v. 7, n. 4, p. 75-95, out. 2002.

MACHADO, P. A L. **Recursos hídricos direito brasileiro e internacional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, N. M. de; SILVA, M. P. da; CARNEIRO, V. A. **Reuso da água: um novo paradigma de sustentabilidade**. 2012. 12f. TCC (Graduação) – Curso de Geografia, Centro Universitário Franciscano – Unifra – RS, Joinville, 2012. Disponível em: <http://www.revista.ueg.br/index.php/elisee/article/view/1496/987>. Acesso em: 3 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Agenda 2030**. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 7 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **17 objetivos para transformar nosso mundo**. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/>. Acesso em: 5 abr. 2020.

PAZ, V. P. da S.; TEODORO, R. E. F.; MENDONÇA, F. C. Recursos hídricos, agricultura irrigada e meio ambiente. **Rev. Bras. Eng. Agríc. Ambient.**, Campina Grande, v. 4, n. 3, p. 465-473, dez. 2000. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415=43662000000300025-&lng=pt&nrm-iso. Acesso em: 14 mar. 2020.

PIRES, J. S. R.; SANTOS, J. E.; DEL PRETTE, M. E. A utilização do conceito de bacia hidrográfica para a conservação dos recursos naturais. In: SCHIAVETTI, A.; CAMARGO, A. F. M. **Conceitos de bacias hidrográficas**: teorias e aplicações. Ilhéus: Editus, 2002.

REBOUÇAS, A. C.; BRAGA, B.; TUNDISI, J. G. **Águas doces do Brasil**: capital ecológico, uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras Editora, 2006.

ROSSI, R. A.; SANTOS, E. Conflito e regulação das águas no Brasil – a experiência do Salitre. **Caderno Crh**, [s.l.], v. 31, n. 82, p. 151-167, abr. 2018. FapUNIFESP (SciELO). DOI <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-49792018000100010>.

SANTIN, J. R.; GOELLNER, E. A gestão dos recursos hídricos e a cobrança pelo seu uso. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, Florianópolis, v. 34, n. 67, p. 199-221, dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n67p199/25849>. Acesso em: 4 mar. 2020.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIMPLÍCIO, C. G.; FARIA, L. V. de. Outorga de direito de uso dos recursos hídricos e suas implicações na atividade agropecuária. **Referência**, Sete Lagoas, v. 2, n. 2, p. 1-31, jun. 2016. Disponível em: <http://www.unifemm.edu.br/revistareferencia/wp-content/uploads/2016/10/artigo-outorga.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SOITO, J. **Usos múltiplos da água**. Rio de Janeiro: FGV Energia, 2019.

TORRES, C. J. F. *et al.* Conflitos pelo uso da água para a irrigação, geração de energia hidroelétrica e manutenção do ecossistema aquático no baixo trecho do Rio São Francisco. **Revista Gestão & Sustentabilidade Ambiental**, Florianópolis, v. 4, p. 195-210, dez. 2015. Disponível em: http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/gestao_ambiental/article/view/3346. Acesso em: 15 fev. 2020.

TUCCI, C.; HESPANHOL, I.; CORDEIRO NETTO, O. de M. **Gestão da água no Brasil**. Brasília-DF: Unesco, 2001. Disponível em: http://r1.ufrrj.br/lmbh/pdf/Outras%20publicacoes/LMBH_gestao_da_agua_no_Brasil.pdf. Acesso em: 16 fev. 2020.

VON SPERLING, M. **Introdução à qualidade das águas e ao tratamento de esgotos**. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2014. (Princípios do tratamento biológico de águas residuárias).

PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL: UMA VISÃO CRÍTICA ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA E OS IMPACTOS DA CLÁUSULA DE BARREIRA INSTITUÍDA PELA EC 97/2017

João Ricardo Spagnol ¹

Hewerston Humenhuk ²

RESUMO

Partidos políticos são como associações de pessoas, unidas por uma ideologia ou interesse comuns, que, organizadas estavelmente, influenciam a opinião popular e a orientação política do país. A ideologia bem definida é requisito ontológico dos partidos políticos, que surgiram no Brasil por volta dos anos 1830. Ocorre que, atualmente, com base no pluralismo político consagrado na Constituição Federal de 1988 temos 35 partidos políticos no Brasil e outros 73 em formação, o que tem afetado a credibilidade dessas instituições e o funcionamento da nossa democracia. A Emenda Constitucional n. 97/2017 trouxe a chamada cláusula de barreira, importante instrumento na tentativa de resgate da ideologia partidária e de combate à fragmentariedade partidária. Entretanto, tal medida, isoladamente, não resolverá nossos dilemas atuais. Necessário, portanto, a compreensão sobre as alternativas que permitam um futuro mais promissor para a vivência

¹ Bacharel em Direito. Especialista em Gestão e Direito Público pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Campus de Joaçaba. Chefe do cartório da 18ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina – TRE/SC.

² Mestre em Direitos Fundamentais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública CESUSC/ Florianópolis. Coordenador do curso de Pós-graduação em Gestão e Direito Público da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Campus de Joaçaba. Professor em cursos de pós-graduação em Direito em diversas instituições de ensino superior. Professor de Direito Administrativo e Direito da Criança e do Adolescente do curso de graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Professor da Escola Superior de Advocacia – ESA da OAB/SC. Advogado publicista. Procurador e Assessor Jurídico de Prefeituras Municipais e Câmaras de Vereadores em Santa Catarina. Autor do livro “Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por omissão e a efetividade dos Direitos Fundamentais” pela editora Livraria do Advogado, 2016. Co-autor de livros na área do Direito Público; Autor de artigos científicos publicados em revistas especializadas. Membro do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina – IDASC. E-mail: hewerston@gmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9947292702850846>.

política e ao desenvolvimento do Estado brasileiro, a partir da cláusula de barreira.

Palavras-chave: Partidos políticos. Pluralismo político. Cláusula de barreira.

1 INTRODUÇÃO

Partidos políticos são constituídos por associações de pessoas, unidas por uma ideologia ou interesse comuns, que, organizadas estavelmente, influenciam a opinião popular e a orientação política do país. A ideologia bem definida é requisito ontológico dos partidos políticos, que surgiram no Brasil por volta dos anos 1830.

Além disso, o pluralismo político é fundamento constitucional da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso V da CF88). Com base nesse fundamento, o artigo 17 da carta política prevê que “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos [...]” desde que observados alguns preceitos.

Ocorre que, atualmente, esse conceito de pluralismo político e a liberdade de criação de partidos políticos ensejou um cenário nacional com 35 partidos políticos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e outros 73 partidos políticos em formação, o que totaliza 108 partidos políticos registrados ou em formação.

Tal situação tem afetado a credibilidade dos partidos políticos e tornado excessivamente complicada a vida política do país e o funcionamento do nosso parlamento, que convive com a necessidade de compatibilização de inúmeras correntes políticas antagônicas, atrasando a implantação de políticas públicas e de reformas necessárias ao país.

A Emenda Constitucional n. 97/2017 instituiu a cláusula de barreira aos partidos políticos, que influenciará positivamente no resgate da ideologia partidária, mas que não é medida capaz de resolver, isoladamente, os nossos atuais problemas.

O presente artigo buscará conceituar partido político e pluralismo político e fará uma breve incursão histórica sobre a criação de partidos políticos no Brasil. Após, fará uma abordagem atual e crítica dos partidos políticos no Brasil, analisará a EC 97/2017, os impactos da cláusula de barreira na vida política do país e as perspectivas para o futuro da nossa democracia.

2 PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL: UMA VISÃO CRÍTICA ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA

2.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO BRASIL

Antes de adentrar na realidade dos partidos políticos no Brasil, mostra-se imperioso conceituar o que se entende por partido político. Ramayana (2018) faz uma compilação de diversos conceitos sobre partido político:

Os partidos políticos são identificados, por diversos autores, como: (i) 'verdadeiros institutos de direito público' (*Amuchastegui*); (ii) 'instrumento necessário ao mecanismo do regime constitucional (Posada)'; (iii) 'órgãos da democracia' (Palácios); (iv) 'parte integrante do processo governativo' (A. F. Mac. Donald); (v) verdadeiros órgãos do governo (*Willoughby*); (vi) 'uma parte do governo mesmo' (Merrian-Gosneli); (vii) 'órgãos para a vontade estatal' (*Kelsen*); e (viii) 'grupos sociológicos ou entidades político-sociais (*Bluntschli*) [...] Trata-se de uma consolidação de posições e ideologias de direita, esquerda, centro e que importam na dignificação da vontade popular. No conceito histórico de Benjamin Constant os partidos políticos são: 'uma reunião de homens que professem a mesma doutrina política' [...] (RAMAYANA, 2018, p. 108).

Por sua vez, Gomes (2018, p. 128) assim conceitua partido político:

Compreende-se por partido político a entidade formada pela livre associação de pessoas, com organização estável, cujas finalidades são alcançar e/ou manter de maneira legítima o poder político-estatal e assegurar, no interesse do

regime democrático de direito, a autenticidade do sistema representativo, o regular funcionamento do governo e das instituições políticas, bem como a implementação dos direitos humanos fundamentais.

Para Bulos (2007, p. 707), "partidos políticos são associações de pessoas, unidas por uma ideologia ou interesse comuns, que, organizadas estavelmente, influenciam a opinião popular e a orientação política do país." Na mesma linha é a definição de Bastos (2000, p. 275), asseverando que "trata-se de uma organização de pessoas reunidas em torno de um mesmo programa político com a finalidade de assumir o poder e de mantê-lo ou, ao menos, de influenciar na gestão da coisa pública através de críticas e oposição."

Por fim, Almeida (2016, p. 177) assim aduz:

Conceituamos partido político como a pessoa jurídica de direito privado, integrada por um grupo de indivíduos que se associam, estavelmente, em torno de um objetivo determinado, que é assumir e permanecer no poder ou, pelo menos, influenciar suas decisões e, ipso facto, pôr em prática uma determinada ideologia político-administrativa.

De posse do conceito de partido político, a fim de compreender como tais pessoas jurídicas surgiram na história mundial e também na história brasileira, imperioso a explanação apontada por Ramayana (2018, p. 105):

Identifica-se a origem dos partidos políticos na Inglaterra (1558/1603), na época da Rainha Isabel, mas Afonso Arinos de Mello Franco, em sua obra História e Teoria do Partido Político no Direito Constitucional Brasileiro, p. 9, leciona que na Inglaterra certos grupos disputavam o poder, como os tories, que representavam interesses feudais e agrários, e os whigs, representantes de forças urbanas e capitalistas defensores de princípios mais liberais. Nessa disputa surgem os partidos.

No Brasil, relatos dão conta de que o primeiro partido político surgiu por volta do ano de 1831. Gomes (2018, p. 127-128) trabalha essa tese em sua doutrina assim explicando:

No Brasil, o ano de 1831 é indicado por alguns pesquisadores como o do surgimento do primeiro partido – denominado Liberal –, seguido pelo Conservador, em 1838. Mas tais entidades não surgiram de um jacto, sendo, antes, resultado de intensa atividades 'político-partidária'. Se nos primeiros anos do Império não existiam propriamente partidos políticos tal qual conhecidos hoje, havia, porém, grupos de opinião, pessoas que comungavam determinados pontos de vista.

Na mesma linha é a doutrina de Ramayana (2018, p. 106), com a ressalva de que referido autor adota o ano de 1838 como o ano de criação dos primeiros partidos políticos no Brasil, que “segundo lições de Joaquim Nabuco, formam-se os dois primeiros partidos em 1838, no final da Regência, quando também têm os nomes de Conservador e Liberal. Os monarquistas eram do Partido Conservador e os moderados e radicais, do Partido Liberal.”

Prosseguindo na evolução histórica dos partidos políticos no Brasil, leciona Gomes (2018, p. 128):

Durante quase todo o Segundo Reinado (que, incluída a fase de regência, se estende da abdicação de D. Pedro I, ocorrida em 7 de abril de 1831, até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889), a cena política brasileira foi dominada pelos partidos Liberal e Conservador. Trata-se de um período de estabilidade no quadro partidário nacional. Note-se, porém, que embora tais agremiações empunhassem diferentes bandeiras ideológicas, na prática não diferiam substancialmente. Somente na década de 1870 é que surgiria o Partido Republicano, o qual viria a desempenhar papel decisivo na derrocada do Império e na formatação do Estado brasileiro, que, sob inspiração dos EUA, passou a ser federativo e republicano.

Cerqueira e Cerqueira (2015, p. 125), por outro lado, aduzem que:

O Código Eleitoral de 1932, primeira legislação a mencionar os partidos políticos, estabeleceu implicitamente, em seu art. 99, o pluripartidarismo, incluindo as associações de classe legalmente constituídas. Por força do Decreto n. 7.586/45, de 28.05.1945, a candidatura aos cargos eletivos estava condicionada à filiação partidária, o que levou a uma explosão multipartidária, com treze legendas. Em 1964, os militares

impuseram, por meio do AI-2, o bipartidarismo, que só terminou com a Lei n. 6.767/79, de 20.12.1979, que extinguiu a ARENA e o MDB e restabeleceu o pluripartidarismo.

Como visto, o Código Eleitoral de 1932 foi a primeira legislação a mencionar os partidos políticos e a estabelecer, ainda que implicitamente, o pluripartidarismo no Brasil.

Atualmente, o pluripartidarismo é previsto constitucionalmente, no art. 17, permitindo a livre criação de partidos políticos no Brasil, desde que observados alguns critérios. Assim prescreve o art. 17 da CF/88:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei (BRASIL, 1988).

O pluripartidarismo nasce de um fundamento da nossa república que é o pluralismo político (art. 1º, inciso V da CF/88). Moraes (2017, p. 20) afirma que o pluralismo político:

[...] demonstra a preocupação do legislador constituinte em afirmar-se a ampla e livre participação popular nos destinos políticos do país, garantindo a liberdade de convicção filosófica e política e, também, a possibilidade de organização e participação em partidos políticos.

Trabalhando o conceito de pluralismo político, assim leciona Gomes (2018, p. 82):

Na linguagem política, esse termo denomina a corrente de pensamento que propugna um modelo de sociedade baseado na existência de diversos grupos ou centros de poder, os

quais não necessariamente convivem em harmonia, podendo conflitar entre si. Tais grupos situam-se entre o indivíduo e o Estado, constituindo uma contraforça capaz de impedir abusos por parte dos governantes.

Ainda tratando sobre o pluralismo, dessa vez em sentido geral, assim prossegue Gomes (2018, p. 83):

O Estado contemporâneo tem no pluralismo uma de suas características mais marcantes. A alta complexidade das atuais sociedades de massa determina o desenvolvimento de intrincadas relações entre as pessoas, bem como a formação de inúmeras entidades com colorações e interesses variados. Isso é ainda mais saliente na era da globalização e da revolução tecnológica, caracterizada pela liberdade comunicativa (exercida intensamente) e acentuada abertura ideológica. A realidade da ordem político e social brasileira é multifária. Há pluralidade de classes econômicas e sociais, de culturas, de cosmovisões, modos e projetos de vida, costumes, tradições, crenças, religiões, convicções políticas e filosóficas [...]. Isso significa reconhecer e respeitar a diversidade de pensamentos, opiniões, e convicções, de crenças e de projetos de vida (inclusive coletivos) que proliferam na sociedade.

Após essas considerações sobre o pluralismo político, Gomes (2018, p. 125) enfatiza a importância dos partidos políticos em um contexto democrático:

No mundo contemporâneo, os partidos políticos tornaram-se peças essenciais para o funcionamento do complexo mecanismo democrático. Constituem canais legítimos de atuação política e social; captam e assimilam rapidamente a opinião pública; catalisam, organizam e transformam em bandeiras de luta as díspares aspirações surgidas no meio social, sem que isso implique ruptura no funcionamento do governo legitimamente constituído.

Não se pode questionar a importância dos partidos políticos em um contexto democrático. Ocorre que esse sistema pluripartidário adotado no

Brasil também possui um risco bem ressaltado por Ramayana (2018, p. 108), para quem no

[...] sistema pluripartidário corre-se o risco da criação de um grande número de partidos políticos afetando a credibilidade do sistema partidário e dos programas e objetivos da sociedade na área econômica, cultural, política, educacional e diversas outras causando a ruptura da fé eleitoral nas agremiações partidárias.

Conforme bem nos alerta Almeida (2016, p. 189), “adotando o sistema pluripartidarista, já foram criadas quarenta agremiações partidárias no Brasil após o advento da Constituição de 1988, sendo cinco já extintas”.

A proliferação de partidos políticos no Brasil, conforme acima advertido, afeta a credibilidade do sistema partidário provocando a ruptura da fé eleitoral. Recente pesquisa aponta que sete em cada dez pessoas (68%) declararam não ter confiança nos partidos políticos (PARTIDOS, 2018). Outra pesquisa recente mostra um número ainda mais preocupante: 77,8% dos entrevistados afirmaram não ter “nenhuma confiança” nos partidos políticos (CONFIANÇA, 2018).

2.2 UMA VISÃO CRÍTICA ACERCA DA REALIDADE BRASILEIRA E OS IMPACTOS DA CLÁUSULA DE BARREIRA INSTITUÍDA PELA EC 97/2017

Essa desconfiança nos partidos políticos, acima referida, pode ser explicada, dentre vários outros fatores, pela falta de representatividade de tais entidades junto ao conjunto social e também pelos recentes escândalos de corrupção levados ao conhecimento geral, muitos deles envolvendo partidos políticos que há muito fazem parte da vida política brasileira.

Atualmente, o Brasil conta com 35 partidos políticos, conforme tabela adaptada do site do Tribunal Superior Eleitoral (PARTIDOS, 2019) na internet:

0001	Sigla	Nome	Nº da legenda
1	Mdb	Movimento democrático brasileiro	15
2	Ptb	Partido trabalhista brasileiro	14
3	Pdt	Partido democrático trabalhista	12
4	Pt	Partido dos trabalhadores	13
5	Dem	Democratas	25
6	Pcdob	Partido comunista do brasil	65
7	Psb	Partido socialista brasileiro	40
8	Psdb	Partido da social democracia brasileira	45
9	Ptc	Partido trabalhista cristão	36
10	Psc	Partido social cristão	20
11	Pmn	Partido da mobilização nacional	33
12	Prp	Partido republicano progressista	44
13	Pps	Partido popular socialista	23
14	Pv	Partido verde	43
15	Avante	Avante	70
16	Pp	Progressistas	11
17	Pstu	Partido socialista dos trabalhadores unificados	16
18	Pcb	Partido comunista brasileiro	21
19	Prtb	Partido renovador trabalhista	28
20	Phs	Partido humanista da solidariedade	31
21	Dc	Democracia cristã	27
22	Pco	Partido da causa operária	29
23	Podem	Podemos	19
24	Psol	Partido social liberal	17
25	Prb	Partido republicano brasileiro	10
26	Psol	Partido socialismo e liberdade	50
27	Pr	Partido da república	22
28	Psd	Partido social democrático	55
29	Ppl	Partido pátria livre	54
30	Patri	Patriota	51
31	Pros	Partido republicano da ordem social	90
32	Solidariedade	Solidariedade	77
33	Novo	Partido novo	30
34	Rede	Rede sustentabilidade	18
35	Pmb	Partido da mulher brasileira	35

Fonte: Partido (2019).

Além dos 35 partidos políticos atuais, há outros 73 partidos políticos em formação (PARTIDOS, 2019). Em um cenário em que todos os partidos políticos em formação tivessem seu registro deferido, teríamos a existência de 108 partidos políticos no Brasil, situação cujos efeitos práticos para a democracia do país não podem ser mensurados.

Analisando o conceito de partido, notadamente o conceito cunhado por Bulos (2007, p. 707), segundo o qual os partidos políticos são “associações de pessoas, unidas por uma ideologia ou interesse comuns, que, organizadas estavelmente, influenciam a opinião popular e a orientação política do país”, mostra-se difícil justificar a existência de 35, ou quem dera 108 diferentes ideologias aptas a influenciar a opinião popular e a orientação política do país.

Portanto, a criação desenfreada de partidos políticos no Brasil não se justifica e não produz resultados positivos para o desenvolvimento do nosso país e também da nossa democracia. Pelo contrário.

A existência de dezenas de partidos políticos com representação no Congresso Nacional acaba por dificultar a aprovação de políticas públicas e projetos de interesse nacional, em virtude da necessidade de se compatibilizar diferentes visões, interesses e ideologias em prol de um objetivo comum. Ou seja, quanto mais atores políticos e interesses envolvidos em determinada causa, mas difícil torna-se a obtenção de consenso sobre determinada matéria.

Além disso, tal realidade brasileira tem originado, nos últimos anos, o que alguns autores chamam de “presidencialismo de coalizão”:

A expressão ‘presidencialismo de coalizão’ foi usada há 25 anos no título de um artigo acadêmico do cientista político Sérgio Abranches, ao qual se atribui a criação do termo. Ela designa a realidade de um país presidencialista em que a fragmentação do poder parlamentar entre vários partidos [...] obriga o Executivo a uma prática que costuma ser mais associada ao parlamentarismo. Para governar, ele precisa costurar uma ampla maioria, frequentemente contraditória

em relação ao programa do partido no poder, difusa do ponto de vista ideológico e problemática no dia a dia, em razão do potencial de conflitos trazido por uma aliança formada por forças políticas muito distintas entre si e que com frequência travam violenta competição interna (COSTA, 2013).

Essa atual realidade brasileira tem dificultado o avanço de medidas importantes para o Brasil. Há anos entende-se a importância de reforma nas áreas previdenciária, política, administrativa, eleitoral, tributária, federativa, sem que significativos passos tenham sido dados.

A dificuldade de se debater e de se avançar em políticas públicas importantes tem feito nosso país estagnar economicamente e nossa população sofrer com a inércia e com a ausência de perspectivas de solução para problemas antigos.

Em 2017, no entanto, a promulgação da Emenda Constitucional n. 97 foi um importante passo dado pelo Congresso Nacional e trouxe melhores perspectivas para a futura vida política do país. Referida EC 97/2017 alterou a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição.

A EC 97/2017 alterou o art. 17 da CF/88, com especial repercussão em seu §3º, que assim dispõe atualmente:

§ 3º Somente terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei, os partidos políticos que alternativamente:

I – obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 2% (dois por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

II – tiverem eleito pelo menos quinze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação (BRASIL, 2017).

O art. 3º da EC 97/2017 previu regras de transição para que até as eleições de 2030 os percentuais acima definidos estejam integralmente implementados. Até lá, serão observados os seguintes critérios:

Art. 3º O disposto no § 3º do art. 17 da Constituição Federal quanto ao acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão aplicar-se-á a partir das eleições de 2030.

Parágrafo único. Terão acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita no rádio e na televisão os partidos políticos que:

I – na legislatura seguinte às eleições de 2018:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos nove Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

II – na legislatura seguinte às eleições de 2022:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos onze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação;

III – na legislatura seguinte às eleições de 2026:

a) obtiverem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, no mínimo, 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação, com um mínimo de 1,5% (um e meio por cento) dos votos válidos em cada uma delas; ou

b) tiverem elegido pelo menos treze Deputados Federais distribuídos em pelo menos um terço das unidades da Federação (BRASIL, 2017).

Essa conhecida “cláusula de barreira” dos partidos políticos já foi aplicada nas Eleições de 2018, nos termos do inciso I acima descrito. Das 35 legendas atualmente existentes no país, 14 delas não atingiram a cláusula de desempenho mínima exigida pela EC 97/2017 (BRAGON *et al.*, 2018).

Perspectivas apontam que as medidas implementadas pela EC 97/2017 devem acabar com cerca de 20 partidos até 2030 (LONDRES, 2018), além de já gerarem negociações para fusão de legendas ou migração de parlamentares eleitos (BOLDRINI; CARVALHO, 2018).

A chamada "cláusula de barreira", por si só, não acaba automaticamente com as agremiações partidárias, mas torna extremamente difícil a manutenção das legendas com pouca representatividade que não atinjam os percentuais mínimos exigidos, além de dificultarem a criação de novos partidos políticos.

Isso porque o não atingimento do desempenho mínimo impede o recebimento de recursos do fundo partidário e de tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão, o que dificulta em muito a manutenção do partido político e a profusão dos seus ideais ideológicos em rede nacional.

Para se ter uma ideia do impacto do não recebimento do fundo partidário, em 2018 foi distribuído aos partidos políticos aproximadamente R\$ 2,5 bilhões em recursos públicos (PONTES, 2018): R\$ 888,7 milhões provenientes do Fundo Partidário (PARTIDOS, 2018) e outros R\$ 1,7 bilhão proveniente do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), também conhecido como Fundo Eleitoral.

Observa-se que as medidas implementadas pela EC 97/2017 auxiliarão sobremaneira na contenção da fragmentariedade partidária existente atualmente no país. No entanto, tal medida, isoladamente, não será capaz de promover uma ruptura significativa na nossa vida política capaz de melhorar as perspectivas para o futuro do nosso país.

3 CONCLUSÃO

É requisito ontológico de um partido político a sua ideologia bem definida. Além disso, o pluralismo político é fundamento da nossa república.

No entanto, o pluralismo político consagrado na CF/88 nos trouxe a um cenário atual com 35 partidos políticos e outros 73 em formação. Os partidos políticos perderam a sua identidade e a credibilidade junto à sociedade.

Ademais, essa fragmentariedade partidária e política tem trazido prejuízos ao país em virtude da dificuldade de se obter consenso sobre assuntos e reformas importantes que já deveriam ter sido implementadas no Brasil.

A EC 97/2017, que instituiu, dentre outras alterações, a cláusula de barreira para as agremiações partidárias, irá promover uma diminuição no número atual de 35 partidos políticos, auxiliando no resgate ideológico dessas entidades. Ainda assim, tal medida, isoladamente, não conseguirá atingir todos os resultados esperados. Se as perspectivas se concretizarem, ainda teremos aproximadamente 20 partidos políticos em 2030.

Devemos pensar em alternativas adicionais que ajudem a resgatar o caráter ideológico dos partidos políticos no Brasil e que permitam uma redução mais drástica na quantidade de agremiações existentes, a fim de que possamos, no futuro, ter um parlamento que, ao mesmo tempo, represente efetivamente os anseios populares e seja ágil e eficiente na implementação de políticas públicas e medidas que permitam o crescimento e a desenvolvimento do nosso país.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, R. M. de. **Curso de direito eleitoral**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOLDRINI, A.; CARVALHO, D. Partidos barrados por cláusula de barreira negociam migração. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 23 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/partidos-barrados-por-clausula-de-barreira-negociam-migracao.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRAGON, R.; MATTOSO, C.; CARAM, B.; FABRINI, F. Rede, PC do B e mais 12 siglas são reprovadas nas urnas e correm risco de extinção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/rede-pc-do-b-e-mais-12-siglas-sao-reprova-das-nas-urnas-e-correm-risco-de-extincao.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 de outubro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc97.htm. Acesso em: 29 mar. 2019.

BULOS, U. L. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CERQUEIRA, T. T.; CERQUEIRA, C. A. **Direito eleitoral esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONFIANÇA nos partidos políticos. **Instituto da democracia**, 2018. Disponível em: <https://www.institutodademocracia.org/single-post/confiancanos-partidospoliticos>. Acesso em: 26 mar. 2019.

COSTA, S. O presidencialismo de coalizão. **Congresso em foco**, 29 de julho de 2013. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/o-presidencialismo-de-coalizao/>. Acesso em: 27 mar. 2019.

GOMES, J. J. **Direito eleitoral**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

LONDRES, M. Cláusula de barreira deve acabar com cerca de vinte partidos até 2030. **Notícias R7**, 09 de agosto de 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/prisma/coluna-do-fraga/clausula-de-barreira-deve-acabar-com-cerca-de-vinte-partidos-ate-2030-09082018>. Acesso em: 30 mar. 2019.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

PARTIDOS, congresso e presidência são instituições menos confiáveis do país. **Datafolha**, 2018. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2018/06/1971972-partidos-congresso-e-presidencia-sao-instituicoes-menos-confiaveis-do-pais.shtml>. Acesso em: 26 mar. 2019.

PARTIDOS em formação. **Tribunal Superior Eleitoral**, 2019. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/criacao-de-partido/partidos-em-formacao>. Acesso em: 27 mar. 2019.

PONTES, F. TSE confirma verba de R\$2,5 bi para partidos financiarem campanhas. **Agência Brasil**, Brasília, 03 de maio de 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-05/tse-confirma-r-25-bi-de-fundo-partidario-para-financiar-campanhas>. Acesso em: 30 mar. 2019.

RAMAYANA, M. **Direito eleitoral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

POLÍTICA ECONÔMICA: LIBERDADE OU INTERVENCIÓNISMO?

Henry Ubial Pereira¹

Thiago Pires Canal²

RESUMO

A Lei da Liberdade Econômica traz limitações para o poder regulatório estatal e subentende uma prejudicialidade de políticas intervencionistas para com a produtividade econômica da nação. Caso esta inferência de prejudicialidade seja verdadeira para todo tipo de política econômica intervencionista, pode-se entender que o intervencionismo seja um tipo de política econômica vedado pela Constituição Federal. Se as determinações constitucionais preceituam a construção de um país materialmente próspero, e o intervencionismo é causa de declínio econômico, pode-se concluir que o intervencionismo é vedado pela norma suprema. O objetivo do estudo é de analisar os fenômenos do intervencionismo e da liberdade econômica no contexto da Constituição Federal e da Lei n. 13.874/19 e compará-los com a teoria do capitalismo, encontrando suas implicações legais e efeitos econômicos. O método utilizado foi o da pesquisa qualitativa: bibliográfica e documental; enquanto a análise seguiu o padrão lógico-dedutivo. Foram encontrados diversos pareceres sobre a inviabilidade do intervencionismo como política econômica, bem como estatísticas que corroboram essa proposição. Concluiu-se que o intervencionismo é prejudicial como política econômica, e que a legislação brasileira ainda não assimilou muito das liberdades econômicas declaradas pela doutrina.

Palavras-chave: Livre iniciativa. Liberdade econômica. Intervencionismo.

¹ Graduando no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; henryubialpereira@gmail.com.

² Mestre em Direitos Fundamentais Sociais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor na Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; Advogado.

1 INTRODUÇÃO

A edição da Lei n. 13.874/19 reviveu a antiga discussão sobre como deve ser conduzida a política econômica brasileira. Por um lado, existe o argumento de que o estado deve participar ativamente das operações econômicas da nação: limitando, incentivando, e introduzindo empreendimentos produtivos. Pelo outro lado, existe o argumento de que a abstenção do estado em matéria de economia é a melhor opção, porque as forças autorregulatórias do mercado são a forma mais eficiente de satisfazer a vontade pública.

Considerando que a economia nacional é do interesse de todos, existe importância em agregar conhecimento a essa discussão. O direcionamento deste artigo será em avaliar as implicações legais e econômicas destas proposições em comparação com a teoria do capitalismo e o conteúdo da Constituição Federal e da Lei de Liberdade Econômica.

Este artigo visa responder à seguinte pergunta: a positivação de direitos liberdade econômica revela a prejudicialidade econômica de políticas intervencionistas? A hipótese inicial é de que sim, porque essa é parte da justificção da Lei n. 13.874/19.

No art. 4º dessa Lei é elaborada a noção de abuso do poder regulatório, que é uma forma de intervenção econômica do estado que prejudica o desempenho da autonomia privada no processo de produção de riqueza (BRASIL, 2019). Portanto, há motivo para se acreditar que o intervencionismo é prejudicial.

Quanto à metodologia, será conduzida uma pesquisa qualitativa: documental e bibliográfica; enquanto a análise será primariamente lógico-dedutiva. Os objetivos deste artigo serão de: expor o que é liberdade econômica e por que ela é necessária; definir como se dá o intervencionismo; encontrar a relação destes dois conceitos com o capitalismo; e analisar os efeitos de cada um na economia nacional.

2 AS FONTES DE DIREITO DA LIBERDADE ECONÔMICA

O ordenamento jurídico brasileiro ainda não produziu uma normativa que dê uma definição inequívoca de liberdade econômica. Ironicamente, nem mesmo a Lei n. 13.874/19, conhecida como a Lei da Liberdade Econômica, traz uma definição para o termo (BRASIL, 2019).

As explicações contidas na legislação são apresentadas de forma indireta. Por exemplo, sabe-se que os direitos de liberdade econômica dizem respeito a normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica (BRASIL, 2019)³.

Da mesma forma, pode-se concluir que os direitos de liberdade econômica fazem parte de um grupo, assim como se diria sobre os direitos fundamentais, sociais ou universais⁴. E esse grupo tem uma lista indicando um por um quais bens jurídicos que lhe pertencem (BRASIL, 2019)⁵.

Resta o questionamento, essa lista é taxativa ou não? É uma dúvida justificada. Existem definições extralegais para o conceito de liberdade econômica que abrangem muito mais que os objetos contidos na Lei. Por exemplo, Prados de la Escosura (2015) explica que:

Liberdade econômica pode ser definida como uma ausência de interferência e coerção nas decisões econômicas de indivíduos. Segurança à propriedade particular, execução impositiva de contratos, preços estáveis, pequenas obstruções às negociações, e recursos alocados primariamente por intermédio do mercado são as principais características de um país economicamente livre (tradução nossa).

Ora, o grupo de direitos aqui descrito é bem maior. A Lei de Liberdade econômica não contém nenhuma previsão sobre, vejamos, segurança à

³ Art. 1º da Lei n. 13.874/19.

⁴ Refiro-me ao título Capítulo II da Lei n. 13.874/19, a saber: da declaração de direitos de liberdade econômica.

⁵ Art. 3º da Lei n. 13.874/19.

propriedade particular. O que nos induz a ponderar quais exatamente são as características desta classe de direitos, e se eventualmente existem outros que podem ser subentendidos pela Lei.

A Heritage Foundation (2020a) sugere uma definição ainda mais extensiva de liberdade econômica, nos seguintes termos:

Liberdade econômica é o direito fundamental conferido a todo ser humano de controlar o seu trabalho e propriedade. Em uma sociedade economicamente livre, indivíduos são livres para trabalhar, produzir, consumir, e investir da forma que bem entenderem. Em sociedades economicamente livres, governos permitem que trabalho, capital e bens se movam livremente, e evitam coagir ou constranger a liberdade além da extensão que é necessária para proteger e manter a própria liberdade (tradução nossa).

Nesse caso, a liberdade econômica é descrita como um direito fundamental, que abrange todos os aspectos da relação entre o proprietário e a propriedade consolidada, e até mesmo aquela que está para ser.

O ponto em comum, em todas as definições, é de que liberdade econômica é um direito de que o estado não intervirá na autonomia privada; a controvérsia encontrada nas leis é sobre o quanto e quando o estado pode intervir.

2.1 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal é a fonte mais importante de direitos de liberdade econômica.

Logo no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal está previsto que os valores sociais da livre iniciativa são fundamento da República Brasileira (BRASIL, 1988). O sentido gramatical dessa disposição identifica um direito de liberdade econômica: a iniciativa deve ser livre do que, senão da intervenção estatal?

Inclusive, isso foi utilizado como pretexto para a edição da Lei n. 13.874/19, na qual foram consagradas o que se chama de garantias de livre iniciativa: disposições que impedem o administrador público de abusar de seu poder regulatório (BRASIL, 2019).

A livre iniciativa aparece mais uma vez, acompanhada de outros dois direitos de liberdade econômica, no art. 170, incisos II e V da Constituição Federal. No *caput* diz que os valores sociais da livre iniciativa são fundamentos da ordem econômica, e nos incisos, que propriedade privada e livre concorrência são princípios (BRASIL, 1988).

Além disso, o artigo 3º, inciso I da Constituição Federal prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o que pode ser entendido favoravelmente aos direitos de liberdade econômica (BRASIL, 1988). A sociedade só é livre e justa se os homens não puderem coagir seus iguais à satisfação das próprias vontades, e só é solidária se aos homens for permitida a livre cooperação para que persigam seus próprios interesses.

O artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal diz que o exercício de qualquer trabalho é livre, desde que se atendam às condições da lei (BRASIL, 1988). Do mesmo modo, é um direito de liberdade econômica o exercício livre de qualquer profissão.

Entre outros, a Constituição Federal prevê a liberdade de associação profissional ou sindical, e a liberdade de ingresso da iniciativa privada nos serviços de saúde e educação, que são primariamente considerados públicos (BRASIL, 1988)⁶.

Por fim, o artigo 8º da Constituição Federal estabelece o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica sem prévia autorização de órgãos públicos (BRASIL, 1988).

Evidentemente, essa é uma lista exemplificativa, a constituição possui outros direitos de liberdade econômica menos imediatos que não foram mencionados. Contudo, não é só de direitos de liberdade econômica que foi

⁶ Arts. 8º, 199 e 209 da Constituição Federal.

feita a Constituição da República Federativa do Brasil. Ainda mais numerosas são as disposições que, hipoteticamente, violam diretamente os direitos de liberdade econômica.

A objeção que se deve ter nesse momento é: como a Constituição Federal pode violar estas liberdades se ela é o compêndio absoluto dos direitos dos cidadãos brasileiros? E a resposta é: depende de qual concepção de liberdade se está falando. Existe a positiva e a negativa. A juspositivista e a jusnaturalista. Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez (2007, p. 8) explicam que o direito natural é predeterminado pela razão ou pela lei divina. Ou seja, o direito existe antes mesmo do legislador colocá-lo no papel. Por outro lado, para o juspositivismo o direito é um produto do processo legislativo, e nada mais.

E ainda, Maruyama (2009, p. 46-48) explica que a concepção negativa da liberdade se manifesta na ausência de coerção e na capacidade de o homem realizar as suas vontades e desejos sem interferência. Em um direito contraste com a versão positiva de liberdade, que diz respeito a uma forma de prestação do estado.

A liberdade de que tratam os direitos de liberdade econômica é necessariamente negativa, porque os direitos de liberdade econômica ditam a não intervenção do estado na autonomia privada.

Mas a natureza destes direitos é indeterminada, nem a legislação, nem a doutrina têm uma solução definitiva sobre isso. São eles positivos ou naturais? Vejamos algumas explicações sobre a sistemática da interpretação constitucional.

Ávila (2005, p. 22) explica que várias normas podem ser extraídas de uma única disposição constitucional, e que algumas normas não dependem de dispositivo, como no caso do princípio da segurança jurídica. Portanto, a interpretação constitucional permite o entendimento de que existem direitos não declarados por lei, que decorrem da razão humana.

Do mesmo modo, Barroso (2009, p. 355) ensina que um princípio constitucional é uma norma que "identifica valores a serem preservados ou

fins a serem alcançados, trazendo em si um conteúdo axiológico, de cunho valorativo ou finalístico".

A Constituição Federal também traz alguns princípios, como no caso da propriedade privada e da livre concorrência, que subentendem direitos de liberdade econômica, em sentido amplo. Mas logo depois a Lei preceitua que eles sejam violados de uma forma ou de outra.

A solução doutrinária para esse impasse está no princípio da harmonização:

[...] Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, [...] sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua (MORAES, 2014, p. 30 *apud* ILANES *et al.*, 2018, p. 89).

Mas e quanto à violação de direitos que não têm nenhuma previsão legal, como alguns dos direitos de liberdade econômica? Ora, quando as disposições constitucionais se contradizem, é possível recorrer à harmonização para encontrar o significado real da norma, mas qual é a solução quando a Constituição Federal contradiz direitos não declarados em Lei, ou direitos naturais? por exemplo, suponhamos que alguma disposição constitucional violasse o princípio da segurança jurídica, que não consta em nenhum dispositivo legal.

A aplicação da norma constitucional tem favorecido o entendimento da supremacia do direito positivo sobre o direito natural, no sentido de que toda norma constitucional tem eficácia. No caso hipotético anterior, pode-se dizer que seria aplicada a violação ao princípio da segurança jurídica, porque se trata de norma constitucional válida.

Mas isso está longe de exaurir o problema. Na sistemática constitucional moderna, as conclusões importantes a respeito dos

direitos de liberdade econômica são de que: a lei geralmente não os trás expressamente; e quando a constituição prevê uma violação, ela deverá ser observada e cumprida.

Vejam os alguns exemplos de violações dos direitos de liberdade econômica preceituados pela Constituição Federal. O artigo 177 da Constituição Federal lista uma série de bens e serviços e dita que a exploração econômica deles é exclusiva da União (BRASIL, 1988). Em tese, essa é uma violação dos direitos de liberdade ao trabalho, consumo, produção e investimento: o profissional cuja especialização foi feita para trabalhar em algum dos serviços que são monopólio da União está condenado a trabalhar para a União e ninguém mais; o consumidor que precisa de um dos serviços monopolizados pela União só poderá negociar com ela; a produção de bens que são de exploração exclusiva da união é proibida; e não se pode investir em negócios do ramo monopolizado senão por intermédio do poder público.

Nestes casos, a liberdade é claramente inexistente. A interferência é máxima, a constituição proíbe a autonomia privada. Não bastasse isso, o artigo 175 da Constituição Federal diz que serviços públicos deverão ser prestados por meio de concessionários e permissionários (BRASIL, 1988).

Evidentemente, não existe liberdade quando se precisa de autorização. E além disso, assim que os permissionários e concessionários são autorizados nos certames públicos, eles passam a exercer estas atividades econômicas em regimes de monopólio, incorrendo nas mesmas violações anteriormente discutidas.

É importante considerar que a Constituição Federal não diz o que são serviços públicos, ela meramente lista uma série de direitos de diferentes naturezas. A doutrina e a legislação infraconstitucional são os responsáveis pela definição.

A questão é que os direitos na égide da Constituição Federal são inúmeros, e a concepção positiva e abstrata de alguns pode levar o interpretador a entender que o cidadão pode exigir infinitas prestações do

estado, ou ainda, que cabe ao estado prestar, regular e monopolizar todos os aspectos produtivos da sociedade.

É o caso do princípio da dignidade da pessoa humana. Como pode que o acesso a iates seja limitado aos mais ricos da sociedade?! isso é uma afronta à dignidade dos mais pobres, e uma justificativa para que o estado regule, monopolize, impeça e reduza a produção de iates. Não é difícil de imaginar essa linha de raciocínio acompanhando a exposição de motivos de alguma lei brasileira. Talvez não sobre a produção de iates, mas por exemplo: de arroz, ou de álcool gel. O foco deste trabalho é justamente analisar a prejudicialidade deste tipo de medida.

São medidas de intervenção estatal no domínio econômico que violam diretamente os direitos de liberdade econômica, e são medidas cuja legalidade é contestável.

Como vimos, a Constituição Brasileira consagra alguns dos mais importantes direitos de liberdade econômica, e pode-se arguir que promove a organização de um estado capitalista. De certa forma, pode-se dizer que estas violações aos direitos de liberdade econômica são violações aos princípios do capitalismo.

2.2 DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

Outra fonte imediata de direitos de liberdade econômica é a Lei n. 13.874/19. Em 30 de abril de 2019 foi publicada a Medida Provisória n. 881 com o propósito de instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Após extensos debates, na data de 21 de agosto de 2019, ela foi aprovada pelo senado e deu origem à Lei n. 13.874/19, com algumas alterações do texto original (SENADO, 2019).

As principais inovações da Lei n. 13.874/19 foram a introdução de: direitos de liberdade econômica; garantias de livre iniciativa; e imposições de análise de impacto regulatório (BRASIL, 2019). Seguindo a ordem.

Os direitos de liberdade econômica são uma série de direitos negativos garantidos a toda pessoa natural e jurídica, com o propósito de promover o crescimento econômico do país (BRASIL, 2019)⁷. Eles foram inspirados especialmente no fundamento constitucional da livre iniciativa.

Vejamos um exemplo: a Lei prevê plena liberdade para o empreendedor decidir os horários de funcionamento de seu negócio. Isso para combater algumas práticas municipais que regulam os horários em que o comércio pode ou não funcionar.

Presume-se que com essa medida, a Lei busca ampliar a liberdade econômica do empreendedor brasileiro, isentando-o do ônus regulatório que o impede de se adaptar à realidade do mercado. Trata-se do direito de liberdade econômica relativo à liberdade para trabalhar e produzir. Nesse caso, a falta de objetividade na legislação que cria o aparato regulatório do estado é a responsável pelas violações que vinham ocorrendo.

Não é um absurdo argumentar que existiam direitos de liberdade econômica anteriores à Lei de Liberdade Econômica que estavam sendo violados, como discutido na seção anterior. O problema, pode-se dizer, está na falta de clareza que paira sobre alguns dispositivos constitucionais.

O estado podia ou não podia ter intervindo na economia? é uma questão que acomoda bastante discussão. Outra questão que talvez seja relevante é: Qual é o tipo de política econômica que é prescrita pela Constituição Federal? Caso seja possível evidenciar neste trabalho que a violação de direitos de liberdade econômica seja prejudicial à economia do país, a conclusão que segue é de que a Constituição Federal veda o intervencionismo como política econômica. Pois afinal de contas, a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, e prejudicar essa missão seria uma violação do próprio princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988). Ainda

⁷ Art. 3 São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...]

assim, é necessário reconhecer que essa conclusão não é definitiva, a Constituição Federal tem muitos aspectos que demandam harmonização.

A Lei n. 13.874/19 tirou os direitos de liberdade econômica do limbo legal com a proposição de que poder público não tem carta branca para intervir na economia. Ela trouxe objetividade ao aparato regulatório (BRASIL, 2019).

As garantias de livre iniciativa mencionadas anteriormente, são determinações diretamente destinadas à administração pública. Enquanto os direitos de liberdade econômica protegem bens jurídicos, as garantias de livre iniciativa trazem limitações ao poder do estado.

O rol de garantias contém somente 09 (nove) disposições, mas o teor de cada uma é bastante amplo. Ora, vejamos o caso do art. 4º, inciso V: ao poder público está vedado, exceto se em cumprimento de lei, aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios⁸.

Em tese, bastaria esta disposição para que nenhum tipo de regulamentação se tornasse lei, regulamentações necessariamente têm reflexos no preço de fabricação de bens e de prestação de serviços.

E ainda, essa demonstração de benefícios exigida para que a administração possa exercer o seu poder regulamentador é ingênua em presumir que o empreendedor não alteraria o processo produtivo visualizando a possibilidade de ser beneficiado.

Quero dizer que o empreendedor se auto regulamentaria se isso trouxesse benefício ao seu serviço, e, convenhamos, ele está muito mais próximo de perceber o que lhe beneficiaria do que um burocrata contratado pela administração pública.

Contudo, a normativa em questão não veda a criação de outras regulamentações, ela meramente veda o que a lei chama de abuso do poder regulatório.

⁸ Art. 4º, V da Lei n. 13.874/19.

O termo é novo na legislação brasileira e se refere à violação da livre iniciativa e liberdade econômica, ou melhor dizendo, refere-se às situações em que o administrador público esquece que o Brasil é capitalista, que a administração pública não serve ao propósito de produzir riqueza, e que ele não é senhor feudal de nichos da economia, com a prerrogativa de decidir quem pode ou não trabalhar.

Por fim, em se tratando das análises de impacto regulatório. A Lei n. 13.874/19 obriga a administração pública a realizar estudos sobre as consequências relativas à introdução ou alteração de regulamentações. Aparentemente, com o propósito de conscientizar o administrador público sobre as repercussões do exercício de seus poderes.

A Lei também faz diversas outras alterações: algumas na gestão da administração direta, outras na legislação trabalhista, sempre seguindo com o propósito de mitigar os efeitos da interferência estatal na economia.

2.3 DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É importante que sejam feitos alguns comentários sobre a análise legislativa. Direitos de liberdade econômica definitivamente existem na redação constitucional, bem como nas leis infraconstitucionais, mas os seus limites não são bem definidos. Isso pune a eficácia deles diante da interpretação expansiva dos poderes públicos. Aquela interpretação que usa as disposições abstratas da constituição para justificar a intervenção econômica, mencionada no exemplo dos iates.

Calhoun (*apud* ROTHBARD, 2010, p. 250) comenta que:

[...] uma Constituição não é capaz de manter o governo limitado; pois, dado o monopólio da Suprema Corte escolhida pelo mesmíssimo governo, e confirmado o poder de tomador de decisão final, os donos da posição de poder político sempre irão favorecer uma interpretação 'tolerante' ou frouxa das palavras da Constituição servindo para expandir os poderes do governo sobre o conjunto dos cidadãos; e, com o passar do tempo, os

donos dessas posições de poder tenderão inexoravelmente a triunfar sobre a minoria dos 'sem poder', que irão brigar em vão por uma interpretação 'rigorosa' que limite o poder do estado.

Pois bem, o que são os direitos de liberdade econômica senão tentativas de limitar o poder de interferência pública? A presença dos direitos de liberdade econômica na legislação brasileira ainda é praticamente insignificante em comparação com o número e o poder das disposições intervencionistas⁹, sem contar as interpretações da lei que favorecem a expansão do estado em detrimento da iniciativa privada. Por exemplo, não existe lei que proteja a liberdade de consumir, produzir ou investir no sentido de que o estado não monopolizará nenhuma atividade econômica.

Um dos poucos tipos de intervenção estatal na economia que foram expressamente proibidos por lei é a edição de regulamentações prejudiciais à iniciativa privada. Abrangendo só uma fração do que se pode considerar direito de liberdade econômica.

A questão da presença (ou não) de direitos de liberdade econômica no Brasil se resume no embate entre duas proposições. Por um lado, pode-se dizer que existe uma presença forte dos direitos de liberdade econômica no Brasil, fundada nos seus princípios capitalistas, e no direito natural. Mas essa presença é fortemente suprimida pela legislação, que prevê inúmeras intervenções econômicas. Por outro lado, pode-se dizer que praticamente não existem direitos de liberdade econômica no Brasil, porque os princípios capitalistas da Constituição Federal não têm eficácia devido à sua abstração, e, de qualquer forma, a maioria das disposições legais são contrárias à existência desses direitos. A primeira proposição é uma análise de direito, e a segunda de fato. Então, consideremos que o Brasil é um país de poucos direitos de liberdade econômica.

⁹ Refiro-me à ausência de liberdade econômica no Brasil constatada pelas estatísticas da seção 4.

3 OS PRINCÍPIOS MORAIS E PRÁTICOS DA LIBERDADE ECONÔMICA

Para Hazlitt (2010, p. 24) "a arte da economia está em considerar não só os efeitos imediatos de qualquer ato ou política, mas, também, os mais remotos; está em descobrir as consequências dessa política, não somente para um único grupo, mas para todos eles".

O porquê da liberdade econômica está justamente nos efeitos mais remotos das políticas públicas; aqueles que são jogados por debaixo do tapete quando algum novo direito é conquistado por lei. Mas antes de tratarmos disso é importante que entendamos a diferença entre liberdade econômica e intervencionismo.

Iorio (2013, p. 39-40) explica que:

Intervencionismo e empreendedorismo são estados contraditórios. Não admitem meios termos, da mesma forma que não há meio termo entre chover e não chover: ou está chovendo ou então não está; ou há empreendedorismo ou intervencionismo. Infelizmente, poucos percebem isso e a imensa maioria das pessoas, incluindo muitos empresários, crê que intervencionismo e empreendedorismo podem conviver na geração do progresso. O empreendedorismo brota do espírito criativo dos indivíduos, que os leva a assumir riscos para criar mais riqueza. Para que possa florescer, depende de quatro atributos: governo limitado, respeito aos direitos de propriedade, leis boas e estáveis e economia de mercado. Quanto mais uma sociedade afastar-se desses pressupostos, mais sufocada ficará a atividade de empreender e mais prejudicada a economia, pois não se conhece exemplo de desenvolvimento econômico sem a presença de empreendedores (grifo nosso).

O parecer é de que liberdade econômica e intervencionismo são mutuamente exclusivos, e de que o intervencionismo é uma violação direta da liberdade econômica.

Read (1964, p. 146, tradução nossa) comenta que:

[...] controle governamental e propriedade dos meios e/ou resultados da produção é autoritarismo, seja ele chamado de intervencionismo, socialismo ou comunismo. Ele se sustenta na premissa de que algumas pessoas possuem a inteligência de entender e guiar todas as ações humanas. É advogado por aqueles não percebem a falta de onisciência em si mesmos, pelos ingênuos seguidores destes egotistas, pelos que buscam poder sobre os outros, pelos que preveem uma vantagem para si mesmos nestas manipulações políticas, e pelos 'benfeitores' que falham em distinguir entre subsídios ferais e os princípios judeu-cristãos de caridade.

Fossem classificados estes conceitos em grupos, o intervencionismo estaria associado ao: socialismo, coletivismo, propriedade comum, liberdade positiva e governo totalitário. Enquanto a liberdade econômica estaria associada ao: capitalismo, individualismo, propriedade privada, liberdade negativa e governo limitado. Visualizando a finalidade dessa pesquisa, pode-se dizer que a ausência de direitos de liberdade econômica abre espaço para o intervencionismo.

Iorio (2013, p. 44) concluiu que "uma das condições [...] para que uma economia se desenvolva é a liberdade de empreender, sem qualquer interferência do estado".

De acordo com esse entendimento, o crescimento econômico está condicionado aos direitos de liberdade econômica, mais especificamente, à não violação das liberdades individuais de trabalho, produção, consumo e investimento.

Vejamos a seguir como a liberdade econômica causa desenvolvimento econômico.

3.1 DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNO LIMITADO E O DIREITO DE PROPRIEDADE

Snyder (1972, p. 121, tradução nossa) explica que "capitalismo é o poder do dinheiro guardado". Mas o que isso quer dizer? Quer dizer que o

sistema capitalista funciona através do reinvestimento do valor excedente do processo produtivo. Em outras palavras, o capitalista investe dinheiro no que lhe trará lucro, e o capitalista guarda esse lucro de forma a permitir que outros investimentos sejam feitos.

Reisman (1998, p. 10, tradução nossa) comenta que “capitalismo é a estrutura essencial para crescimento econômico e o crescimento de produtividade do trabalho, e é caracterizado pela harmonia dos interesses próprios de todos os homens sob liberdade”. Essa observação também remete ao reinvestimento do capital, só que acrescenta a noção de crescimento de produtividade econômica e do trabalho.

Quando o capitalista guardou o suficiente para reinvestir, ele pode optar por comprar máquinas que aumentam a produtividade de seus trabalhadores. Obviamente, se ele não fizer isso, ele corre o risco de perder seus clientes para os competidores. As premissas são de que: quanto mais valor o trabalhador conseguir agregar ao produto de seu trabalho, maior será o lucro do negócio; e o trabalhador só é tão produtivo quanto as suas ferramentas de trabalho. Então, quando o capitalista investe em ferramentas mais produtivas, ele torna o trabalhador mais produtivo, e aumenta tanto o seu lucro quanto o salário em potencial do trabalhador.

Evidentemente, o salário do trabalhador não vai necessariamente aumentar só porque ele se tornou mais produtivo. É aí que entra o papel da concorrência, ou livre concorrência. O salário do trabalhador só aumentará se existirem outros empregadores disponíveis a contratá-lo; o principal incentivo ao empregador em aumentar o salário de seu empregado é de mantê-lo trabalhando para si.

Esse é um pequeno resumo de como funciona o sistema capitalista. A liberdade econômica diz respeito à ocorrência desse processo sem a ingerência do estado.

Reisman (1998, p. 21, tradução nossa) complementa que:

A existência de liberdade requer a existência de governo. Governo é a instituição social cuja função apropriada é proteger o indivíduo da iniciação de força. Um governo efetivo, em minimizar a ameaça de agressão, estabelece a existência da liberdade do indivíduo em relação a todos os outros indivíduos particulares. Mas isso está longe do suficiente para estabelecer liberdade como uma condição geral da sociedade. Porque uma ameaça esmagadora à liberdade é a agressão pelo próprio governo. Tudo que o governo faz advém do uso da força. Nenhuma lei é de fato lei se não estiver sustentada por uma ameaça de força. Portanto, enquanto a existência de liberdade requer a existência de governo, ela requer a existência de um tipo bem específico de governo: a saber, um governo limitado.

Bastiat (2010, p. 11-13) complementa que "a lei é a organização coletiva do direito individual de legítima defesa", e quando ela servir a qualquer propósito que não seja o de evitar a injustiça, ela foi pervertida.

Ora, a intervenção do estado na economia é condenada moralmente por estes economistas. Eles a descrevem como uma forma de uso da força do coletivo contra o indivíduo; uma forma de opressão.

Reisman (1998, p. 21, tradução nossa) ainda diz que "em uma sociedade inteiramente capitalista, o governo não [...] dita preços, salários, ou condições de trabalho. [...] Ele não participa de nenhum tipo de regulação econômica".

Em contraste, a Constituição Federal preceitua que o poder público desempenhe todas essas atividades, induzindo a conclusão de que o estado brasileiro é minimamente capitalista. Talvez tenha sido precisa a classificação do Brasil como um país de poucas liberdades econômicas. Pois bem, se o Brasil é um país de poucas liberdades econômicas, ele necessariamente é um país de muitas intervenções. Intervenção estatal pressupõe a ausência de liberdade econômica, e vice-versa.

Seguindo a linha de raciocínio anterior, Bastiat (2010, p. 11-13) comenta que o estado é a ficção de que todos podem viver às expensas de todos. A proposição é de que a lei não pode ser utilizada como forma de

distribuição de renda, porque isso é imoral, e especialmente porque o cálculo do agregado econômico, no final das contas, é negativo¹⁰.

A condenação moral das intervenções estatais na economia advém da concepção idealizada de propriedade: quando o estado expropria a propriedade do indivíduo, entende-se que houve uma violação de seus direitos, pouco importa o fim para qual o ela será empregada.

Locke (1994, p. 47) ensina que o direito de propriedade nasce da propriedade que o homem tem em si mesmo, e que aplicando as suas faculdades às coisas naturais, ele pode adquiri-las para si. Trata-se do conceito de aquisição originária.

Azevedo (2014, p. 38) explica que:

A propriedade é o estado da coisa que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição. No sentido amplo, o direito de propriedade apresenta-se englobando o poder de seu titular sobre os bens materiais, corpóreos, e os imateriais, incorpóreos.

Todos os pareceres colacionados até então são fundados em interpretações capitalistas de propriedade. É importante observar que esta não é a única interpretação que existe de propriedade. A noção coletivista de propriedade considera a propriedade capitalista uma forma de violação ao direito natural.

Shaffer (2009, p. 277-278, tradução nossa) ensina que:

[...] a essência da propriedade está no controle, quem for que exercer o controle é o que dá a decisão final sobre a coisa, mesmo se um ladrão, pudesse, na forma mais realística e no sentido funcional da palavra, ser considerado o seu dono. Talvez a nossa natureza fragmentada e dualística de pensar tornou mais fácil que aceitássemos uma divisão entre o título formalizado de determinada entidade e o nosso controle sobre ela. É fácil perceber nossa confusão sobre o sentido de propriedade acresceu a perda de autoridade e controle sobre

¹⁰ Mais sobre isso na seção seguinte.

nossas próprias vidas. O foco de todos os sistemas políticos está no conflito gerado entre a forma em que propriedade deve ser controlada. É por isso que todos os sistemas políticos, em vários graus medidos pela extensão de suas reivindicações sobre propriedade, são divisores e propensos a violência. A principal discordância entre os advogados do capitalismo privado e do capitalismo estatal tem a ver com se a propriedade da propriedade produtiva ficará em mãos particulares ou será confiscada pelo estado. [...] Os Marxistas somente se opõem à propriedade privada, e desejam colocar suas mãos no máximo que conseguirem. A primeira coisa que todo regime Marxista faz quando ele tomou o poder foi começar a confiscar, em nome do estado, propriedade privada. As suas paixões de expandir o controle sobre propriedade não têm sido menores que aquelas dos homens cujos motivos e ações eles severamente condenaram. Ao contrário dos capitalistas particulares que, enquanto eles operarem em um mercado, dependem de trocas contratuais e voluntárias de propriedade com outros, os Marxistas recorreram à violência para atingir esses fins (grifo nosso).

Descreve-se que o capitalismo é dividido entre capitalismo de estado e capitalismo privado. Talvez capitalismo de estado seja a forma mais descritiva do sistema que opera no território brasileiro, em razão das disposições que efetivamente tiram a propriedade produtiva das mãos do empreendedor.

Além das disposições que constituem monopólios na Constituição Federal, temos de lembrar, existem aquelas que declaram que determinados serviços são públicos e devem ser prestados pelo estado por intermédio de permissionários e concessionários.

E ainda, esses concessionários e permissionários exercem a atividade econômica em regimes de monopólio, servindo efetivamente como monopólios estatais. A liberdade econômica só existe no Brasil nas entrelinhas, no que o estado ainda não declarou ser público.

3.2 DA AUSÊNCIA DE LIBERDADE E OS EFEITOS DO INTERVENCIÓNISMO

Sob o entendimento de que a violação de liberdades econômicas ocorre por intermédio de políticas públicas intervencionistas, e de que o estado tanto é o monopólio da força quanto se utiliza exclusivamente dela para conduzir suas atividades, Rothbard (2012, p. 32) explica sobre os tipos de intervenção:

Chamemos de interventor ou invasor aquele que se intromete, de maneira violenta, nas relações sociais voluntárias ou no mercado. O termo se aplica a qualquer pessoa ou grupo que desencadeia uma intervenção violenta nas ações livres de indivíduos ou de proprietários. Quais tipos de intervenção o invasor pode cometer? De modo geral, podemos destacar três categorias. Na primeira, o invasor pode obrigar um determinado indivíduo a fazer ou impedi-lo de fazer algo que envolva direta e unicamente a sua pessoa ou propriedade. Em suma, restringe o uso da propriedade de tal indivíduo, nos casos que não envolvem troca. Isto pode ser chamado de intervenção autística, pois envolve somente o próprio sujeito. Na segunda categoria de intervenção, o invasor pode forçar uma troca entre ele mesmo e o sujeito, ou oferecer um 'presente' coercitivo. Na terceira categoria, o invasor pode compelir ou proibir a troca entre dois indivíduos. A categoria precedente pode ser chamada de intervenção binária, uma vez que a relação hegemônica é estabelecida entre duas pessoas (o invasor e o sujeito); e esta terceira categoria pode ser chamada de intervenção triangular, já que a relação hegemônica é criada entre o invasor e dois permutadores – reais ou em potencial. O mercado, por mais complexo que seja, consiste numa série de trocas entre pares de indivíduos. Não obstante a abrangência das intervenções, estas podem ser segregadas e classificadas por seus impactos unitários tanto em sujeitos individuais quanto em pares de indivíduos.

Como se pode perceber, a tentativa do *expert* foi de identificar e classificar todos os tipos de intervenção, não necessariamente só as que decorrem da edição de políticas públicas que afetam a liberdade econômica.

De acordo com o entendimento proposto, as atividades gerais do estado são tipos de intervenção fundadas na imposição da força da lei sobre relações sociais voluntárias.

Em se tratando especificamente de regulamentações, podem ser feitas algumas distinções. Seria considerada uma intervenção autística aquela que obriga o empresário a oferecer um produto cujo padrão foi estabelecido pelo estado, porque essa intervenção diz respeito somente ao indivíduo e à sua propriedade. Ao estado cabe a classificação de invasor por causa da ameaça contida na aplicação da força da lei: o empresário será punido se desrespeitar a determinação.

Seria considerada uma intervenção binária aquela que obriga o empresário a submeter parte de seu produto à análise dos mandatários do estado, porque o interventor força uma relação entre ele e o empresário.

E ainda, seria considerada uma relação triangular aquela em que o estado se diz monopólio de determinadas atividades econômicas, porque tanto aquele que quer produzir quanto aquele que quer consumir estão impedidos de participar de uma relação voluntária entre si.

Evidentemente, essa descrição abrangente de intervencionismo pode ser aplicada a outros aspectos da legislação. Por exemplo: o artigo 65 do Código de Trânsito determina que é obrigatório o uso do cinto de segurança, que, em tese, é uma relação social voluntária entre o indivíduo e a sua propriedade (BRASIL, 1997). Mas também é uma intervenção autística porque o estado ameaça o uso da força da lei para suprimir os direitos de dirigir do cidadão que não se submeter à vontade do legislador.

Apesar da peculiaridade desta observação, esse não é necessariamente o enquadramento desta pesquisa; pode-se dizer que a liberdade econômica diz respeito exclusivamente à não intervenção econômica; à não intervenção do estado na propriedade produtiva.

Mas, se a natureza das intervenções econômicas depende da violação da propriedade privada, por que elas são feitas? por que políticas

tão perniciosas são legalizadas e defendidas pelos poderes públicos? A resposta prática para essa pergunta já foi encontrada nas seções anteriores. Resume-se em: porque está contido na lei. Os entendimentos que levaram o legislador originário a preceituar estas intervenções são tão numerosos quanto as próprias intervenções, o que dificulta o estudo aplicado de cada uma delas.

Então, analisemos o assunto de forma geral. O fundamento das intervenções econômicas decorre a posição de que existem falhas no processo capitalista que devem ser resolvidas por meio do poder político. São exemplos dessas medidas: tabelamento de preços, tarifas protecionistas, redução política da taxa de juros, obras públicas para reduzir o desemprego, etc.

As falhas do capitalismo nos casos descritos acima seriam: preços predatórios, baixa competitividade nacional, aumento do crédito disponível para as populações mais pobres e a busca pelo pleno emprego.

Portanto, as intervenções geralmente são feitas com intenções admiráveis. O legislador busca proteger o consumidor, enaltecer a economia nacional, mitigar os efeitos da pobreza, resolver o problema da fome, etc.

Em contraste com o que foi trabalhado na seção anterior, resta o problema moral: o que vale mais, a propriedade do indivíduo, ou o bem estar da coletividade? É uma questão dissimulada, a propriedade do indivíduo e o bem estar da coletividade não são as duas únicas opções. É como se o ladrão se perguntasse: mas se eu não roubar, como vou me manter?

Trata-se de uma interpretação de que as instituições públicas servem o propósito de suprir as necessidades da coletividade a qualquer custo, como se a coletividade não fosse capaz de sustentar a si mesma.

Rothbard (2012, p. 34) explica:

O primeiro passo ao analisar a intervenção é contrastar o resultado direto nas utilidades dos participantes com o resultado que seria obtido na sociedade livre. Quando as

As pessoas são livres para agir, sempre agirão de um modo que, creem, lhes maximizará a utilidade, isto é, lhes farão subir ao patamar mais elevado possível, de acordo com suas escalas de valores. As utilidades ex ante serão maximizadas, desde que tomemos o cuidado de interpretar a 'utilidade' de maneira ordinal, e não cardinal. Qualquer ação, qualquer troca que ocorra no livre mercado ou, de modo mais amplo, numa sociedade livre, acontece por causa dos benefícios esperados pelas partes envolvidas. Se admitirmos o uso do termo 'sociedade' para descrever o padrão de todas as trocas individuais, então poderemos dizer que o livre mercado 'maximiza' a utilidade social, já que todos ganham em utilidade. Contudo, é necessário que estejamos atentos para não tomarmos a 'sociedade' como um ente verdadeiro cujo significado vai além do conjunto de todos os indivíduos. A intervenção coercitiva, por outro lado, significa per se que um ou mais indivíduos coagidos não teriam feito o que estão fazendo, não fosse pela intervenção. O indivíduo que é coagido a dizer ou não alguma coisa, a fazer ou não uma troca com o interventor ou outra pessoa, tem suas ações modificadas por uma ameaça de violência. O resultado da intervenção é que o indivíduo coagido perde em utilidade, pois sua ação foi alterada pelo impacto coercitivo. Qualquer intervenção, seja autística, binária ou triangular, leva os sujeitos a perderem em utilidade. Na intervenção autística ou binária, cada indivíduo perde em utilidade; na intervenção triangular, ambos ou pelo menos um dos possíveis permutadores perde em utilidade.

De acordo com o entendimento do *expert*, quando as intervenções são feitas em uma escala generalizada, como no caso das intervenções econômicas, pode-se dizer que a perda de utilidade, ou a insatisfação da vontade individual de cada componente da sociedade é monumentalmente maior. Ademais, o coletivo é o mero conjunto de todas as vontades individuais.

Portanto, sopesar os interesses do indivíduo com os interesses da sociedade, como foi feito na questão anterior, é um artifício para induzir o interpretador à conclusão de que os interesses do indivíduo não são os mesmos da sociedade, quando na verdade eles são.

Eles são porque não existem coletivos uniformes, todos os indivíduos são minoria em algum aspecto ou forma, e caso seja permitida a tirania da maioria sobre a minoria, ninguém mais estará protegido de opressão.

Mises (2009, p. 47-50) explica que as medidas de intervencionismo governamental restringem a supremacia do consumidor, porque o mercado funciona a partir da lei da oferta e da demanda, não existindo instrumentos legais capazes de produzirem efeitos desejáveis sem terríveis consequências. Por exemplo, pode-se decretar que o preço do leite seja reduzido em 10%, e assim ele será. O problema está no fato de que preços sinalizam transações e situações econômicas. Neste caso, o produtor de leite que tinha uma margem de lucro de 10% sobre o valor de seu produto, agora não lucra nada, e para de produzir. Isso, em consequência, reduz a oferta de leite no mercado, cumulado com o aumento do consumo do leite em razão da redução de 10% no preço, o resultado do decreto governamental será a redução da produção de leite, e a escassez do produto.

Por este motivo, o tabelamento de preços geralmente causa o desabastecimento. É uma intervenção triangular que faz toda a sociedade perder valor. Se não fosse a intervenção, a produção de leite seria maior, bem como a satisfação das pessoas que agora não têm mais acesso ao produto que queriam.

Consideremos outro exemplo. Hazlitt (2010, p. 38-39) explica que quando o poder público aplica dinheiro em um determinado investimento, significa que outro investimento privado necessariamente deixou de existir.

O poder público só consegue dinheiro por intermédio de intervenção, e quando ele decide o que fazer com o dinheiro expropriado, ele invoca o conceito de custo oportunidade. Tudo que não se fez com o dinheiro que o estado gastou é equivalente ao valor perdido no ato de intervenção.

Em se tratando de política econômica, devem ser considerados tanto os prédios que o governo construiu, quanto os prédios que ele impediu que

outros construíssem, por meio de tributação, regulamentação e intervenção generalizada.

Mises (*apud* BARBIERI, 2013, p. 22) explica que:

[...] o fracasso de alguns países em suas tentativas de gerar crescimento econômico é causado pelos defeitos inerentes ao sistema econômico adotado no presente, denominado intervencionismo. O socialismo tampouco é alternativa viável, já que é impossível alocar recursos de forma econômica em tal sistema.

Entende-se que o intervencionismo é uma causa de fracasso para a geração de crescimento econômico. Pode-se presumir então que o contrário é verdadeiro: a liberdade econômica é o caminho para a prosperidade econômica.

Barbieri (2013, p. 109) complementa:

O sistema econômico intervencionista (ou mercantilista) é sujeito a duas forças destrutivas: a) devido ao conhecimento limitado dos agentes públicos, as políticas econômicas geram consequências não intencionais que são em geral opostas ao que foi desejado pelos seus formuladores e b) devido ao autointeresse, inclusive dos mesmos agentes públicos, as intervenções geram a exploração da maioria por meio de privilégios concedidos a grupos de interesse. A interação entre esses dois tipos de fatores atuantes nos sistemas econômicos intervencionistas gera uma dinâmica de crescimento do estado difícil de reverter, o que no entanto pode ocorrer quando o acúmulo dos fracassos causados pelas intervenções resulta em uma crise mais aguda, que ameaça até mesmo a renda dos exploradores instalados no poder, o que por sua vez pode gerar um clima propício a reformas.

Ou seja, a formulação é de que o intervencionismo é um sistema econômico parasítico que, ao longo prazo, causa a própria decadência, em razão do acúmulo de falhas. Antes de tratar das estatísticas, é importante notar que as razões do intervencionismo são em geral de natureza social, enquanto as suas refutações são de natureza econômica. Talvez seja

adequada uma pesquisa acerca daquelas razões, para averiguar se são justificadas em seus próprios méritos.

4 O PIB PER CAPITA E OS ÍNDICES DE LIBERDADE ECONÔMICA

Os principais órgãos internacionais que coletam estatísticas acerca da liberdade econômica são: o Fraser Institute; a Heritage Foundation; e o World Economic Forum.

Gwartney *et al.* (2020, tradução nossa) explica:

O índice publicado no Liberdade Econômica do Mundo mede a qual grau as políticas e instituições dos países apoiam liberdade econômica. Os pilares da liberdade econômica são escolha pessoal, trocas voluntárias, liberdade para entrar em mercados e competir, e segurança pessoal e da propriedade privada. Quarenta e dois pontos de informação são utilizados para construir um sumário do índice, juntamente com um ajuste para os direitos legais por gênero, para medir a extensão em que mulheres tem o mesmo nível de liberdade econômica que homens.

Trata-se da introdução que precede o índice de liberdade econômica do Fraser Institute. Estas organizações fazem análises qualitativas sobre a presença de direitos de liberdade econômica e depois fazem uma gradação dos países analisados.

A conclusão contida no sumário do índice mencionado foi de que:

Nações que são economicamente livres tem um desempenho superior às menos livres em indicadores de bem estar. Nações no quartil superior de liberdade econômica tiveram um PIB per capita de \$44.198 em 2018, comparado com \$5.754 para nações no quartil inferior [...]. No quartil superior, a renda média dos 10% mais pobre foi de \$12.293, comparado com \$1.558 do quartil inferior [...]. Interessantemente, a renda média dos 10%

mais obres nas nações mais economicamente livre é mais que o dobre que a renda média per capita nas nações menos livres [...]. No quartil superior, 1,7% da população está em situação de extrema pobreza (\$1,90 por dia) comparado com 31,5% no quartil inferior [...]. Expectativa de vida é de 80,3 anos no quartil superior comparado com 65,6 anos no quartil inferior (GWARTNEY *et al.*, 2020, tradução nossa).

A Heritage Foundation, no mesmo sentido, faz uma gradação e atribui aos países uma pontuação de liberdade econômica. Vejamos um exemplo de evolução dos pontos de liberdade econômica de alguns agregados geográficos no período de 2013 a 2019.

Tabela 1 – Índice de Liberdade Econômica

Espaço Geográfico	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Ásia-Pacífico	57,4	58,4	58,8	58,9	60,4	61,0	60,5
Europa	66,4	66,9	66,9	66,7	67,9	68,7	68,6
Oriente médio e África do Norte	61,8	61,4	61,6	62,6	61,9	61,5	61,3
África Subsaariana	53,7	54,6	54,9	55,5	55,0	54,4	54,2
Américas	60,8	61,1	61,1	61,1	60,0	60,1	59,6

Fonte: adaptada com base em Heritage Foundation (2020c).

A Europa é o agregado geográfico considerado mais livre entre todos. Mas será que isso reflete na riqueza ou no crescimento econômico dos países? Vejamos o Produto Interno Bruto *per capita*, em dólares, de alguns destes agregados do período de 2013 a 2019.

Tabela 2 – Produto Interno Bruto per capita internacional (US\$)

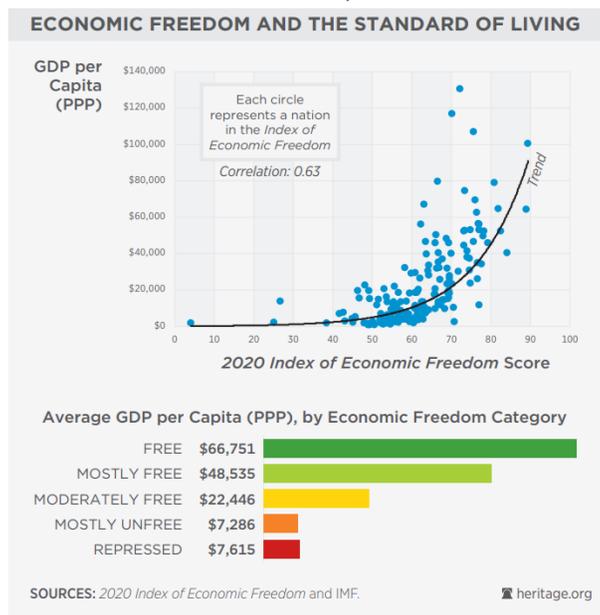
Espaço Geográfico	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Leste Asiático e Pacífico	9.466,2	9.703,3	9.598,3	9.858,0	10.467,7	11.316,8	11.526,7
União Europeia	34.564,1	35.243,2	30.473,7	31.162,7	33.030,0	35.659,8	34.843,3
Oriente médio e África do Norte	8.652,3	8.537,3	7.372,0	7.265,2	7.411,4	8.050,0	8.104,5

Espaço Geográfico	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
África Subsaariana	1.849,7	1.885,5	1.673,4	1.504,2	1.560,9	1.589,4	1.585,4
América do Norte	53.077,2	54.637,8	55.502,7	56.364,9	58.468,0	61.163,8	63.181,8
América Latina e Caribe	10.326,1	10.417,4	8.870,6	8.577,4	9.433,0	9.081,2	8.847,4

Fonte: adaptada com base em World Bank (2020).

Evidentemente, alguns dos agregados não são os mesmos. Mas é possível perceber a tendência de que a renda média é maior em agregados territoriais que são mais livres. Em se tratando exatamente dessa relação, a Heritage Foundation fornece dois gráficos demonstrando a relação entre o PIB *per capita* e a presença de liberdade econômica em todas as nações do mundo.

Gráfico 1 – Liberdade econômica e padrão de vida



Fonte: Terry Miller et al. (2020).

No gráfico de linhas, cada ponto azul representa um dos países que foram qualificados por grau de liberdade econômica. O que se pode notar é que o quanto mais à direita estão estes pontos, mais eles tendem a estar mais altos no gráfico. Ou seja, quanto mais liberdade econômica, maior é o PIB *per capita*.

Logo abaixo, o gráfico de barras demonstra que os países mais livres têm uma média de PIB *per capita* mais alta.

4.1 ESTATÍSTICAS NACIONAIS SOBRE LIBERDADE ECONÔMICA

Vejamos algumas estatísticas acerca do Produto Interno Bruto *per capita* do Brasil, em reais, do ano de 2011 ao ano de 2017¹¹, bem como a taxa de crescimento anual do país.

Tabela 3 – Produto Interno Bruto per capita e taxa de crescimento anual brasileiro

Ano	PIB per capita (Reais)	Taxa de crescimento (%)
2011	22.259,91	1,09
2012	24.278,35	1,1
2013	26.657,54	1,06
2014	28.648,74	1,02
2015	29.466,85	1,03
2016	30.558,75	1,04
2017	31.833,50	-

Fonte: adaptada com base em IBGE (2020).

Comparativamente, analisemos as pontuações de liberdade econômica brasileiras fornecidas pelo Instituto Fraser dos anos de 2015 a 2018.

¹¹ O portal do IBGE não disponibilizou dados sobre o PIB *per capita* do Brasil após 2017.

Tabela 4 – Relatório sobre a liberdade econômica do Brasil

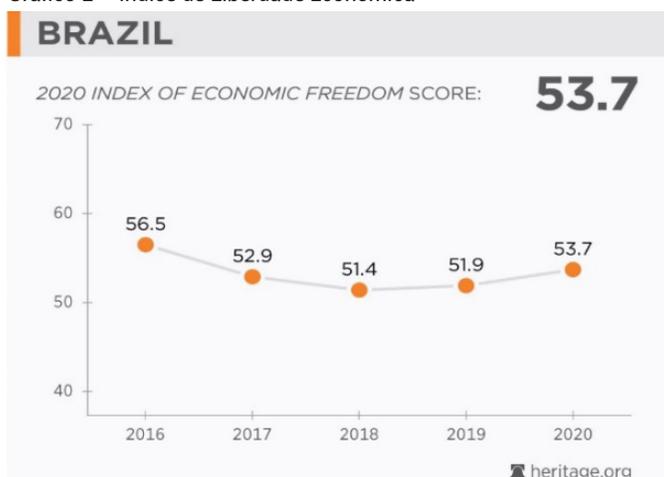
Ano	Pontuação Geral	Tamanho do governo	Sistema Legal e direitos de Propriedade	Integridade Monetária	Liberdade Para negociar internacionalmente	Regulamentação
2015	6,20	6,73	5,17	7,97	6,61	4,53
2016	6,45	6,85	5,15	9,22	6,73	4,28
2017	6,54	6,85	5,11	9,36	6,84	4,56
2018	6,56	6,86	5,02	9,31	6,84	4,77

Fonte: adaptada com base em Fraser Institute (2020a)

A análise do feita pelo Instituto Fraser leva em consideração vários outros quesitos de liberdade econômica, estes são somente os mais imediatos.

Antes de tecermos quaisquer conclusões sobre o tema, vejamos também os dados sobre liberdade econômica fornecidos pela Heritage Foundation nos anos de 2016 a 2020. Infelizmente, não foram encontradas estatísticas de períodos correspondentes, exceto no que diz respeito aos anos de 2016 e 2017. Portanto, fica prejudicada uma análise mais aprofundada dos dados, e conclusões só poderão ser feitas sobre os anos correspondentes.

Gráfico 2 – Índice de Liberdade Econômica



Fonte: Heritage Foundation (2020b).

É possível perceber que o Fraser Institute classificou o Brasil em uma linha crescente de liberdade econômica, enquanto a Heritage Foundation, em uma linha parabólica.

Talvez isso seja um produto do processo de gradação dos países, demonstrando que existe determinado grau de discricionariedade nas qualificações feitas por cada uma das organizações.

De qualquer forma, o PIB *per capita* do Brasil cresceu no intervalo de tempo entre o ano de 2016 e o de 2017. Seguem as conclusões de que: de acordo com a Heritage Foundation, o PIB *per capita* brasileiro cresceu mesmo com uma queda de 3,6 pontos no índice de liberdade econômica; e de acordo com o Fraser Institute, o PIB *per capita* do Brasil cresceu com um acréscimo de 0,09 pontos no índice de liberdade econômica.

A análise estatística está severamente limitada pelo fato de que somente duas instituições internacionais fazem a coleta e classificação destas informações, sem contar que estas organizações tem elevado grau de liberdade para precisar sobre a existência ou não de liberdade econômica em cada um dos países por elas avaliados.

Pode-se dizer que as estatísticas sobre os agregados territoriais anteriormente mencionadas corroboram a tese de que liberdade econômica está associada à prosperidade econômica.

Nas palavras de Barbieri (2013, p. 24):

[...] o país, para crescer, precisa de menos estado e mais liberdade, de mais garantias de propriedade privada e de menos intervenções estatais, de mais regras impessoais e menos privilégios a firmas amigas do poder, de mais investimento privado e menos gastos públicos e impostos, de mais investimentos baseados em critérios econômicos e menos investimentos baseados em critérios políticos, de mais comércio e menos protecionismo, de mais empreendedorismo livre e menos dirigismo.

Contudo, as estatísticas coletadas sobre o Brasil são inconclusivas. Evidentemente, se a regra é de que a liberdade econômica impulsiona a

prosperidade econômica, não existem motivos para acreditar que o Brasil seria a exceção. Mas a análise da transição de um ano para outro com dados fornecidos por somente duas instituições internacionais não é o suficiente para implicar a mesma conclusão.

Por outro lado, a disparidade entre o cálculo de pontos de liberdade econômica de cada uma das instituições indica que estas estatísticas devem ser tomadas com um grau de desconfiança, porque elas podem estar fundadas em meras opiniões institucionais em vez da realidade fática de cada país.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consulta documental e bibliográfica indicou que Liberdade Econômica é uma classe ou grupo de direitos relativos ao processo capitalista. Eles estão essencialmente fundamentados na noção idealística de propriedade privada; todas as formulações de quais a liberdade econômica é uma premissa são baseadas neste entendimento.

A composição do termo "liberdade econômica" advém da interpretação negativa de "liberdade" e da interpretação capitalista de "econômica".

A proposição é de que a adoção de um sistema capitalista de alocação de recursos pressupõe a inviolabilidade da propriedade privada. E nesse sentido, a liberdade, ou a não intervenção do estado, é o que se impõe.

E ainda, o direito de propriedade advogado nessa interpretação é uma conclusão racionalista sobre a interação do homem com a natureza. Partindo do ponto de que o homem é sua própria propriedade, ele pode aplicar as suas faculdades às coisas naturais para torná-las suas. Logo, dentro desta sistemática, é uma injustiça forçar o homem a dispor de sua propriedade, porque ele aplicou suas qualidades a ela de forma que ela viria a ser unicamente sua, e não mais do coletivo.

Além disso, verificou-se na análise legislativa que o ordenamento jurídico brasileiro contém ao mesmo tempo disposições pró e contra a

liberdade econômica. A Constituição Federal preceitua princípios que subentendem a criação de uma ordem econômica capitalista, mas também ordena o cumprimento de várias regras que contradizem a lógica e filosofia do processo capitalista.

Deste assunto sobrevieram duas pressuposições: 1) a Constituição Federal não determina uma forma específica para que se faça a política econômica; e 2) a interpretação extensiva dos poderes públicos suprime as normas capitalistas de caráter abstrato contidas na Lei, o que supostamente faz do Brasil um país de poucas liberdades econômicas.

A primeira hipótese não foi necessariamente confirmada no trabalho, ela decorre do seguinte silogismo: a) a lei brasileira preceitua que a finalidade do estado é a satisfação do interesse público, fundada na dignidade da pessoa humana e na prosperidade material do país; b) somente existem dois caminhos pelos quais se pode conduzir a política econômica, a liberdade, e o intervencionismo, e este último é prejudicial à economia nacional; logo c) a Constituição Federal preceitua que a política econômica brasileira seja de liberdade econômica, porque não é possível satisfazer o interesse público por intermédio do intervencionismo, visto que ele não promove a prosperidade material do país.

A tendência geral do trabalho foi em confirmar essa ideia, só que não foram analisadas todas as determinações constitucionais para que se possa concluir definitivamente que ao estado está vedada a execução de políticas intervencionistas.

Quanto à segunda hipótese, pode-se dizer com razoável nível de certeza de que ela está correta. A análise legislativa demonstrou o quão ampla é a atuação econômica do estado em detrimento da liberdade econômica, e as estatísticas corroboraram essa tese. O Brasil é comumente classificado por órgãos de análise estatística como um país de baixa liberdade econômica.

Sem prejuízo, a bibliografia sugeriu o entendimento de que liberdade econômica é o oposto de intervencionismo, e que intervencionismo é uma

forma de atuação econômica que causa a perda de valor ou utilidade para o conjunto de pessoas envolvidas.

A linha de raciocínio sugerida foi de que: a) as pessoas sempre agem com seus melhores interesses em mente quando em estado de liberdade; b) o intervencionismo faz as pessoas agirem de uma forma diferente do que fariam caso ele não existisse; logo c) o intervencionismo implica o distanciamento dos melhores interesses daqueles que sofreram a intervenção.

E quando essa prática de intervencionismo é aplicada em toda uma sociedade, todos perderão o valor que agregariam com as suas condutas caso não existisse uma intervenção. A analogia econômica dessa ideia foi a do preço do leite.

Todas as pessoas agem em seus melhores interesses, até que o estado intervém nos preços de bens e serviços, fixando-os abaixo daqueles estabelecidos pelo mercado. Os clientes ficam felizes com a redução do preço e consomem mais, só que os produtores e prestadores de serviço que tem a margem mais baixa de lucro param de produzir, porque o empreendimento já não dá mais retorno. Ou seja, a intervenção causou o aumento de consumo e a redução da produção. Criou-se uma tendência à escassez e ao desabastecimento.

A intervenção causou a redução da disponibilidade de leite, que é exatamente o oposto do que se queria fazer, e todos perdem com a medida; a sociedade em um todo se torna menos rica por causa da redução de sua produtividade.

Eis os efeitos das políticas de intervenção econômica.

Quanto ao problema de pesquisa e à hipótese inicial, pode-se dizer que houve confirmação teórica dos prejuízos econômicos das políticas intervencionistas. O intervencionismo é um tipo de política econômica que causa tanto a perda de valor subjetivo para as pessoas que são submetidas a ele, quanto a perda de valor objetivo. Medidas intervencionistas sufocam

as liberdades individuais e não são capazes de produzir efeitos positivos sem demasiados efeitos colaterais.

A positivação de direitos de liberdade econômica é um reflexo aos prejuízos e a destruição de riqueza causadas pelo intervencionismo que marcam a história da nação brasileira. Revela-se que o caminho da prosperidade não é o mesmo da expansão do poder público sobre a economia.

As estatísticas, no entanto, apesar de corroborarem essa conclusão, não são um indicador definitivo dessa resposta. Somente duas instituições internacionais fazem a coleta e classificação destas informações, e os processos de gradação dos países por nível de liberdade econômica têm certo grau de discricionariedade.

Sugere-se que esta pesquisa seja complementada por uma análise do mérito e dos efeitos sociais do intervencionismo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Á. V. **Direito das coisas**. São Paulo: Atlas, 2014.

BARBIERI, F. A. **Economia do intervencionismo**. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BASTIAT, F. **A Lei**. 3. ed. São Paulo: Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Brasília, DF. MP 881/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

DE LA ESCOSURA, L. P. A new historical database on economic freedom. *In: OECD countries. VoxEU & CEPR*, 2015. Disponível em: <https://voxeu.org/article/new-historical-database-economic-freedom-oecd-countries>. Acesso em: 17 set. 2020.

FERNANDEZ, A.; FERNANDEZ, M. Direito natural e positivismo jurídico. Justiça, segurança e interpretação jurídica. **Jus.com.br**, mar. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9770/direito-natural-e-positivismo-juridico>. Acesso em: 17 set. 2020.

FRASER INSTITUTE. Economic Freedom of the World: 2020 Annual Report. 2020. Disponível em: <https://www.fraserinstitute.org/studies/economic-freedom>. Acesso em: 15 set. 2020.

GWARTNEY, J. *et al.* Economic Freedom of the World: 2020 Annual Report. Vancouver: Fraser Institute, 2020. Disponível em: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2020.pdf>. Acesso em: 16 set. 2020.

HAZLITT, H. **Economia numa única lição**. 4. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HERITAGE FOUNDATION. About the Index. **2020 Index of Economic Freedom**, 2020a. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/about?version=99>. Acesso em: 17 set. 2020.

HERITAGE FOUNDATION. Brazil. **2020 Index of Economic Freedom**, 2020b. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/images/scoresovertime/2020/brazil.jpg>. Acesso em: 16 set. 2020.

HERITAGE FOUNDATION. Graph the Data. **2020 Index of Economic Freedom**, 2020c. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/visualize>. Acesso em: 16 set. 2020.

ILANES, M. C. S. *et al.* **Direito constitucional I**. Porto Alegre: Sagah Educação, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Tabela 6784 – Produto Interno Bruto**. 2020. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6784#/n1/all/v/9812/p/all/d/v9812%202/l/v,,t+p/resultado>. Acesso em: 15 set. 2020.

IORIO, U. J. **Dez lições fundamentais de economia austríaca**. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2013.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre governo civil**. Clube do Livro Liberal, 1994.

MARUYAMA, N. Liberdade, lei natural e direito natural em Hobbes: limiar do direito e da política na modernidade. Trans/Form/Ação, Marília, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732009000200002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 set. 2020.

MILLER, T. *et al.* **Highlights of the 2020 index of economic freedom**. Washington: Heritage Foundation, 2020.

MISES, L. V. **As seis lições**. 7. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2009.

READ, L. E. **Anything that's peaceful**: the case for free market. Nova Iorque: The Foundation for Economic Education, 1964.

REISMAN, G. **Capitalism**: a treatise on economics. Ottawa: Jameson Books, 1998.

ROTHBARD, M. N. **A ética da liberdade**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ROTHBARD, M. N. **Governo e mercado**: a economia da intervenção estatal. 1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

SENADO. Aprovada pelo Senado, MP da Liberdade Econômica agora é lei. **Senado Notícias**, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/23/aprovada-pelo-senado-mp-da-liberdade-economica-agora-e-lei>. Acesso em: 17 set. 2020.

SHAFFER, B. **Boundaries of order**: private property as a social system. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009.

SNYDER, C. **Capitalism the creator**: the economic foundations of modern industrial society. Nova Iorque: The MacMillan Company, 1972.

WORLD BANK. DataBank: world development indicators. **The World Bank**, 2020. Disponível em: <https://databank.worldbank.org/reports.aspx?source=2&series=NY.GDP.PCAP.CD&country=>. Acesso em: 15 set. 2020.

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: OBSERVAÇÕES SOBRE AS LEGISLAÇÕES BRASILEIRA, ALEMÃ, BRITÂNICA E JAPONESA

Jeferson Minella Bauer¹

Roni Edson Fabro²

RESUMO

O presente artigo versa sobre o direito penal, especificadamente no que tange aos casos de pornografia de vingança. Tem como objetivo explorar a adequação da Lei n. 13718, de 24 de setembro de 2018 aos casos de pornografia de vingança, observando-se algumas legislações estrangeiras, especialmente a alemã, a britânica e a japonesa. Para isso, utiliza-se o método comparativo, mas a título de ilustração, sendo que a natureza da discussão empreendida foi pelo método de estudo bibliográfico. O trabalho está dividido em três partes, trazendo inicialmente o conceito do *Revenge Porn* bem como histórias da pornografia de vingança no Brasil. Depois a abordagem é acerca da aplicação da legislação brasileira nos casos de *Revenge Porn* antes e após a promulgação da Lei n. 13718/2018. Ao final, realiza-se uma análise, breve, das legislações alemã, britânica e japonesa vigente, aplicadas aos casos de pornografia de vingança, comparando-as brevemente com a atual legislação brasileira que se aplica à pornografia de vingança. A relevância do trabalho está em apurar se a legislação brasileira aplicada aos casos de pornografia de vingança é adequada.

Palavras-chave: Direito fundamental civil. Pornografia de vingança. Lei n. 13718/2018.

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; jefer.bauer19@gmail.com.

² Doutorando em Educação do PPGEd da UNOESC, *campus* de Joaçaba. Mestre em Direitos Fundamentais Cíveis pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Mestre em Relações Internacionais para o Mercosul pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Professor e Pesquisador do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC Joaçaba (SC); Advogado; e-mail: roni.fabro@unoesc.edu.br. Orientador da pesquisa efetuada referente ao Curso de Direito da UNOESC, referente ao período 01/2020.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo examina o fenômeno da pornografia de vingança (*revenge porn*) e a legislação em vigor existente para combater a prática desse delito, no âmbito brasileiro e em alguns países do mundo. Parte-se do conceito que a pornografia de vingança atinge diversos aspectos e direitos da vida privada da vítima e, nesse sentido, a ênfase do trabalho se dá pela análise da atual legislação brasileira, constatando-se seu entendimento e se sua aplicação está em conformidade com aquela legislação estrangeira específica existente na busca pela repressão dessa prática criminosa.

Constantemente o mundo sofre evoluções industriais e tecnológicas, sendo que o resultado é um aumento da popularidade da internet, responsável pela diminuição das fronteiras da comunicação. A internet trouxe uma série de consequências, transcendeu barreiras, alterou valores pré-estabelecidos pela sociedade e mudou a forma de se ver o mundo, além de propiciar o surgimento de novos crimes pela rede mundial de computadores.

A pornografia de vingança é um dos inúmeros crimes que surgiram com a evolução tecnológica e que é praticada pela rede mundial de computadores. A prática consiste na divulgação, de forma não consensual, de vídeos e/ou fotos íntimas das vítimas, nos mais diversos meios de comunicação on-line, por e-mail, por aplicativos de comunicação ou pelas redes sociais.

A Constituição Federal de 1988 assegura a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a intimidade. Mesmo existindo previsão constitucional que assegure essas inviolabilidades, a prática da pornografia de vingança as fere diretamente, pois além de violar a dignidade da pessoa humana, bem como sua honra e sua imagem, traz consequências graves às vítimas, como danos psicológicos e morais de difícil reparação (BRASIL, 1988).

Durante muito tempo o país não teve uma tipificação específica que reprimisse a prática da pornografia de vingança e, muitos dos casos que

chegavam ao Poder Judiciário, eram tratados como difamação e ofensa à honra. Ocorre que em 24 de setembro de 2018, o Brasil, por meio da aprovação da Lei n. 13718 introduziu na legislação penal brasileira o artigo 218-C³ do Código Penal, tipificando as condutas presentes no crime de pornografia de vingança.

Diante da promulgação da legislação no Brasil, da punição dos agentes praticantes do delito e frente aos inúmeros casos existentes da prática da pornografia de vingança, optou-se por essa temática no trabalho.

2 EVOLUÇÃO E CONCEITO DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Não existe um marco histórico do início da prática de pornografia de vingança no mundo. Buzzi (2015, p. 30), contudo, relata que no ano 2000, o pesquisador italiano Sergio Messina notou, em uma das mais antigas redes de comunicação por computadores, crescer um novo gênero de pornografia, que se destacava pela autenticidade e realismo, nomeada pelos usuários de "*realcore pornography*" (pornografia amadora), onde se tratavam de fotos e vídeos de ex-namoradas dos usuários do site, compartilhadas entre os membros.

De acordo com Buzzi (2015, p. 31), foi por volta de 2008 que surgiram sites e blogs dedicados ao gênero de pornografia não consensual. Entretanto, somente no ano de 2010 é que foi dada a primeira sentença de prisão pela prática de divulgação não consensual com o objetivo de vingança. Foi do

³ Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática –, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. § 1 A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. § 2 Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.

neozelandês Joshua Ashby, de 20 anos, que após terminar o relacionamento com a ex-namorada, ameaçou-a de morte e, posteriormente, acessou suas contas no Facebook e divulgou uma foto dela nua, enviada durante o relacionamento.

No mesmo sentido, Buzzi (2015, p. 31) afirma que o pornô de vingança somente tomou proporções mundiais com a criação do site "*IsAnyoneUP*" ("Tem alguém a fim?" em tradução livre), de propriedade do australiano Hunter Moore. Com mais de 350 mil visualizações diárias, o site se intitulava especialista em pornô de vingança e permitia que os usuários enviassem fotos íntimas das pessoas, que após terem certeza que eram maiores de 18 anos, eram disponibilizadas com acesso livre a todos que ali frequentavam, contendo ainda dados privados das vítimas, como nome completo, endereço e emprego.

Em 2012, Moore ficou conhecido como o homem mais odiado da internet. Em janeiro de 2014, foi preso pela polícia federal americana, junto com seu cúmplice, Charles Evans, por crimes de invasão de dados de terceiros, de forma não autorizada, com a finalidade de obter lucro (BUZZI, 2015, p. 32).

Buzzi (2015, p. 33) relata, ainda, que no ano de 2013, surgiu na Flórida o primeiro projeto de lei que tipificava a divulgação de pornografia não consensual, com penas de até 5 (cinco) anos de prisão. Ocorre que, na época, a votação foi adiada. Já em 2014, Israel passou a ser o primeiro país a tornar o ato de divulgação de pornô de revanche crime, com prisão de até 5 (cinco) anos aos condenados, que são tratados como criminosos sexuais.

Ainda no ano de 2015, em uma decisão noticiada mundialmente, Kevin Bollaert, criador e moderador de diversos sites dedicados à divulgação de pornografia de vingança, foi condenado a 18 anos de prisão no Estado da Califórnia (EUA), conforme relata Buzzi (2015, p. 33):

Bollaert administrava a página '*UGotPosted*' ('Você foi postado', em tradução livre), que convidava 'amantes rejeitados e hackers',

a enviar anonimamente imagens de suas ex-namoradas nuas, como vingança pelo término do relacionamento. Entre os anos de 2012 e 2014, o *site* expôs mais de 10 mil pessoas, em sua grande maioria mulheres. As fotos deveriam obrigatoriamente estar acompanhadas da identificação pessoa das vítimas, como nome, telefone, e *links* para sua página de relacionamento em mídias sociais. [...] Além da prisão, foi multado em \$450 mil dólares pelo Estado da Califórnia (EUA), e sentenciado a pagar \$10 mil dólares para cada uma das 27 vítimas que o processaram.

Para Buzzi (2015, p. 34) “a crescente repercussão que a pornografia de vingança alcançou na mídia, impulsionada inclusive pelos debates iniciados pelos movimentos feministas, expôs diversas falas procedimentais incorridas por empresas de serviços online e redes de relacionamentos [...]” Diante disso, buscando evitar as práticas de compartilhamento de material pornográfico sem consentimento, muitas empresas buscaram adotar medidas mais rigorosas no que diz respeito ao compartilhamento. Dentre as empresas, é possível citar as redes sociais Twitter, Instagram, Facebook e Google.

Mundialmente conhecido como *revenge porn* ou pornô de vingança, em tradução direta para o português, consiste no ato criminoso de praticar a divulgação de material, fotos e/ou vídeos íntimos de pessoas, dados pessoais como endereço, telefones e e-mail, de forma não consensual, com objetivo de vingança e rápida propagação, muitas vezes após o término do relacionamento amoroso.

Vitória Buzzi (2015, p. 29) conceitua assim o que se denomina de pornografia de vingança:

O termo 'pornografia de vingança', tradução da expressão em inglês 'revenge porn', nomeia o ato de disseminar, sobretudo na internet, fotos e/ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo, com o objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima.

Observa-se que o termo pornografia de vingança ganhou esse nome pois a maioria dos casos que chegam às autoridades competentes ou que são denunciados consistem em companheiros ou ex-companheiros das vítimas, que por meio de divulgações não autorizadas encontram, como forma de vingança, pelo término de seus relacionamentos, atacar e humilhar as vítimas, como acrescenta Buzzi (2015, p. 30):

Nos casos que chegaram à mídia, vídeos e fotos gravados pela vítima ou em que figuram a vítima, sobretudo mulher, juntamente com seu(s) parceiro(s) sexual(is) ou destinados somente ao(s) seu(s) parceiro(s) sexual(is), nunca pretendendo alcançar todo e qualquer público, são disponibilizados a terceiros pelo(s) próprio(s) parceiro(s) ou ex-parceiro(s), sem o consentimento da envolvida, juntamente com informações pessoais da vítima, com o objetivo de humilhá-la publicamente, expondo-a a linchamento moral, sobretudo após o término do relacionamento.

A pornografia de vingança é defendida por muitos como uma moderna e tecnológica forma de violência de gênero contra as mulheres, uma repressão à liberdade sexual feminina, visto que o grande número de vítimas são mulheres e, principalmente, adolescentes. Nesses casos, mesmo sendo vítima, a mulher ainda é julgada pela sociedade como culpada pelo fato ocorrido.

As consequências da pornografia de vingança para as vítimas são as mais diversas possíveis, desde afetar o convívio em sociedade até os casos mais drásticos como o suicídio. A pornografia de vingança é um crime rápido com traumas permanentes e, até pouco tempo, sem lei que criminalizasse sua prática no Brasil.

2.1 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA NO BRASIL

Na mesma linha do que ocorre na esfera internacional, não existe um marco histórico, não se sabe ao certo quando o fenômeno da pornografia

de vingança chegou ao Brasil. Entretanto, existem relatos e casos de grande repercussão que por aqui ocorreram em diferentes períodos. Dentre eles, são analisados os casos das vítimas Rose Leonel, Francielle dos Santos Pires e Julia Ribeiro dos Santos, que terão seus fatos brevemente narrados, bem como apresentada a punição que os agressores sofreram por parte do Estado, na época dos crimes.

Importante destacar que a legislação brasileira, mais precisamente o direito penal brasileiro, não tinha nenhum dispositivo que reprimisse a prática de divulgação de pornografia não consensual, sendo que os casos ocorridos até o ano de 2018 eram tratados como difamação e calúnia, entre outros crimes.

Ocorre que, com a crescente demanda e repercussão dos casos de pornô de vingança existente no país, finalmente, no ano de 2018, foi instituído, por meio da Lei n. 13718, de 24 de setembro de 2018, o artigo 218-C ao Código Penal brasileiro. Desta forma, os crimes de pornografia de vingança passaram a ser tipificados com penas de até 5 (cinco) anos de reclusão aos criminosos.

2.2.1 Caso Rose Leonel

Rose Leonel, jornalista, moradora na cidade de Maringá, no Paraná, foi uma das primeiras vítimas do crime de pornografia de vingança ocorrido no Brasil e um dos casos mais marcantes.

No ano de 2005, após terminar um relacionamento amoroso, a jornalista paranaense teve fotos íntimas divulgadas pelo ex-namorado, que não aceitava o fim do relacionamento. O agressor utilizou-se do e-mail para compartilhar e viralizar as fotos íntimas de Rose, bem como gravou as fotos em CD's e distribuiu nos principais condomínios e residências da cidade, fornecendo junto informações pessoais como telefone, e-mail, endereço, entre outros dados.

Segundo Rose, mais de 15 mil pessoas receberam os conteúdos contendo as imagens íntimas e, ainda, relata que o agressor praticava o crime semanalmente, divulgando e-mails e até mesmo material impresso nas ruas, além de enviar o material para diversos blogs de pornografia no Brasil e também no exterior. Ela começou a receber diversas ligações denegrindo sua imagem, fazendo piadas e quase foi linchada em sua cidade. Perdeu seu emprego e sofreu exclusão social.

Rose registrou mais de 10 boletins de ocorrência e abriu diversos processos contra o ex-namorado, sendo que, ao final da ação criminal, o agressor foi condenado a uma pena de um ano e onze meses de reclusão, que foi convertida em trabalhos sociais e multa. A execução da sentença não foi cumprida devido aos diversos recursos interpostos pelo agressor, fazendo a execução ser adiada (ROCHA, 2017, p. 31).

Rose Leonel expressa com propriedade as consequências da pornografia de vingança:

É como se alguém lhe desse uma facada e ficasse lá, remoendo, e a cicatriz nunca se fechasse. O crime que se viraliza traz consequências terríveis, o atentado contra a honra se perpetua ali na rede internacional de computadores. O dano é irreparável, as consequências são imensuráveis [...]. A pornografia de vingança tem essa característica: de marcar a vítima para toda a vida. Consegue criar um estigma sobre a vítima, é um crime que não se apaga da internet. Ele não pode ser menosprezado, deve ser encarado como um crime hediondo, ser tratado de forma cuidadosa pelas autoridades, ser julgado com muito zelo. É um crime muito covarde. A vítima sente o preconceito em todas as instâncias: profissional, social, emocional. Sempre vai haver uma marca, uma distinção sobre ela (LEONEL *apud* ROCHA, 2017, p. 32).

Ainda, segundo a própria vítima, acerca das consequências funestas da prática criminosa:

Eu vou ficar marcada para o resto da minha vida. Eu vou ter que conviver com isso. Fui vítima de um crime na internet e isso, infelizmente, querendo ou não, faz parte da minha identidade. A maior parte das pessoas acha que pelo simples fato de eu ter sido exposta, que eu sou culpada. Muitas, ainda, não querem nem saber do expositor, do criminoso. Com certeza, fui e ainda sou a maior prejudicada da história (LEONEL *apud* ROCHA, 2017, p. 32).

Mesmo passados mais de dez anos da ocorrência do crime, diariamente a vítima se depara com suas fotos na internet e, quando as localiza, pede que sejam deletadas dos sites que a hospedam. Rose Leonel é a criadora da ONG Marias da Internet, que busca amparar as vítimas de pornografia de vingança e demais crimes cibernéticos no Brasil e mundo (ROCHA, 2017, p. 32).

Ainda nas palavras de Rocha (2017, p. 33) "espera-se que Rose Leonel continue firme em sua luta e que sua trajetória sirva de exemplo, inspiração e encorajamento para todas as vítimas da exposição não consentida na internet."

2.2.2 Caso Francielle dos Santos Pires

Também no Brasil, no ano de 2013, outro caso famoso de pornografia de vingança ocorrido foi o de Francielle dos Santos Pires, que na época tinha 19 anos e teve um vídeo íntimo divulgado por meio do aplicativo de comunicação Whatsapp, no qual ela praticava ato sexual com seu namorado de 22 anos. O caso teve tanta repercussão que chegou a virar meme (ROCHA, 2017, p. 33).

Francielle, além de ter o vídeo íntimo divulgado, teve também seus dados como telefone, redes sociais e fotos expostas pelos internautas. Conforme relato da própria vítima:

Meu celular resetava de tantas ligações. Meu Whatsapp parecia uma calculadora, não parava de somar, foram mais de 4 mil mensagens de desconhecidos com DDD do país inteiro. Não

respondi ninguém. Também tive que excluir minha conta no Facebook. As pessoas ficavam ligando, me oferecendo proposta como se eu fosse uma prostituta. A partir daquele momento, minha vida virou um inferno e está até hoje desse jeito (PIRES *apud* ROCHA, 2017, p. 34).

Conforme relata Rocha (2017, p. 35):

Dois meses após o término do relacionamento com o agressor, a vítima recebeu ligações e mensagens de amigos comunicando-lhe sobre o vídeo exposto na internet. Após a repercussão, Francielle perdeu o emprego, e sem ter condições financeiras de arcar com a faculdade, precisou trancar o curso que fazia. Toda essa exposição resultou não somente em consequências negativas sociais e financeiras, mas também na saúde da vítima, que entrou em depressão e desenvolveu mania de perseguição.

Na época o agressor negou ter publicado o vídeo. Do mesmo modo, nas investigações, seu advogado chegou a declarar que a vítima sofria de um amor platônico pelo jovem e dessa forma, por não ser correspondida, o acusava de ter divulgado o vídeo (ROCHA, 2017, p. 35).

Na época dos fatos, Francielle ficou notoriamente abalada durante a audiência, e o Ministério Público de Goiás propôs que a ação fosse suspensa, visto que a pena para quem comete o crime de injúria varia de 7 (sete) meses a 1 (um) ano de prisão. Diante disso, Francielle concordou com a proposta oferecida, que estipulou que o acusado (ex-namorado), prestasse serviços à comunidade pelo período de 5 (cinco) meses, ou seja, uma pena branda comparada a todo o dano causado à vítima.

Contudo, apesar de todo sofrimento e humilhação pelo qual a vítima passou, ressalta-se a importância de relatar que em meio a tanto preconceito e julgamentos, obteve manifestações de apoio de alguns internautas, o que é um ponto extremamente positivo na luta pelo combate à pornografia de vingança: empatia e acolhimento da vítima do crime de pornografia de vingança (ROCHA, 2017, p. 35).

2.2.3 Caso Júlia Rebeca dos Santos

No ano de 2013, outro caso de pornografia de vingança ocorrido no Brasil teve grande repercussão. Foi o caso da adolescente Júlia Rebeca dos Santos, que à época tinha 17 anos de idade. Moradora da cidade de Parnaíba, no estado do Piauí, Júlia suicidou-se após ter um vídeo íntimo divulgado sem consentimento, no qual ela e mais dois adolescentes praticavam sexo.

No dia 10 de novembro de 2013, a vítima anunciou na rede social Twitter, por meio de postagens, que decidiu pôr fim a sua vida, relatando medo e, ao mesmo tempo, se despedindo. Entretanto, a mensagem mais chocante acerca do suicídio se deu por meio de uma publicação no Instagram e repostada no Twitter, em que a vítima pedia desculpas a sua mãe por não ter sido uma filha perfeita, mas que a amava muito, além de pedir para que guardasse aquele dia.

O caso da adolescente de Parnaíba levantou muita polêmica, principalmente pelos danos que as redes sociais vêm causando aos jovens, que por imprudência na utilização da ferramenta, acabam caindo em armadilhas. Diante disso, cotidianamente se torna mais comum notícias envolvendo vazamento de vídeos íntimos onde os danos causados às vítimas são de grande proporção, levando algumas vezes a tirarem a própria vida.

Infelizmente a família da vítima ficou sabendo da divulgação do vídeo somente após a sua morte, o que tornou o suicídio de Júlia Rebeca ainda mais pesaroso, visto que é possível crer que, se a vítima tivesse buscado ajuda da sua família, esta poderia dar o apoio necessário para enfrentar o difícil momento de cabeça erguida, enfrentando todo o preconceito diante da exposição na internet e, dessa forma, evitar a perda da vida da jovem. O suicídio de Júlia é mais um decorrente da cultura de culpabilização da vítima, muito comum no que se refere à pornografia de vingança (ROCHA, 2017, p. 38).

3 LEI 13718/2018 E PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

Durante muito tempo o Brasil não teve uma legislação que tipificava e punia os agentes praticantes da pornografia de vingança. Nesse período, os casos que chegavam às autoridades competentes e ao Poder Judiciário recebiam diversos posicionamentos jurídicos, sendo os mais comuns o crime de injúria majorado por meio de facilitador de divulgação de ofensa ou o crime de difamação.

O Projeto de Lei (PL) n. 618, de 2018, de autoria da senadora Vanessa Grazziotin, apresentava apenas aumento de pena para os casos específicos de estupro coletivo que estavam em crescimento exponencial pelo país sendo, assim, um texto bem diferente do que fora aprovado posteriormente (BRASIL, 2015). Como se tratava de matéria correlata, foi reunido ao PL n. 6/2016, da Câmara dos Deputados, para tramitação conjunta, resultando no Parecer n. 524⁴, de 2016, onde Simone Tabet foi a relatora.

A Senadora Simone Tabet (BRASIL, 2016, p. 2) analisou o PL no seguinte sentido:

Não verificamos vícios de inconstitucionalidade formal, porquanto a matéria trata de direito penal, cuja competência para legislar é da União, por qualquer membro do Congresso Nacional, por força dos arts. 22, I, e 48, *caput*, da Constituição Federal. Também não identificamos vícios de injuridicidade no Projeto. No mérito, a iniciativa é urgente e de patente necessidade.

A urgência apresentada deu-se por diversos casos de estupro coletivos que ocorreram no país, sendo o mais notório o caso em que uma menina de 16 (dezesesseis) anos foi estuprada por mais de 30 (trinta) homens em uma comunidade do Rio de Janeiro/RJ e que, além disso, filmaram e compartilharam os atos nas mais diversas redes sociais, por milhares de

⁴ Parecer nº 524, de 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4777168&disposition=inline>. Acesso em: 25 mar. 2020.

vezes. Essa exposição certamente trouxe ainda mais dor e sofrimento à vítima (BRASIL, 2016).

Conforme Robert (2018, p. 28 *apud* BRASIL, 2015):

Além da mudança do aumento da pena, foi entendido como necessário que o Projeto preveja também figura típica específica para aqueles que divulguem as cenas de estupro, por quaisquer que sejam os meios, tendo em vista o 'vácuo normativo' que existe quando a ação não se encaixa nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Após aprovado e incluídas as emendas tratadas, o projeto acabou sendo reunido a diversos outros projetos de lei que buscavam tipificar crimes contra a dignidade sexual, sendo eles a importunação sexual, o estupro coletivo e a divulgação de imagens ou vídeos de estupro ou quando não tenham sido autorizados pela vítima.

O projeto foi promulgado e publicado no Diário Oficial da União em 25 de setembro de 2018, dando origem à Lei n. 13718, que alterou o Código Penal, tipificando efetivamente os crimes contra a dignidade sexual, bem como fixou as causas de aumento de pena.

A Lei n. 13718 introduziu um novo tipo penal ao Código Penal brasileiro por meio do Art. 218-C. Esta nova tipificação penal torna-se extremamente importante quando se verifica que, até então, não havia nada na esfera de crimes contra a dignidade sexual que pudesse indicar uma conduta típica sobre a divulgação não consensual de imagens e/ou vídeos íntimos.

A pena trazida pelo artigo 218-C é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, isso se o fato não constituir crime mais grave (BRASIL, 2018).

O dispositivo contém, ainda, uma causa de aumento de pena e uma excludente de ilicitude. Dessa forma, o § 1º prevê um aumento de pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) quando o crime é praticado por agente que mantém ou que tenha relação íntima com a vítima ou com a finalidade

de vingança ou humilhação, ou seja, o dispositivo não pune só a efetividade, como também o fim de agir (BRASIL, 2018).

Por sua vez, o § 2º traz uma causa de excludente de ilicitude, ou seja, não há crime quando o agente pratica as condutas presentes no *caput* quando se trata de publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que adote recursos que impossibilitem a identificação da vítima, ressalvados os casos de autorização de vítimas maiores de 18 anos (BRASIL, 2018).

Assim, as condutas de aquisição, posse e armazenamento não sofrem punição pelo *caput* do dispositivo, tendo em vista que as condutas tipificadas são aquelas que, de forma real, difundem o conteúdo não consentido nos meios de compartilhamento, podendo até mesmo ser analisada a multiplicidade de condutas em caso de mais de uma ação, quando for analisada a pena-base a ser aplicada ao agressor.

Importante destacar que o dispositivo não criminaliza o sexting, estimulando a liberdade sexual dos usuários, ou seja, não comete o crime aquele que obtém o conteúdo. O crime ocorre quando o indivíduo faz a divulgação do material sobre qualquer meio que permita a transmissão de arquivos de fotos ou vídeos, bem como a transmissão em tempo real.

Do mesmo modo, é importante ressaltar que a consumação do crime ocorre independentemente da finalidade ser o lucro nas condutas de venda ou exposição para venda, bem como não se admite a modalidade culposa, uma vez que todo ato de divulgação de material recebido é feito com ciência e conhecimento de quem compartilha. Dessa forma, é a prática dolosa que motiva a prática das ações de divulgação.

Há evidente coerência em trazer uma breve discussão dos bens jurídicos protegidos pela legislação supracitada, uma vez que eles eram violados descaradamente na prática da pornografia de vingança e não recebiam o devido respaldo jurisdicional na esfera penal que mereciam.

Dessa forma, a lei busca proteger direitos personalíssimos como a honra, a imagem, a privacidade e a intimidade da vítima.

3.1 PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

A imagem, a honra, a privacidade e a intimidade são direitos protegidos pela Constituição Federal Brasileira, mais precisamente no art. 5^o, X. É possível observar que o texto constitucional busca assegurar a proteção dos direitos personalíssimos, sendo absolutos e inerentes à pessoa. Nesse sentido, para Bittar (2015, p. 29):

Consideram-se da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, o respeito, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

O Brasil tem, como um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana. A pornografia de vingança é uma ofensa direta ao referido princípio, pois viola literalmente a dignidade da pessoa humana, bem como a honra, a imagem, a intimidade e a privacidade respectivas, além de trazer consequências graves às vítimas, como danos psicológicos e morais de difícil reparação.

Afirma-se que os direitos elencados no art. 5^o, X da Constituição Federal são intimamente interligados, sendo um consequência do outro, principalmente o direito à privacidade e à intimidade, conforme Moraes (2016, p. 55):

⁵ Art. 5^o 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: X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito da incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.

O direito à intimidade consiste na busca e proteção pessoal da privacidade nos aspectos pessoais, familiares e negociais (BITTAR, 2015, p. 172).

Do mesmo modo, Bittar (2015, p. 173) ressalta: "O ponto nodal desse direito encontra-se na exigência de resguardo ínsita no psiquismo humano, que leva a pessoa a não desejar que certos aspectos de sua personalidade e de sua vida cheguem a conhecimento de terceiros".

Já para Schreiber (2013, p. 136), o direito à privacidade hoje em dia não abrange somente a proteção da vida íntima da pessoa, como também a proteção de dados pessoais. Nesse sentido, Schreiber (2013, p. 137) aborda o direito da privacidade no seguinte sentido:

O direito à privacidade hoje é mais amplo que o simples direito a intimidade. Não se limita ao direito de cada um ser 'deixado só' ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular. Transcende essa esfera doméstica para alcançar qualquer ambiente onde circulem dados pessoais do seu titular, aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crenças religiosas e qualquer outra informação pertinente à pessoa.

Assim como a intimidade e a privacidade, os atos da prática do crime de pornografia de vingança ferem outros direitos personalíssimos, tais como a honra, a imagem e a moral, que por sua vez encontra proteção no mais elevado patamar da ordem jurídica.

Vale destacar que os direitos de personalidade também recebem proteção na esfera do direito penal brasileiro. Para Bittar (2015, p. 46):

O tratamento penal da matéria procura enfatizar a proteção com ênfase ainda mais repressora, quando os bens tratados pelos direitos da personalidade são atingidos de tal forma que configurem bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, como forma de expressão da máxima necessidade de intervenção do Estado na vida social. Assim, são excelentes exemplos nesse campo os crimes contra a vida (homicídio, infanticídio, aborto), os crimes contra a higidez física (lesão corporal), os crimes contra a liberdade, como o cárcere privado, os crimes contra a liberdade sexual, os crimes contra a honra, como a injúria, a calúnia e a difamação, bem como os crimes que envolvem a violação do cadáver ou turbação do luto.

Nos crimes de pornografia de vingança, a proteção dos direitos personalíssimos, como a honra, a imagem, a privacidade e a intimidade, se dá por meio do art. 218-C do Código Penal Brasileiro, que agora prevê uma tipificação específica para um crime que até pouco tempo não tinha o devido respaldo jurídico, punindo os agressores com penas que vão de 1 (um) a 5 (cinco) anos de prisão, além de majorantes em casos específicos.

4 COMBATE À PORNOGRAFIA DE VINGANÇA EM OUTROS PAÍSES

Nesse capítulo, apresenta-se a legislação de alguns países para reprimir e evitar a prática do crime de pornô de vingança. Aborda-se, ilustrativamente, a legislação da Alemanha, do Reino Unido e também do Japão.

4.1 ALEMANHA

A Alemanha regula a prática do pornô de vingança por dois dispositivos diferentes: o Regulamento Geral de Proteção de Dados e a Lei de Direitos

Autorais de Arte, além de ser um dos únicos países que não considera o ato como crime.

O combate à pornografia de vingança é na forma do Regulamento 679/2016 da União Europeia, que protege pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Dessa forma, o ato da invasão dessa privacidade é passível de remediação civil, que inclui ordens judiciais para a retirada do conteúdo na Internet, bem como a possibilidade de compensação financeira pelos danos morais sofridos (THE CENTRE FOR INTERNET & SOCIETY, 2018).

Além da Resolução em conjunto com a União Europeia, a Alemanha também possui a seção 22 do *Gesetz uber Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*, dispositivo que dita o direito da pessoa de entrar na justiça conta qualquer caso de disseminação de sua imagem sem a sua autorização (ALEMANHA, 1965).

Segundo Robert (2018, p. 43) "Por só trazer a possibilidade de entrar na justiça cível quando a vítima tem sua privacidade invadida, a Alemanha passa uma imagem de complacência ao mundo sobre sua posição contra o pornô de vingança".

Apesar disso, em 2014, em decisão da *The Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça alemão), a mais alta corte do sistema de jurisdição Alemão decidiu que é ilegal alguém manter fotos íntimas de um ex-companheiro, mesmo não havendo intenção de divulgação e, mesmo que ela tenha consentido para tirá-las, desde que a exclusão tenha sido solicitada (THE CENTRE FOR INTERNET & SOCIETY, 2018).

Diante disso, observa-se que a Alemanha preza mais pela privacidade do que pelos danos que a divulgação desse material causa e, assim, busca combater a pornografia de vingança antes mesmo que ela aconteça. Contudo, a falta de tipificação penal é uma lacuna perigosa para que pessoas se utilizem desse tipo de impunidade para cometer a agressão.

4.2 REINO UNIDO

No Reino Unido, composto pela Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte, são três legislações diferentes sobre a pornografia de vingança. A Inglaterra e País de Gales possui um dispositivo. A Escócia tem a outra regulamentação, assim como a Irlanda do Norte possui uma diversa (THE CENTER FOR INTERNET E SOCIETY, 2018).

Inglaterra e País de Gales, por meio do dispositivo presente na seção 33, do *Criminal Justice and Court Act* de 2015, criminaliza a divulgação de fotografia ou vídeos sexuais, sem o consentimento de quem está no material divulgado, se existir a intenção de causar angústia e humilhação à vítima. A pena máxima para o crime de pornô de vingança é de até dois anos de prisão (INGLATERRA, 2015).

Apesar de aprovada em 2015, existe um clamor da população para que seja feita uma atualização, visando ser mais abrangente possível os futuros casos de pornografia de vingança (THE CENTER FOR INTERNET E SOCIETY, 2018).

Já a Escócia possui um dispositivo mais complexo e abrangente: a parte 1, seção 2, do *Abusive Behaviour and Sexual Harm Act*, de 2016. Pela legislação, o crime de pornografia de vingança ocorre quando alguém divulga fotografias e/ou vídeos que mostra ou parece outra pessoa em uma situação íntima, com a finalidade de causar medo, humilhação. O fato de não ter a finalidade de causar medo ou humilhação não importa, pois caso ela ocorra também há configuração do crime (ESCÓCIA, 2016). A pena, nesse caso, vai até 5 (cinco) anos de prisão ou multa, em valor não estipulado pela lei, sendo que a pena de prisão pode ser aplicada em conjunto com a de multa. Existe uma causa de excludente de ilicitude, que ocorre quando o material divulgado seja de conhecimento público e, dessa forma, não há cometimento de crime (ESCÓCIA, 2016).

Por sua vez, na Irlanda do Norte a pornografia de vingança é criminalizada pela parte 3, seção 51, do *Amendment to Justice Act* de 2016. A divulgação do material íntimo, tanto com a intenção de causar humilhação à vítima, quanto só a divulgação pura configura crime, sendo que a pena é de até 2 (dois) anos de prisão e multa, com valor a ser definido pelo julgador (IRLANDA DO NORTE, 2016).

4.3 JAPÃO

No ano de 2013, no Japão, a comoção nacional tomou conta do país, quando uma jovem de 18 anos foi assassinada pelo seu ex-namorado. Um aspecto particularmente perturbador e que chamou a atenção da imprensa do país, foi que o assassino, cerca de uma semana antes, distribuiu fotos e vídeos de pornografia de vingança da vítima nas redes sociais, recebendo diversos compartilhamentos (JAPÃO, 2013).

Diante do acontecimento, nos dias 23 e 24 de novembro de 2013, os membros do Comitê de Orçamento da Câmara dos Vereadores do Japão, convocaram funcionários do governo para uma reunião, buscando uma solução para punir a pornografia de vingança. Foi então criada a *Shiji seiteki gazou kiroku no teikyou tou ni yoru higai no bousi ni kansuru houritsu* ou lei de Prevenção de Danos por Prestação de Privada Imagem Sexual registros, conforme tradução direta, que foi aprovada em 2014 (JAPÃO, 2014a).

A lei criminalizou o fornecimento de imagens sexuais privadas de outra pessoa sem o consentimento por meio de telecomunicações para número não determinado de pessoas (JAPÃO, 2014a).

Além disso, o Japão demonstrou também entendimento sobre a importância da reparação do dano e da prevenção do ato, assim como da necessidade de não julgamento da vítima pelo que foi divulgado sobre ela.

A lei obriga que os governos nacionais e locais aliviem ao máximo o constrangimento pelos quais as vítimas passam, para que se sintam

confortáveis durante o processo de denúncia e, caso a vítima seja menor de 18 anos, a lei obriga que o governo eduque as pessoas sobre como evitar que a situação se repita (JAPÃO, 2014a).

O novo dispositivo legal ainda deu liberdade aos provedores de internet para deletar as imagens sem o consentimento do remetente, desde que a vítima tenha notificado o provedor ou que o remetente que as postou não tenha respondido questionamento sobre a legalidade do compartilhamento da imagem a que se refere a pornografia de vingança (JAPÃO, 2014a).

Destaca-se que a pena para quem cometer o crime no Japão pode chegar até 3 (três) anos de prisão e à aplicação de multa de, no máximo, ¥ 500.000 (quinhentos mil ienes) (JAPÃO, 2014b), algo próximo a R\$ 24.500,00 no Brasil, considerando os valores do câmbio atual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho tem como perspectiva principal discutir no que consiste a pornografia de vingança (revenge porn), bem como demonstrar os danos sofridos pelas vítimas e a divulgação da agressão, principalmente por meio da apresentação de casos reais ocorridos no país, que trouxeram grande repercussão. Além disso, promove a análise da Lei n. 13718/2018 e a demonstração dos bens jurídicos protegidos, buscando verificar se a legislação brasileira aprovada é adequada aos casos de pornô de vingança, se comparada com a legislação de determinados países.

Constata-se que a evolução dos meios de comunicação e, principalmente a popularização da internet, juntamente com as práticas de sexting entre os casais, potencializou o surgimento do crime de pornografia de vingança, tendo em vista a facilidade de compartilhamento e a rápida propagação dos conteúdos íntimos expostos sem consentimento.

Observa-se que o crime de pornografia de vingança muitas vezes traz danos irreparáveis às vítimas, com perda de emprego e do convívio

social, bem como casos de suicídio de quem é atingido/a como vítima dessa prática. Do mesmo modo, constata-se que os autores do crime, na maioria das vezes, são ex-companheiros das vítimas que, por não aceitarem o fim do relacionamento amoroso, encontram na prática do crime o meio para humilhar, agredir e prejudicar a ex-companheira.

Com a finalidade de apresentar os efeitos devastadores da pornografia de vingança, são relacionados casos emblemáticos no Brasil, onde vítimas tiveram sua intimidade divulgada sem o consentimento. Felizmente, vítimas como Rose Leonel e Francielle Pires, por mais que sofreram danos imensuráveis em suas vidas privadas e profissionais, encontraram forças para ajudar outras vítimas do crime de pornô de vingança, mostrando caminhos para denúncia e oferecendo apoio. Entretanto, não foi o caso da jovem Júlia Rebeca dos Santos, que não aguentando toda a exposição de sua intimidade, infelizmente viu no suicídio o único modo de dar fim a todo o sofrimento que sentia.

Também é apresentada a motivação que levou à aprovação da Lei n. 13718/2018, bem como as alterações que a lei trouxe ao Código Penal, além de analisar a tipificação criada pela lei, suas majorantes e atenuantes. Aborda-se os bens jurídicos protegidos com a mudança trazida pela nova legislação, para demonstrar os direitos constitucionais personalíssimos protegidos, a partir da edição da Lei n. 13718/2018, pelo Código Penal.

É possível observar que a legislação e a tipificação aprovada no Brasil se mostra extremamente importante e revolucionária, uma vez que não existia nada no Código Penal brasileiro que se encaixava ao crime de pornografia de vingança. Dessa forma, os casos que chegavam ao Poder Judiciário recebiam principalmente a tipificação de injúria e/ou difamação, bem como traziam um ar de impunidade às vítimas da agressão. Diante disso, observa-se que a legislação brasileira foi aprovada de forma bem completa, trazendo penas que vão de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, se o fato não constituir crime mais grave. Contudo, o legislador trouxe casos de

aumento de pena quando o agressor mantém relação íntima com a vítima e, ainda, trouxe casos de atenuantes.

São comparadas, a título de ilustração, as legislações utilizadas por três países na busca pela punição da pornografia de vingança. Diante disso, verifica-se que a Alemanha é o único país que não tipifica criminalmente a pornografia de vingança. Assim, a regulamentação se dá por meio da lei de proteção de dados e remediação cível, observando-se que o país busca reprimir a prática da pornografia de vingança antes mesmo que ela aconteça, contudo, deixando uma lacuna legislativa para impunidades, em caso de ocorrência do crime. No Reino Unido, composto por Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte e Escócia, há três diferentes leis que punem a prática de pornografia de vingança, sendo a legislação da Escócia a que apresenta pena mais alta, com até 5 (cinco) anos para os criminosos. No Japão há tipificação penal do crime de pornografia de vingança após um caso que causou comoção nacional. Dessa forma, o dispositivo aprovado traz pena de até 3 (três) anos de prisão e multa. Todavia, dois pontos importantes a observar, é que o país buscou, na lei, uma obrigação para que o Estado não esquecesse da vítima, além de oferecer apoio e educação para que novos atos criminosos não ocorram.

Diante do exposto, verificando-se as legislações dos países estudados, em conjunto com o novo dispositivo da legislação brasileira, conclui-se que a lei brasileira é compreensiva, completa e coerente, seguindo padrões mundiais e excedendo nas questões de tempo de pena e abrangência da lei, trazendo, inclusive, causas de aumento e diminuição de pena. Entretanto, existem alguns pontos que poderiam ser melhorados, buscando principalmente a responsabilização dos provedores de internet e dos meios de publicação, com penas mais severas nos casos em que a vítima se suicida, tendo em vista que muitos casos ocorridos no Brasil e no mundo podem acabar em suicídio.

Ademais, ressalta-se que, apesar de ser um enorme passo na direção correta e na busca pela punição correta dos agressores, a lei sozinha não mudará o atual cenário da pornografia de vingança, pois se trata de um fenômeno multidimensional, social e histórico. Dessa forma, é necessário que os estudos e discussões referentes ao assunto continuem buscando educação e formas de prevenção, de modo a prevenir as divulgações não consentidas. Faz-se necessário destacar que a legislação deve acompanhar as evoluções dos meios de comunicação, da tecnologia e, também, da internet, a fim de evitar que novas práticas criminosas desse tipo acabem em impunidade, evitando que as vítimas deem fim as suas vidas por incompetência legislativa.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Gesetz über urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 1965.**

Disponível em: https://cis-india.org/internet-governance/blog/revenge-porn-laws-across-the-world#_Toc511943062. Acesso em: 20 fev. 2020.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.718.** Introduce modificações nos crimes contra a dignidade sexual. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2018/lei-13718-24-setembro-2018-787192-publicacaooriginal-156472-pl.html>. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. **Parecer nº 524, 2016.** Acrescenta o art. 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?d-m=4777168&disposition=inline>. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Projeto de lei do Senado nº 618, de 2015**. Altera o Código Penal para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BUZZI, V. de M. **Pornografia de vingança**: contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111 f. Monografia (Graduação em Direito). UFSC, Florianópolis, 2015.

ESCÓCIA. **Abusive behavior and sexual harm act**. 2016. Disponível em: https://cis-india.org/internet-governance/blog/venge-porn-laws-across-the-world#_Toc511943059. Acesso em: 18 abr. 2020.

INGLATERRA. **Criminal justice and courts act**. 2015. Disponível em: https://cis-india.org/internet-governance/blog/venge-porn-laws-across-the-world#_Toc511943058. Acesso em: 17 abr. 2020.

IRLANDA DO NORTE. **Amendment to justice act**. 2016. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/niu/2016/21/section/51/enacted>. Acesso em: 18 abr. 2020.

JAPAN: government discusses how to deal with "Revenge Porn". **Library of Congress**. 2013. Disponível em: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-government-discusses-how-to-deal-with-revenge-porn/>. Acesso em: 5 dez. 2019.

JAPAN: new revenge porn prevention act. **Library of Congress**. 2014a. Disponível em: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/japan-new-revenge-porn-prevention-act/>. Acesso em: 5 dez. 2019.

JAPÃO. **Shiji seiteki gazou kiroku no teikyōu tou ni yoru higai no bousi ni kansuru houritsu**. 2014b. Disponível em: http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18701017.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ROBERT, A. **Revenge porn: uma análise comparativa da eficácia da lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 em frente às decisões brasileiras e à legislação mundial**. 2018. 72f. Monografia (Graduação em Direito). UNISUL, Florianópolis, 2018. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/handle/12345/6202>. Acesso em: 8 jul. 2019.

ROCHA, R. P. **A pornografia de vingança virtual frente ao direito penal: o papel da Lei nº 11.340/2006 na proteção das vítimas**. 2017. 77p. Dissertação (Graduação em Direito). Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://rosario.ufma.br/jspui/handle/123456789/1793>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SCHREIBER, A. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

THE CENTRE FOR INTERNET & SOCIETY. **Revenge Porn laws across the World**, Índia, 2018. Disponível em: <https://cis-india.org/internet-governance/blog/revenge-porn-laws-across-the-world>. Acesso em: 29 out. 2018.

PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NO REGISTRO DE IMÓVEIS

Natália Pergher¹

Ricardo Hack²

RESUMO

O Registro de Imóveis é exercido em caráter privado, por delegação do Poder Público e destinado à proteção da propriedade privada, já que seus atos são revestidos de fé pública e segurança jurídica. Para gerar a proteção devida, é indispensável que seja aplicado o princípio da especialidade, o qual traz ao registro a discriminação e individualização necessária do imóvel e do titular do direito. Nesse sentido, o presente artigo aponta a importância da aplicação do princípio da especialidade no ato do registro da matrícula imobiliária ou no momento da retificação do registro já lavrado e apresenta ao leitor as situações que permitem a retificação do registro. Também demonstra, na prática, a diferença de uma matrícula que aplica integralmente a especialidade para uma antiga, a qual não observou tal premissa. Através do método dedutivo, exprime, de modo sucinto, como ocorre o registro imobiliário e quais normativas e princípios devem ser seguidos pelo registrador, com enfoque ao princípio da especialidade, além de evidenciar que a inobservância de tal pode afetar o exercício do direito de propriedade. Pelo exposto, resta claro que a inobservância do princípio da especialidade deixa diversas inconsistências e incertezas no registro imobiliário, entretanto, o legislador criou meios que permitem a correção dessas lacunas, efetivando, assim, a aplicação direta do princípio e garantindo a segurança jurídica do registro e a proteção da propriedade.

Palavras-chave: Registro de Imóveis. Princípios. Princípio da Especialidade. Matrícula Imobiliária.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; natalia.pergher@gmail.com.

² Professor orientador Ricardo Hack. Pós-graduado em Direito Imobiliário, Notarial e Registral pela UNOESC; Pós-graduado em Direito Processual Civil pela UNOESC; hack.ricardoadv@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura da atual sociedade edificou-se sobre a propriedade e sobre a garantia do exercício do direito de propriedade àqueles nominados para tal, sendo que a proteção desse bem é de suma importância.

Mundialmente, diversos são os meios utilizados para proteger a propriedade do indivíduo, sendo que no Brasil esse papel é exercido pelo Registro Imobiliário e, em especial, pela matrícula do imóvel, desde que esta esteja em consonância com os parâmetros da Lei de Registros Públicos (Lei Federal n. 6.015/73) (BRASIL, 1973).

A matrícula imobiliária tem o condão de permitir a identificação correta do imóvel, por apresentar a descrição não apenas do terreno, mas um histórico dos titulares e possíveis ônus e restrições a ele aplicadas. Ao definir as especificidades do terreno, não apenas é facilitada sua individualização e localização, mas protege o bem e evita o surgimento de impasses futuros.

Nesse sentido, esta pesquisa visa identificar quais são os benefícios da aplicação do princípio da especialidade no registro da matrícula imobiliária.

A presente pesquisa gira em torno da seguinte questão: qual é a importância da aplicação do princípio da especialidade no registro imobiliário? Para solucionar tal questionamento, parte-se da hipótese de que é indispensável a discriminação correta e detalhada do imóvel no ato do registro, para que este possa ser individualizado e diferenciado dos demais imóveis vizinhos. O objetivo geral, por sua vez, é identificar como o princípio da especialidade é aplicado pelo sistema registral imobiliário.

Aplica-se ao trabalho o método dedutivo durante o desenvolvimento da pesquisa, o qual, segundo Lakatos e Marconi (2017, p. 90 e 107), busca explicar ideias através de uma análise da lei e da doutrina pertinente.

Para cumprir com o objetivo geral, divide-se a pesquisa em três seções distintas: inicialmente é apresentado o direito de propriedade na

legislação brasileira e suas faculdades, concedidas ao titular pelo art. 1228 do Código Civil; na segunda seção explana-se acerca do desenvolvimento do sistema de Registro de Imóveis no Brasil, desde o sistema paroquial de 1850 até a Lei de Registros Públicos, de 1973, além de indicar seus princípios basilares e demonstrar, com isso, a segurança jurídica conferida pelo registro de um título no cartório de registro de imóveis, ainda nessa seção, é demonstrado o conceito da matrícula imobiliária, que uma espécie de registro do histórico do imóvel.

Na última seção, para findar a análise, apresenta-se a importância de aplicar o princípio da especialidade no ato de registro da matrícula imobiliária, comparando duas matrículas imobiliárias registradas em épocas e situações distintas, ainda, expõe a possibilidade legislativa da realização de retificação dos registros que sejam incompletos ou errôneos, esmiuçando o procedimento adotado, bem como indica algumas informações referentes ao sistema de georreferenciamento utilizado na atualidade e que traz grande apoio à aplicação do princípio da especialidade.

2 DIREITO DA PROPRIEDADE

Historicamente, o exercício do direito de propriedade sobre os muitos bens, de origem variada, é sinônimo de poder e grande influência, consagrado pela ideia de que existe a possibilidade do indivíduo em ditar quando e de que forma seus bens são utilizados.

O entendimento de que cada indivíduo possui seus bens e que somente o proprietário pode decidir sobre tal, está intrinsecamente ligado com a ideia da limitação do agir do homem, que é exercido apenas sobre suas posses, não devendo atingir o que não lhe pertence.

Tal pensamento norteou diversos doutrinadores que possuíam como intuito definir o termo propriedade, apesar de possuir interpretação e entendimentos amplos.

Álvaro Villaça de Azevedo (2018, p. 49-50) conceitua:

A propriedade é, assim, o estado da coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusivo, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição. O direito de propriedade apresenta-se com sentido amplo, englobando o poder de seu titular sobre os bens materiais, ou corpóreos, e os imateriais, ou incorpóreos. [...]

O direito de propriedade vem sendo conceituado [...] como a faculdade do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Maria Helena Diniz (*apud* AGHIARIAN, 2015, p. 48) pontua:

Propriedade constitui o direito real mais amplo, por incidir sobre bem (móvel ou imóvel) próprio (*jus in re propria*), podendo seu titular dele usar, fruir e dispor (CC, artigo 1.228), sem intervenção de quem quer que seja, ressalvadas as limitações naturais, legais e voluntárias.

As limitações citadas por Maria Helena Diniz advêm de diversas fontes, como uma imposição jurídica oriunda de lei, decisão judicial ou administrativa, do próprio direito de vizinhança e, até mesmo, por vontade própria oriunda de anseios pessoais ou acordos verbais *inter partes*.

Como consequência dos entendimentos e aplicações variadas sobre esse direito, cada nação aborda de forma muito particular o exercício e as limitações impostas pela legislação variam largamente, permeando entre o protecionismo total ou pela liberdade pessoal sobre os bens que possui.

No Brasil, o direito de propriedade é protegido pela Constituição Federal, sendo, inclusive, caracterizado como direito fundamental ao cidadão brasileiro, que segue:

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:
XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social [...] (BRASIL, 1988).

Tal direito é regulamentado pelo Código Civil de 2002, que o classifica como direito real (art. 1225, I), ou seja, um direito exercido sobre a 'coisa', de modo direto ou indireto, e que acompanha o titular enquanto perdurar a propriedade (BRASIL, 2002).

Referida legislação concede ao titular do direito de propriedade "a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha" (art. 1228 CC).

Por tais motivos, entende-se que o direito de propriedade é um dos direitos que abrange maiores faculdades, permitindo que o titular destine a 'coisa' conforme lhe convém dentre todas as hipóteses apresentadas, desde que cumpra sua função social.

Desse modo, é de suma importância que tal direito seja protegido, principalmente quando exercido sobre bens imóveis, em especial terrenos, com ou sem benfeitorias, surgindo aí a necessidade do devido registro imobiliário.

3 REGISTRO DE IMÓVEIS

A proteção ao direito de propriedade é realizada através do Registro de Imóveis, que desde os primórdios, foi incumbido de registrar e guardar informações referentes às terras brasileiras e dos seus titulares, de modo a resguardar o bem imóvel de turbações causadas por proprietários ilegítimos e não registrados.

Os meios para efetivar esses registros e as descrições ali constantes variam de acordo com o desenvolvimento de novas legislações e tecnologias, conforme demonstrar-se-á a seguir.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO REGISTRAL NO BRASIL

Serra (2017, p. 120-127), ao tratar sobre o Registro de Imóveis, apresentou um histórico bastante interessante sobre o desenvolvimento registral no Brasil, de onde extrai-se a linha temporal a seguir.

Durante o período em que o Brasil era uma colônia portuguesa, todas as terras pertenciam ao Imperador, o qual determinava os meios de utilização e exploração praticados por seus súditos.

A partir do momento em que o território começou a ser dividido em capitânicas hereditárias, por volta de 1534, com o intuito de facilitar a governança e o controle das atividades dentro da colônia, surgiu a necessidade de registrar e controlar o espaço físico, de modo a delimitar quem eram os possuidores das terras lusas, bem como o tamanho das terras repassadas como propriedade resolúvel, mas que poderiam ser tomadas pela Coroa quando não cumprissem os requisitos de exploração impostos, momento em que seriam denominadas terras devolutas.

Posteriormente, a Coroa concedeu a propriedade vitalícia aos capitães hereditários que efetivamente exploraram as terras cedidas, adaptando o sistema de Sesmarias aplicado em Portugal, com a diferença da vitaliciedade, fato que não acontecia no Império, já que a propriedade não se transmitia com a morte do titular.

Como as terras da Coroa eram cedidas a uns poucos nobres, geralmente vindos de Portugal para esse fim, muitos imigrantes passaram a ocupar as terras como lhes convinha, já que a posse sobre o bem, na época, bastava para caracterizá-lo como proprietário.

O descontrole sobre a quantidade de terras ocupadas por posseiros ou doadas para exploração forçou a Coroa a implementar o sistema paroquial de registro, através da Lei n. 601/1850. Esse sistema não reconhecia a propriedade do declarante, apenas indicava quem estava de posse das

terras coloniais, pois o próprio possessor procurava o pároco para declarar e caracterizar o terreno, posteriormente o próprio pároco emitia uma certidão para a parte e que confirmava a transcrição realizada no livro paroquial, da mesma forma ocorria o registro de hipotecas, que possibilitava uma espécie de histórico sobre a ocorrência do gravame.

Tal sistema foi alterado apenas em 1864, com a promulgação da Lei n. 1.237, que reuniu o sistema de registro de imóveis e a constituição de ônus reais, porém abortou apenas a transmissão e registro dos imóveis por ato *inter vivos*, ignorando as sucessões *causa mortis* e as transmissões decorrentes de sentença judicial. Também conferiu publicidade aos atos, ao tornar obrigatório o registro, e, conseqüentemente, validando as disposições perante terceiros (*erga omnes*).

Apesar da revolução no meio registral, a legislação não garante que o registro imobiliário comprove o *animus domini* do proprietário, ou seja, considerou o registro como mera obrigatoriedade, sem concedê-lo a fé pública e a presunção de veracidade.

Referido diploma legal estabeleceu os tipos de hipoteca permitidos e definiu quais os objetos em que o ônus poderia recair, além de condicionar a validade para terceiros à exigência de registro e a transcrição de escritura pública de imposição de gravames.

O Decreto n. 451-B/1890, instituiu o Sistema de Torrens, que é válido apenas para imóveis rurais (exegese do art. 277 da LRP). Segundo Ceneviva (2010, p. 1358), há três princípios que norteiam tal sistema:

- 1) instituição de processo expurgativo, destinado a precisar e delimitar a propriedade, a 'fixar de modo irrevogável, para com todos, os direitos do proprietário, autenticando-os em um título público';
- 2) criação de sistema adequado a patentear exatamente a condição jurídica do solo;
- 3) mobilização da propriedade territorial, de modo a assegurar sua pronta transmissão e a constituição fácil de hipotecas e sua cessão por via de endosso.

Retomando a linha temporal de Serra (2017, p. 120-127), no ano de 1916 surgiu o Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071), que definiu que a propriedade do imóvel é adquirida pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel, porém inovou ao aplicar a transcrição registral não apenas à transmissão *inter vivos*, mas também as decisões judiciais de divisão ou demarcação de terras, de inventários e partilhas, além de arrematações ou adjudicações em hasta pública.

O Código Civil também reconheceu o direito real de propriedade ao nominal contido na transcrição do registro do imóvel, bem como o domínio só é transferido no momento em que ocorrer o registro cabível e a prenotação no protocolo registral imobiliário.

Buscando aprimorar o sistema registral estruturado pelo Código Civil, surgiu o Decreto 18.542/1928 que trouxe a exigência de apresentação de transcrição anterior para ser analisada, antes que a nova transcrição seja realizada. Essa exigência e a possibilidade de análise das anotações já realizadas com relação ao imóvel baseiam-se no princípio da continuidade, que permite a realização de uma espécie de 'linha do tempo' do imóvel, expondo todas as transcrições e as origens, bem como indicando possíveis mudanças com relação às medidas e confrontantes.

Ainda no anseio de proteger e regulamentar o direito de propriedade veio o Decreto n. 58/1937, que disciplinou sobre o parcelamento de solo urbano e rural, de modo amplo e concreto. Outro Decreto de suma importância é o n. 4.867 de 9 de novembro de 1939, que implantou um método de Transcrições, onde os atos eram dispostos em livros, de acordo com o tipo e a ordem de cronológica de realização, o que fazia com que os atos relativos ao mesmo imóvel estivessem transcritos em livros diferentes, causando certa confusão (SERRA, 2017, p. 124-125).

Entende-se então que:

O Direito brasileiro, como se observou, contempla o princípio da proteção da aparência jurídica como um princípio tácito,

extraído de uma cadeia principiológica anterior que lhe serve de amparo lógico-jurídico, e tem o escopo de proteger as pessoas que confiaram legitimamente em situações que aparentavam ser juridicamente quando em verdade não eram, permanecendo oculta a real situação. Assim, no Direito brasileiro, aquele que adquire um direito publicizado no registro imobiliário, confiando na situação jurídica publicizada pelo Estado, e com fé pública, diga-se, será protegido em tal direito – melhor dizendo, terá direito à aplicação do princípio da tutela da aparência jurídica, o que lhe garantirá o direito adquirido, salvo se, no caso concreto, houver colisão com algum outro princípio ou regra, cuja ponderação atribua um peso maior (BRANDELLI, 2016, p. 274).

Desde então, os registros imobiliários foram aperfeiçoados pela sociedade, de acordo com as necessidades e possibilidades existentes, culminando, em dezembro de 1973, na Lei n. 6.015, conhecida como a Lei dos Registros Públicos.

Após o advento da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), a especialização do imóvel para garantir sua proteção tornou-se indispensável e cada vez mais detalhado.

Verifica-se que, desde os primórdios, o direito registral imobiliário possuía o objetivo de trazer maior clareza e segurança jurídica para os cidadãos, já que a publicidade dos atos permitiu a transparência dos registros efetuados em todo o território nacional.

Esses princípios regentes foram estampados logo no primeiro artigo da Lei 6.015/73, que assegura que “os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

3.2 PRINCÍPIOS REGISTRAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico atual, expresso pelas normas e entendimentos legislativos, construiu-se sobre uma essência, algo que permeia todos

os indivíduos ao longo de gerações, tal essência é conhecida como princípio.

Os princípios forneceram um rumo, um caminho a ser atendido pelas leis promulgadas, mas são aplicados de forma rotineira, haja vista que, muitas vezes, a legislação precisa de um suporte para proporcionar o entendimento e aplicação correta das disposições.

Miguel Reale (2020, p. 60) disciplina que:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.

Por refletir a consciência e o pensamento de um grupo, é indispensável que o constituinte aplique-os no momento em que elabora as normas locais, pois certamente, na obscuridade ou lacuna legislativa, serão os princípios que poderão oferecer um caminho para solucionar tal impasse.

Para Álvaro de Melo Filho (2020, p. 5), o “princípio é uma regra básica, implícita ou explícita que, pela sua generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas com que eles se conectam”.

A visão atual de sociedade e o modo como as leis são escritas e aplicadas construiu-se com a utilização contínua de tais princípios, em especial em momentos sequer previstos pela própria legislação.

A Carta Magna serviu como bases para os diversos ramos do Direito, criando e adequando as legislações conforme o assunto abordado (seja cível, trabalhista, processual, dentre outros).

Cada ramo do Direito não possui apenas suas leis e normas específicas, mas também possui seus próprios princípios, que possuem papel de suma importância na interpretação legislativa e nas lacunas e variáveis que surgem diariamente.

3.2.1 Princípio da segurança jurídica

Ao observar as transformações e evoluções nos sistemas e nas leis do ordenamento registral brasileiro possuíam, basicamente, o mesmo ânimo, ou seja, todas buscavam criar métodos para garantir e proteger bens ou direitos, em claro anseio por segurança jurídica.

Para Melo (2004, p. 24) aplicação correta das leis, enunciados e princípios trás “a segurança necessária que o Direito espera e necessita para estabilidade das relações jurídicas, segurança essa que até justifica o emprego de formalismo moderado”, sendo esse um dever do tabelião e do profissional do direito, durante o exercício da sua profissão.

3.2.2 Princípio da legalidade

Para garantir a validade do registro imobiliário, é necessário seguir todos os preceitos exigidos em lei, a fim de “estabelecer a correspondência constante entre a situação jurídica e a situação registral, de modo que o público possa confiar plenamente no registro” (MELO FILHO, 2020, p. 35).

Desse modo, verifica-se que o princípio da legalidade é primordial e está essencialmente ligado ao ramo registral, pois nenhuma ação pode ser praticada de modo ilegal ou contrário ao disposto nas previsões legislativas.

Entretanto, inúmeras vezes, a documentação apresentada pelo requerente pode apresentar inconsistências e causar dúvidas ao tabelião, que pode solicitar novos documentos ou recorrer ao Juízo, conforme orienta a Lei n. 6.015/73:

Art. 198 – Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte: (Renumerado do art 198 a 201 'caput' com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

I – no Protocolo, anotar-se-á o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;

II – após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;

III – em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;

IV – certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Art. 199 – Se o interessado não impugnar a dúvida no prazo referido no item III do artigo anterior, será ela, ainda assim, julgada por sentença. (Renumerado do art. 201 § 1º com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

Art. 203 – Transitada em julgado a decisão da dúvida, proceder-se-á do seguinte modo: (Renumerado dos arts. 203 e 204 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

I – se for julgada procedente, os documentos serão restituídos à parte, independentemente de traslado, dando-se ciência da decisão ao oficial, para que a consigne no Protocolo e cancele a prenotação;

II – se for julgada improcedente, o interessado apresentará, de novo, os seus documentos, com o respectivo mandado, ou certidão da sentença, que ficarão arquivados, para que, desde logo, se proceda ao registro, declarando o oficial o fato na coluna de anotações do Protocolo (BRASIL, 1973).

A possibilidade esclarecimento de dúvidas pela via judicial garante a transparência dos registros, a fim de que expressem e indiquem todos os requisitos necessários para que a prenotação ocorra de modo regular.

3.2.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Os atos registrais são públicos, ou seja, estão disponíveis a qualquer cidadão que deseje consultá-los, fator que trás transparência as ações do

tabelião, mas também permite que seja verificada a legalidade e veracidade dos dados alegados, e que podem ser refutados por qualquer interessado.

Para Nicolau Balbino Filho (*apud* MELO, 2004, p. 20) “a publicidade é a alma dos registros públicos. É a oportunidade que o legislador quer dar ao povo de conhecer tudo que lhe interessa a respeito de determinados atos. Deixa a par de todo o movimento de pessoas e bens”.

Nota-se que a publicidade dos atos é fundamental para garantir que nenhum cidadão seja lesado por ato praticado por terceiro que tenha agido, ou não, de boa-fé, pois ainda que seja necessária a comprovação das informações antes da prenotação, a real situação dos imóveis pode ser muito diferente da alegada em cartório.

3.2.4 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE

O princípio da continuidade visa garantir que os registros realizados em relação a determinado imóvel estejam dispostos em sequencia, facilitando o acesso e a verificação dos atos.

Afrânio de Carvalho (*apud* MELO, 2004, p. 16) define como:

O princípio da continuidade, que se apoia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência de imóvel no patrimônio de transferente. Ao exigir que cada inscrição encontre sua procedência em outra anterior, que assegure a legitimidade da transmissão ou da oneração do direito, acaba por transformá-la no elo de uma corrente ininterrupta de assentos, cada um dos quais se liga ao seu antecedente, como o seu subsequente a ele se ligará posteriormente. Graças a isso o Registro de Imóveis inspira confiança ao público.

Havendo continuidade dos atos de cada imóvel, protege-se a autenticidade de cada prenotação, com a devida evolução do registro,

de acordo com cada situação a qual o imóvel é submetido, conforme a procedência de cada medida.

3.2.5 Princípio da cindibilidade

A cindibilidade permite que o cidadão busque registrar apenas parte de um imóvel, como ocorre quando um terreno maior é dividido em outros menores, cujo registro pode ser feito de modo integral ou de apenas um ou dois terrenos, de acordo com o interesse do requerente.

Serra (2017, p. 158) preceitua que:

O princípio da cindibilidade possibilita que a parte requeira o registro de apenas parte dos direitos apresentados no título, desde que exista possibilidade de separação dos referidos direitos. Assim, no caso de uma única escritura em que esteja ocorrendo a venda de vários imóveis, por exemplo, é possível que a parte requeira expressamente (por escrito) que seja utilizado o princípio da cindibilidade e que naquele momento seja registrada a venda apenas de um ou de alguns dos imóveis contidos na escritura. O mesmo ocorre no caso de haver um inventário no qual existam vários imóveis; pode-se requerer o registro de apenas um ou alguns deles e deixar o registro dos restantes para um momento posterior. Devemos destacar, todavia, como já indicado, que o princípio da cindibilidade não permite que se edite um direito único, desfigurando-o. Assim, não é possível que se requeira a cindibilidade para evitar o registro apenas de algumas cláusulas do negócio, como no caso de uma doação com cláusula de inalienabilidade, de reversão ou qualquer outra que faça parte da essência da vontade expressa no ato.

Constata-se a evolução proporcionada pela Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), que permitiu que o cidadão registrasse apenas o título ou a parte do imóvel de seu interesse, evitando a prenotação de situação desnecessárias e alheias ao objeto principal.

3.2.6 Princípio da especialidade

A especialidade traz à tona a necessidade de que todo o registro imobiliário deve indicar e individualizar, de maneira mais precisa possível, o imóvel objeto de prenotação.

Nos dizeres de Afrânio de Carvalho (*apud* MELO, 2004, p. 19-20):

O princípio de especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto precisamente individuado. Assim, o requisito registral da especialidade do imóvel, vertido no fraseado clássico do direito, significa a sua descrição como corpo certo, a sua representação escrita como individualidade autônoma, como o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto heterogêneo em relação a qualquer outro. O corpo certo imobiliário ocupa um lugar determinado no espaço, que é o abrangido por seu contorno, dentro do qual se pode encontrar maior ou menor área, contanto que não sejam ultrapassadas as raiais definidoras da entidade territorial.

Ao analisar tal princípio, Melo (2004, p. 20) divide-o em três espécies: a objetiva, que trata das características do imóvel objeto do registro; a subjetiva, que atinge a identificação do titular do imóvel, ou de quem exerce direitos sobre tal; a especialidade do fato jurídico, que abrange a natureza, condições e valores do negócio jurídico. Sendo que o autor destaca que este último não é muito difundido no meio registral.

O princípio da especialidade está expresso no artigo 176 da Lei n. 6.015/73:

Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. (Renumerado do art. 173 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

3) a identificação do imóvel, que será feita com indicação: (Redação dada pela Lei nº 10.267, de 2001)

- a – se rural, do código do imóvel, dos dados constantes do CCIR, da denominação e de suas características, confrontações, localização e área; (Incluída pela Lei nº 10.267, de 2001)
- b – se urbano, de suas características e confrontações, localização, área, logradouro, número e de sua designação cadastral, se houver (BRASIL, 2001).

Loureiro (2017, p. 572) disciplina que:

A caracterização do imóvel constante do título deve coincidir com aquela que consta do registro anterior, sob pena de não ser aceito o seu ingresso no cadastro imobiliário. A especialização, portanto, significa a descrição do imóvel como um corpo certo, que o torna inconfundível e distinto de qualquer outro. Eventuais erros nos limites artificiais ou naturais do imóvel podem ser retificados administrativa ou judicialmente, quando descobertos. Em outras palavras, havendo discrepância entre os limites reais do imóvel e aqueles constantes da matrícula, esta deverá ser retificada, de ofício, como será visto oportunamente.

Nota-se a importância deste princípio, não apenas pela garantia de individualização do bem, mas pela possibilidade de definir, com exatidão quem é titular de direitos e quem realizou o ato jurídico prenotado, em todo o histórico do imóvel, protegendo o titular e o bem de riscos de arguição de nulidades.

3.2.7 Princípio da unitariedade da matrícula

Esse princípio está previsto na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), da seguinte forma:

Art. 176 – O Livro nº 2 – Registro Geral – será destinado, à matrícula dos imóveis e ao registro ou averbação dos atos relacionados no art. 167 e não atribuídos ao Livro nº 3. (Renumerado do art. 173 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 1º A escrituração do Livro nº 2 obedecerá às seguintes normas: (Renumerado do parágrafo único, pela Lei nº 6.688, de 1979)

I – cada imóvel terá matrícula própria, que será aberta por ocasião do primeiro registro a ser feito na vigência desta Lei [...] (BRASIL, 1973).

Junto com o princípio da especialidade, o princípio da unitariedade da matrícula garante que o imóvel “X”, com características específicas, possua uma única matrícula.

Desse modo, ao consultar o Cartório de Registro de Imóveis, o cidadão irá encontrar o imóvel “X” registrado apenas na matrícula “Y”, contendo a descrição completa de suas características e titularidade, pois cada imóvel possui sua matrícula específica.

3.2.8 Princípio da presunção da legitimidade e fé pública

Todos os atos registrais são eivados de presunção de legitimidade e fé pública, ou seja, “os direitos inscritíveis em nosso sistema gozam de uma presunção relativa de veracidade pelo fato de se encontrarem insertos no fólio real, e o oficial da serventia imobiliária goza de fé pública em relação aos atos que pratica no exercício das funções” (SERRA, 2017, p. 169).

Como existe a ideia de que as informações expressas no registro são reais e verossímeis, a contestação, retificação ou cancelamento só pode ocorrer através dos meios apropriados, previstos em lei³:

Art. 212. Se o registro ou a averbação for omissa, imprecisa ou não exprimir a verdade, a retificação será feita pelo Oficial do Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, por meio do procedimento administrativo previsto no art. 213, facultado ao interessado requerer a retificação por meio de procedimento judicial. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

Parágrafo único. A opção pelo procedimento administrativo previsto no art. 213 não exclui a prestação jurisdicional, a requerimento da parte prejudicada. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

³ Lei n. 6.015/1973.

A legitimidade e a fé pública, junto com os demais princípios, fazem com que a sociedade tenha confiança e segurança nos atos registrais.

3.3 MATRÍCULA IMOBILIÁRIA

Denota-se que o processo de registro de um título imobiliário perpassa por diversas etapas, possuindo inúmeras leis e princípios que devem ser aplicados pelo tabelião, a fim de que o ato registrado ocorra do modo mais transparente possível.

Dentro do Registro de Imóveis, o tabelião possui livros específicos, conforme dispõe a Lei n. 6.015/73:

Art. 172 – No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *'inter vivos'* ou *'mortis causa'* quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade. (Renumerado do art. 168 § 1º para artigo autônomo com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

Art. 173 – Haverá, no Registro de Imóveis, os seguintes livros: (Renumerado do art. 171 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

I – Livro nº 1 – Protocolo;

II – Livro nº 2 – Registro Geral;

III – Livro nº 3 – Registro Auxiliar;

IV – Livro nº 4 – Indicador Real;

V – Livro nº 5 – Indicador Pessoal.

Parágrafo único. Observado o disposto no § 2º do art. 3º, desta Lei, os livros nºs 2, 3, 4 e 5 poderão ser substituídos por fichas (BRASIL, 1973).

O Livro n. 1 trata do protocolo e consta todos os títulos apresentados diariamente, discriminando: o número de ordem, que seguirá indefinidamente nos livros da mesma espécie; a data da apresentação; o

nome do apresentante; a natureza formal do título; os atos que formalizar, resumidamente mencionados⁴.

Já no Livro n. 2, é destinado à matrícula dos imóveis e ao registro e averbação de atos previstos no art. 167 da Lei n. 6.015/73 e os não atribuídos no Livro n. 3.

O Livro n. 3 é denominado Registro Auxiliar, onde são escriturados atos que não são diretamente relativos ao imóvel matriculado, conforme rol apresentado pelo art. 178 da Lei 6.015/73, como, por exemplo, penhor de máquinas e equipamentos localizados no imóvel, hipotecas, debêntures, crédito ou penhor rural, etc.

O Indicador Real, Livro n. 4, "será o repositório de todos os imóveis que figurarem nos demais livros, devendo conter sua identificação, referência aos números de ordem dos outros livros e anotações necessárias".⁵

No Indicador Pessoal, Livro n. 5, consta "os nomes de todas as pessoas que, individual ou coletivamente, ativa ou passivamente, direta ou indiretamente, figurarem nos demais livros, fazendo-se referência aos respectivos números de ordem".⁶

Partindo dessa premissa básica, analisar-se-á a matrícula imobiliária, definida por Loureiro (2017, p. 632) como:

Matrícula é o procedimento que, tomando como base uma inscrição de domínio ou outro direito real imobiliário, tem por objeto o ingresso do imóvel, em forma originária, ao novo sistema registral; mediante a abertura de uma folha na qual tal bem é determinado e individuado, assim como o respectivo proprietário, e que confere um ordenamento à cadeia de transmissões e modificações reais imobiliárias, permanecendo inalterado até que seja inscrito um título posterior que implique constituição de novo direito real ou modificação ou extinção daquele já inscrito.

⁴ Art. 175, Lei n. 6.015/73.

⁵ Art. 179, *idem*.

⁶ Art. 180, *idem*.

A matrícula imobiliária constante no Livro n. 2, é efetuada uma única vez, no momento em que o imóvel é individualizado, em consonância com o princípio da unitariedade da matrícula, já abordado neste artigo.

Na matrícula constará o número de ordem, que seguirá ao infinito; a data, a identificação do imóvel (rural ou urbano), o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário (pessoa física ou jurídica), o número do registro anterior, tratando-se de imóvel em regime de multipropriedade, a indicação da existência de matrículas.⁷

Para que o tabelião realize a matrícula do imóvel, o requerente deve apresentar:

Art. 176 [...]

III – são requisitos do registro no Livro nº 2:

- 1) a data;
- 2) o nome, domicílio e nacionalidade do transmitente, ou do devedor, e do adquirente, ou credor, bem como:
 - a) tratando-se de pessoa física, o estado civil, a profissão e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda ou do Registro Geral da cédula de identidade, ou, à falta deste, sua filiação;
 - b) tratando-se de pessoa jurídica, a sede social e o número de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda;
- 3) o título da transmissão ou do ônus;
- 4) a forma do título, sua procedência e caracterização;
- 5) o valor do contrato, da coisa ou da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver.⁸

Após a apresentação dos documentos necessários, realiza-se a escrituração, detalhada por Cavalcanti e Deboni (2011, p. 114-115):

A escrituração da matrícula é feita do seguinte modo: no alto de cada folha do Livro 2 será lançada a matrícula do imóvel, com número de ordem, que seguirá ao infinito; data em que foi aberta; identificação completa do imóvel por seus característicos, confrontações, localização e área; nome, qualificação, domicílio

⁷ Art. 176, idem.

⁸ Art. 176, idem.

e nacionalidade do proprietário. Em espaço restante da folha, serão feitos os registros e averbações relativos ao imóvel, por ordem cronológica e em forma narrativa. Preenchida a folha inicial, será feito o transporte para a primeira folha em branco do mesmo livro ou livro da mesma série que estiver em uso, onde continuarão a ser escriturados os registros e averbações com remissões recíprocas.

Desse modo, todas as informações referentes a cada matrícula serão averbadas em um mesmo local, de modo público e contínuo, enquanto àquela matrícula existir, garantindo a organização e a publicidade dos atos.

A proteção conferida ao imóvel e seu titular evita diversas fraudes, já que os ônus e gravames são averbados na matrícula, bem como quaisquer distorções, desqualificações e descaracterizações do imóvel podem ser apuradas facilmente.

4 A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE NA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA

Conforme demonstrado anteriormente, diversos são os requisitos necessários para a realização e registro da matrícula imobiliária que devem ser respeitados, a fim de revestir o título de toda segurança jurídica o qual faz jus.

A Lei dos Registros Públicos (Lei n. 6.015/73) é clara ao dispor que:

Art. 225 – Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário. (Renumerado do art. 228 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).

§ 1º As mesmas minúcias, com relação à caracterização do imóvel, devem constar dos instrumentos particulares apresentados em cartório para registro.

§ 2º Consideram-se irregulares, para efeito de matrícula, os títulos nos quais a caracterização do imóvel não coincida com a que consta do registro anterior (BRASIL, 1973).

Essas minúcias citadas pelo legislador tratam-se nada mais do que características, detalhes, cuja indicação remete à um imóvel específico e de localização específica.

A falta de informações e características do imóvel na matrícula pode afetar as faculdades do proprietário. Nesse sentido Augusto (2013, p. 257) leciona:

Em regra, a descrição precária do imóvel não gera o bloqueio da matrícula, pelo menos para a maior parte dos atos registrais. Havendo descrição do imóvel, mesmo imperfeita ou até mesmo tecnicamente incorreta, é possível o registro de venda, hipoteca, penhora, doação, desde que se refiram ao imóvel todo (mesmo em frações ideais). Entretanto, não é possível a prática de atos que dependem diretamente da análise da descrição tabular do imóvel, como desmembramento, unificação, instituição de servidão de passagem, descrição de reserva legal.

Constatada a existência de lacunas na descrição imobiliária, o Código Civil menciona que o proprietário ou interessado deve buscar a devida retificação, *in verbis* "Art. 1.247. Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule".

Assim, o proprietário ou um terceiro interessado pode buscar meios para promover a retificação, que pode ser feita de modo extrajudicial nos casos especificados pela Lei 6.015/73:

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:
(Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

I – de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:
(Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004)

- a) omissão ou erro cometido na transposição de qualquer elemento do título; (Incluída pela Lei nº 10.931, de 2004)
 - b) indicação ou atualização de confrontação; (Incluída pela Lei nº 10.931, de 2004)
 - c) alteração de denominação de logradouro público, comprovada por documento oficial; (Incluída pela Lei nº 10.931, de 2004)
 - d) retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais; (Incluída pela Lei nº 10.931, de 2004)
 - e) alteração ou inserção que resulte de mero cálculo matemático feito a partir das medidas perimetrais constantes do registro; (Incluída pela Lei nº 10.931, de 2004)
 - f) reprodução de descrição de linha divisória de imóvel confrontante que já tenha sido objeto de retificação; (Incluída pela Lei nº 10.931, de 2004)
 - g) inserção ou modificação dos dados de qualificação pessoal das partes, comprovada por documentos oficiais, ou mediante despacho judicial quando houver necessidade de produção de outras provas; (Incluída pela Lei nº 10.931, de 2004)
- II – a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA, bem assim pelos confrontantes. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004) (BRASIL, 1973).

O pedido de regularização extrajudicial possui um procedimento próprio e só terá andamento após o devido registro de protocolo junto ao Registro de Imóveis, em atendendo o disposto no art. 182 da LRP, a saber, “todos os títulos tomarão, no Protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequência rigorosa de sua apresentação”.

Cassettari, Serra e Serra (2016, p. 52) preceitua:

Desta forma, sendo o pedido de retificação de um título que pretende ingresso na serventia imobiliária, tal ingresso deve se dar por meio do protocolo que, entre outras funções, tem

o objetivo de controlar os documentos que se encontram na serventia. Contudo, essa exigência não se justifica quando a retificação é feita de ofício, pois nesse caso não existe ingresso de nova documentação, sendo que todos os dados necessários à retificação já se encontram na serventia. A existência de protocolo, todavia, não implica no controle de propriedade em relação aos procedimentos retificatórios, nem na necessidade de obediência do prazo de trinta dias da prenotação.

A inobservância do prazo de 30 dias está relacionada ao fato de que, dependendo do teor das informações que serão retificadas, os confrontantes e interessados devem ser notificados e podem apresentar impugnação, portanto o prazo para conclusão das alterações é incerto.

Da Lei de Registros Públicos se extrai:

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação: [...]

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Registro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 3º A notificação será dirigida ao endereço do confrontante constante do Registro de Imóveis, podendo ser dirigida ao próprio imóvel contíguo ou àquele fornecido pelo requerente; não sendo encontrado o confrontante ou estando em lugar incerto e não sabido, tal fato será certificado pelo oficial encarregado da diligência, promovendo-se a notificação do confrontante mediante edital, com o mesmo prazo fixado no § 2º, publicado por duas vezes em jornal local de grande circulação. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 4º Presumir-se-á a anuência do confrontante que deixar de apresentar impugnação no prazo da notificação. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 5º Findo o prazo sem impugnação, o oficial averbará a retificação requerida; se houver impugnação fundamentada por parte de algum confrontante, o oficial intimará o requerente e o profissional que houver assinado a planta e o

memorial a fim de que, no prazo de cinco dias, se manifestem sobre a impugnação. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

§ 6º Havendo impugnação e se as partes não tiverem formalizado transação amigável para solucioná-la, o oficial remeterá o processo ao juiz competente, que decidirá de plano ou após instrução sumária, salvo se a controvérsia versar sobre o direito de propriedade de alguma das partes, hipótese em que remeterá o interessado para as vias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

Conforme se verifica, além da possibilidade de impugnação, a falta de um acordo amigável pode levar o pedido de retificação para a via judicial, local em que o tempo para conclusão da demanda é completamente incerto.

Ainda que haja a possibilidade de retificação dos registros omissos, os titulares dos imóveis optam por deixar a situação como está e tomar medidas apenas quando forem estritamente necessárias, como no caso de compra e venda ou desmembramentos.

Entretanto, “o registro poderá também ser retificado ou anulado por sentença em processo contencioso, ou por efeito do julgado em ação de anulação ou de declaração de nulidade de ato jurídico, ou de julgado sobre fraude à execução” (art. 216, LRP).

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (*apud* APARÍCIO, 2011), a via judicial é obrigatória:

Se houver impugnação fundamentada, se não ocorrer transação entre os interessados ou se o pedido envolver direito de terceiros, a retificação deverá ser decidida pelo juiz ainda em sede correccional. Se a controvérsia versar sobre direito de propriedade das partes, a matéria deverá ser objeto de processo judicial. No mais, situações comezinhas de retificação de registro serão decididas pelo registrador, o qual, se tiver dúvidas, consultará o juiz corregedor.

Quando constatado a ocorrência de um dos casos acima elencados, a retificação judicial passa ao seu trâmite, sendo que a legitimidade para propositura varia de acordo com a situação, conforme apontado por José de Oliveira (*apud* APARÍCIO, 2011):

A retificação pela via judicial segue o rito ordinário, previsto nos artigos 282 e seguintes do CPC, e tem palco sempre que houver conflito de interesses no objeto da retificação, como, por exemplo, no caso de o interessado não conseguir anuência de qualquer das pessoas que a pôr o seu consentimento para a retificação pretendida. [...] Dessa forma, não sendo possível a retificação por via administrativa, a ação contenciosa ordinária poderá ser proposta: pelo proprietário com título não registrado contra titular aparente do direito real; pelo proprietário com título registrado contra beneficiário de direito real indevidamente registrado; pelo proprietário, nas hipóteses de registro injustificado de um direito pessoal; no caso de não-cancelamento de um direito real já extinto; na circunstância de ter havido alienação do imóvel por quem o recebeu indevidamente; pelo titular de um direito real sobre coisa alheia, se terceiro sem causa legítima o registrar em lugar do verdadeiro titular; se o direito real for cancelado sem fundamento jurídico; se fizer registro indevido de uma restrição ao direito real; se conferir prioridade indevida a um outro direito real; pelo titular de direitos distintos.

Nota-se que o legislador forneceu diversas formas para que o proprietário ou o terceiro interessado procedam com a regularização da matrícula imobiliária, além de conceder ao registrador "autonomia funcional para retificação ou averbação, [...] com técnica e especialização necessárias para a verificação da situação que se pretende corrigir" (PEDROSO; LAMANAUSKAS, 2015, p. 185).

Para demonstrar a importância e a necessidade de discriminar corretamente o imóvel e aplicar o princípio da especialidade, há de se observar a transcrição n. 20.567:

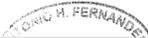
Figura 1 – Transcrição imobiliária n. 20.567

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
PODER JUDICIÁRIO		
ESTADO DE SANTA CATARINA COMARCA DE JOAÇABA OFICIAL: Antônio Henrique Fernandes	REGISTRO DE IMÓVEIS 1º OFÍCIO Registro Auxiliar	Reg. Auxiliar nº 20.567 Ficha nº 01 Ano: Livro nº 3
		Fis. 1 de 2
CERTIDÃO		
Certifico, a pedido de parte interessada, que revendo neste Ofício, o livro findo de transcrição das transmissões nº 3 "Q", nele as fis. nº 112, consta a transcrição nº 20.567, a qual figuram como adquirentes: <u>NEIVO ANTONIO MARCHETTI</u> e <u>ELEMAR JOSE MARCHETTI</u> . Consta de parte dos lotes rurais n. 52 e 53, em comum com outros herdeiros, situado na Colônia Herval, Propriedade Lajeado Leãozinho, Segundo		

Fonte: 1º Ofício de Registro de Imóveis, Joaçaba/SC.

Figura 2 – Transcrição imobiliária n. 20.567 (parte II)

Reservado, Primeiro Distrito, com a área de trezentos e vinte e quatro mil seiscentos e oitenta e cinco metros quadrados (324.685m²), sem benfeitorias, confrontando: De um lado, com terras de herdeiros da mesma partilha, de outro lado, com terras de Inocente Pessotto e Guerino Ballan, de outro lado, com terras de Francisco de Oliveira Lemos e de outro lado, com terras de Guerino Ballan. Figura como transmitente: LUIZ GHIGGI e s.m. Data da transcrição: 08 de fevereiro de 1.958. Escritura Pública de compra e venda, lavrada pelo Escrivão de Herval D. Oeste desta Comarca de Joaçaba SC, em 21 de Fevereiro de 1.958. Averbações: Com reserva de Usufruto ao pai dos menores: Angelo Pedro Marchetti, em 08 de Março de 1.958. P. Fernandes, Of. do Reg. Parte com 53.144,59ms2, para Cohab. R.1-4.354, L.2, em 03-10-1.979. Parte com 175.770ms2, inventariado, R.1-9.033, L.2, em 15-10-1.984. Parte restante com 135.770,21ms2, vide abertura da matricula n.20.195, L.2, em 18-11-1.993. Do que dou fé.



Fonte: 1º Ofício de Registro de Imóveis, Joaçaba/SC.

Tal transcrição foi realizada no ano de 1958 e exprime as informações fornecidas ao registrados, conforme as possibilidades da época e como se

praticava na Comarca, sendo necessário o questionamento: ao observar a transcrição n. 20.567, é possível vislumbrar a localização do imóvel, o formato do terreno e seus limites?

Atualmente, as informações são obtidas através de memorial descritivo e os registros imobiliários são precedidos de ART elaborado por profissional habilitado e trazem consigo o imóvel georreferenciado, uma inovação consequente da promulgação da Lei n. 10.267/2001, que alterou a Lei de Registros Públicos:

Art. 176.

[...]

§ 3º Nos casos de desmembramento, parcelamento ou remembramento de imóveis rurais, a identificação prevista na alínea a do item 3 do inciso II do § 1º será obtida a partir de memorial descritivo, assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.

§ 4º A identificação de que trata o § 3º tornar-se-á obrigatória para efetivação de registro, em qualquer situação de transferência de imóvel rural, nos prazos fixados por ato do Poder Executivo.”(NR)

Art. 225.

[...]

§ 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais (NR) (BRASIL, 2001).

A partir da exigência do fornecimento das coordenadas georreferenciadas dos imóveis rurais, tal medida passou a ser adotada

pelos proprietários dos imóveis urbanos, trazendo mais segurança jurídica e melhorando significativamente a aplicação do princípio da especialidade.

Loureiro (2017, p. 571) aduz que: "A descrição geométrica do imóvel não é suficiente para a observância do princípio da especialidade. Deve haver uma amarração geográfica, que marque a posição do imóvel no espaço [...]".

No mesmo caminho Jonas da Silva (2016, p. 39), em seu artigo "Retificação administrativa e georreferenciamento" exprime:

Logo a especialidade objetiva deve acompanhar a evolução tecnológica. Use por exemplo a possibilidade de que se fosse instituído um cadastro único de pessoa física, que abarcasse todos os dados de RG (Registro Geral), CPF-RF (Cadastro da Pessoa Física na Receita Federal), CNH (Carteira Nacional de Habilitação), enfim todos, este novo documento seria usado e exigido por lei, fariam de maneira célere que todos fossem obrigados por lei a atualizar seus cadastros em prol da melhoria para a sociedade como um todo; da mesma feita funciona com a especialidade objetiva, os meios de atingi-la tornaram-se mais eficientes com o georreferenciamento, na intenção de melhoria do sistema registral brasileiro, buscou-se a aplicação do georreferenciamento para os casos previstos na Lei nº 10.267 de 2001.

O desenvolvimento de novas tecnologias auxiliou ainda mais na tradução da realidade fática para a matrícula, já que os meios para discriminar os imóveis também foram alterados, como é facilmente notado na Matrícula n. 27.592, transcrita a seguir:

Figura 3 – Matrícula imobiliária n. 27.592



Fonte: 1º Ofício de Registro de Imóveis, Joaçaba/SC.

O registro acima transcrito foi realizado no ano de 2009 e facilmente é notada a aplicação e utilização, pelo registrador, dos princípios elencados no presente trabalho, em especial o princípio da especialidade.

Em minuciosa análise, é verificado como estão detalhadamente discriminado as medidas do terreno matriculado, bem como cada ponto e cada confrontante, o que permite a fácil localização do imóvel e a confirmação da veracidade das informações ali mencionadas.

Os registros apresentados referem-se ao mesmo imóvel, ou a parte dele, já que houve desmembramentos, porém cada um exprime a realidade de uma maneira diferente, de acordo com o momento em que foi registrado.

Assim, entende-se que o georreferenciamento e a retificação dos registros tem suma importância para que se possa corrigir qualquer tipo de omissão, imprecisão ou não expressão da verdade, fazendo com que o princípio da especialidade seja efetivamente aplicado e observado pelo registrador.

Devidamente aplicado e utilizado, o princípio da especialidade imobiliária reveste o ato com a segurança jurídica que lhe é necessária, além de proteger a propriedade e as dimensões do imóvel.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, o Registro de Imóveis é indispensável para efetivação do direito de propriedade, já que traz a público o registro de um título de posse de um imóvel cuja descrição é protegida e revestida de presunção de veracidade, devido à fé pública do registrador.

Diversas normas e princípios permeiam os atos registrais, dentre eles destaca-se o princípio da especialidade, que é aplicado pelo registrador no ato da realização da matrícula imobiliária, a fim de garantir a singularidade do imóvel.

Tal princípio é muito relevante e não pode, em hipótese alguma, ser ignorado, pois a possibilidade de discriminação e individualização de um determinado imóvel, bem como o registro completo com todas as informações pertinentes (titularidade, dimensões e confrontantes) só ocorre quando se observa tal premissa.

Conforme demonstrado, as matrículas e transcrições antigas eram repletas de lacunas e indefinições, pois pouco se buscava especificar o imóvel, entretanto, o desenvolvimento das normas e das tecnologias possibilitou que o registrador realizasse suas funções de uma maneira muito mais complexa e detalhada, protegendo o bem de várias formas, já que tal documento é revestido de fé pública.

Conhecendo a importância da individualização do imóvel, os cidadãos passam a buscar formas de garantir que seus bens estejam em consonância com o princípio da especialidade, a fim de garantir proteção jurídica à sua propriedade.

Após a pesquisa restou clara a importância e a necessidade de que todos os princípios do direito imobiliário devem ser seguidos por quem os pratica, principalmente no que tange a efetivação de um registro de propriedade imobiliária, ou seja, no ato da realização ou após o procedimento de retificação da matrícula de um imóvel.

Os objetivos foram plenamente alcançados, pois o artigo apresentou o papel do direito de propriedade no Brasil, bem como os meios criados pela sociedade para efetivação de tal direito, que nada mais é do que a necessidade do devido registro legal feito pelo órgão competente, no caso, o Registro de Imóveis.

Da mesma forma, foram indicadas as premissas que devem ser seguidas pelo registrador, sendo que o problema de pesquisa foi solucionado ao apresentar e comparar matrículas imobiliárias distintas, das quais uma foi realizada seguindo o princípio da especialidade e outra não, constando-se apenas características vagas e incertas.

Demonstrou-se que as novas tecnologias, como o georreferenciamento, e as novas legislações, que permitem que o proprietário ou um terceiro interessado tenham legitimidade em requerer a retificação de um registro vago ou incompleto, trazem enorme evolução e reconhecem a importância da aplicação do princípio da especialidade, pois permitem seu cumprimento efetivo e fornecem meios adequados para não apenas corrigir registros incompletos, mas garantem que os novos registros sejam fieis à realidade do imóvel e à sua individualização.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, H. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000337/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

APARÍCIO, D. F. M. **Retificação extrajudicial do registro de imóveis**: análise dos artigos 212 a 214 da Lei nº 6.015/73. 2011. Conteúdo Jurídico, Brasília – DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/25643/retificacao-extrajudicial-do-registro-de-imoveis-analise-dos-artigos-212-a-214-da-lei-n-6-015-73>. Acesso em: 22 set. 2020.

AUGUSTO, E. A. A. **Registro de imóveis, retificação de registro e georreferenciamento**: fundamento e prática. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181045/>. Acesso em: 20 set. 2020.

AZEVEDO, Á. V. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610525/>. Acesso em: 16 abr. 2020.

BRANDELLI, L. **Registro de imóveis – eficácia material**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971984/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 451-B, de 31 de maio de 1890**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D451-B.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.857, de 9 de novembro de 1939**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D4857.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 18.542, de 24 de dezembro de 1928**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D18542.htm. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 1.237, de 24 de setembro de 1864**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM1237.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.267, de 28 de agosto de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10267.htm. Acesso em: 22 set. 2020.

CASSETTARI, C.; SERRA, M. G.; SERRA, M. H. (coord.). **Coleção Cartórios – Registro de imóveis III: procedimentos especiais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502621121/>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAVALCANTI, A. de M.; DEBONI, G. Matrícula imobiliária e a sua caracterização pela qualidade e sustentabilidade ambiental do edifício. **Revista De Direito**. v. 2, n. 2, 1 dez. 2011. Disponível em: <http://revista.domalberto.edu.br/index.php/revistadedireitodomalberto/article/view/92>. Acesso em: 13 ago. 2020.

CENEVIVA, W. **Lei dos registros públicos comentada**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010770/>. Acesso em: 24 set. 2020.

LOUREIRO, L. G. **Registros Públicos – teoria e prática**. 8. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

MELO, M. A. S. de. **Breves anotações sobre o registro de imóveis**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Teresina, 2004. Disponível em: <https://anoreg.org.br/images/arquivos/parecerrr.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MELO FILHO, Á. **Princípios do sistema registral imobiliário**. Disponível em: <https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020.

PEDROSO, R.; LAMANAUSKAS, M. F. **Direito notarial e registral atual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Gripo GEN, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6740-6/>. Acesso em: 22 set. 2020.

SERRA, M. G. **Coleção cartórios – registro de imóveis I: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547228286/>. Acesso em: 8 abr. 2020.

SILVA, J. S. C. da; MARCIÓ, C. (orient.). **Retificação administrativa e georreferenciamento**. Xanxerê, SC, 2016. 1 CD-ROM TCC (Graduação em Direito) – Universidade do Oeste de Santa Catarina, Xanxerê, 2016. Disponível em: <http://pergamum.unoesc.edu.br/pergamumweb/vinculos/00001a/00001ab7.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502136557/>. Acesso em: 9 abr. 2020.

PROCESSO DE ADOÇÃO: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PREFERÊNCIA DE MEDIDAS REPARATÓRIAS ALHEIAS À INDENIZAÇÃO NA DEVOLUÇÃO DE CRIANÇAS E/OU ADOLESCENTES

Marina Muenchen Renosto¹
Gisele Dall'Igna Dallorsoletta²

RESUMO

A fim de resguardar o princípio do maior interesse das crianças e dos adolescentes, a Constituição Federal (CF), o Código Civil (CC) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trouxeram dispositivos que regulamentaram a proteção de um dos extremos etários da vida humana. Nesse contexto, o tema e a delimitação desse artigo versam acerca de uma análise sobre o alcance e eficiência dessas normas para um eventual ressarcimento de danos causados em um infante com a sua devolução logo após o procedimento legal de adoção. O problema de pesquisa, nesse sentido, cuida da possibilidade de, acima de qualquer responsabilização pelo abandono ao adotado, medidas alternativas ou o acolhimento em um lar que verdadeiramente deseje tê-lo é, além de dever estatal, ressarcimento ideal para essa reparação. Dessa maneira, por meio do método indutivo, o trabalho se iniciou pelo conhecimento dos termos essenciais para compreensão do conteúdo e seguiu com uma pesquisa legal e bibliográfica sobre o assunto. Por fim, concluiu-se que, em uma situação de colisão de entendimentos que envolvem o direito

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), campus de Joaçaba, Santa Catarina; Contato: marismuenchen@hotmail.com.

² Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), campus de Joaçaba (2014). Especialista em Educação Infantil, Séries Iniciais e Orientação Pedagógica pela Associação Catarinense de Ensino Faculdade de Educação Joinville convênio com Instituto Brasileiro de Pós-Graduação e Extensão (IBPEX), campus de Curitiba (2001). Licenciada em História pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), campus de Joaçaba (2002). Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), campus de Joaçaba (2011). Atua como advogada no escritório de advocacia De Marco & Advogados Associados, gestora da escola municipal Centro Integrado de Educação de Lacerdópolis (CIEL) e professora do componente curricular de Institutos Jurídicos em Debate e Direito Processual Civil V – Procedimentos Especiais, ambos da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), campus de Joaçaba; Contato: giseledall@gmail.com.

ao mínimo existencial, com base no poder familiar, seguramente cabe ao adotado, acima de qualquer eventual indenização pelo abandono, o acolhimento em um lar que o deseje, notadamente em homenagem ao bem-estar psicológico infantil, princípio da dignidade da pessoa, direito fundamental à proteção da família e à infância e atendimento ao pilar da equidade.

Palavras-chave: Criança. Adolescente. Adoção. Abandono. Responsabilidade.

ABSTRACT

In order to safeguard the principle of the greatest interest of children and adolescents, the Federal Constitution (CF), the Civil Code (CC) and the Child and Adolescent Statute (ECA) brought provisions that regulated the protection of one of the age extremes of human life. In this context, the theme and the delimitation of this article deal with an analysis of the scope and efficiency of these rules for a possible reimbursement of damages caused to an infant with its return soon after the legal adoption procedure. The research problem, in this sense, takes care of the possibility of, above any responsibility for abandoning the adopted, alternative measures or the reception in a home that truly wishes to have it, besides being a state duty, an ideal compensation for this redress. Thus, through the inductive method, the work began with the knowledge of the essential terms for understanding the content and continued with legal and bibliographic research on the subject. Finally, it was concluded that, in a situation of collision of understandings that involve the right to the existential minimum, based on family power, it is certainly up to the adoptee, above any possible compensation for abandonment, to welcome them into a home that desires them, notably in homage to children's psychological well-being, the principle of the dignity of the person, a fundamental right to the protection of the family and children and care for the pillar of equity.

Keywords: Child. Teenager. Adoption. Abandonment. Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O abandono de uma criança ou um adolescente que já veio de outro abandono pode trazer consigo, além de marcas psicológicas, danos emocionais insanáveis (ROCHA, 2007, p. 87)

A Constituição Federal (CF), o Código Civil (CC) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trouxeram dispositivos que regulamentaram a proteção de um dos extremos etários da vida humana. Com efeito, o art. 21 deste último *códex* proporcionou o nascimento do poder familiar, isto é, uma nova denominação para a antiga terminologia do pátrio poder que, além de corresponder a um novo formato de proteção, desenvolveu deveres e obrigações dos pais com relação aos seus filhos e direitos dos filhos frente a seus pais.

Inicialmente, esse modo de defesa das pessoas mais vulneráveis se destacou no ordenamento jurídico brasileiro devido à aparente equidade e ao modo de proporcionar uma preservação nos direitos e nos cuidados de crianças e adolescentes abandonados. No entanto, enquanto alguns pesquisadores defendem a tese de que somente essas posições legislativas bastam para o bem-estar dos infantes, outros argumentam que o princípio do maior interesse destes ainda está longe de atingir a sua plenitude, notadamente em razão da revelação de dados estatísticos sobre abandonos, bem como quando ocorre a devolução dos menores pelos pais adotivos.

Assim, tendo em vista o choque de entendimentos jurídicos sobre a vigência e efeitos legislativos dessa temática e a fim de se alcançar a segurança jurídica por intermédio da promoção de um conhecimento uno, faz-se mister uma análise doutrinária e bibliográfica para o fim de averiguar a eficiência dessas normas, bem como a possibilidade de um eventual

ressarcimento aos danos causados em crianças e/ou adolescentes quando ocorre o retorno à instituição de acolhimento após a adoção legal.

Desse modo, com fundamentação principiológica e legal, o presente artigo tem como objeto a compreensão da possibilidade de uma eventual responsabilização civil obrigacional, senão medidas alternativas, causada pela devolução à instituição de acolhimento de crianças e/ou adolescentes adotados, seja na fase de adaptação, seja posteriormente. E, com efeito, versando precisamente sobre os direitos dos menores, buscar-se-á um respaldo especial no princípio do melhor interesse para a promoção um procedimento eficaz para se evitar a existência de um dano a ser reparado.

Na hipótese, vê-se que em uma situação de responsabilidade ocasionada pela existência de um dano, nexo causal e a culpa, caberia ao adotado, acima de qualquer eventual indenização monetária pelo abandono, o acolhimento em um lar que verdadeiramente deseje tê-lo sem o receio de se arcar, patrimonialmente, pela inaptidão do abrigo para o adotado.

Logo, além de se abordar o conhecimento preliminar dos conceitos que circundam a temática, como o processo histórico e os significados da proteção da infância e adoção no Brasil; será realizada uma análise jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto e averiguada a possibilidade de eventual reparação para um dano causado no retorno do infante à casa de órfãos pelos pais adotivos.

Nesse sentido, foi inserida a estrutura de raciocínio indutiva e o método da pesquisa bibliográfica complementar ao tema central, como a análise de obras, doutrinas e artigos jurídicos de autores renomados sobre o assunto (Edilene Pereira de Andrade, Clóvis Bevilaqua, Denise Damo Comel, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa, entre outros) para a confecção do presente artigo.

Ao final, concluiu-se que, em uma situação de colisão de entendimentos que envolvem o direito ao mínimo existencial, com base principal no princípio do maior interesse, cabe ao adotado, acima de qualquer multa e/

ou eventual indenização monetária pelo abandono, o acolhimento em um lar que verdadeiramente deseje tê-lo presente fraternalmente.

2 PROCESSO HISTÓRICO E ADOÇÃO NACIONAL

Presente ao longo da história e em quase todos os povos, o instituto da adoção surgiu ante à necessidade extraída da continuidade e perpetuação da prole. Dessa maneira, em que pese vários jovens não compartilharem o vínculo sanguíneo dos pais biológicos, a inserção destes nos núcleos familiares sempre se tornou imperativa juntamente com o tratamento igualitário dos filhos biológicos.

Com efeito, na Bíblia, no livro de Êxodo, Capítulo 2, Versículo 6 (2004, p. 170-171), a presença da adoção encontra-se registrada no relato de Moisés, quando foi adotado pela filha de um faraó do Egito. Adiante, têm-se os escritos históricos na Babilônia, por intermédio do Código de Hamurabi (arts. 185 a 192) – este conjunto de leis recebeu 8 (oito) artigos destinados ao assunto, apresentando, inclusive, penalidades severas para aqueles que o descumprissem.

Em Roma, por sua vez, a adoção possuía uma motivação religiosa e era utilizada para que não se encerrasse a família, bem como o nome que os integrantes desta carregavam (COULANGES, 1961, p. 77). Outrossim, na civilização grega a ideia que circundava era semelhante, isto é, segundo Venosa (2010, p. 297), os principais motivos eram a perpetuação do nome da família e a posição social de herança dos bens – que neste último caso, apenas os homens tinham o direito.

Comparecendo também na legislação vigente da Revolução Francesa, bem como posteriormente no Código Napoleônico, a autorização para adoção para maiores de 50 (cinquenta) anos era permitida mesmo sem existir norma geral. E nessa toada, em 1851, grande parte dos países ocidentais já haviam recebido o sistema de lares adotivos, que impunha um ambiente de

cuidados, educação e alimentação para crianças e adolescentes que eram deixados pelas famílias biológicas quanto ao enfrentamento de dificuldades financeiras e extraordinárias.

Nesse sentido, considerando que o Direito Brasileiro se desenvolveu a partir das premissas do Direito Português – que, por sua vez, aderiu às ideias abordadas pelo Direito romano-germânico e canônico – a adoção se perpetuou nacionalmente com o caráter de promoção da continuidade na família, contemplando aos adotantes a faculdade legal de adotar (BEVILAQUA, 1943, p. 346). Aliás, com a promulgação do Código Civil (CC) de 1916, passaram a existir as primeiras regras formais no país sobre o instituto da adoção (BRASIL, 2002).

Em uma visão sumária, era de perspectiva extremamente contratualista, porquanto todo o procedimento se dava por meio de escritura pública, sem intervenção estatal e isolado dos direitos sucessórios se existissem filhos advindos na posteridade. A legislação, ademais, limitava a possibilidade de adoção aos adotantes de idade superior aos 50 (cinquenta) anos e de diferença mínima de 18 (dezoito) anos. Nesse sentido, por todos os percalços, frisava-se, em vez do bem-estar do adotado, a satisfação do núcleo familiar que não era capaz de ter filhos.

Alguns anos mais tarde, em 1927, passou a existir o primeiro emaranhado jurídico que visava os interesses das crianças: o Código de Menores. Ocorre que, apesar do nome, nada trouxe de referência metódica à adoção, de modo que o regramento outrora mencionado do Código Civil (CC) se encontrava isolado e acabou prevalecendo (BRASIL, 2002). Dessa maneira, somente em 1957, com o advento da Lei Federal (LF) n. 3133/57, que surgiram algumas alterações nos dispositivos civilistas e se estipularam normas inerentes ao tema (BRASIL, 1957).

Requisitos materiais, como os de idade, surgiram: para ser adotando, com a cordialidade legal, passou a ser de idade superior a 30 (trinta) anos, bem como para ser adotado precisava ser 16 (dezesesseis) anos mais novo que

o adotante. Posteriormente, já em 1965, novas alterações se fixaram e, por intermédio da Lei Federal (LF) n. 4655/65, adveio a possibilidade da adoção de menor de 5 (cinco) anos que estivesse em situação "irregular" (exposição ao risco com a devida autorização dos pais biológicos e de um juiz), além do cancelamento de registros originais de nascimento (BRASIL, 1965).

Já em 1977, com a Lei Federal (LF) n. 6515/77, o filho adotivo finalmente passou a ter os direitos resguardados para fins sucessórios. E em 1979, com a promulgação do novo Código de Menores, incorporaram-se 2 (duas) modalidades de adoção, quais sejam: a) simples – direcionada ao menor que se encontrava em situação irregular, delinquente ou abandonado, razão pela qual se fazia necessária a autorização judicial para o devido fim e; b) plena – irrevogável e destinada às crianças com idade inferior a 7 (sete) anos (BRASIL, 1977).

Em 1990, em que pese ainda existir a distinção entre filhos legítimos e adotados (que só veio a se encerrar com a Constituição Federal de 1988), com a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), muito avanço legislativo e conquistas democráticas foram alcançadas (BRASIL, 1990a). Desse modo, com a interpretação teleológica incorporada ao princípio da proteção integral, todas as alterações seguintes e da época buscaram simplificar o processo de adoção para atender o maior interesse dos infantes (BRASIL, 1979).

Assim, alterou-se a idade máxima do adotado de 7 (sete) para 18 (dezoito) anos, tal como a idade mínima para poder adotar passou a ser de 21 (vinte e um) anos e o requisito do casamento entre os habilitados à adoção deixou de existir. De mais a mais, fixou-se que todo o procedimento realizado por adotantes brasileiros e estrangeiros passaria a ser supervisionado pelo poder público (BRASIL, 2019). Por fim, em 2009, com a Lei Federal (LF) n. 12010/09, reforçando a ideologia cidadã garantida pela Constituição Federal (CF), fortaleceu-se a ideia da amplitude da família e ausência de distinção

legal entre os filhos adotivos e/ou biológicos e se inseriu no âmbito nacional um cadastro de crianças passíveis de adoção.

Portanto, na atualidade, a adoção é concebida como um instituto passível de constituição do vínculo de filiação, podendo ser vista de diversas maneiras, inclusive do ponto de vista jurídico – muito embora não se possua um consenso geral sobre a natureza negocial, ficta e/ou de ordem pública. Aliás, para Pontes de Miranda (GRANATO, 2010, p. 28), o conceito de adoção nada mais é que o ato formal que estabelece entre adotante e adotado um vínculo fictício de filiação; ao passo que para Diniz (2013, p. 253), além do mencionado, possui a finalidade de criar um vínculo de parentesco civil, em linha reta, vinculando o adotado e adotante na paternidade legal.

Ora, o objetivo principal do instituto é seguir o que está disposto na legislação especial e adentrar ao raciocínio do maior interesse do infante, promover socialmente a família natural e gerar a oportunidade para aquele que está aquém dos cuidados de sua família biológica, notadamente na inserção em um núcleo familiar pleno e efetivo, sob a perspectiva psíquica, educacional e afetiva (ROSENVALD, 2014, p. 913). Desta forma, segue-se o caráter de medida excepcional, protetiva e “irrevogável”, preservando a possibilidade de manutenção dos vínculos consanguíneos em primeiro plano.

Neste sentido, é possível concernir que, muito embora a adoção seja um instituto jurídico existente, o grande interesse legislativo tange à manutenção dos menores no seio familiar em que são concebidos, restando como medida excepcional e final, a colocação em família substituta.

3 PROTEÇÃO À INFÂNCIA E FAMÍLIA

É consabido que a legislação brasileira tem demasiado interesse em proteger não somente um dos extremos etários da vida humana, como também o núcleo familiar no qual há a concepção da vida, seja ele composto por ambos os genitores ou por somente um deles.

Restando as relações familiares atreladas de forma direta à dignidade dos membros da família e enfoque no crescimento das crianças, devem os pais, que escolheram originar uma nova vida, exercer suas funções com o respaldo na responsabilidade e na solidariedade (LISBOA, 2002, p. 40). Nesse sentido, considerando que a família é fundamental para a garantia imensurável do caráter e primeiros conceitos que formarão os pilares da trajetória da vida, a ausência de seu apoio pode trazer prejuízos irreparáveis à sociedade. Isso fica mais evidente quando compreendemos os direitos das crianças e adolescentes e o poder familiar:

Dentre os principais direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes está o direito à convivência familiar e comunitária. Para atender a esse disposto, resguardado o garantido nos arts. 226 e 227 da Constituição Federal (CF), as leis orgânicas das políticas sociais aos poucos foram editadas e reformadas para se tornar operacionais com uma construção democrática dos sistemas de atendimento. Em decorrência disso, procedeu-se a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) em 1993, Lei Orgânica da Saúde (LAS) em 1990 e Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) em 1996.

Além disso, ao definir, por meio do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que a família natural é aquela em que “a comunidade é formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes”, percebeu-se rapidamente que a definição constitucional não supria a necessidade de compreensão e complexidade da riqueza dos vínculos dos infantes (BRASIL, 1990a). Assim, também aos poucos e correspondendo à relevância dos anseios populares, surgiu uma definição mais ampla com base sócio-antropológica, ou seja, a família passou a ser um grupo de pessoas unidas por laços de consanguinidade, aliança e afinidade.

Corroborando o alegado, o poder familiar, por sua vez, conforme já mencionado, ganhou nova roupagem com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e, conseqüente, alteração de sua

denominação original – que correspondia apenas ao conceito de proteção e com deveres e obrigações dos pais com relação aos seus filhos – bem como, ganhou demasiada importância quando a Constituição Federal (CF), em seu art. 5º, inc. I, deu tratamento de paridade para o homem e a mulher e distribuiu direitos e deveres com relação aos filhos comuns (art. 226, § 5º) (BRASIL, 1990b).

Nesse sentido, o atual termo fez referência ao pátrio poder, presente no antigo Código de Menores (que era todas as atribuições autoritárias conferidas ao chefe da família, que dispunha de direitos absolutos e ilimitados aos seus dependentes) e os revogou. Logo, o filho, que antes possuía um aspecto que lembrava um objeto eivado apenas de obrigações, adquiriu o caráter de sujeito de direitos, envolto de interesse social e encargos instituídos por lei. Nas palavras de Dias (2015, p. 461), a severa mudança era “um significativo exemplo de direito-dever ou poder-função – sendo o poder aquele que os pais exercem, porém que têm a função de atender aos interesses do filho”.

Ademais, legalmente falando, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) expôs que o poder familiar não pode ser alvo de renúncia, transferência ou prescrição, bem como decorre da filiação natural, legal e/ou socioafetiva. Portanto, quando as obrigações decorrerem deste, necessariamente serão personalíssimas e inexistirá a possibilidade de transferência ou alienação dos deveres inerentes (BRASIL, 1990a).

Além disto, a renúncia ao poder familiar também será nula, sendo possível tão somente a delegação de seu exercício para terceiros e preferencialmente membro da família, uma vez que entregar o filho a pessoa inidônea é crime, nos termos do art. 245 do Código Penal (CP) (ISHIDA, 2003, p. 239). Afinal, o exercício e a titularidade do poder familiar é conferido apenas aos pais e se dividem igualmente durante o casamento (art. 1.566, inc. IV, do Código Civil), na vigência da união estável (art. 1.724 do Código

Civil) ou, quando rompido o vínculo que unia os genitores, por ambos, ainda que a guarda esteja com um ou outro (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, percebe-se que, em prol dos infantes, a família atual abandonou o sistema patriarcal e estabeleceu aos pais direitos e deveres iguais para com os filhos, cujas opiniões devem ser valoradas e respeitadas igualmente como entes sujeitos de direitos e deveres recíprocos. Todavia, em flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana, crescente ainda é a população infanto-juvenil que utiliza as ruas como moradia devido ao abandono ou como refúgio pela violência doméstica. Essas crianças não têm acesso à escola, saúde, afetividade e oportunidade de desenvolvimento e crescem sem referencial positivo, à margem da sociedade, criminalidade e promiscuidade para conseguir os meios para sua sobrevivência.

Nessa toada, quando os detentores do poder familiar não estiverem atendendo ao interesse dos seus filhos, negligenciando-os ou abusando-os, deverá o Estado intervir nesta relação, por meio da destituição do poder familiar e, por consequência maior, da adoção. Nas palavras de Andrade (2017), dentre as diversas maneiras de destituição do poder familiar, a mais comum é a suspensão deste poder, por tempo que se achar necessário e com a limitação do exercício e das funções dos pais (decorre do abuso da autoridade, descuido com os deveres com relação à criança ou, ainda, prejuízo com os bens de seus filhos) que pode ocorrer com relação a um ou a ambos, precedendo de uma decisão judicial.

A perda do poder familiar, então, é a forma mais gravosa que visa à destituição dos vínculos familiares e promoção da adoção. Geralmente é ocasionada pelo abandono do infante, prática de atos contrários à moral e aos bons costumes ou a incidência de forma repetitiva no abuso da autoridade que não atenta aos deveres inerentes ao exercício do poder familiar ou dilapida de forma desmedida os bens do menor (COMEL, 2003, p. 283). Essa demanda pode partir de qualquer membro da família ou pelo Ministério Público, cabendo ao magistrado prezar pelo melhor interesse da

criança ou do adolescente que estiver com sua segurança violada e a de seus bens.

Assim, em que pese na ocorrência da adoção, o vínculo biológico seja rompido com o consequente desfazimento dos direitos inerentes a ele (art. 33, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente) na colocação de uma família substituta, nada impede que futuramente possam a mãe e os filhos biológicos se reencontrar. E por fim, não somente a adoção resulta na extinção do poder familiar, mas também a morte dos pais, a emancipação do infante, o alcance da maioridade civil ou uma decisão judicial que extingue o vínculo.

4 PROCEDIMENTO LEGAL DE ADOÇÃO NO BRASIL

Muito embora as tentativas de assegurar aos infantes o convívio com sua família biológica sejam diversas, nem sempre isto se faz possível.

Infelizmente, deparamo-nos com enormes dificuldades quando se vislumbra o cenário da aplicabilidade dos direitos e garantias conquistados em favor da criança e do adolescente – o que nos leva ao inevitável processo judicial de adoção. Com efeito, afirma Cruz (2005, p. 1) que “a efetivação do ECA, bem como dos direitos assegurados por ele, exige uma verdadeira revolução no tratamento historicamente dedicado à infância e a juventude brasileira”. Nesse sentido, embora todos os procedimentos a serem tomados no curso da adoção constem expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), algumas pontuações devem ser esclarecidas para a melhor compreensão de como ocorre no Brasil.

Primeiramente, a legislação prevê que, para que seja possível a realização da habilitação para a adoção, aquele que pretende adotar tenha no mínimo 18 (dezoito) anos de idade (art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e uma diferença mínima de idade dentre adotante e adotado de 16 (dezesesseis) anos (art. 42, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Assim, a partir do período em que os pretensos pais preenchem esses requisitos e sintam o desejo de adotar, de forma geral, deverão buscar o fórum da comarca de onde residam para iniciar a fase de habilitação. Neste momento, caso eles não levem consigo nada de documentos, será repassado o rol documental a ser apresentado no Fórum ou Vara da Infância e da Juventude de onde a criança reside (CNJ, 2020). Os documentos necessários são:

- 1) Cópias autenticadas: da Certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável;
- 2) Cópias da Cédula de identidade e da Inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF);
- 3) Comprovante de renda e de residência;
- 4) Atestados de sanidade física e mental;
- 5) Certidão negativa de distribuição cível;
- 6) Certidão de antecedentes criminais e
- 7) Certidão negativa de distribuição cível (ECA, art. 197-A, incisos III a VIII) (CNJ, 2020).

Com os documentos em mãos, os pretensos pais deverão novamente retornar ao fórum para a entrega e posteriormente, aguardo da análise pelo membro do Ministério Público, cabendo a este a solicitação de novos documentos se julgar necessário (art. 50, § 1º e 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A próxima etapa, então, está vinculada à avaliação técnica multidisciplinar pertencente ao Poder Judiciário – situação na qual ocorrerá a busca das reais intenções dos pretensos pais, além da descoberta das condições de receber à criança/adolescente (art. 50, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Posteriormente, com a obrigatoriedade de participação dos pretensos pais, deverá ocorrer um programa de preparação para a adoção – momento em que os interessados em adotar serão integrados com a realidade da adoção jurídica e psicossocialmente. Aliás, é no ínterim que serão fornecidos os conhecimentos suplementares e demais aparatos para os pretensos pais, em especial, sobre as dificuldades que poderão enfrentar na convivência

inicial com a criança ou adolescente, além da estimulação do ato sobre diferenças afirmativas de cores de pele, deficiências, doenças e os grupos de irmãos (art. 197-C, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Conclusos os preparos iniciais, os autos do procedimento de habilitação, compostos pelo estudo realizado pela equipe técnica multidisciplinar, certificação de participação no programa de preparo para a adoção e parecer do membro do Ministério Público; irão para as mãos do magistrado – situação na qual será proferida a decisão de deferimento ou indeferimento da habilitação no processo de adoção (art. 50, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em tese, o andamento e término do processo de habilitação deve ocorrer em 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis por semelhante prazo, ante a decisão fundamentada do magistrado (art. 197-F do Estatuto da Criança e do Adolescente) e a validade da habilitação do pretense adotante deve ter 3 (três) anos, passíveis de renovação por igual prazo (art. 197-E, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). No entanto, caso seja indeferido o pedido de habilitação, o postulante poderá verificar as razões pela qual sua habilitação foi indeferida, adequar-se e realizar novamente todo o procedimento.

Pontua-se que, deferida a habilitação, os dados dos pretensos adotantes serão inseridos no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), por ordem cronológica e em conformidade com o momento da decisão judicial (art. 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente) e quando alguma criança inserida no sistema tiver perfil compatível com o interesse dos pretensos pais, haverá o contato pelo poder judiciário, pretensos pais, equipe técnica e conseqüente aproximação com a criança e/ou adolescente no abrigo. Registra-se também que nesta última poderão os pretensos pais visitar o abrigo e levar a criança ou adolescente a passeios, apresentar a eles sua casa e demais medidas para a real aproximação de ambas as partes.

Correndo bem a aproximação, iniciar-se-á a segunda fase do procedimento de adoção: O estágio de convivência. Nesta fase, os pretensos pais adquirem a guarda provisória e a criança e/ou adolescente vai morar com os pretensos adotantes, sob a supervisão e amparo da equipe técnica multidisciplinar e pela duração de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por igual período se necessário (art. 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Importante frisar que, nessa senda, a família poderá receber uma criança que provavelmente já sofreu rejeição, seja da família biológica ou da antecessora adotiva; situação em que recebe também todos os traumas, memórias e vivências já tidas pela criança e/ou adolescente e assume a responsabilidade de cuidar, zelar e criar independentemente de toda a carga trazida. Portanto, é neste curso de adaptação ao novo lar que a criança e/ou adolescente internalizará a nova realidade e apresentará comportamento condizente com esta nova família (BERTOCINI; CAMPIDELLI, 2019, p. 87). Neste sentido, cumpre enfatizar que a recepção e a adaptação serão delicadas não somente para os pais, mas principalmente para o adotado, pois a rejeição gera a insegurança que pode ser manifesta por meio, inclusive, de tentativas de afastamento e acarretamento de desistência sumária da adoção, no intuito de evitar novo sofrimento resultante do sentimento desenvolvido no curso do convívio, com crescimento proporcional a cada dia inserido naquele seio familiar.

Vencido o estágio de convivência, os pretensos pais terão o prazo de 15 (quinze) dias para a propositura da adoção (art. 19-A, § 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), restando ao magistrado a responsabilidade de averiguar a adaptação e os vínculos criados, com base nos relatórios dos profissionais multidisciplinares competentes ao acompanhamento da convivência (art. 46, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Desse modo, com nova decisão do juiz, será proferida a sentença de adoção com a consequente realização de novo registro de nascimento da criança e/ou adolescente (art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente). A propósito,

com o trânsito em julgado, nascerá a possibilidade de ter resguardados todos os direitos cabíveis aos filhos biológicos, inclusive os hereditários (art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Finalmente, cumprindo todas as formalidades em tempo hábil, o processo de adoção apresenta o prazo máximo de duração de 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis somente uma vez e por semelhante prazo através de uma decisão fundamentada do magistrado (art. 47, § 10, do Estatuto da Criança e do Adolescente). De toda forma, trata-se de um ato irrevogável (art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), razão pela qual o abandono após o momento da segunda fase é comumente avaliado pelos tribunais como um possível abandono e possível incentivo às situações desfavoráveis à vida.

5 FALHAS E RESPONSABILIZAÇÃO NO PROCESSO LEGAL NO BRASIL

Findado o processo de adoção, a legislação olvidou a previsão de possíveis problemas futuros da família adotiva. Justamente pela imprevisibilidade, a responsabilização precisa para os casos em que falhas ocorrem ainda é muito debatida, sem uma solução exata e precisa, pois a questão é extremamente delicada, abarcando transgressões sentimentais.

Em que pese a regra geral para o procedimento de adoção traga a ideia da irrevogabilidade e ausência de vícios formais e materiais, vê-se na prática que muitos adotados sofrem com desistências dos pretensos pais no âmago da segunda fase. Tal conhecimento fica bem cristalino quando, por vezes, vislumbra-se que os adotandos se encontram inseridos naquele meio familiar há anos e mesmo assim são alvos da desistência (THOMÉ, 2018). Existem contínuos obstáculos a serem superados no que tange a um infante que já restou vitimado por um abandono – seja de sua família biológica ou outra na qual já tenha restado inserido – razão pela qual se espera que não

ocorra uma nova desistência no decorrer da vida deste, no entanto, isto não o isenta desta possibilidade.

As razões que ocasionam a devolução em particular são as mais variadas, de modo que resta provada a representação de um risco ao melhor interesse da criança e/ou adolescente, seja na busca da afetividade e familiaridade, seja na exposição ao novo sentimento de abandono que se eleva. Nas palavras de Rocha (2007, p. 87): “[...] para uma criança ou um adolescente que veio de um abandono e volta a ser abandonado, persistem as marcas psicológicas e emocionais que serão insanáveis”.

E não é para menos, uma vez que se conduz a um novo sentimento, senão reforçado, de abandono e rejeição. Com efeito, consoante novamente a obra da estudiosa Rocha (2007, p. 93), [...] pior é iniciar o procedimento de adoção e na segunda fase devolver, porquanto, uma vez adotada e devolvida, a criança e/ou adolescente sofre com um impacto negativo de afetação da autoestima que a faz se culpar pela devolução. Ora, este infante já restou excluído de sua familiaridade uma vez e isto tornou a ocorrer para ele, situação que, evidentemente, o levará a entender que a culpa para tanto é exclusiva dele, entendimento este bastante contrário à realidade fática.

E correspondendo a esta perspectiva, as consequências desencadeadas resultam em danos impossíveis de serem reparados, em especial, no psicológico da criança e/ou adolescente. Isso porque ainda não existe a possibilidade de remoção de lembranças da memória da criança e/ou adolescente e, muitas vezes, somente se pode amenizar a dor com o devido acompanhamento por profissionais qualificados (que geralmente possuem custos monetários moderados) para a compreensão de que a devolução não é culpa do infante e que não pode perder o interesse em uma nova adoção, seja pelo receio ou incidente traumático que torne a ocorrer (SOARES, 2019). Isto porque uma das consequências da devolução incide justamente no medo de se interessar em uma nova adoção e tornar a ser devolvido,

situação esta agravada pela crença de ser ele, o infante, responsável pela devolução sofrida.

Além do que já foi dito, quanto à confiança da criança e/ou adolescente na incidência da devolução, ressalta Bauman (2004, p. 80-81) que se frustram os mais distintos fatores que comumente as motivava nas buscas e objetivos diários, como os estilos de vida, vontade de realizar tarefas comuns do dia-a-dia (arrumar a cama, brincar e tomar banho, por exemplo) e atividades que dependem de desempenho individual (gincanas, atividades da escola e cumprimento de ordens, por exemplo). Deste modo, entende-se que os infantes devolvidos passam a ser raramente coerentes na permanência da autoestima e descontínuos na esperança.

Outrossim, não são raras as exposições de psicólogos que apresentam os laudos e devolutivas de infantes com resultados de dificuldades durante e depois do abandono – dificuldades estas que são percebidas na criação de vínculos ante a ausência de confiança que incidia sobre os relacionamentos (LADVOCAT, 2014, p. 124). Nesse sentido, Cuneo (2012, p. 428) esclarece que a reação de cada ser humano varia devido à individualização e forma de reagir às situações vivenciadas, contudo, dentre todas, as principais são desânimos e reações agressivas – estas últimas exteriorizadas em forma de xingamentos e provocações verbais direcionadas àqueles que são responsáveis pelos cuidados.

À vista disso, da perspectiva neurológica da criança, a forma de se retratar ao abandono incide em 3 (três) categorias, quais sejam: *a*) o sentimento de invisibilidade; *b*) a transgressão e os vínculos afetivos – o que evidencia o sentimento de desproteção que incide sobre elas e; *c*) a vontade que têm de pertencer a uma família (ORIENTE; SOUSA, 2005, p. 29-46). E prosseguem as estudiosas afirmando que evidentemente, como todo ser humano em desenvolvimento, haverá falhas comportamentais e desvios que poderão ser corrigidos junto à família, com amor e compreensão. Destarte, Rocha (2007) finalmente complementa discorrendo que:

É justamente quando a criança mostra sua individualidade que vem à tona a rejeição pelo 'diferente', pelo 'outro'. O que no filho biológico é visto e aceito como afirmação de uma personalidade própria, no 'filho de criação' passa a ser visto como mostra de más tendências ou traços psicológicos ruins oriundos da família biológica.

Nesse sentido, ao considerar a dignidade do menor de idade, verifica-se que o seu patrimônio moral deve ser protegido pelo Estado, motivo que necessariamente deve ser averiguado na forma de um possível ilícito civil, conforme o presente no art. 186, do Código Civil (CC) – notadamente porque a criança e/ou adolescente já residia em um local com uma família, tinha os seus pertences pessoais e cuidados próprios (BRASIL, 2002). Aliás, muito embora as relações familiares representem vínculos que correspondem ao Direito de Família, deve-se ter em mente que as relações retratadas excedem a mera legalidade, pois seus fundamentos são os laços afetivos, morais e éticos – o que, por conseqüente, aumenta também o dano perpetrado (PIMENTEL, 2008, p. 2673-2705). Pois, uma vez que a adoção não é mera relação contratual, tratando-se da incorporação de um novo indivíduo à família, a análise dos danos incalculáveis ocasionados pela devolução não é tão simples como em relações em que existe um contrato a ser cumprido que é violado, ensejando o direito à indenização pelo dano sofrido.

Na continuidade, minimamente 2 (dois) são os posicionamentos doutrinários acerca da possibilidade de indenização no caso de devolução. Parte defende a ideia da amplitude do dano e necessidade de regularização legal sobre o tema. Outros, por sua vez, pensam que a convivência e o amor esperados não poderão ser liquidados e pagos (o que, de certa maneira, traz um privilégio dos pretensos pais na relação familiar por saírem isentos na reparação monetária) (MORAES, 2009, p. 568). Nessa senda, confere-se o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG):

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – I. ADOÇÃO – GUARDA PROVISÓRIA – DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE – DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA – REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA – ABUSO SEXUAL – DANOS MORAIS CONSTATADOS – ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL – REPARAÇÃO DEVIDA – ACÇÃO PROCEDENTE – II – DANOS MATERIAIS – SUSTENTO REALIZADO PELO ESTADO – AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DOS REQUERIDOS – CONDENAÇÃO INDEVIDA – III. DANOS MORAIS – O QUANTUM INDENIZATÓRIO – RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS – CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL – MINORAÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA

A condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. A previsão de revogação da guarda a qualquer tempo, art. 35 do ECA, é medida que visa precipuamente proteger e resguardar os interesses da criança, para livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família, por exemplo, mas não para proteger aqueles maiores e capazes que se propuserem à guarda e depois se arrependeram.

O ressarcimento civil é devido face à clara afronta aos direitos fundamentais da criança e ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A situação foi agravada, visto que a criança foi obrigada a presenciar cenas de conjunto carnal e atos libidinos entre aqueles que teriam o dever de protegê-la e as provas constantes nos autos indicam que o requerido praticava inclusive atos libidinosos com a própria menor. Deve ser ressaltado que também foi constatada a omissão do Estado, que deveria ter acompanhado melhor o convívio, realizando estudos psicossociais com frequência, e não apenas uma vez nos quase 2 (dois) anos. Ainda assim, a omissão não neutraliza a conduta dos requeridos que tinham o papel de cuidar da infante e a submeteram a lamentáveis situações (MINAS GERAIS, 2014).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – ADOÇÃO – DEVOLUÇÃO DO MENOR – RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA – Tendo os pais adotivos abandonado o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para se reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais, mas,

primordialmente, de sua irmã de sangue, de quem sente muita saudade. – Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente por terem ciência de que a adoção somente foi concedida para possibilitar o convívio com irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos (MINAS GERAIS, 2012).

Ora, não parece correto e/ou adequado optar por uma das opiniões extremas, uma vez deve a medida penalizadora específica ao caso concreto e abranger o maior interesse da criança, sobretudo a reparação devida ao dano na proporção de sua igualdade.

Por fim, considerando que parte da frustração nas adoções também encontra explicação na atribuição da culpa de atos que desagradam aos adotantes (comumente denominada de “má-criação”), deve-se supor que, por esta atribuição, restam aos pais biológicos ou cuidadores imediatos a responsabilidade por qualquer ato lesivo, bem como aos adotivos a melhoria e posterior educação para correspondência às expectativas sobre eles depositadas (PEREIRA; NUNES, 2010, p. 36-44). Porque assim como ocorrem com filhos biológicos, os filhos adotivos podem apresentar comportamento disforme do esperado pelos pais e nem por isso devem ser alvo de rejeição e devolução. Estes obstáculos são vencidos pelo amor, carinho e educação repassados pelos pais ao longo do tempo, gerando a adequação do filho ao esperado.

5.1 MEDIDAS DE RESPONSABILIDADE COMO PROPOSTAS PARA AMPLIAR A PROTEÇÃO À FAMÍLIA

Inicialmente, cumpre esclarecer que para existir a responsabilidade civil, faz-se necessária a existência de um ato danoso ocasionado por uma ação que contrarie disposição jurídica e o ensejo compensatório em relação à vítima e punitiva quanto ao ofensor (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2012, p. 90). Assim, ao atingir este ponto do presente artigo, presume-se que

existe uma lesão, nem que minimamente moral, decorrente da conduta da devolução do infante; protagonizada pelos pretensos pais que frustraram o adotado na perspectiva de possuir uma família; e fixada pelo nexos causal durante a segunda fase do processo de adoção.

Estabelecer na prática a existência do dano a ser restituído à criança e/ou adolescente não se mostra dificultoso (notadamente porque a prova documental pode ser produzida com relativa facilidade), todavia, estipular uma quantia pecuniária como tentativa de amenizar os efeitos (que, por vezes, são graves e irreparáveis) é, conforme supramencionado, motivo de muita incompatibilidade doutrinária e, no entendimento de muitos juízes, inapropriado para a resolução da questão – em especial, devido à incompreensão monetária dos infantes perante os danos.

Nessa toada, acerca da impossibilidade de reparação, mas de todo modo, procedência da indenização, Madaleno (2007, p. 125) afirma que:

[...] as perdas e danos devidas aos menores devolvidos busca reparar aquilo que não pode ser reparado, pois o filho já sofre com a ausência materna e paterna e não há amor para recuperar, devendo os pais adotivos que procederam à devolução (podendo tanto um quando o outro quando separados, senão conjuntamente quando casados) indenizar os menores devolvidos.

Especificamente, por estas perdas e danos, de acordo com Theodoro Júnior (2009, p. 3), correspondem essencialmente a um mal que aflige o âmago do ser humano, com capacidade de lhe gerar sofrimento e angústia, além de tantos outros sentimentos que podem ser vivenciados e são de difícil conversão em pecúnia.

Desse modo, uma das medidas adequadas seria um melhor preparo aos pretensos pais durante o procedimento de habilitação (estudo confeccionado pela equipe multidisciplinar e programa de preparo) – isso com o fim de abranger um módulo específico para demonstrar clareza aos fatos de que uma criança está longe, muitas vezes, daquela idealizada, bem

como eventual punição em caso de desistência. A propósito, conforme esclarece a psicóloga Janine Praça Araújo (MARTINS, 2015), trata-se de uma criança real, com anseios e doenças reais, dificuldades e bloqueios, que precisará amor para superar as barreiras da adaptação e do abandono e recompensá-los com a gratidão do acolhimento.

Com efeito, tal é o entendimento do Cahali (2005, p. 44):

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.

Outra medida igualmente adequada versa sobre o Direito Comparado: Ora, enquanto que no Brasil a adoção se dá de forma burocrática e nos moldes cartorários, nos Estados Unidos da América (EUA) todo o processo de adoção é simplificado porque, para que a adoção seja processada, basta que ninguém a conteste (BENÍCIO, 2013). Desse modo, quanto às possibilidades de contestação, a legislação norte americana inicialmente considera (tendo em vista que cada unidade estadunidense dispõe de modo próprio acerca do processo de adoção, para fins de comparação neste artigo, será considerada a Lei Uniforme de Adoção) a capacidade de interceder pela guarda da criança e/ou adolescente como pertinente somente aos pais biológicos. Dessa maneira, estes legalmente concordam com o procedimento quando não mais detêm o poder familiar ou põem à disposição o infante por qualquer situação taxada em lei (condições econômicas, religiosas ou abandono, por exemplo).

Além disso, a previsão estrangeira é da inexistência de lares em que as crianças destituídas do poder familiar possam ir (somente existem casas

de cuidados específicos), razão pela qual rapidamente, quando uma criança e/ou adolescente deixa de pertencer a um seio familiar por ele conhecido, tão logo seja possível é inserido em outro lar e com outra família (*Foster Care*). Logo, a necessidade de espera por longos períodos e em um ambiente no qual aqueles que o cercam somente possuem relações profissionais (cuidadores, cozinheiros, jardineiros, entre outras funções), torna-se inexistente. Quanto a habilitação, aqueles que desejam participar nesse modelo deverão preencher aos seguintes requisitos:

[...] ser cidadão americano ou residente permanente (*green card*); ter pelo menos 21 anos de idade; compartilhar informações sobre background e estilo de vida; fornecer cartas de referência; provar casamento ou divórcio; concordar em fazer a habilitação para adoção (*Home Study*); não ter registro criminal (*criminal background check*); e participar de palestras sobre questões comuns com crianças que sofreram abuso (MARTINS, 2015).

Por oportuno, registra-se que no Manual do Acolhimento Familiar – Orientações Iniciais (PARANÁ, 2018), expõe-se a aplicação preambular do modelo no país, bem como as suas dificuldades:

A ciência demonstra que a criança necessita, para seu desenvolvimento psíquico e afetivo saudável, da construção de vínculos e laços afetivos sólidos. A Constituição Federal assegura à toda criança e adolescente o direito fundamental da convivência familiar (art. 227 da CF), preferencialmente na sua família natural. Haverá, no entanto, situações em que o afastamento da criança e do adolescente de sua família é necessário, até para preservar a integridade física e psicológica, afastando-a de situações de violência, negligência e risco. Nestas situações extremas, tradicionalmente, as crianças são inseridas em instituições, ondem passam a ter um cuidado coletivo, nem sempre respeitando as suas individualidades. Para mudar essa realidade e cumprir o mandamento constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê uma alternativa ao acolhimento institucional, que é o acolhimento familiar. A criança em vez de ir para um abrigo, para uma instituição, será assistida por uma família, até que sua situação jurídica esteja resolvida. O Paraná é hoje o Estado

brasileiro com maior número de crianças e adolescentes em acolhimento familiar. Mesmo assim, embora preferencial, os acolhimentos familiares no Estado não atingem 10% (dez) por cento do total de acolhidos. Em países mais desenvolvidos esse índice passa de 80% (oitenta) dos acolhimentos. O Poder Judiciário, embora não seja o executor das políticas públicas de acolhimento, tem a sua responsabilidade na mudança desse paradigma. A Corregedoria-Geral da Justiça, por determinação do Corregedor-Geral, Des. Rogério Kanayama, ciente de sua responsabilidade para com aqueles que estão sob proteção judicial, vem estimulando e apoiando a implantação de programas de acolhimento familiar. Hoje mais de 100 (cem) municípios paranaenses estão em fase de implantação dos serviços de acolhimento familiar. O sucesso desses serviços depende muito da atuação dos magistrados, do Ministério Público e das equipes técnicas das varas de infância e juventude. O serviço de acolhimento familiar é complexo e exige um mínimo de conhecimento de toda rede de proteção à criança e ao adolescente (PARANÁ, 2018).

Outra questão interessante a ser abordada tange sobre a possibilidade de, em vez de uma reparação monetária, conferir uma indenização pela via obrigacional e coagir os pretensos pais desistentes a pagar e auxiliar nas despesas psicológicas da criança e/ou adolescente, em caso de recomendação pela equipe técnica responsável pelo acolhimento (caso o suporte já promovido pelos profissionais atuantes naquela instituição não seja suficiente) e até o momento em que ocorra a efetiva adoção por uma família que aceite o trâmite legal – isso tudo com o fim de buscar reparar aquilo que não pode ser reparado.

Tal é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ):

Agravo de Instrumento. Direito da Criança e do Adolescente. Ação Civil Pública. Responsabilidade civil por desistência de adoção após estágio de convivência. Decisão que, em tutela de urgência, determinou o custeio de tratamento psicológico, de plano de saúde e de todos os gastos escolares da menor, além do pagamento de pensão alimentícia no percentual de 30% da renda dos recorrentes. Decisão que se reforma em parte, para que seja mantida somente a obrigação de custear

integralmente as despesas da menor na unidade de ensino em que se encontrava estudando até a manifestação da desistência da adoção, porquanto evidente o prejuízo experimentado pela criança, de apenas 6 anos de idade, ao, de maneira totalmente inesperada, ter de deixar a escola que frequentava desde agosto do ano passado, quando passou a estar sob a guarda provisório dos recorrentes, e à qual se encontrava bem adaptada, tendo feito amizades e desenvolvido afeição pela professora. Obrigação que, contudo, deve se restringir ao corrente ano letivo ou até que sobrevenha decisão definitiva nos autos da ação originária, o que ocorrer primeiro, ficando, ademais, a cargo da instituição acolhedora, por meio de seu corpo técnico, avaliar a pertinência do seu cumprimento, tendo em vista o melhor interesse da infante. Demais providências em relação as quais não vislumbra perigo de dano que ampare a sua concessão em caráter de urgência, especialmente considerando que a criança se encontra sob os cuidados da instituição acolhedora competente e que não há notícia nos autos de que estivesse passando por tratamento médico ou que tenha sido recomendada pela equipe técnica responsável pelo seu acolhimento a realização de tratamento psicológico além do suporte que já é promovido pelos profissionais atuantes naquela instituição. Recurso ao qual se dá parcial provimento (RIO DE JANEIRO, 2020).

Agravo de instrumento. Ação Civil Pública. Sustentação de desistência injustificada de adoção, resultando em danos psicológicos no adotando. Decisão agravada que deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar o pagamento de alimentos provisórios, em caráter indenizatório, para fins de custeio e tratamento psicológico em favor do adotando. Recorrentes que afirmam que não foi feito qualquer contato prévio por parte da equipe técnica do Juízo e que a família não fez qualquer curso psicossocial, nem entrevista psicossocial e que ingressaram com o pedido de adoção pela imposição da assistente social do abrigo em que a menor se encontrava, sob pena de não mais permitir as visitas, sendo certo que desistiram da adoção apenas 15 dias depois do requerimento, em virtude de graves conflitos de relacionamento havidos entre a menor e o filho biológico dos recorrentes, o qual, inclusive, ameaçou a se matar. Em que pese à situação vivenciada pela menor, noticiada através dos pareceres emitidos pelos profissionais que atuam no caso, entendendo que, em Juízo de cognição sumária, não é razoável impor somente aos réus a responsabilidade pelos danos psicológicos por ela sofridos,

mormente porque a menor, desde sua tenra idade, vem sofrendo com o descaso dos genitores, foi vítima de exploração de trabalho infantil e abuso sexual, de modo que a elucidação da questão deve ser submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa. A questão da responsabilidade pelos problemas psicológicos vivenciados pela menor demanda exame mais acurado, com a produção das provas, sendo certo ainda que os réus sustentam a inviabilidade de suportarem o pagamento da quantia arbitrada na decisão agravada. Não se olvide da responsabilidade objetiva do Estado em prestar o tratamento de saúde que a menor necessita. Provimento do recurso (RIO DE JANEIRO, 2015).

Por fim, merece destaque esse posicionamento devido à consonância com Carta de Constituição de Estratégias em Defesa da Proteção Integral dos Direitos da Criança e do Adolescente celebrada em 2012, que trouxe consigo, além do reconhecimento ao melhor interesse dos infantes, a estratégia nacional de defesa da convivência familiar e comunitária de crianças e/ou adolescentes a priorização de proteção da família e o fomento de medidas alternativas às situações de violação de direitos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal (CF), o Código Civil (CC) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trouxeram dispositivos que regulamentaram a proteção de um dos extremos etários da vida. Esses dispositivos, além de estarem intimamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana e às garantias fundamentais do cidadão, trouxeram consigo o instituto do melhor interesse da criança e/ou do adolescente.

Nesse sentido, o filho, que antes possuía um aspecto que lembrava um objeto, adquiriu o caráter de sujeito de direitos; ao passo que o pátrio poder, que detinha um caráter autoritário, recebeu uma alteração substancial em seu conteúdo e começou a envolver o interesse social de quem está sob sua proteção. Tal modo de defesa destacou-se gradativamente em nosso

ordenamento devido à aparente equidade e ao modo de proporcionar uma preservação nos direitos e nos cuidados de crianças e/ou adolescentes abandonados.

Ocorre que, enquanto alguns pesquisadores defendem a tese de que essas posições legislativas já bastariam para dispor todo o bem-estar necessário aos infantes, outros argumentam que o princípio do maior interesse destes ainda está longe de atingir a sua plenitude, notadamente em razão da revelação de dados estatísticos sobre os abandonos, bem como quando ocorre a devolução dos menores pelos pais adotivos.

Desse modo, a fim de se garantir um conhecimento pacificado e tendo em vista o choque de entendimentos jurídicos sobre a vigência e efeitos legislativos dessa temática, o presente artigo teve como objeto a compreensão da possibilidade de uma eventual responsabilização civil obrigacional e/ou indenizatória causada pela devolução à instituição de acolhimento de crianças e/ou adolescentes adotados, seja na fase de adaptação, seja posteriormente.

Assim, aplicando-se o método indutivo e de pesquisa bibliográfica, observou-se que, se confrontado com o princípio do maior interesse dos infantes e o envolvimento do direito ao mínimo existencial, cabe ao adotado, acima de qualquer multa e/ou eventual indenização pelo abandono, o acolhimento em um lar que verdadeiramente deseje tê-lo presente fraternalmente, senão, na impossibilidade, uma medida razoável que vincule ao seu bem-estar, como o reestabelecimento rápido em uma casa familiar ou apoio psicológico pelo tempo necessário.

Isso ficou bem evidente ao ser analisado, além das estatísticas, o posicionamento de peritos sobre o assunto e as consequências da devolução das crianças e/ou adolescentes após o período de adoção legal – em especial, o agravamento dos danos psicológicos e emocionais, sentimento de invisibilidade e a transgressão aos vínculos afetivos, que surgem

do sentimento de desesperança, incompreensão no caráter monetário/ indenizatório, culpa pela devolução e ausência de afeto.

De mais a mais, comparando pelo viés psicológico, a estipulação de uma quantia pecuniária como forma de tentar amenizar os graves efeitos ocasionados nos infantes não se mostra apropriada à resolução da reparação, uma vez que, após o período da devolução, nasce e se estabiliza a autoestima prejudicada. Assim, inferiu-se que se faz necessária a implementação de uma nova cultura de conscientização da adoção em substituição à atual, notadamente que aceite e entenda que a criança e/ou adolescente passível do procedimento em tela é sujeita de direitos e deveres – e não mais um objeto de poder dos adultos.

Portanto, conforme se demonstrou alhures, apesar de ainda haver espaço para pesquisa e não estarem esgotadas as indagações sobre o tema, ficou explícito que pode ocorrer a possibilidade de reparação de um dano causado em uma criança e/ou adolescente, alheia à condição de pecúnia, quando preenchidos os requisitos da responsabilidade civil e resguardada a preferência do acolhimento ao novo lar acima de qualquer multa e/ou eventual indenização pelo abandono. Dessa maneira, cabe ao magistrado, por intermédio de uma análise casuística, averiguar a melhor forma de reparo com o apoio do aparato e recursos judiciais.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA. **Santa Bíblia**: Antigo e novo testamentos. Traduzido por João Ferreira de Almeida. Publicações Eletrônicas, 2004, p. 170-171. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/biblia.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

ANDRADE, E. P. de. Extinção, suspensão e perda do poder familiar. **DireitoNet**, publicado em 9 abr. 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9860/Extincao-suspensao-e-perda-do-poder-familiar>. Acesso em: 28 set. 2020.

BAUMAN, Z. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BENÍCIO, C. M. Adoção: um comparativo entre o instituto brasileiro e o norte americano sob a luz do filme Juno. **Jurídico Certo**, publicado em 6 de setembro de 2013. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/claudianabenicio/artigos/adocao-um-comparativo-entre-o-instituto-juridico-brasileiro-e-o-norte-americano-sob-a-luz-do-filme-juno-73>. Acesso em: 28 set. 2020.

BERTOCINI, C.; CAMPIDELLI, L. F. Análise sobre a devolução da criança e do adolescente no processo de adoção: danos psicológicos e a possibilidade de responsabilidade civil. **ResearchGate**, publicado em fevereiro de 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331079599_ANALISE_SOBRE_A_DEVOLUCAO_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE_NO_PROCESSO_DE_ADOCAO_DANOS_PSICOLOGICOS_E_A_POSSIBILIDADE_DE_RESPONSABILIDADE_CIVIL. Acesso em: 28 set. 2020.

BEVILAQUA, C. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 7. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1943.

BRASIL. **Código civil brasileiro de 2002**. Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 8 de maio de 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L3133.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 de junho de 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4655.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 de dezembro de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 de outubro de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 de julho de 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 28 set. 2020.

CAHALI, Y. S. **Dano moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Treinamento do novo sistema nacional de adoção e acolhimento**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Apostila-Sistema-Nacional-de-Ado%C3%A7%C3%A3o-e-Acolhimento_2020-5-8.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

COMEL, D. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COULANGES, N.-D. F. de. **A cidade antiga**. São Paulo: Edameris, 1961.

CRUZ, J. L. V. **Diagnóstico das condições da infância e juventude de Campos dos Goytacazes**. Campos dos Goytacazes: Fundo Cultural, 2005.

CUNEO, M. R. **Abrigamento prolongado: os filhos do esquecimento**. A institucionalização prolongada de crianças e as marcas que ficam. Rio de Janeiro: Censo da população infanto-juvenil abrigada no Estado do Rio de Janeiro, 2012.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRANATO, E. F. R. **Adoção: doutrina e prática com comentários à nova lei de adoção (Lei nº 12.010/09)**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2003.

LADVOCAT, C. **Devolução de crianças em guarda provisória: consequências jurídicas do rompimento**. Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família. São Paulo: Roca, 2014.

LISBOA, R. S. **Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, R. **Repensando o direito de família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINS, M. Como adotar uma criança nos Estados Unidos. **Gazeta Brazilian News**, publicado em 23 de abril de 2015. Disponível em: <https://gazeta-news.com/como-adotar-uma-crianca-nos-estados-unidos/>. Acesso em: 28 set. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 107020956864-82/002/MG – Minas Gerais**. Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 4 de maio de 2012. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/adocao/inteiroteor_10702095686482002.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 0491578-84.2011.8.13.0024/MG – Minas Gerais**. Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 15 de abril de 2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121112071/apelacao-civel-a-c-10024110491578002-mg/inteiro-teor-121112122>. Acesso em: 28 set. 2020.

MORAES, M. C. B. de. **Deveres parentais e responsabilidade civil**. v. 3, n. 3. São Paulo: Repertório de Jurisprudência IOB, 2009.

ORIENTE, I.; SOUSA, S. M. G. O significado do abandono para crianças institucionalizadas. Belo Horizonte, **Psicologia em Revista**, v. 11, n. 17, 2005.

PAMPLONA FILHO, R.; GAGLIANO, P. S. **Novo Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça. **Manual de acolhimento familiar**. orientações iniciais. 2017-2018. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/4588702/Manual+de+Acolhimento+Familiar+-+Orienta%C3%A7%C3%B5es+Iniciais/c28d62b6-0f50-242b-4f50-8d3acb-0f303c>. Acesso em: 28 set. 2020.

PEREIRA, A. K.; NUNES, M. L. T. Fantasias dos pais adotivos. Porto Alegre, **Revista da Sociedade de Psicologia do Rio Grande do Sul**, v. 9, n. 1, 2010.

PIMENTEL, F. P. A responsabilidade civil no âmbito das relações familiares. 2008. **Revista Publica Direito**. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/fernanda_pontes_pimentel.pdf. Acesso em: 28 set. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento 0082639-12.2019.8.19.0000/RJ – Rio de Janeiro**. Rel. Des^a. Heleno Ribeiro Pereira Nunes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 2 de julho de 2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/912829552/agravo-de-instrumento-ai-826391220198190000>. Acesso em: 28 set. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de instrumento –28.2014.8.19.0000/RJ – Rio de Janeiro**. Rel. Des. Carlos Jose Martins Gomes. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 10 de março de 2015. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/174586375/agravo-de-instrumento-ai-338132820148190000-rj-0033813-2820148190000>. Acesso em: 28 set. 2020.

ROCHA, M. I. de M. Crianças devolvidas: os filhos de fato também têm direito? (Reflexões sobre a adoção à brasileira, guardas de fato ou de direito mal sucedidas). **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 7, 30. nov. 2007. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=55412. Acesso em: 28 set. 2020.

ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: famílias**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

SOARES, L. A responsabilidade civil dos pais adotivos ante a devolução dos adotados. **Jurídico certo: uma empresa Jusbrasil**, 2019. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/lorena-soares/artigos/a-responsabilidade-civil-dos-pais-adotivos-ante-a-devolucao-dos-adotados-4999>. Acesso em: 28 set. 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. **Dano Moral**. 6. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

THOMÉ, M. C. **De devolução para reabandono: a criança como sujeito de direitos**. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, Monografia (Bacharelado em Direito), 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1292/De+devolu%C3%A7%C3%A3o+para+reabandono%3A+a+crian%C3%A7a+como+sujeito+de+direitos>. Acesso em: 28 set. 2020.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

REALIDADE E DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DA COLETA SELETIVA NA REGIÃO DA AMPLASC: UM DOS INSTRUMENTOS DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Thaís Grassi Spiazzi¹
Ricardo Marcelo de Menezes²

RESUMO

O presente artigo discorrerá acerca do cumprimento da Lei nº 12.305/2010, denominada de Política Nacional de Resíduos Sólidos, com enfoque na realidade e desafios encontrados para a implantação da coleta seletiva na região da Associação dos Municípios do Planalto Sul de Santa Catarina (AMPLASC). Objetiva-se estudar como está ocorrendo a aplicação da lei, verificando além da coleta seletiva, sobre os Planos Municipais de Resíduos Sólidos, recursos financeiros destinados para a área, bem como, a análise de sanções e de intervenção do poder judiciário em caso de descumprimento dos prazos estabelecidos na legislação. Para tanto, a metodologia adotada no desenvolvimento da pesquisa foi a revisão bibliográfica e o levantamento de dados, por meio de aplicação de questionário.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Lei nº 12.305/2010. Coleta Seletiva. AMPLASC.

1 INTRODUÇÃO

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) foi instituída por meio da Lei nº 12.305 de 2010 (BRASIL, 2010b), visando a mudança da sociedade acerca da gestão dos resíduos sólidos e proporcionando inovação no país sobre esse tema. Após 10 anos de sua publicação, ainda não é possível visualizar grandes resultados no comportamento da população quanto aos

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; thaisspiazzi@hotmail.com.

² Orientador: Prof. Ricardo Marcelo de Menezes, Curso de Direito, Unoesc, Campus de Joaçaba.

resíduos, a não obtenção de resultados com a Política afeta a evolução para um consumo sustentável, além de causar danos ambientais provocados pela destinação inadequada destes.

Lamentavelmente, a geração dos resíduos aumenta consideravelmente a cada ano, em contrapartida e em ritmo muito mais lento, aumenta também a implantação de coleta seletiva, destinação adequada, reciclagem, logística reversa, reaproveitamento, entre outros objetivos da PNRS, o que juntamente com recursos públicos insuficientes, contribuem para a problemática (RABELO, 2019, p. 529).

Ainda, temos a gestão dos resíduos sólidos como um ato desafiador quando se trata de mudanças de comportamento da sociedade. Muitos acreditam que a partir do momento que o resíduo não está mais no seu campo de visão não são mais responsáveis por ele, e é nesse ponto que a responsabilidade pelo resíduo começa, o qual ainda percorre longo caminho até atingir sua destinação final adequada.

Mesmo diante dos prazos dispostos na lei, podemos perceber por meio de dados coletados e expostos em panorama da situação dos resíduos, que muitos municípios do Brasil ainda apresentam dificuldades na elaboração de seus Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos e na implantação dos serviços de coleta seletiva.

Sendo assim, foi realizada a pesquisa para aprofundar o conhecimento acerca do descumprimento da PNRS, tendo em vista a situação do cenário atual e, buscando conhecer qual a realidade e os desafios encontrados para a implantação dos instrumentos dispostos na legislação, analisando inclusive como o Estado tem executado as diretrizes atribuídas sobre seu papel fiscalizador.

O presente estudo tem como objetivo verificar a implantação da Política Nacional de Resíduos Sólidos no país, mais especificamente na região da Associação dos Municípios do Planalto Sul de Santa Catarina (AMPLASC), a saber: Abdon Batista, Brunópolis, Campos Novos, Celso Ramos, Monte

Carlo, Vargem e Zortéa. Assim como, verificar quais desses já possuem Plano Municipais, quais já implantaram a coleta seletiva e quais possuem recursos financeiros disponíveis para investimento nessa área, além disso, questionar se estes municípios já sofreram penalizações pelo poder público quanto a possível inobservância da Lei nº 12.305/2010 e se formalizaram algum Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público.

A metodologia empregada é baseada no método dedutivo, consistindo em consultas a obras especializadas, a legislação pertinente, além de pesquisas em sites oficiais para obtenção de dados acerca do problema. Em relação a pesquisa de campo utilizou-se da descritiva de levantamento de dados por meio de questionário.

A abordagem do artigo dividiu-se em seis capítulos. No primeiro tópico é realizada a exposição da origem e evolução da legislação dos resíduos sólidos. No segundo capítulo é analisada a lei nº 12.305/2010 e suas diretrizes, a definição de resíduos sólidos e sua situação atual. Já no terceiro capítulo, expõe-se os instrumentos da coleta seletiva, abordando suas formas e os planos municipais de gestão de resíduos sólidos, incluindo acerca do plano nacional, estadual e municipal. No quarto tópico é abordada a análise dos dados obtidos por meio da aplicação do instrumento de pesquisa enviado aos gestores municipais, sendo exposto o resultado por meio de gráficos. O quinto capítulo abrange sobre a atuação do Ministério Público e Poder Judiciário, bem como a prorrogação de prazo para o cumprimento da PNRS. No sexto e último capítulo é apresentada a conclusão e as considerações finais do artigo.

2 A ORIGEM DO FUNDAMENTO NORMATIVO AMBIENTAL ACERCA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO BRASIL

Neste tópico far-se-á uma análise no sentido de compreender a evolução histórica com relação à Política Nacional dos Resíduos Sólidos, destacando os marcos históricos ligados aos aspectos ambientais.

A Conferência de Estocolmo realizada no ano de 1972 foi importante para guiar um comportamento ambiental adequado no mundo. Ainda, a Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981) que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), tem como objetivo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental, assegurando condições ao desenvolvimento socioeconômico, segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

O conceito de meio ambiente surgiu nesta mesma Lei, inserido em seu artigo 3º, inciso I, que dispõe: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Inclusive, ressalta em seu artigo 2º, que “o meio ambiente é considerado como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso de toda a sociedade” (BRASIL, 1981).

Em 1991, tramitava no Congresso Nacional (Câmara dos Deputados), o Projeto de Lei nº 203/91, que dispõe sobre o acondicionamento, a coleta, o tratamento, o transporte e a destinação dos resíduos de serviços de saúde. Entretanto, essa versão não abrangia as questões discutidas no âmbito do Governo Federal, junto à sociedade e ao setor produtivo. Então, em 2001, a Câmara dos Deputados criou e implementou a Comissão Especial da Política Nacional de Resíduos, com o objetivo de apreciar matérias contempladas nos projetos de lei apensados ao já mencionado acima, formulando assim uma proposta substitutiva global (BRASIL, 2019).

Durante os anos seguintes, eventos como Congressos e Seminários foram realizados para discutir sobre o assunto, tal como, o Ministério do Meio Ambiente intensificou esforços na elaboração de propostas para a criação de diretrizes, visando criar uma Política Nacional de Resíduos Sólidos, juntamente com outros Ministérios que tinham como objetivo temáticas similares. O projeto em elaboração pelo Governo Federal, após dezembro de 2005, foi rediscutido entre os Ministérios ligados ao tema e foi acordada uma proposta final. Conseqüentemente, em setembro de 2007, o Governo

encaminhou o ante projeto à Câmara dos Deputados, que foi editado como PL 1.991/2007 e foi juntado com os demais projetos já elaborados, os quais já tramitavam na Câmara Federal apensados ao PL 203/91. Em 16 de junho de 2009 foi apresentada, sendo aprovada pelo Plenário da Câmara em 10 de março de 2010 e pelo Senado Federal em 07 de julho de 2010, com pequena alteração (BRASIL, 2019).

Em seguida, foi sancionado pelo Presidente da República, sem nenhum veto. E então, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 12.305 de 02/08/2010 e o Decreto regulamentador nº 7.404 de 23 de dezembro de 2010 (BRASIL, 2010a). Sirvinskas (2018, p. 375), descreve que o decreto citado criou o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a implantação dos Sistemas de Logística Reversa. De acordo com Machado (2015, p. 633), a PNRS teve a Constituição Federal como base para a sua elaboração, seguindo o disposto no art. 24, inciso IV acerca da proteção ao meio ambiente e controle de poluição e inciso VIII sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente e consumidor, trata-se de uma norma geral e não exclui a competência suplementar dos Estados conforme art. 24 §2º, da CF (BRASIL, 1988).

Percebe-se então que houve uma longa trajetória para que a Política Nacional dos Resíduos Sólidos fosse aprovada, visto que foi marcada por avanços nos conteúdos ambientais e oferece um conjunto de diretrizes capaz de alterar o cenário dos resíduos, adequando para um futuro melhor. Desse modo, é de grande relevância estudar a efetividade da Lei, visto que o manejo correto dos resíduos sólidos acarreta benefícios para o meio ambiente, o qual é um patrimônio público e há necessidade de preservá-lo.

3 A LEI Nº 12.305 DE 2010 E SUAS DIRETRIZES

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) estabelece diretrizes à gestão integrada e ao gerenciamento ambiental adequado dos resíduos,

assim como, propõe regras e instrumentos para o cumprimento de seus objetivos em amplitude nacional, mantendo a saúde pública e a proteção do meio ambiente. Ainda, define que todo resíduo deverá ser processado apropriadamente, antes da destinação final e que o infrator está sujeito a sanções em caso de inobservância da legislação, desenvolvendo assim, ações pautadas no compromisso social.

A política citada acima estabeleceu em seu artigo 6º (BRASIL, 2010b), os princípios, ou seja, quais são as orientações seguras e eficientes para a regulamentação da mesma. Tais princípios, na visão de Machado (2015, p. 633),

[...] necessitam ser interpretados com a permanente integração com todo o corpo da lei, principalmente, levando-se em conta as definições (art. 3º), as disposições gerais (art. 4º), os objetivos (art. 7º), os instrumentos (art. 8º) e as disposições preliminares do Cap. I do Título III.

A Lei busca proteger a saúde humana, incentivar a qualidade ambiental e alcançar a não geração de resíduos. Ainda, busca que sejam adotados padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços, além da gestão integrada de resíduos sólidos e a funcionalidade da prestação dos serviços públicos de manejo destes, para que assim, todos sejam responsáveis pelo ciclo de vida do produto, da mesma forma, que haja melhoria no reaproveitamento desses. Para Sirvinskas (2018, p. 369), a referida lei trata-se de um marco regulatório histórico, em decorrência do período que tramitou para que fosse aprovada.

Observa-se que a lei 12.305/2010 dispõe de objetivos e instrumentos que visam solucionar e organizar o manejo dos resíduos sólidos e conseqüentemente, trazer benefícios para a preservação do meio ambiente e saúde humana, diante disso, é visível a necessidade de uma aplicação eficaz da legislação para que o seu objetivo seja alcançado.

3.1 DEFINIÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Os resíduos sólidos são caracterizados por serem o material descartado em decorrência de uma atividade humana, possuindo diversas origens, bem como são divididos em classes. Estes ainda possuem um conceito relativo acerca da prerrogativa de que, o que pode não servir para determinado indivíduo ou comunidade, pode servir para outros.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT, 2004, p. 1), na NBR 10.004/2004, compreende resíduos sólidos por: “[...] resíduos nos estados sólido e semissólido, que resultam de atividades da comunidade, tendo origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição”.

A Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS) amplia o conceito abordado acima, dando uma definição em seu artigo 3º, inciso XVI, da Lei nº 12.305/10 (BRASIL, 2010b), para os resíduos sólidos:

[...] material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como, gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis, em face da melhor tecnologia disponível (BRASIL, 2010b).

Ainda, o mesmo artigo, em seu inciso XV, diferencia os rejeitos:

[...] rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada (BRASIL, 2010b).

A definição e a diferença de rejeitos e resíduos sólidos contidos no artigo acima, estimula o reaproveitamento e reciclagem dos materiais, visto que há alternativas para tratamento de determinados materiais. Apenas os resíduos que não apresentem possibilidade de recuperação, seguem para a disposição final ambientalmente adequada. Do mesmo modo, é importante destacar que conforme dispõe a referida legislação, em seu art. 3º, nos incisos VII e VIII, os quais dispõem sobre a destinação adequada – que inclui várias formas de aproveitamento dos resíduos – e, admitindo a disposição final apenas para aterramento dos rejeitos, devendo assim, seguir para os aterros sanitários somente os materiais que não podem ser reaproveitados.

3.1.1 A situação dos resíduos sólidos no Brasil

Devido a urbanização acelerada e o despreparo dos municípios para gerir o novo padrão de consumo, a evolução industrial e tecnológica desencadearam uma imprevisibilidade das consequências das atividades em relação ao meio ambiente.

O consumo contribui para o desenvolvimento humano, não havendo problemas em consumir para garantir um nível digno e satisfatório de vida, segundo Rabelo (2019, p. 132) “o motivo de preocupação é aquele consumismo exagerado, baseado na compra de bens e serviços inúteis, que após utilizados são descartados em forma de resíduos de forma inadequada”.

A situação atual dos resíduos sólidos não é positiva, estes não estão sendo tratados com seriedade, pois ainda há muitas cidades no país que destinam resíduos para locais inadequados. Sendo que, a legislação orienta e organiza as prioridades para uma adequada gestão desses resíduos, as quais devem ser cumpridas para que sejam alcançados os benefícios socioambientais.

Com a intensificação da exploração de recursos naturais e das inovações tecnológicas, a geração de resíduos pela sociedade cresceu, dessa forma Lourenço (2019, p. 183), afirma que

[...] com as constantes inovações tecnológicas, a indústria passou a criar produtos com a obsolescência programada acelerada, deixando clara a tendência da descartabilidade de embalagens e bens semiduráveis e duráveis. Sendo que, o período de lançamento de novos produtos no mercado é quase que instantâneo.

Considerando que a geração de resíduos sólidos no Brasil é de grande quantidade, percebe-se a necessidade de reduzir essa produção. Conforme o Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil (2018/2019), realizado pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE) e lançado em novembro de 2019, expõe que, no Brasil, no ano de 2018, foram geradas 79 milhões de toneladas de resíduos, sendo que apenas 92% (72,7 milhões) foram coletados, restando assim 6,3 milhões de toneladas de resíduos que não foram recolhidos.

Ainda, o panorama apresenta que em 2018 no país, 73,1%, o que corresponde à 4.070 dos 5.570 municípios possuem iniciativa no serviço de coleta seletiva. No que se refere a destinação final de resíduos sólidos urbanos, do montante de 72,7 milhões de toneladas coletados, 59,5% são resíduos sólidos urbanos coletados, dos quais 43,3 milhões de toneladas tiveram a destinação adequada para aterros sanitários. Os outros 40,5%, ou seja 29,5 milhões de toneladas, foram despejados em locais inadequados, como lixões e aterros controlados, cujos impactos negativos à saúde da população são enormes, sem contar os efeitos ao meio ambiente com elevado potencial de poluição (ABRELPE, 2019).

Percebe-se neste sentido que o Brasil produz grande quantidade de resíduos, sendo necessário medidas para avançar em direção a práticas melhores de gestão destes. Os dados trazidos pelo Panorama da ABRELPE

(2018/2019), mostram que há uma quantidade considerável de municípios que ainda não possuem os serviços de coleta seletiva.

De acordo com os dados acima, a geração de resíduos no país é alarmante, portanto, o termo não geração de resíduos, o qual está relacionado com o aumento da cadeia produtiva e de serviços utilizando de tecnologias adequadas, aparece como prioridade na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

O presidente da ABRELPE, Carlos Silva Filho, entende que a falta de recursos dos municípios é um dos motivos da falta de aplicação do instrumento da coleta seletiva, sendo uma das razões a falta de percepção da importância da gestão adequada de resíduos sólidos, tanto pela sociedade como pelo Poder Público, para proteger o meio ambiente e a saúde das comunidades (ABRELPE, 2019).

O brasileiro ainda tem dificuldades em gerenciar os resíduos que produz, o que torna difícil a conscientização para fazer a separação deste com potencial de reciclagem. No entanto, a partir do momento em que não há essa conscientização, todo o ciclo da reciclagem acaba sendo prejudicado.

Marchi (2018, p. 3498-3504), questiona quanto o poder público investe em recursos técnicos e financeiros para estruturar o acondicionamento e descarte dos resíduos corretamente, além das ações e projetos que visam a educação ambiental para conscientizar o cidadão quanto ao manejo dos resíduos. Inclusive, menciona quando já há o instrumento de coleta seletiva implantado, o modo que o material é descartado é um passo fundamental para amenizar problemas sociais e ambientais. De outro lado, a cidade que não possui o serviço de coleta seletiva implantado acaba inutilizando as ações de um cidadão que pratica todas as etapas corretas para segregação, acondicionamento e descarte dos seus resíduos.

Observa-se que outra exigência da lei que não foi cumprida é a erradicação dos lixões. Estes são prejudiciais para a vida da população, para Sirviskas (2018, p. 385), o depósito a céu aberto causa danos ao ar

atmosférico, ainda contamina solo e águas e conseqüentemente a saúde humana, por não possuir qualquer medida de proteção ambiental.

Por meio de determinação da Lei nº 12.305/2010 (BRASIL, 2010b), os lixões em funcionamento no país deveriam ter suas atividades encerradas até o ano de 2014, surgindo a necessidade de planejamento, incluindo a discussão e criação dos planos de gerenciamento dos resíduos sólidos. No fechamento dos lixões, é necessário ter soluções previstas para recuperar a qualidade ambiental do solo, incluindo recursos financeiros e capacidade técnica. Neste sentido, Sirvinskas (2018, p. 385) destaca que a forma mais adequada e econômica para dispor os resíduos são os aterros sanitários.

Vindo ao encontro do citado acima, o Ministério Público de Santa Catarina lançou, através da Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente, o programa "Lixo Nosso de Cada Dia", em 30 de janeiro de 2001, que consiste em um conjunto de medidas adotadas e aplicadas nos municípios em situação irregular, com o principal objetivo de dar a destinação correta ao lixo doméstico no Estado de Santa Catarina.

Com isso, foram inúmeros Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) formalizados pelas Promotorias de Justiça, assim cada uma realizou a adequação do teor do documento conforme as peculiaridades locais, estabelecendo prazos para apresentação de projetos para destinação final adequada dos resíduos sólidos e recuperação de áreas degradadas pelos lixões irregulares, até então existentes nos municípios catarinenses, bem como, sugeriu-se estabelecer prazos para programas de educação e conscientização da população para redução e reaproveitamento para os resíduos, da mesma forma, a implantação de programa sustentável de coleta seletiva de lixo (MPSC, 2020).

Desta forma, o resultado obtido com o Programa no Estado de Santa Catarina foi a eliminação de 100% dos lixões, tornando-se assim o Estado pioneiro no País. O Programa agora tem como meta o desenvolvimento de

ações para implantação dos Planos Municipais de Gestão Integrada dos Resíduos Sólidos.

3.1.2 A responsabilidade perante os resíduos

Considerando os termos da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, são geradores desse tipo de resíduos as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que geram resíduos por meio de suas atividades, incluído o consumo. A existência humana e o processo produtivo estão diretamente ligados a geração destes. E devido a responsabilidade pós-consumo é perceptível que além da reparação dos danos causados pela má gestão, o gerenciamento de riscos também será instrumentalizado pelo instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade compartilhada altera a prática adotada de que a responsabilidade com a gestão dos resíduos era exclusiva do Poder Público. A responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos passa a ser compartilhada por todos os envolvidos e abrange as fases de desenvolvimento do produto, obtenção de matérias primas e insumos, processo produtivo, consumo e disposição final ambientalmente adequada. Desse modo, o artigo 30, *caput*, da Lei nº 12.305/2010, dispõe sobre como esta deverá ser instituída, a saber:

Art. 30º É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nesta Seção (BRASIL, 2010b).

Assim, como descrito no parágrafo único, incisos I a VI, do artigo supracitado, os objetivos da responsabilidade compartilhada consistem em compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão

ambiental, desenvolvendo com isso estratégias sustentáveis, promovendo o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva, reduzindo a geração, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais. Além de incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade, estimular o desenvolvimento de mercado com a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados, propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e a sustentabilidade e incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental.

Para que os objetivos acima mencionados fossem alcançados, foram estabelecidas obrigações para cada membro da cadeia produtiva, os quais devem divulgar as informações em relação às formas de evitar, reciclar e eliminar a geração de resíduos sólidos associados a seus produtos.

Neste sentido, Silva Filho e Soler (2019, p. 458), em seu livro *Gestão de Resíduos Sólidos*, descreve:

No previsto pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, a responsabilidade de cada uma das partes identificadas é individualizada, embora sejam encadeadas, isto é, estão entrelaçadas, cada qual responde exatamente pela parte que lhe cabe na cadeia da gestão de resíduos, conforme a disciplina legal. Diante disso, ao cumprir com suas obrigações para com a gestão de resíduos nos termos definidos na lei de regência (PNRS), o autor pode se eximir de futura responsabilização por eventuais danos causados por qualquer outro elo da cadeia, em face da exceção da responsabilidade compartilhada frente à responsabilidade civil objetiva e solidária.

Ainda, a Constituição Federal prevê em seu artigo 225 § 3º (BRASIL, 1988), que os infratores que causarem danos ao meio ambiente estarão sujeitos a incidência de sanções nas esferas penais e administrativas, como também cumulativamente na esfera civil.

Por fim, os gestores municipais, demais setores da economia e consumidores devem participar de forma compartilhada no processo de

gestão e gerenciamento. Salienta-se também que cabe ao Poder Público garantir a efetividade da responsabilidade de cada parte, planejando e impondo que os objetivos da Lei sejam alcançados.

4 A COLETA SELETIVA E OS PLANOS DE GESTÃO INTEGRADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Neste tópico será apresentado os instrumentos previstos na lei 12.305/2010 (BRASIL, 2010b), a coleta seletiva e os planos de gestão integrada de resíduos sólidos.

4.1 COLETA SELETIVA

O conceito de coleta seletiva está contido no artigo 3º, inciso V, da Lei 12.305 de 2010 (BRASIL, 2010b) e no artigo 9º, do Decreto nº 7.404 de 2010 (BRASIL, 2010a). Esta é a coleta dos resíduos que são previamente separados na fonte geradora conforme a sua constituição ou composição, evitando assim que os materiais reaproveitáveis sejam misturados. Esse sistema deve ser implantado pelo titular do serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

A coleta seletiva e a reciclagem visam recuperar matérias-primas retiradas da natureza por meio da segregação dos resíduos, que retorna como matéria-prima ou novos produtos para o ciclo de negócios, reduzindo o consumo de energia que seria usada para produzir e extrair os recursos naturais (LOURENÇO, 2019, p. 1834). Assim, reintroduzindo os materiais em processos produtivos, ajudando a combater o desperdício e reduzindo a poluição.

A referida Política descreve em seu artigo 8º, inciso III (BRASIL, 2010b), que o sistema de coleta seletiva é um de seus instrumentos, o qual torna-se uma alternativa para a destinação final adequada dos resíduos, contribuindo

para o desenvolvimento econômico e social e garantindo a geração de trabalho e renda.

De acordo com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a implantação da coleta seletiva é obrigação dos municípios, sendo que, as metas referentes à ela fazem parte do conteúdo mínimo, que deve constar nos planos de gestão integrada de resíduos sólidos dos municípios.

Os municípios possuem a responsabilidade pela operação do sistema e entrega dos serviços necessários para a efetividade do instrumento da coleta seletiva previsto na Política. Para que haja uma aplicabilidade mais concreta e a eficácia da norma, é importante a integração de vários diplomas legais, para um bem comum, como a utilização e a proteção do meio ambiente.

Nos dizeres de Sinnott (2012, p. 12), “além da preocupação com o crescimento considerável de geração de resíduos pela população, outro ponto a ser observado é em relação ao manejo desses resíduos sólidos, o que enfrenta grandes problemas e desafios”. As pesquisas e avaliações ambientais reforçam a preocupação com os problemas e confirmam que a legislação vigente deve ter o compromisso de proclamar um gerenciamento eficaz a esse tipo de resíduos.

Conforme a PNRS, os resíduos devem ser reaproveitados, portanto, metas progressivas devem serem executadas, como a segregação prévia dos resíduos sólidos, para que a meta de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos e o reaproveitamento dos materiais recicláveis e orgânicos seja atingida.

É preciso que haja mudança cultural nos cidadãos, governo e empresas, neste sentido, na comunidade é preciso fomentar uma cultura de consumo consciente, para o governo, significa entender a complexidade da atual situação dos Resíduos Sólidos, para assim, avançar no planejamento e execução das ações, e para o setor empresarial, é preciso buscar alternativas mais eficientes reduzindo a quantidade de resíduos sólidos gerados no

processo de produção e no produto final (JARDIM; YOSHIDA; MACHADO FILHO, 2012, p. 239-240).

Aliada as metas, encontramos a Educação Ambiental que tem o papel de incentivar as gerações atuais e futuras para um desenvolvimento pessoal e coletivo mais justo e sustentável, buscando demonstrar a responsabilidade de cada indivíduo com o ambiente social (LOURENÇO, 2019, p. 1529).

Desta maneira, como consequência pela coleta seletiva consistir em uma atividade que decorre separação prévia dos resíduos pelos geradores, ela é dependente de um processo de educação ambiental, pois é necessário a conscientização da população, para fazer, no mínimo, a separação entre os resíduos secos e resíduos úmidos.

4.1.1 Formas de Coleta Seletiva

Há duas formas mais comuns de coleta seletiva existentes no país, a coleta porta a porta e a coleta por pontos de entrega voluntária (PEVs), nesta seção apresentar-se-á a diferença entre as duas modalidades citadas e ainda, descrever-se-á as etapas para a implantação das mesmas.

A coleta seletiva porta a porta mantém a mesma relação existente com a coleta convencional, onde o resíduo é separado e disposto pela população em lixeiras, para assim ser coletado em frente as residências e comércios. Possui a vantagem de que o transporte por parte do gerador dos resíduos é dispensado até o ponto de entrega, permitindo maior participação, e também mede a adesão da população ao programa. Entretanto, a desvantagem dessa forma de coleta são os custos de transporte elevados e a produtividade por quilometro percorrido que é considerada baixa (BRASIL, 2010c).

Em relação a coleta feita em Postos de Entrega Voluntária (PEVs), observa-se a diminuição dos custos de transporte, pois concentra a coleta em pontos estrategicamente situados, proporciona utilizar do local para publicidade e parcerias e facilita a triagem por fazer o descarte por tipo

de resíduo. Porém, também há desvantagens, pois esta requer muitos recipientes, os quais devem ser adquiridos pelo Poder Público, exige maior disposição da população, dificultando verificar a adesão quanto a separação dos materiais, além dos containers ficarem sujeitos a atos de vandalismo (BRASIL, 2010c).

O órgão público responsável poderá optar pela modalidade que for melhor para o seu município, mediante conhecimento da situação, das características, da tipologia e da localização dos resíduos, entre outros dados, assim será possível planejar e implementar políticas públicas e soluções adequadas e efetivas.

4.2 PLANOS DE GESTÃO INTEGRADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Para solucionar a questão dos resíduos sólidos, o primeiro passo deve ser o planejamento, onde a União, Estados e Municípios devem elaborar seus planos de gestão integrada para que metas sejam seguidas pela sociedade, cabendo a cada ente buscar a solução para a grande quantidade de resíduos produzidos diariamente. O plano é um dos principais instrumentos para que em conjunto com outras ações auxilie na solução para os resíduos.

Para Jardim, Yoshida e Machado Filho (2012, p. 234, 284), o planejamento é um instrumento de gestão estruturador para qualquer área, desse modo, desafios são encontrados para elaboração de um bom plano, e ainda, cabe aos órgãos públicos a função de informar aos cidadãos sobre a gestão integrada dos resíduos e promover a participação na implantação e na avaliação das políticas públicas relacionadas a estes, por meio dos planos de gestão de resíduos nas três esferas.

O artigo 14 da PNRS caracteriza os planos de resíduos sólidos, considerando uma tipologia variada para que contemple as diversas configurações territoriais, como:

Art. 14. São planos de resíduos sólidos: I – O Plano Nacional de Resíduos Sólidos; II – Os planos estaduais de resíduos sólidos; III – Os planos microrregionais de resíduos sólidos e os planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas; IV – Os planos intermunicipais de resíduos sólidos; V – Os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos; e VI – Os planos de gerenciamento de resíduos sólidos (BRASIL, 2010b).

Ainda, os planos devem ser elaborados estimulando a participação social, sendo realizadas audiências e consultas públicas, captando as perspectivas de diversos atores da sociedade e contendo as características e especificidades de cada município (LOURENÇO, 2019, p. 497). Fernandes (2019, p. 103) também entende que é necessário ter a caracterização dos municípios, compreendendo todos os resíduos sólidos gerados nas áreas de abrangência. O Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos – PMGIRS deve ser atualizado periodicamente, para que sejam incluídos e aprovados no orçamento municipal as ações e recursos.

É importante para a construção do Plano de Resíduos Sólidos valorizar o conhecimento técnico para a realização do diagnóstico, bem como a participação da sociedade para que haja fiscalização e proteção ao meio ambiente.

4.2.1 Plano Nacional, Estadual e Municipal de Resíduos Sólidos

O Plano Nacional deve esclarecer conceitos e diretrizes, buscando conciliar o crescimento econômico e a preservação ambiental com o desenvolvimento sustentável. De acordo com a previsão da PNRS, o Plano Nacional deve ser implementado com prazo indeterminado e com horizonte de 20 anos, sendo a atualização a cada quatro anos. Ainda, a Lei determina em seu artigo 15 os itens de conteúdo mínimo dos planos e o

Decreto 7.404/2010, em seu artigo 47 (BRASIL, 2010a), define o processo de elaboração deste.

Além disso, quem tem o dever de coordenar a elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos (PLANARES) é o Ministério do Meio Ambiente (MMA). A versão preliminar do Plano Nacional teve sua divulgação em 28 de junho de 2011. Para a sua elaboração foi necessário a ampla discussão com os setores público, privado e com a sociedade em geral, assim, esta ocorreu por meio de cinco audiências públicas regionais, duas não oficiais e uma pública nacional, com aproximadamente mil propostas. Também houve consulta pública, disponibilizada por 60 dias na internet, e o documento final contém 29 diretrizes, 170 estratégias e 28 metas (MARCHI, 2018, p. 986-993). Esta versão descrita acima teve sua versão preliminar consolidada em agosto de 2012, e não foi sancionada como decreto, havendo necessidade de revisão para inclusão de atualizações e avanços desde 2012, para posterior publicação do documento como decreto.

O Plano Nacional 2020 esteve em consulta pública aberta para colher sugestões da população para finalização do documento até 30 de setembro de 2020, a proposta do governo esteve disponível para acesso no site do Ministério do Meio Ambiente (BRASIL, 2020b).

A versão atual do Plano Nacional explana o diagnóstico da situação dos resíduos sólidos, sendo propostas metas, diretrizes, projetos, programas e ações voltadas a cumprir os objetivos da PNRS. Algumas das diretrizes contidas PLANARES são ações que visam o combate aos lixões que ainda existem no país, universalizar a cobertura dos serviços de coleta dos RSU, a ampliação e consolidação da coleta seletiva, fortalecer o sistema de logística reversa e aumentar aproveitamento energético dos resíduos (BRASIL, 2020b).

Ainda, a secretaria de qualidade ambiental do MMA, tem coordenado a elaboração do Plano Nacional 2020, por meio do Acordo de Cooperação com a ABRELPE. A versão atual apresentada para consulta, está alinhada

ao Programa nacional Lixão Zero, lançado em abril de 2019 pelo MMA, no âmbito da Agenda Nacional de Qualidade Ambiental Urbana.

Silva Filho e Soler (2019, p. 977), destacam que para os estados e municípios obterem acesso aos recursos da União, deverão inserir no Plano e adotar de forma efetiva soluções regionalizadas para a execução correta de ações para a gestão de resíduos, além de manter os dados e informações atualizadas junto ao Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (SINIR), bem como, comprovação de regularidade fiscal perante a União.

O Plano Estadual de Resíduos Sólidos de Santa Catarina, elaborado em 2018, destaca que diversas ações foram realizadas para que um maior número de pessoas fosse alcançado para participar da construção do mesmo, o qual busca avanço em relação ao manejo de resíduos e a efetiva implantação da PNRS. Para o levantamento e sistematização das informações dos municípios, a pesquisa foi promovida por dados secundários, como também por fontes primárias, por meio da aplicação de questionários específicos aos municípios (SANTA CATARINA, 2018).

Elaborar o plano de gestão integrada de resíduos sólidos é uma obrigação de todos os municípios, sendo permitido pela PNRS, a confecção de plano simplificado aos municípios que possuam abaixo de 20 mil habitantes e que não seja território de interesse turístico (BARBOSA, 2019, p. 494).

Os municípios que buscarem por soluções intermunicipais, são dispensados de elaborar o plano individual, portanto, o conteúdo mínimo deve atender aos requisitos da PNRS, considerando pontos como: a origem, volume, caracterização dos resíduos, formas de destinação e disposição final adotadas em âmbito municipal (SILVA FILHO; SOLER, 2019, p. 983, 1024).

A Associação dos Municípios do Planalto Sul de Santa Catarina – AMPLASC, elaborou o plano para os municípios da região no ano de 2013.

No plano esclarecem a responsabilidade do poder público municipal, tanto pelo gerenciamento de resíduos, como por estratégias e ações que devem ser implementadas em conjunto com a sociedade. Além de compreender o diagnóstico da situação atual dos resíduos sólidos na região, formulando diretrizes e estratégias com horizonte de tempo de 20 (vinte) anos e atualização a cada 04 (quatro) anos (AMPLASC, 2013).

Dessa forma, é atribuição direta dos órgãos públicos a elaboração dos planos, e ainda, para a confecção devem observar os requisitos de conteúdo mínimo estabelecidos pela legislação e tratar de todos os tipos de resíduos gerados em áreas urbanas.

5 ANÁLISE DOS DADOS OBTIDOS COM OS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DA AMPLASC

Neste tópico far-se-á a análise dos dados obtidos na pesquisa de campo por meio do instrumento de coleta dados, dispondo estes em gráficos.

Segundo Gil (2019), o instrumento de coleta de dados elaborado é uma pesquisa descritiva, que visa registrar e analisar as características de atendimento dos órgãos públicos, a partir de técnicas padronizadas de coleta e análise de dados.

Assim, o método de pesquisa utilizado foi por meio de questionário, onde as perguntas foram direcionadas aos órgãos públicos que se pretendia estudar. Bem como, a técnica de coleta de dados utilizada para essa pesquisa foi observação direta extensiva por meio de um questionário aplicado de forma on-line, via e-mail (GIL, 2019).

Desta forma, os dados foram coletados por meio da aplicação do instrumento de coleta de dados aos gestores de Resíduos Sólidos Urbanos (RSU) dos municípios da região estudada, sendo estes construídos com cinco perguntas iguais a todos os municípios, as quais são pertinentes aos procedimentos que o poder público municipal está adotando para solucionar

o problema dos resíduos sólidos, com base na Lei nº 12.305/2010, sendo assim possível comparar os resultados obtidos.

A coleta de dados tem como objetivo analisar quantitativamente o total de 7 (sete) municípios, na Região da Associação dos Municípios do Planalto Sul de Santa Catarina – AMPLASC, da qual fazem parte: Abdon Batista, Brunópolis, Campos Novos, Celso Ramos, Monte Carlo, Vargem e Zortéa. Trata-se de municípios, na grande maioria de pequeno porte, situados na microrregião do Planalto Sul Catarinense, localizado na região central do Estado de Santa Catarina.

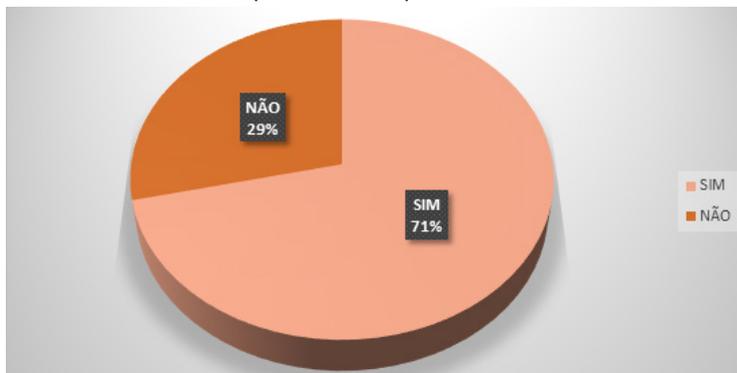
A pesquisa de campo foi confeccionada para encontrar respostas as seguintes questões: quais municípios possuem Plano Municipal de Resíduos Sólidos e já tem implantada efetivamente a coleta seletiva, questionou-se dos recursos disponíveis para investimento nessa área, se já sofreram alguma penalização quanto a inobservância da Lei nº 12.305/2010 e se firmaram algum Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público.

De acordo com os índices e abordagem descritos por Besen *et al.* (2017, p. 26), as questões elaboradas na pesquisa de campo são de aspecto institucional. Ainda, seguindo a visão de Bardin (2011, p. 206), para fazer referência aos municípios, estes serão identificados por letras, afastando a subjetividade dos mesmos. O questionário foi respondido por todos os sete municípios pesquisados, permitindo obter a comparabilidade entre os municípios da região estudada.

5.1 PLANOS MUNICIPAIS DE RESÍDUOS SÓLIDOS

No que tange aos dados analisados no instrumento de pesquisa aplicado, têm-se os Planos Municipais de Resíduos Sólidos. No gráfico abaixo observa-se quanto a existência de plano nos municípios.

Gráfico 1 – Planos Municipais dos municípios estudados



Fonte: Elaborado pela autora (2020).

O gráfico 1 mostra que dos sete municípios que participaram da pesquisa, cinco deles (A, C, E, F e G) declararam possuir plano municipal, sendo que, apenas dois municípios (B e D) declararam não possuir o referido plano.

A PNRS dispõe em seu artigo 8º, inciso I, que os planos de resíduos sólidos são instrumentos essenciais da Política, bem como, explica em ser artigo 3º, inciso X e XI sobre o gerenciamento e gestão destes:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

X – Gerenciamento de resíduos sólidos: conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, de acordo com plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou com plano de gerenciamento de resíduos sólidos, exigidos na forma desta Lei;

XI – Gestão integrada de resíduos sólidos: conjunto de ações voltadas para a busca de soluções para os resíduos sólidos, de forma a considerar as dimensões política, econômica, ambiental, cultural e social, com controle social e sob a premissa do desenvolvimento sustentável (BRASIL, 2010b).

A Política define uma ordem de prioridade para a gestão e o gerenciamento, a saber: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

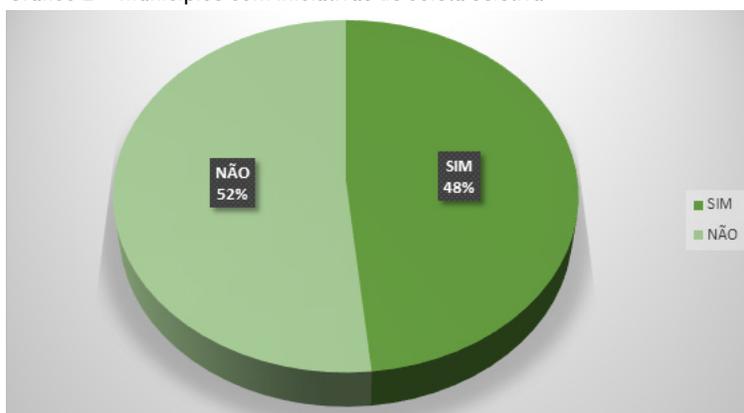
A Associação dos Municípios do Planalto Sul de Santa Catarina – AMPLASC, teve a iniciativa para a elaboração do Plano de Gestão Integrada dos Resíduos Sólidos para os municípios pertencentes à região, após aprovação em Assembleia dos prefeitos realizada em 20 de agosto de 2012. A audiência pública da AMPLASC para apresentação e aprovação do Plano para os municípios de abrangência da microrregião ocorreu na data de 26 de junho de 2013 e sua versão final foi publicada no site da associação em 22 de setembro de 2014 (AMPLASC, 2013).

No Brasil, segundo dados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais (MUNIC) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referente ao ano de 2017, pouco mais da metade dos municípios brasileiros (54,8%) possuem Plano Integrado de Resíduos Sólidos (IBGE, 2017).

5.2 IMPLANTAÇÃO DO SERVIÇO DE COLETA SELETIVA

A Política Nacional de Resíduos Sólidos dispõe em seu artigo 8º, inciso III, a coleta seletiva como instrumento da mesma. No gráfico 2, observamos acerca dos municípios possuírem a coleta seletiva implantada no município ou não, em caso positivo, apresentar-se-á o ano de iniciativa do instrumento.

Gráfico 2 – Municípios com iniciativas de coleta seletiva



Fonte: Elaborado pela autora (2020).

Como exposto, a pesquisa permite estimar que a coleta seletiva ainda não é um instrumento que atende a todos os municípios, tendo em vista que apenas três municípios (A, D e G) possuem a implantação desta e que os outros quatro municípios não possuem esse sistema de coleta dos resíduos. Ainda, o município C informou que a coleta seletiva já está em projeto para ser desenvolvido nos próximos meses.

Com os dados obtidos acerca do ano de iniciativa do serviço, chama-se atenção para o município D, o qual realiza a coleta seletiva desde o ano de 2001, anos antes da aprovação da PNRS. Também, o município G realiza esse serviço desde 2010 e o município A desde o ano de 2015.

Em comparação com os dados gerais do país, de acordo com os dados apresentados no panorama da ABRELPE (2019), em 2018, no Brasil, a coleta seletiva foi realizada por quase três quartos dos municípios do país, porém em alguns deles não abrangem a população em sua totalidade. Recebe destaque o atendimento do serviço na região Sul, onde grande parte das cidades já adota esse instrumento, especificamente 90,9%, ou seja, 1.083 municípios do Sul realizam algum tipo de coleta seletiva, restando apenas (9,1%) 108 municípios que não dispõem de tal serviço.

Tratando da abrangência do serviço de coleta seletiva no Estado de Santa Catarina (2018), o Plano Estadual de Resíduos Sólidos descreve com base nas informações de 95,59% dos municípios catarinenses, que:

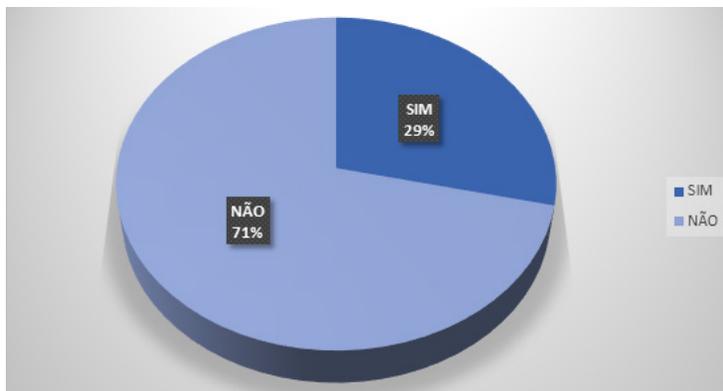
A coleta seletiva de recicláveis é realizada apenas por 125 prefeituras do Estado, abrangendo 58,89% da população total de Santa Catarina. Dentre os municípios contemplados com tal coleta, 60,00% deles possuem cobertura plena desse serviço.

Dessa forma, esclarece-se como o país ainda não possui a universalização do serviço de coleta seletiva, um dos mais importantes serviços para a gestão adequada dos resíduos sólidos.

5.3 INVESTIMENTOS NA ÁREA DE RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS

Nesse indicador far-se-á a análise dos dados referente aos investimentos do poder público em relação aos resíduos sólidos, dessa forma, a questão elaborada abrange se o município possui recursos disponíveis para investimentos nesta área ou ainda, por meio de projetos junto ao governo federal ou estadual.

Gráfico 3 – Recursos financeiros municipais aplicados na área de resíduos sólidos



Fonte: Elaborado pela autora (2020).

O gráfico 3 mostra que apenas dois municípios (C e G) declararam possuir recursos financeiros para a gestão dos resíduos sólidos, sendo que cinco (A, B, D, E e F) declararam não possuir recursos para a área.

Além de cobrar os municípios pelo cumprimento da legislação é preciso analisar as condições individualmente, já que poucos deles possuem estrutura financeira suficiente para arcar com custos da gestão dos resíduos. Assim, verifica-se que mesmo sendo responsabilidade do poder municipal buscar a solução dos problemas envolvendo os resíduos, a maioria deles ainda não dispõe de recursos financeiros para essas ações.

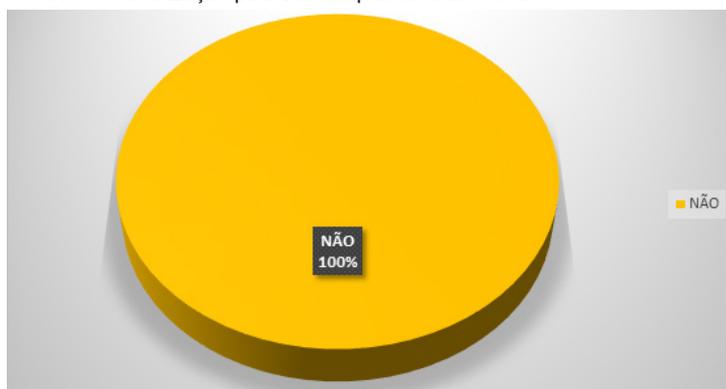
Neste sentido, Lourenço (2019, p. 2472) esclarece a necessidade de mudar a realidade dos órgãos públicos acerca dos investimentos

relacionados a infraestrutura de saneamento, os quais na maioria são baixos, para assim alcançar o objetivo de instaurar o tratamento correto para os resíduos sólidos urbanos em todo o país.

5.4 PENALIZAÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO DA PNRS

Em relação aos órgãos públicos pesquisados já terem sofrido alguma penalização, como multas ou ação de responsabilidade civil, por não terem cumprido as exigências impostas pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, o gráfico 4 exposto abaixo mostra que nenhum dos sete municípios foram até o momento autuados ou sofreram cobrança de órgãos estaduais ou federais para que a Lei efetivamente fosse cumprida.

Gráfico 4 – Penalização pelo descumprimento da PNRS



Fonte: Elaborado pela autora (2020).

A PNRS esclarece em seu artigo 1º, §1º que estão sujeitas à observância da Política as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, que possuem responsabilidade tanto direta quanto indireta, pela geração de resíduos sólidos.

A Lei dispõe prazos para os municípios se adequarem as regras, como o que se refere a extinção dos lixões, que foi preciso prorrogação de prazo, visto que muitos municípios não conseguiram cumprir com a determinação.

Acerca da aplicação dos instrumentos da Lei, mesmo havendo ditames estabelecidos, ainda pouco se observa acerca da fiscalização e execução das penas.

5.5 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

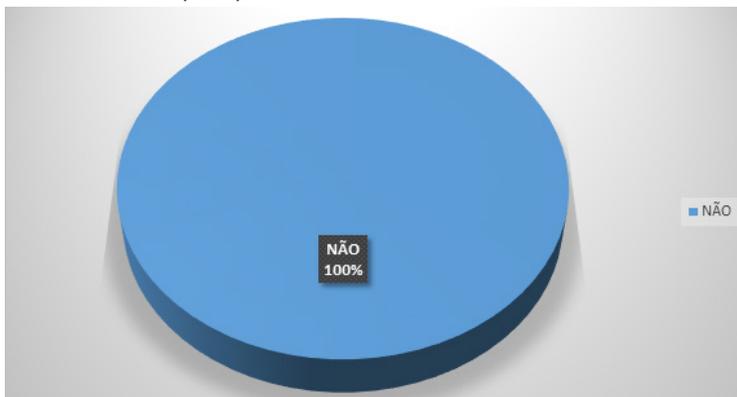
O Termo de Ajustamento de Conduta é um meio de solucionar problemas e é utilizado tanto para demandas ambientais quanto de outras áreas, sendo este eficiente para a celeridade processual. O procedimento do TAC é definido conforme a necessidade do caso concreto.

Muitos Termos de Ajustamento de Conduta foram assinados no Estado de Santa Catarina por meio do Programa Lixo Nosso de Cada Dia lançado pelo MPSC, visando a implantação de aterros sanitários e recuperação de áreas degradadas pelo depósito irregular de resíduos sólidos. Como já mencionado, tal programa foi lançado em 30 de janeiro de 2001 e Santa Catarina foi o primeiro estado no País a alcançar o resultado da eliminação de 100% dos lixões.

É possível ter acesso a minuta do TAC que constou como anexo do Programa, por meio de contato com a ouvidoria do Ministério Público de Santa Catarina, o documento é uma sugestão de termo, não podendo afirmar que todos possuem o mesmo teor, tendo em vista que os municípios que aderiram ao programa formalizaram o documento nas Promotorias de Justiça em sua comarca, assim, havendo as adequações individuais necessárias devido as peculiaridades locais.

O gráfico 5 expõe o resultado encontrado entre os municípios pesquisados, em relação à firmação de algum TAC com o Ministério Público Estadual acerca do tema resíduos sólidos.

Gráfico 5 – Municípios que firmaram TAC com o Ministério Público



Fonte: Elaborado pela autora (2020).

No entanto, os sete municípios da região da AMPLASC, declararam que não firmaram compromisso com o Ministério Público sobre o tema. Com isso, percebe-se que esses municípios não tiveram intervenção do poder judiciário para que obtivessem diretrizes e acordos de prazos para que a PNRS fosse cumprida.

Em contato via e-mail com as Promotorias de Justiça, solicitando informação acerca de eventuais Termos de Ajustamento de Conduta firmado pelos órgãos que compõem as comarcas dos municípios pesquisados, por meio do programa Lixo Nosso de Cada Dia, as Promotorias de Justiça dos municípios A, D e E informaram que em consulta ao banco de dados disponível não localizaram nenhum procedimento instaurado acerca do solicitado.

Já a Promotoria de Justiça dos municípios B, D, F e G diante das buscas efetuadas, encontraram um procedimento de Ofício Circular pelo Centro de Apoio do Meio Ambiente do Ministério Público – CME, visando avaliar o cumprimento do Programa Lixo Nosso de Cada Dia e a destinação dos resíduos sólidos domésticos urbanos. Dessa forma, o Centro de Apoio do Meio Ambiente repassou a informação de que os municípios B, D, F e G firmaram Termo de Ajustamento de Conduta com relação ao programa, no

ano de 2001. Porém, diante do lapso temporal transcorrido, bem como, da inexistência de serviços de armazenamento de informações, não se logrou encontrar nenhuma documentação dos acordos firmados.

6 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO PODER JUDICIÁRIO E A PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA PNRS

Diante dos dados coletados e expostos acima, observa-se que na região da AMPLASC não houve intervenção do poder judiciário, como também não houve fiscalização das medidas ambientais adotadas e cobrança acerca do tema, pois os sete municípios declararam não terem sofrido nenhuma penalização pelo descumprimento da Política e também não firmaram nenhum Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

O contexto histórico dos municípios brasileiros é marcado por pouca atenção no tratamento dos resíduos sólidos e por baixos investimentos e infraestrutura na área, o que precisa ser alterado para que seja alcançada a sustentabilidade urbana (LOURENÇO, 2019, p. 2829). Diante disso, percebe-se que as normas de prevenção e precaução dos danos causados ao meio ambiente, não devem apenas serem criadas, mas sim executadas.

Com relação aos prazos dispostos na PNRS, os municípios deveriam ter implantado os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos e serviços de coleta seletiva até agosto de 2012, assim como, até agosto de 2014 ter a disposição final adequada destes. Infelizmente, nem todos os municípios no país cumpriram os prazos e ainda são presenciadas muitas tentativas de prorrogar os prazos, sob os argumentos de falta de recursos e falta de profissionais capacitados (BARBOSA, 2019, p. 667).

O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico do Brasil teve sua aprovação em 15 de julho de 2020, por meio da Lei nº 14.026 (BRASIL, 2020a), a qual dispõe acerca da forma que os municípios, estados e todo o país deverão realizar a prestação de serviço de saneamento básico.

No que se refere ao manejo dos resíduos sólidos, a Lei trata sobre a prorrogação dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada destes, alterando a redação do artigo 54 da Lei nº 12.305/2010.

Dessa forma, estabelece que a disposição adequada dos resíduos sólidos deverá ser implantada até 31 de dezembro de 2020, exceto aos municípios que possuam plano. Com isso, capitais e municípios integrantes de região metropolitana terão até a data de 2 (dois) de agosto de 2021 para realizar as mudanças impostas. Já os demais municípios cuja população conforme o Censo de 2010 seja superior a 100 mil habitantes, bem como entre 50 e 100 mil habitantes e os municípios com população inferiores a 50 mil habitantes, deverão seguir a Lei até o dia 2 (dois) de agosto dos anos de 2022, 2023 e 2021, respectivamente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Política Nacional de Resíduos Sólidos passou por longa trajetória até sua aprovação e oferece diretrizes capazes de alterar a gestão dos resíduos em amplitude nacional, visando melhorar a saúde pública e a proteção do meio ambiente. Contudo, a gestão dos resíduos sólidos ainda é um ato desafiador no que tange as mudanças de comportamento da sociedade.

Esta pesquisa teve como objetivo analisar como a implantação da Política Nacional de Resíduos Sólidos tem sido implementada pelos municípios pertencentes a região da AMPLASC, analisando quantitativamente quais deles cumprem com o que a lei determina.

Em relação aos Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, dos sete municípios pesquisados, cinco deles declararam possuir o plano. Portanto, diante de consulta ao site da AMPLASC observou-se que a referida Associação elaborou o plano para os municípios da região no ano de 2013.

Buscou-se saber também quais dos sete municípios possuem efetivamente a iniciativa de coleta seletiva implantada, sendo que, apenas

três afirmaram realizar o serviço, enquanto quatro não disponibilizam essa forma de coleta para a população.

Assim, com o estudo realizado, foi possível perceber que os municípios da região estudada possuem dificuldades em cumprir com o que a legislação dispõe.

Um dos motivos de não terem alcançado um resultado expressivo no cumprimento da referida Política é a falta de recursos financeiros aplicados na área, apenas dois dos sete municípios declararam possuir recursos financeiros suficientes para investir na gestão dos resíduos. Outro fator relevante é a ausência de fiscalização, pois os sete municípios declararam que não sofreram nenhuma penalização por não implantar o instrumento imposto pela PNRS.

Conforme as abordagens realizadas no artigo é visível a prorrogação de prazos para que os municípios se adequem a Política, dessa forma, o Termo de Ajustamento de Conduta é uma opção para solucionar essa questão. No entanto, quando questionado aos municípios, todos os sete informaram não ter firmado compromisso com o Ministério Público por meio de TAC. Em contato com as Promotorias de Justiça dos municípios a informação é de que quatro municípios firmaram TAC no ano de 2001, por meio do programa Lixo Nosso de Cada Dia.

Com base nos resultados apresentados foi possível identificar que os municípios da região da AMPLASC, no que tange ao cumprimento da legislação acerca da implantação da coleta seletiva, ainda não possuem a universalização do serviço, destacando assim que a referida Lei não está sendo cumprida na sua totalidade. Ainda considera-se que a hipótese e o objetivo de pesquisa do presente artigo foram alcançados, uma vez que obteve-se a informação de como está a implantação e fiscalização da Lei 12.305/2010 (BRASIL, 2010b), como também a necessidade da prorrogação de prazo a fim de atingir as diretrizes da PNRS e melhorar a gestão dos resíduos sólidos urbanos nos municípios.

Por fim, entende-se a necessidade de buscar uma maior adequação no desenvolvimento prático da implantação da legislação nos municípios, isso para que a sustentabilidade urbana seja alcançada e solucionada no menor prazo possível.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS (ABRELPE). **Panorama dos resíduos sólidos do Brasil, 2018/2019**. 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/492DD855EA0272_PanoramaAbrelpe_-2018_2019.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 10.004: Resíduos Sólidos – Classificação**. Rio de Janeiro, 2004.

ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO PLANALTO SUL DE SANTA CATARINA (AMPLASC). **Plano de gestão integrada dos resíduos sólidos dos municípios da AMPLASC**. 2013. Disponível em: <https://www.amplasc.org.br/cms/pagina/ver/codMapaltem/43765>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BARBOSA, R. M. **Política nacional de resíduos sólidos: guia orientação para municípios**. 1. ed. [Edição Kindle]. Martins Barbosa, 2019.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BESEN, G. R. *et. al.* **Gestão da coleta seletiva e de organizações de catadores: indicadores e índices de sustentabilidade**. 1. ed. Plataforma Digital, Fundação Nacional de Saúde, São Paulo, 2017. doi: 10.11606/9788588848245.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.404 de 2010**. Regulamenta a Lei nº 12.305/2010. Brasília, DF. 2010a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7404.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981**. Política nacional do meio ambiente. Distrito Federal, DF. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010**. Política nacional de resíduos sólidos. Brasília, DF. 2010b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 23 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 14.036, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Brasília, DF. 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14026.htm. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Contexto e principais aspectos**. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/politica-nacional-de-residuos-solidos/contextos-e-principais-aspectos>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Manual para implantação de compostagem e de coleta seletiva no âmbito de consórcios públicos**. 2010c. Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/srhu_urbano/_arquivos/3_manual_implantao_compostagem_coleta_seletiva_cp_125.pdf. Acesso em: 24 jun. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental. **Consulta pública plano nacional de resíduos sólidos**. 2020b. Disponível em: <http://consultaspublicas.mma.gov.br/planares/wp-content/uploads/2020/07/Plano-Nacional-de-Res%C3%ADduos-Sólidos-Consulta-Pública.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

FERNANDES, D. da R. **Gestão e gerenciamento de resíduos sólidos urbanos: diretrizes jurídico-ambientais para a sustentabilidade**. 1. ed. [Edição do Kindle]. Natal, Brasil: Amazon Prime, 2019.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019. E-book (não paginado). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020991/epubcfi/6/22%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dchapter03%5D!/4/136%400:0>. Acesso em: 18 ago. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa de informações básicas municipais** – perfil dos municípios brasileiros. 2017. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/496bb4fbf305cca806aaa167aa4f6dc8.pdf. Acesso em: 16 ago. 2020.

JARDIM, A.; YOSHIDA, C.; MACHADO FILHO, J. (eds.). **Política nacional. Gestão e gerenciamento de resíduos sólidos**. São Paulo. Manole, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444801/pageid/255>. Acesso em: 18 ago. 2020.

LOURENÇO, J. C. **Gestão dos resíduos sólidos urbanos: panorama, conceitos, aplicações e perspectivas**. 1. ed. [Edição do Kindle]. Campina Grande, 2019.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

MARCHI, C. M. D. F. **Gestão de resíduos sólidos: conceitos e perspectivas de atuação**. 1. ed. [Edição do Kindle]. Curitiba: Appris, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA (MPSC). **Lixo nosso de cada dia**. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/programas/lixo-nosso-de-cada-dia>. Acesso em: 22 abr. 2020.

RABELO, C. A. **A responsabilidade civil ambiental pós-consumo na destinação de resíduos sólidos**. 1. ed. [Edição do Kindle]. 2019.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável, Diretoria de Saneamento e Meio Ambiente. **Plano estadual de resíduos sólidos de Santa Catarina**: contrato administrativo nº 012/2016. 2018. Disponível em: <http://www.sde.sc.gov.br/index.php/biblioteca/pastas-tematicas/meio-ambiente/gesol>. Acesso em: 18 ago. 2020.

SILVA FILHO, C. R.; SOLER, F. D. **Gestão de resíduos sólidos: o que diz a lei**. 4. ed. [Edição do Kindle]. São Paulo: Trevisan, 2019.

SINNOTT, A. P. **A aplicabilidade da Lei nº 12.305/10 sob o viés do princípio da responsabilidade compartilhada**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/alice_sinnott.pdf. Acesso em: 4 out. 2019.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

APÊNDICE A – Instrumento de pesquisa Aplicação de questionário

Esta pesquisa tem objetivo acadêmico e será apresentada em forma de artigo científico com o tema: “REALIDADE E DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DA COLETA SELETIVA NA REGIÃO DA AMPLASC: um dos instrumentos da Política Nacional de Resíduos Sólidos.” Dessa forma, venho solicitar a colaboração com a pesquisa, respondendo as seguintes questões:

Município: _____

1. No seu município há Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos conforme exigência da Lei nº 12.305/2010?

() SIM

() NÃO

2. Possuem o serviço de coleta seletiva implantado no município? Se sim, desde que ano?

SIM NÃO

Ano: _____

3. A prefeitura municipal possui recursos disponíveis previstos para investimento nesta área? Ou ainda por meio de projetos junto ao governo federal ou estadual?

SIM NÃO

4. Já sofreram alguma penalização, como multas ou ação de responsabilidade civil, pelo descumprimento da Política Nacional dos Resíduos Sólidos? Se sim, qual?

SIM NÃO

Qual? _____

5. Já firmaram algum Termo de Ajustamento de Conduta – TAC com o Ministério Público acerca do tema Resíduos Sólidos?

SIM NÃO

Agradeço desde já pela colaboração com a pesquisa³ e participação.

Acadêmica: Thaís Grassi Spiazzi⁴

Curso de Direito – UNOESC

REFERÊNCIA

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.

³ Orientador: Prof. Ricardo Marcelo de Menezes, Curso de Direito, Unoesc, Campus de Joaçaba.

⁴ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Joaçaba; thaisspiazzi@hotmail.com.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO MEIO DE EVITAR A GENTRIFICAÇÃO

Matheus Eduardo de Mello Wehrli¹

Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre os aspectos técnicos da regularização fundiária urbana e suas características, o problema habitacional e urbanístico no Brasil. O objetivo do trabalho é demonstrar como a Regularização fundiária pode contribuir para evitar a gentrificação. O método utilizado foi o dedutivo, tendo como base o estudo bibliográfico e, para tanto, foram destacadas as possibilidades concretas da regularização fundiária urbana federal e municipal, apresentando seu conceito, os prazos, objetivos, modalidades de Reurb, a gratuidade do primeiro registro na modalidade Reurb-S, os legitimados para solicitar, os institutos jurídicos para requerer, os procedimentos para demandar e um pouco da Reurb pelo Brasil, também foi apresentado o risco de gentrificação, seu conceito, o surgimento no Brasil e América Latina e os impactos negativos da segregação. Além disso, também foi ilustrado as opiniões de autores que defendem e criticam a regularização.

Palavras-chave: Regularização Fundiária Urbana. Projetos de Reurbanização. Gentrificação.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo, trata sobre os aspectos técnicos da regularização fundiária, visando aprofundar nos procedimentos, para que o cidadão comum consiga legitimação de posse, conferindo-lhe o título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb.

¹ Matheus Eduardo de Mello Wehrli. Graduando do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Contato: matheus.wehrli@hotmail.com.

² Prof. Dr. Cristhian Magnus De Marco. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc – Mestrado e Doutorado. Pós-doutor em Direito pela UFSC. Doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC. Contato: cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

Expor os riscos da gentrificação, como ela pode ser usada como desculpa para revitalização de uma área e segregar uma parcela da população, que não tem acesso a direitos básicos resguardados pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2016).

Para tanto, foi definido como objetivo geral: Identificar os procedimentos para regularização fundiária, bem como os institutos jurídicos utilizados para requerer, os riscos da gentrificação e segregação. E, como objetivos específicos: a) compreender o conceito e o surgimento da Regularização Fundiária; b) compreender as modalidades de Reurb; c) compreender o conceito de gentrificação; d) compreender estudo da gentrificação na América Latina e no Brasil; e) compreender os impactos negativos da gentrificação; f) compreender os elogios e críticas à Lei nº 13.465 de 2017.

O método utilizado foi o dedutivo, tendo como base o estudo bibliográfico. O trabalho está dividido em três seções, na primeira seção, é explanado sobre a regularização fundiária urbana federal e municipal, conceito, prazo, modalidades, gratuidade do primeiro registro na Reurb-S, legitimados para requerer, institutos jurídicos empregados e seu procedimento para solicitar. Sendo que a segunda seção, se destina a explicar o conceito de gentrificação, seus impactos negativos, bem como, a segregação e a gentrificação na América Latina e no Brasil. Na terceira seção, é explanado as opiniões de autores que defendem a regularização e autores que a criticam.

2 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA FEDERAL E MUNICIPAL: POSSIBILIDADES CONCRETAS

Na presente seção, que versa sobre a regularização fundiária urbana federal e municipal, será tratado o seu conceito, os prazos para propositura, os objetivos, as modalidades, a gratuidade do primeiro registro para a modalidade Reurb-S, os legitimados para requerer, os institutos jurídicos

empregados para requerer, os procedimentos para solicitar, bem como alguns dados sobre a regularização no Brasil.

2.1 REURB

Conforme dados de 2017 do Ministério das Cidades, estima-se que no Brasil, mais de 50% dos seus imóveis urbanos estão com alguma irregularidade fundiária.

Este instituto foi trazido pela Lei nº 13.465 de 2017. Essa Lei, tem por objetivo regularizar imóveis que estão irregulares e trouxe regras mais flexíveis para regularizar terrenos ocupados da União. Conforme Art. 9 da Lei nº 13.465 de 2017, a regularização, abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Segundo Moura (2017), as medidas jurídicas, dizem respeito a promoção do registro de imóveis, em que o ocupante não tem o título que lhe conceda segurança jurídica. As medidas urbanísticas, dizem respeito a implementação de infraestrutura essencial (sistema de abastecimento de água potável, coletivo ou individual; sistema de coleta e tratamento do esgotamento sanitário, coletivo ou individual; rede de distribuição de energia elétrica domiciliar; sistema de drenagem, quando necessário; outros equipamentos a serem definidos pelos Municípios em função das necessidades locais e características regionais), nos locais em que não foram atendidas as normas legais. As medidas ambientais, buscam regularizar locais em que não foram implementados o licenciamento ambiental e estão em desacordo com a legislação urbana e de proteção ao meio ambiente. As medidas sociais, dizem respeito a solucionar o problema de famílias com baixa renda, sem excluir os demais e proporcionar qualidade de vida.

Para Melo (2010), usufruir do direito à moradia é viver em paz, com dignidade e segurança, porém somente com a plena proteção da propriedade

esses direitos estarão resguardados. Somente com a propriedade existirá segurança jurídica.

Conforme exposto, a regularização tem como objetivo fornecer as pessoas direitos básicos, previstos na Constituição do Brasil de 1988, como moradia, propriedade e a dignidade da pessoa humana. Por consequência, essas pessoas conseguem ter acesso à saneamento básico, infraestrutura urbana, comunitária e melhor qualidade de vida.

De acordo com o Art. 9 § 2º da Lei nº 13.465 de 2017, a regularização promovida mediante legitimação fundiária somente poderá ser aplicada para os núcleos urbanos informais comprovadamente existentes, na forma desta Lei, até 22 de dezembro de 2016. Feitas as considerações sobre o prazo para solicitar a regularização, buscar-se-á desenvolver o estudo dos objetivos da Reurb.

No Art. 10 da Lei nº 13.465 de 2017 estão elencados os objetivos a serem observados pelos entes políticos:

- I – identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;
- II – criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;
- III – ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;
- IV – promover a integração social e a geração de emprego e renda;
- V – estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;
- VI – garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;
- VII – garantir a efetivação da função social da propriedade;
- VIII – ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

- IX – concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;
- X – prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;
- XI – conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;
- XII – franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária (BRASIL, 2017).

Portanto, o poder público deve fornecer mecanismos e serviços públicos adequados para que o propósito da Reurb seja alcançado e forneça a possibilidade de melhorar a qualidade de vida dos moradores da região reurbanizada. No próximo parágrafo buscar-se-á desenvolver o estudo das modalidades de Reurb.

De acordo com o Art. 13 da Lei nº 13.465 de 2017, existem dois tipos de Regularização: Reurb de Interesse Social (Reurb-S) – regularização fundiária urbana aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal. Podendo ser definido através de decretos do município, em cidades com menos de vinte mil habitantes, em que não é obrigatório a criação do plano diretor (Art. 41, Inciso I, da Lei nº 10.257/01).

Nesta modalidade de Regularização, a composição ou a faixa da renda familiar para definição de população de baixa renda poderá ser estabelecida em ato do Poder Público municipal, levando em conta as particularidades de cada região (Art. 6 do Decreto nº 9.310/2018). Devendo respeitar o limite máximo de cinco salários mínimos (Art. 6º, parágrafo único do Decreto nº 9.310/2018).

Vale ressaltar a importância do Decreto-Lei nº 1.876 de 1981, para isenção de taxas, gratuidade das custas e emolumentos notariais das pessoas consideradas carentes ou de baixa renda cuja situação econômica não lhes permita pagar esses encargos sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

No § 2º do Art. 1º, o Decreto-Lei define que:

§ 2º Considera-se carente ou de baixa renda, para fins da isenção disposta neste artigo, o responsável por imóvel da União que esteja devidamente inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), ou aquele responsável, cumulativamente:

I – cuja renda familiar mensal seja igual ou inferior ao valor correspondente a cinco salários mínimos; e

II – que não detenha posse ou propriedade de bens ou direitos em montante superior ao limite estabelecido pela Receita Federal do Brasil, para obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física (BRASIL, 1981).

Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) – regularização fundiária urbana aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população de classe média e classe média alta. Como por exemplo grandes loteamentos e grandes corporações, que não estão regularizadas e não detém título de domínio.

Nesta modalidade de Regularização, a classificação da modalidade da Reurb de unidades imobiliárias residenciais ou não residenciais integrantes de núcleos urbanos informais poderá ser feita, a critério do Município ou do Distrito Federal, ou quando for o caso, dos Estados e da União, de forma integral, por partes ou de forma isolada por unidade imobiliária (Art. 5, § 7º do Decreto nº 9.310/2018).

Depois de verificada as modalidades de regularização, podemos perceber a importância da Reurb-S para as famílias de baixa renda e a gratuidade do primeiro registro na modalidade Reurb-S, que será visto com maior ênfase no próximo item.

No Art. 13, § 1º, da Lei nº 13.465 de 2017, estão elencadas as isenções de custas do Reurb-S:

§ 1º Serão isentos de custas e emolumentos, entre outros, os seguintes atos registrais relacionados à Reurb-S:

I – o primeiro registro da Reurb-S, o qual confere direitos reais aos seus beneficiários;

- II – o registro da legitimação fundiária;
- III – o registro do título de legitimação de posse e a sua conversão em título de propriedade;
- IV – o registro da CRF e do projeto de regularização fundiária, com abertura de matrícula para cada unidade imobiliária urbana regularizada;
- V – a primeira averbação de construção residencial, desde que respeitado o limite de até setenta metros quadrados;
- VI – a aquisição do primeiro direito real sobre unidade imobiliária derivada da Reurb-S;
- VII – o primeiro registro do direito real de laje no âmbito da Reurb-S;
- VIII – o fornecimento de certidões de registro para os atos previstos neste artigo (BRASIL, 2017).

Conforme Art. 5, § 9º, do Decreto nº 9.310 de 2018 (BRASIL, 2018), os cartórios devem fazer o registro de forma gratuita e aqueles que não cumprirem a gratuidade, que retardarem ou não efetuarem o registro de acordo com as normas previstas nesta Lei, ficarão sujeitos às sanções previstas no Art. 44 da Lei nº 11.977 de 2009 (BRASIL, 2009). Ou seja, multa no valor de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), bem como a outras sanções previstas na Lei nº 8.935 de 1994 (BRASIL, 1994).

A Lei nº 13.465 de 2017 em seu Art. 14, estabelece quem poderá requerer a regularização fundiária urbana:

Art. 14. Poderão requerer a Reurb:

- I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta;
- II – os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária urbana;
- III – os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores;
- IV – a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes; e

V – o Ministério Público (BRASIL, 2017).

Portanto, o município de Joaçaba – SC é um dos principais agentes para promover a regularização fundiária urbana na cidade de Joaçaba, podendo dar início ao procedimento de ofício ou com a provocação dos demais legitimados.

Conforme Art. 14 § 1º da Lei nº 13.465 de 2017, os legitimados além de poderem requerer os atos necessários para a regularização, também poderão requerer todos os demais atos da Reurb, inclusive os atos cartorários: "Art. 14. Poderão requerer a Reurb: § 1º Os legitimados poderão promover todos os atos necessários à regularização fundiária, inclusive requerer os atos de registro."

O município de Joaçaba – SC, já está oferecendo ferramentas para a regularização de áreas que estão irregulares. Através do programa Joaçaba Legal, surgiu o Decreto nº 5.829 de 19 de dezembro de 2019, em que estabelece critérios e procedimentos administrativos para aplicação da regularização fundiária urbana no município, através da Lei Federal nº 13.465 de 2017. Conforme Art. 1º do Decreto nº 5.829 de 2019, as ocupações irregulares do solo existentes no Município de Joaçaba poderão ser objeto de regularização fundiária urbana de interesse social (Reurb-S) e específico (Reurb-E), desde que obedecidos os critérios previstos na Lei nº 13.465 de 2017, Decreto nº 9.310 de 2018 e na legislação municipal vigente acerca do tema. Feitas as considerações sobre os legitimados para requerer a regularização e como o município de Joaçaba está lidando com a regularização, no próximo parágrafo buscar-se-á reproduzir os institutos jurídicos empregados para requerer a regularização fundiária urbana (JOAÇABA, 2019).

No Art. 15 da Lei nº 13.465 de 2017, estão elencados os institutos jurídicos empregados para requerer a Reurb. São eles:

I – a legitimação fundiária e a legitimação de posse, nos termos desta Lei;

- II – a usucapião, nos termos dos arts. 1.238 a 1.244 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), dos arts. 9º a 14 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e do Art. 216-A da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973;
- III – a desapropriação em favor dos possuidores, nos termos dos §§ 4º e 5º do Art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);
- IV – a arrecadação de bem vago, nos termos do Art. 1.276 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);
- V – o consórcio imobiliário, nos termos do Art. 46 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- VI – a desapropriação por interesse social, nos termos do inciso IV do Art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962;
- VII – o direito de preempção, nos termos do inciso I do Art. 26 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- VIII – a transferência do direito de construir, nos termos do inciso III do Art. 35 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- IX – a requisição, em caso de perigo público iminente, nos termos do § 3º do Art. 1.228 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil);
- X – a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular, nos termos do Art. 40 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979;
- XI – a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor, nos termos da alínea f do inciso I do Art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
- XII – a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XIII – a concessão de direito real de uso;
- XIV – a doação; e
- XV – a compra e venda (BRASIL, 2017).

Na Usucapião, conforme Art. 1240 do Código Civil, aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural, neste caso será admitida a usucapião apenas em áreas privadas e o requerente receberá o título de domínio da coisa.

Com a vedação da utilização do instituto da usucapião em áreas públicas, surgiu o instituto da Concessão de uso especial para fins de moradia, ante Art. 77 da Lei nº 13.465 de 2017, que tem os mesmos critérios

da usucapião citados acima, com a diferença que poderá requerer sobre áreas públicas e o requerente em vez de ser o titular de domínio, será o titular da concessão.

Já a Legitimação fundiária, é o grande instrumento de regularização, conforme Art. 23 da Lei nº 13.465 de 2017, constituindo forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, podendo ser usado tanto em áreas públicas e privadas, incidindo em núcleos urbanos informais consolidados. O morador poderá obter a propriedade de seu imóvel sem encargos, existentes na matrícula de origem.

De acordo com o que foi demonstrado acima, podemos verificar todos os institutos jurídicos para requerer a regularização fundiária urbana e as diferenças dos institutos mais utilizados. No próximo tópico será explanado os procedimentos para solicitar a Reurb.

2.2 PROCEDIMENTOS PARA SOLICITAR

O Art. 28 da Lei nº 13.465 de 2017, disciplina sobre as fases a serem seguidas para solicitar a Reurb.

Primeiramente o morador deverá solicitar o requerimento perante o registro de imóveis competente, neste deverá constar o tipo de Reurb. Caso a modalidade ainda não esteja definida, o poder público deverá fazer no prazo de cento e oitenta dias. Na hipótese de indeferimento de Reurb instaurado por meio de requerimento de demais legitimados, a decisão do ente público, deverá indicar as medidas a serem adotadas, com vistas à reformulação e à reavaliação do requerimento, quando for o caso (Art. 32 § único, da Lei nº 13.465/17).

Depois de instaurado a Reurb, o município deverá verificar no Cartório de Registro de Imóveis, a origem do imóvel através de sua cadeia sucessória para determinar a titularidade do domínio dos imóveis (Art. 31, da Lei nº 13.465/17).

De acordo Amadei, Pedroso e Monteiro Filho (2017), essa verificação junto ao Cartório de Registro de Imóveis tem por objetivo evitar conflito de interesses com o proprietário e titulares de outros direitos reais da área em regularização e caso surja uma desavença, procurar meios extrajudiciais para resolver o conflito.

Tratando-se de imóveis públicos ou privados, caberá aos Municípios notificar os titulares de domínio, os responsáveis pela implantação do núcleo urbano informal, os confinantes e os terceiros eventualmente interessados, para, querendo, apresentar impugnação no prazo de trinta dias, contado da data de recebimento da notificação (Art. 31, § 1º, da Lei nº 13.465/17).

Tratando-se de imóveis públicos municipais, o Município deverá notificar os confinantes e terceiros eventualmente interessados, para, querendo, apresentar impugnação no prazo de trinta dias, contado da data de recebimento da notificação (Art. 31, § 2º, da Lei nº 13.465/17).

Na hipótese de apresentação de impugnação, será iniciado o procedimento extrajudicial de composição de conflitos de que trata esta Lei (Art. 31, § 3º, da Lei nº 13.465/17).

As notificações, poderão ocorrer via postal ou por meio de publicação de edital (Art. 31, § 4º e § 5º, da Lei nº 13.465/17).

A ausência de manifestação, será interpretada como concordância com a Reurb (Art. 31, § 6º, da Lei nº 13.465/17).

Depois de instaurada a regularização, cabe ao município aprovar o projeto de regularização fundiária.

Segundo Art. 33 da Lei nº 13.465 de 2017, a elaboração e o custeio do projeto de regularização fundiária urbana e da implantação da infraestrutura essencial obedecerão aos seguintes procedimentos:

I – Na Reurb-S:

a) operada sobre área de titularidade de ente público, caberão ao referido ente público ou ao Município promotor ou ao Distrito Federal a responsabilidade de elaborar o projeto de regularização fundiária nos termos do ajuste que venha a ser

celebrado e a implantação da infraestrutura essencial, quando necessária; e

b) operada sobre área titularizada por particular, caberão ao Município ou ao Distrito Federal a responsabilidade de elaborar e custear o projeto de regularização fundiária e a implantação da infraestrutura essencial, quando necessária.

II – na Reurb-E, a regularização fundiária será contratada e custeada por seus potenciais beneficiários ou requerentes privados.

III – na Reurb-E sobre áreas públicas, se houver interesse público, o Município poderá proceder à elaboração e ao custeio do projeto de regularização fundiária e da implantação da infraestrutura essencial, com posterior cobrança aos seus beneficiários (BRASIL, 2017).

Além disso, no Art. 35 da Lei nº 13.465 de 2017, está elencado tudo que o projeto deverá conter:

I – levantamento planialtimétrico e cadastral, com georreferenciamento, subscrito por profissional competente, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) ou Registro de Responsabilidade Técnica (RRT), que demonstrará as unidades, as construções, o sistema viário, as áreas públicas, os acidentes geográficos e os demais elementos caracterizadores do núcleo a ser regularizado;

II – planta do perímetro do núcleo urbano informal com demonstração das matrículas ou transcrições atingidas, quando for possível;

III – estudo preliminar das desconformidades e da situação jurídica, urbanística e ambiental;

IV – projeto urbanístico;

V – memoriais descritivos;

VI – proposta de soluções para questões ambientais, urbanísticas e de reassentamento dos ocupantes, quando for o caso;

VII – estudo técnico para situação de risco, quando for o caso;

VIII – estudo técnico ambiental, para os fins previstos nesta Lei, quando for o caso;

IX – cronograma físico de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, compensações urbanísticas, ambientais e outras, quando houver, definidas por ocasião da aprovação do projeto de regularização fundiária; e

X – termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis, públicos ou privados, pelo cumprimento do cronograma físico definido no inciso IX deste artigo.

Parágrafo único. O projeto de regularização fundiária deverá considerar as características da ocupação e da área ocupada para definir parâmetros urbanísticos e ambientais específicos, além de identificar os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas a uso público, quando for o caso (BRASIL, 2017).

Segundo Barros (2017), o projeto de regularização fundiária deverá ser realizado por etapas, com o cronograma de obras e o termo de compromisso a ser assinado pelos responsáveis.

Para aprovação do projeto, é necessário que haja o saneamento do processo administrativo, momento processual, no qual é destinado a resolução de os vícios ou nulidades processuais.

Após o saneamento, a autoridade competente deverá aprovar a regularização ou indicar as alterações necessárias. Conforme Art. 40 da Lei nº 13.465 de 2017, o pronunciamento da autoridade competente que decidir o processamento administrativo da Reurb deverá:

- I – indicar as intervenções a serem executadas, se for o caso, conforme o projeto de regularização fundiária aprovado;
- II – aprovar o projeto de regularização fundiária resultante do processo de regularização fundiária; e
- III – identificar e declarar os ocupantes de cada unidade imobiliária com destinação urbana regularizada, e os respectivos direitos reais (BRASIL, 2017).

Após a provação do projeto de regularização, o município deverá expedir a Certidão de Regularização Fundiária (CRF). Conforme Art. 41 da Lei nº 13.465 de 2017, a Certidão de Regularização Fundiária (CRF) é o ato administrativo de aprovação da regularização que deverá acompanhar o projeto aprovado e deverá conter, no mínimo:

- I – o nome do núcleo urbano regularizado;
- II – a localização;

- III – a modalidade da regularização;
- IV – as responsabilidades das obras e serviços constantes do cronograma;
- V – a indicação numérica de cada unidade regularizada, quando houver;
- VI – a listagem com nomes dos ocupantes que houverem adquirido a respectiva unidade, por título de legitimação fundiária ou mediante ato único de registro, bem como o estado civil, a profissão, o número de inscrição no cadastro das pessoas físicas do Ministério da Fazenda e do registro geral da cédula de identidade e a filiação (BRASIL, 2017).

Para expedição da Certidão de Regularização Fundiária, o projeto de regularização fundiária urbana, deverá ser aprovado perante o oficial do cartório de registro de imóveis.

Depois de aprovados, o registro da CRF e o projeto da regularização, serão requeridos diretamente ao oficial do cartório de registro de imóveis da situação do imóvel e será efetivado independentemente de determinação judicial ou do Ministério Público (Art. 42, da Lei nº 13.465/17).

Caso haja recusa em fazer o registro, o oficial do cartório de registro de imóveis deverá expedir nota devolutiva fundamentada, na qual indicará os motivos da recusa e formulará exigências nos termos desta Lei (Art. 42, parágrafo único, da Lei nº 13.465/17).

Depois de recebida a CRF, o oficial do cartório de registro de imóveis prenotá-la, autuá-la, instaurar o procedimento registral e, no prazo de quinze dias, deverá emitir a respectiva nota de exigência ou praticar os atos tendentes ao registro (Art. 44, da Lei nº 13.465/17).

O procedimento registral deverá ser concluído no prazo de sessenta dias, prorrogável por até igual período, mediante justificativa fundamentada do oficial do cartório de registro de imóveis (Art. 44, § 5º, da Lei nº 13.465/17).

O oficial do cartório de registro de imóveis, fica dispensado de notificar os titulares de domínio, dos confinantes e de terceiros eventualmente interessados, visto que isso já foi realizado pelo município (Art. 44, § 6º, da Lei nº 13.465/17).

De acordo com Art. 44, § 1º, Incisos I, II e III da Lei nº 13.465 de 2017, após ser aprovado o registro, implica em:

§ 1º O registro do projeto Reurb aprovado importa em:

- I – abertura de nova matrícula, quando for o caso;
- II – abertura de matrículas individualizadas para os lotes e áreas públicas resultantes do projeto de regularização aprovado; e
- III – registro dos direitos reais indicados na CRF junto às matrículas dos respectivos lotes, dispensada a apresentação de título individualizado (BRASIL, 2017).

Depois de qualificada a CRF e não havendo exigências nem impedimentos, o oficial do cartório de registro de imóveis efetuará o seu registro na matrícula dos imóveis (Art. 51, da Lei nº 13.465/17).

Não é necessária a exigência de pagamento dos tributos para que o beneficiário obtenha a regularização do seu imóvel. Como por exemplo o IPTU. É vedado ao oficial de registro de imóveis exigir sua comprovação (Art. 13, § 2º, da Lei nº 13.465/17).

A autoridade municipal ou distrital, tem a competência para verificar os padrões dos memoriais descritivos, das plantas e das demais representações gráficas, inclusive as escalas adotadas e outros detalhes técnicos (Art. 47, da Lei nº 13.465/17).

Não serão exigidos reconhecimentos de firma nos documentos que compõem a CRF ou o termo individual de legitimação fundiária quando apresentados pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou entes da administração indireta (Art. 47, parágrafo único, da Lei nº 13.465/17).

Após o registro, os títulos serão entregues aos requerentes com a devida regularização do imóvel.

Conforme evidenciado acima, são várias etapas até que o requerente receba o registro e a devida regularização do imóvel.

Ante exposto, a Regularização Fundiária Urbana é um novo marco legal que desburocratiza, simplifica, agiliza e destrava os procedimentos da regularização fundiária urbana, amplia as possibilidades de acesso à terra

urbanizada pela população de baixa renda e promove o resgate da cidadania. Levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que, neste caso, designa que morar irregularmente significa estar em condição de insegurança permanente, motivo pela qual, a regularização fundiária urbana é um instrumento da promoção do tratamento digno ao ser humano. Feitas as considerações sobre a Reurb e seus procedimentos, no próximo tópico buscar-se-á desenvolver o estudo sobre o risco da gentrificação.

3 O RISCO DA GENTRIFICAÇÃO

Na presente seção, que versa sobre os riscos da gentrificação, será tratado o seu conceito, a forma como surgiu e seu desenvolvimento na América latina e no Brasil, bem como seus impactos positivos e negativos e os efeitos nocivos da segregação.

3.1 CONCEITO DE GENTRIFICAÇÃO

Gentrificação, é o processo de mudança dos grupos sociais de determinado local, no qual há a substituição de pessoas de classe baixa, para a entrada de pessoas de classe média/alta. Com a elevação dos preços dos imóveis, através da especulação imobiliária, as pessoas de menor poder econômico são obrigadas a se deslocarem para as áreas ainda mais periféricas da cidade.

O termo gentrificação, foi criado pela socióloga britânica Ruth Glass em seu livro *London: Aspects of Change* (1964) para expor as mudanças constatadas em diversos bairros operários de Londres. No qual, a classe operaria sofreu uma reformulação pela compra e remodelação das casas pela classe média, gerando o deslocamento dos mesmos para habitar outras localidades, ainda mais periféricas.

Glass (1964), afirma que a gentrificação é definida por dois fatores, primeiro, por um processo de despejo dos residentes da classe trabalhadora e a substituição dos mesmos por grupos de classes sociais média e alta, segundo, por um processo de reparação e melhoria das residências locais.

Segundo Clark (2004), a gentrificação é a mudança de usuários de determinado local, no qual os novos moradores tenham status socioeconômico mais alto que os moradores antigos, com essa mudança há o reinvestimento em capital fixo. Quanto maior a diferença no status socioeconômico, mais perceptível é o processo de remodelação porque quanto mais poderosos são os novos moradores, mais acentuada serão as mudanças no ambiente construído. Não importa onde, não importa quando. Qualquer processo de mudança que se encaixe nessa descrição é gentrificação.

Conforme o exposto, a gentrificação foi conceituado no ano de 1964 pela socióloga Ruth Glass e seu estudo teve grande relevância para entender esse processo que está ocorrendo no mundo inteiro. Nesse sentido, um dos aspectos relevantes para a formação deste trabalho é a análise na América Latina e no Brasil, que será abordado no próximo tópico.

3.2 GENTRIFICAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL

No Brasil, não havia uma discussão adequada sobre gentrificação, pois o uso do termo era considerado de pouca relevância para representar os processos de conflitos entre as classes no espaço urbano. Em vez disso, termos como enobrecimento foram mais utilizados pelos autores brasileiros e pela mídia.

Gafnney (2015), vê vários tipos de gentrificação, atualmente em andamento no Brasil, tanto nas favelas mais próximas das áreas de reabilitação em zonas portuárias quanto nas áreas olímpicas. De fato, mudanças urbanas profundas estão ocorrendo à medida que as UPPs

(Unidades de Pacificação Policial) foram instaladas permanentemente em favelas para derrotar o tráfico de drogas e reforçar a segurança, uma iniciativa que se expandiu em escala no âmbito do PAC (Programa de Aceleração de Crescimento) do governo nacional. A iniciativa inclui nova infraestrutura de transporte (por exemplo, ônibus que conectam as favelas à área central), novas moradias, serviços sociais e espaços abertos em algumas das favelas mais consolidadas.

Galster (1985), alega que na Cidade do México, São Paulo e Buenos Aires, houve a reconstrução de seus centros históricos para o estímulo do turismo cultural, com extremos esforços na substituição das classes. Condenaram e adquiriram prédios arquitetônicos, monumentos e praças consideradas joias históricas, construindo museus, instituições culturais e educacionais, hotéis e outras preocupações turísticas. O governo concordou em expulsar os residentes e inquilinos de classes mais baixas.

Esses processos incluem a desregulamentação e privatização, abrindo as portas para transações especulativas por meio de incentivos financeiros. Na frente da habitação, o capital se concentrou principalmente em novos projetos para a classe média e alta (por exemplo condomínios fechados verticais e horizontais, expansão urbana, campus de escritórios, turismo, shopping centers, cultura e locais de entretenimento). Com isso em 1990, na Cidade do México, São Paulo e Buenos Aires houve condições propícias à gentrificação.

As cidades assumiram a maior parte do custo, risco e responsabilidade pela infraestrutura, aquisição, renovação de monumentos nacionais, despejos e policiamento. A expectativa era que essas ações e incentivos financeiros levassem o setor privado ao crescimento, tornando o processo auto sustentável.

De acordo com Betancur (2014), em São Paulo, o caso pioneiro de renovação do patrimônio é o do Jardim da Luz, no qual, abrigava a elite de São Paulo no final do século XIX e início do século XX. Centro da indústria

ferroviária da cidade e da região, a área atraiu indústrias pesadas durante esse tempo, atraindo imigrantes e desencadeando a saída da elite por volta da década de 1920. Então, com o declínio das ferrovias e a realocação de grandes manufaturas, na década de 1960 abriram a área para as classes mais baixas, muitos edifícios se tornaram cortiços, outros foram abandonados e derrubados. O local, se tornou moradia de vendedores ambulantes, mendigos, prostitutas e outros ocupavam as principais avenidas para o tráfico e uso de drogas.

Com um programa federal de renovação do patrimônio, a cidade direcionou milhões de dólares para a área nas décadas de 1980 e 1990, para a renovação de arquiteturas valiosas que foram transformadas em instituições culturais, para a reforma do Jardim da Luz (um parque desenvolvido originalmente para a aristocracia que havia sido engolida pelos novos usuários), reforma de fachadas, modernização da infraestrutura, novas calçadas e iluminação, demolição de córtices e prédios ocupados, buscando transformar o Jardim da Luz em um polo de cultura, lazer e turismo. Incentivos generosos, atraíram algumas lojas de departamentos bem como o policiamento pesado, câmeras de vigilância, fiscalização rigorosa, supervisão rigorosa dos estabelecimentos da classe baixa e despejo buscaram a substituição das classes baixas por pessoas de classe alta e média.

Após a renovação inicial dos principais locais, o avanço parou devido a uma combinação de fatores. A violência das operações de despejo chamou a atenção de agências de direitos humanos e outras ONGs que, invocando os direitos constitucionais de inclusão social, exigiram a suspensão dos despejos até que as acomodações centrais adequadas estivessem disponíveis e os direitos dos moradores fossem garantidos. Feitas as considerações sobre a gentrificação na América latina e no Brasil, no próximo tópico buscar-se-á desenvolver o estudo dos impactos negativos da gentrificação.

3.3 IMPACTOS NEGATIVOS DA GENTRIFICAÇÃO

O processo de desenvolvimento urbano, tem como resultado o desalojamento de uma parcela da população, seja de forma direta ou indireta, pelas desapropriações ou pela mudança no padrão de vida dos moradores.

Neste sentido, por meio da gentrificação há um processo de substituição dos moradores tradicionais, com menor poder aquisitivo por moradores de maior poder aquisitivo para que haja o desenvolvimento da região.

A gentrificação dividiu regularmente as opiniões, no qual alguns visam apenas o lucro e a revitalização do ambiente construído, outros veem os enormes custos que envolvem a retirada involuntária dos pobres com pouco ou nenhum ganho líquido para outros locais. Os benefícios associados à gentrificação só podem ser interpretados em relação aos pontos de vista da parte interessada especificamente envolvida.

Por exemplo, o aumento dos valores das propriedades pode ser bom para os proprietários mais ricos, que veem seu bem aumentando de valor, mas ruim para as famílias mais pobres, que estão tentando adquirir um imóvel na área, no qual vai haver inflação dos preços. Também, quem sai prejudicado são os proprietários com menor poder aquisitivo que veem o aumento dos encargos fiscais.

Tudo isso vira um debate político, onde aqueles que defendem a política de direita saem em defesa da gentrificação, enquanto as pessoas de esquerda, apontam o deslocamento de maneira prejudicial para as famílias mais pobres.

Com os problemas de deslocamento involuntário, também surgem os de remoção dos residentes através do aumento rápido dos aluguéis e dos preços das casas.

Atkinson (2010), destaca os pontos positivos e negativos da gentrificação:

Pontos positivos:

- a) Estabilização de áreas em decadência;
- b) Valores de propriedade aumentam;
- c) Taxas de vacância reduzidas;
- d) Aumento da receita fiscal local;
- e) Incentivo e maior viabilidade de desenvolvimento;
- f) Redução da expansão suburbana;
- g) Diminuição do crime na área gentrificada;
- h) Melhoria das propriedades;
- i) Conservação e melhoria de áreas históricas (ATKINSON, 2010).

Pontos negativos:

- a) Conflitos na comunidade pelo deslocamento;
- b) Perda de moradias populares;
- c) Inflação exagerada dos preços das propriedades;
- d) Aumento de pessoas sem abrigo;
- e) Deslocamento comercial e industrial;
- f) Aumento do custo de mão de obra local;
- g) Perda de diversidade social;
- h) Aumento do crime em outros locais;
- i) Aumento das ocupações e perda de população para áreas gentrificadas;
- j) Deslocamento por aluguel pelo aumento do preço;
- k) Demanda habitacional nas áreas ainda mais periféricas (ATKINSON, 2010).

Ocorre a exclusão social, e por consequência há uma grande probabilidade de criar-se ainda mais custos sociais secundários, ao invés de mais benefícios no processo de gentrificação patrocinados pelo Estado.

As evidências da pesquisa, sugerem que a gentrificação tem sido um fator resultante na dissolução e deslocamento das comunidades mais pobres. A gentrificação é uma estratégia empregada cada vez mais nas políticas urbanas, habitacionais e preservacionistas.

A gentrificação não é a solução do problema, visto que só beneficia os mais ricos, enquanto os mais pobres vão sendo cada vez mais marginalizados.

Deve-se melhorar as moradias e o saneamento básico das famílias mais pobres, reduzindo desigualdades, bem como o combate a segregação, que será visto com mais ênfase no próximo tópico.

3.4 SEGREGAÇÃO

A América Latina, não parou de experimentar a expansão dos mercados imobiliários, liderados pelos proprietários e a intensa reestruturação urbana das áreas urbanas voltadas para grupos de renda média, independentemente da ideologia política dos regimes nacionais ou locais.

Começaram a surgir movimentos de segregação urbana na América Latina, causando novos deslocamentos e exclusões das áreas centrais da cidade.

Morales e Tagle (2014), enfatizam que a segregação aumenta os problemas de acesso à direitos básicos. Problemas como o acesso à educação de qualidade, exclusão étnica, escassez de transporte e mobilidade (as pessoas mais pobres da sociedade vivem mais longe e viajam mais tempo para trabalhar ou estudar), construção das casas em áreas de risco, com baixa segurança urbana e amplamente dependente dos orçamentos do município.

Segundo Roitman (2013), o que muitos críticos observam é a proliferação de condomínios fechados em antigas áreas de favelas. O isolamento dos pobres para áreas cada vez mais periféricas das cidades ocorre porque eles têm cada vez menos acesso a serviços de emprego, infraestrutura urbana e espaços públicos, levando à exclusão e estigmatização.

Em contraste, a gentrificação pode ser vista pela união do estado com empreendedores do setor imobiliário, isso acontece em áreas onde as propriedades não estão regulamentadas e fica mais fácil expulsar os moradores de determinada região. As novas propriedades, são acessíveis

apenas a uma classe média mais rica, enquanto os residentes originais da classe baixa são deslocados ou obrigados a se deslocarem.

Porteous e Smith (2010), concluíram que a gentrificação tem efeitos duradouros no bem-estar físico e psicológico das pessoas deslocadas. Os residentes deslocados para bairros periféricos urbanos como parte da reconstrução do centro da cidade, podem ficar sujeitos a outra rodada de deslocamento no futuro, à medida que o rápido crescimento urbano abre oportunidades para atrair capital excedente para o desenvolvimento imobiliário e de infraestrutura nas periferias urbanas. Sob essas circunstâncias, o deslocamento se torna uma tragédia e um desastre repetidos dentro de uma família, transmitidos dos pais para os filhos.

Conform Gray e Porter (2014), Shao (2014) e Shin (2013), numerosos estudos apontam que os deslocamentos são frequentemente colocados sob ameaças recorrentes de forças legais ou extralegis (por exemplo, bandidos contratados de maneira privada), que podem ameaçar essas pessoas de morte.

A gentrificação facilita a limpeza social, afastando aqueles considerados socialmente indesejáveis para longe do espaço urbano, por meio da destruição de casas e bairros, mas no Brasil temos a Lei nº 13.465 de 2017, que pode ser usada para evitar a gentrificação, tema de elogios e críticas pelos autores brasileiros, que será abordado no próximo tópico.

4 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI Nº 13.465 DE 2017

Na presente seção, será abordada as críticas e elogios acerca da Lei nº 13.465 de 2017, sob a perspectiva das divergentes opiniões sobre a lei supracitada, levando em consideração quem defenda a regularização fundiária e quem à critique.

4.1 PONTOS POSITIVOS DA LEI Nº 13.465 DE 2017

Conforme D'Agostino (2011) e dados do Censo do IBGE, coletados no ano de 2010, o Brasil tem 11,4 milhões de pessoas morando em favelas e ocupações, sem condições adequadas de habitação.

O estado deve efetuar sua parte, para regularizar a moradia da população de baixa renda, oferecendo segurança jurídica sobre a posse e domínio da terra, acesso à serviços públicos essenciais e à financiamentos habitacionais para melhoria dos imóveis existentes.

A população de baixa renda, não detém o título de propriedade de sua moradia e na maior parte dos casos, esses imóveis estão localizados em áreas marginalizadas e sem as devidas condições de qualidade de vida. Nesse ponto de vista, o legislador, criou instrumentos jurídicos para efetivar as políticas públicas e oferecer moradia digna à população de baixa renda, como Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e a Lei de Regularização Fundiária (Lei nº 13.465/17).

Após a criação do Estatuto da Cidade de 2001, foi publicada a Lei n.º 11.977 de 2009, nomeada de Lei do "Programa Minha Casa, Minha Vida" (PMCMV). Na qual determina, que o município deve iniciar os procedimentos, para regulamentação e aprovação, conforme consta no Art. 53 de referida Lei. Mas foi a Lei nº 13.465 de 2017, que chegou para beneficiar as pessoas desprovidas de poder aquisitivo, na medida em que regulamentou instrumentos mais rápidos e simples para a legitimação fundiária, sem a necessidade do poder público municipal à regulamente e aprove.

De acordo com Melo (2010), é necessário que o estado forneça meios de se obter a regulamentação da propriedade, por meio de políticas públicas para efetivação de direitos sociais básicos resguardados pela Constituição.

Nesse sentido, Bucci (2002) concorda que através de ações administrativas e intervencionistas, por meio da regularização fundiária,

o estado pode promover a proteção dos direitos fundamentais sociais da população de baixa renda.

Ainda, segundo o voto do Desembargador Relator Salles Vieira, do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido no Agravo de Instrumento n.º 2150504-28.2016.8.26.0000, julgado no dia 26 de setembro de 2016: “Desalojar diversas famílias de moradias há tempo construídas, sem que a área seja de risco e sem que haja um estudo de regularização fundiária, ofende o princípio da dignidade da pessoa humana” (SÃO PAULO, 2016).

Segundo Godoy (2017), a regularização fundiária, surge como instrumento de efetivação do direito à moradia, constituindo uma forma de combater os assentamentos irregulares e as moradias indignas, ao fornecer o título de propriedade à população de baixa renda. De acordo com o autor, a qualidade da moradia influencia diretamente na dignidade do indivíduo:

O denominador comum de todas essas situações é a moradia precária. A população que vive nas ocupações irregulares registra a carência de infraestrutura, isto é, carecem de abastecimento de água, eletricidade, esgotamento sanitário e coleta de lixo. A precariedade das moradias compromete a dignidade das pessoas, elas não conseguem usufruir do seu direito à cidade (GODOY, 2017).

Podemos observar a importância da regularização fundiária como política urbana eficiente na implementação do direito à moradia, no Art. 2º, Inciso XIV do Estatuto da Cidade (Lei n.º 10.257/01):

A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais (BRASIL, 2001).

Para Monteiro (2015), a população de baixa renda, só terá moradia digna ao ter acesso à oportunidade de emprego, condições de aquisição da moradia e a capacidade de suportar os custos da mesma. Portanto, é necessário a intervenção governamental em todas as esferas administrativas.

Conforme Salles (2006), a regularização fundiária, é um ótimo instrumento a ser utilizado pelo Poder público, a fim de transformar a posse irregular em título de propriedade. A titulação deverá abranger políticas públicas, como acesso à saneamento básico, infraestrutura urbana, comunitária e melhor qualidade de vida.

O projeto realizado pela Corregedoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, chamado de Projeto More Legal. No qual, segundo Paiva (2005)³, visa à regularização fundiária de inúmeras áreas irregulares. Dentre os inúmeros benefícios trazidos pelo Projeto para a sociedade, podemos citar: regularizar qualquer imóvel, ainda que rural ou em condomínio, viabilizar a regularização total ou parcial de uma área, conferir o direito de propriedade para posseiros, via de regra, irregulares, transformando o imóvel em patrimônio alienável, coibir a formação e aglomerações de propriedades informais e incrementar a economia pela inserção e circulação de novos negócios imobiliários.

Outro projeto interessante, é o Programa Lar Legal⁴, iniciativa do Poder Judiciário de Santa Catarina, que conta com o apoio do Ministério Público e de algumas prefeituras, consiste em legalizar títulos de propriedade para famílias carentes residentes em loteamentos clandestinos ou comunidades empobrecidas, sem condições financeiras nem acesso à regularização por meio da Justiça comum. No qual tem previsão da entrega de títulos fundiários para 2.596 famílias, nas cidades de Navegantes, Itajaí, Porto Belo, Penha, Piçarras e Balneário Camboriú.

³ O Projeto More Legal, da Corregedoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul está em vigor no ano de 2020, tendo em média 200 processos efetivados ano a ano.

⁴ O Programa Lar Legal, iniciativa do Poder Judiciário de Santa Catarina, que conta com o apoio do Ministério Público e de algumas prefeituras, está em vigor em 2020.

Para Fernandes (2004), ainda há grande aversão dos registradores em se envolverem com as práticas da regularização fundiária. Nesse passo, defende que é necessária uma aproximação entre os cartórios (registro de imóveis), o Ministério Público Estadual e as Prefeituras Municipais no interesse comum de promover o direito à moradia. Essa parceria já foi realizada, por exemplo, na cidade de São Paulo, possibilitando a entrega de 40 mil títulos de concessão.

Segundo Lima (2015), a Lei nº 13.465 de 2017, ao tratar da regularização fundiária, priorizou a sua tramitação procedimental no âmbito extrajudicial, visando a busca pela resolução extrajudicial dos conflitos. A fim de promover o afastamento do Poder Judiciário e contribuir para o não crescimento de demandas judiciais.

Conforme o exposto, a Lei de regularização fundiária, trouxe inúmeras vantagens para a população de baixa renda regularizar o seu imóvel, e passou a oferecer uma moradia digna, visto que é a partir da moradia que outros direitos básicos vão sendo efetivados, como a educação, saúde e a alimentação.

4.2 PONTOS NEGATIVOS DA LEI Nº 13.465 DE 2017

Em 22 de dezembro de 2016, foi publicada pelo Governo Federal, a Medida Provisória nº 759 de 2016, e depois veio a ser convertida na Lei nº 13.465 de 2017, na qual versa sobre a regularização fundiária.

Antes da Medida Provisória nº 759 de 2016 ser convertida em Lei, já havia críticas a respeito da MP, que alegaram violar direitos conquistados ao longo do tempo.

Segundo Santos Júnior (2017), o presidente Michel Temer, ao editar a MP nº 759 de 2016, deu estímulo aos falsos loteadores, desmatadores e grileiros de terras públicas, porque a medida infringe normas legais sobre política urbana e a função social da propriedade. Servindo de instrumento

comercial do solo, para atender aos interesses dos grandes proprietários e incorporadoras.

Após a conversão da MP nº 759 de 2016 em Lei nº 13.465 de 2017, também surgiram novas críticas a nova legislação vigente.

A Procuradora Débora Duprat, faz críticas a nova legislação (Lei nº 13.465/17), argumentando que a referida Lei resultaria em um dos maiores processos de perda de patrimônio público da história do Brasil, em que pessoas de classe média e alta, podem se beneficiar com a transferência em massa de bens, estímulo da grilagem de terras e aumento de conflitos por solo em todo o território brasileiro (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017).

Conforme Pinto (2017), a Lei nº 13.465 de 2017, viabiliza a distribuição indiscriminada de terrenos públicos, prevendo a doação indiscriminada de terrenos da União para seus respectivos ocupantes, dispensando, inclusive, a necessidade de avaliação prévia do valor desses bens. Também dispensa os entes públicos das exigências de autorização legislativa, avaliação prévia e desafetação dos bens ocupados, permitindo que a regularização seja feita independentemente de autorização da Câmara Municipal e sem transparência.

Segundo Amadei, Pedroso e Monteiro Filho (2017), com o advento da nova Lei de regularização fundiária há uma crítica comum entre os administradores públicos, que se refere à obrigatoriedade de realização do georreferenciamento da área atingida pela Reurb no momento da demarcação urbanística, visto que traz um alto custo a ser incorporado pelo Município e demanda de conhecimentos técnicos (escasso em muitos Municípios).

Ante exposto, tanto a Medida provisória nº 759 de 2016 quanto a Lei nº 13.465 de 2017, sofreram diversas críticas, principalmente pelo descompromisso do Poder Legislativo com o direito humano à moradia adequada, justamente pela conversão da redação da MP nº 759 de 2016 em Lei nº 13.465 de 2017, com poucas alterações em seu texto junto ao Congresso Nacional.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho, foram apontados os motivos da regularização fundiária servir de mecanismo para que a população de baixa renda consiga regularizar seu imóvel e conseguir o título de propriedade do mesmo, para evitar a gentrificação, razão pela qual a escolha do título, Regularização fundiária como meio de evitar a gentrificação.

Na primeira seção, foi feita uma breve introdução dos assuntos abordados no presente estudo.

Nesta segunda seção, tratou-se das possibilidades concretas da regularização fundiária urbana federal e municipal, onde foi analisado o conceito de Reurb, os prazos, os objetivos, as modalidades, a gratuidade do primeiro registro na Reurb-S, os legitimados para requerer, assim como os institutos jurídicos empregados para requerer e os procedimentos para solicitar.

Na terceira seção, foram abordados os riscos da gentrificação, bem como foi apresentado o seu conceito, o surgimento na América Latina e no Brasil, os impactos negativos da mesma, bem como, os problemas da segregação.

Nesta quarta seção, foram analisados os pontos positivos e negativos acerca da Lei nº 13.465 de 2017 e da Medida Provisória nº 759 de 2016, sob a perspectiva das divergentes opiniões, levando em consideração quem defenda a regularização fundiária e quem condene a mesma.

Desta forma, percebe-se que a Lei nº 13.465 de 2017, surgiu para solucionar os problemas de habitação urbana e vem sendo reconhecida como o novo marco legal da política pública de regularização fundiária urbana. Tal norma contribuiu para oferecer as pessoas de baixa renda, moradia adequada, constitucionalmente reconhecido como um desdobramento intrínseco do direito à dignidade da pessoa humana, a fim de evitar a gentrificação

e oferecer acesso à saúde, saneamento básico, iluminação, água potável, conforto, alimentação, opções de emprego e transporte público.

Esta legislação, tem como objetivo que o Estado Democrático Brasileiro, socialmente engajado em favor da inclusão e do combate à desigualdade social, possa contribuir significativamente para a efetivação de moradias adequadas, amparadas num processo de urbanização sólido e sustentável e na preservação do meio ambiente equilibrado. A Lei nº 13.465 de 2017 contribuiu com uma política pública organizada, procedimental, célere e legal de regularização fundiária.

Já podemos ver na prática como a regularização fundiária está beneficiando famílias de baixa renda, com o surgimento do projeto realizado pela Corregedoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, chamado de Projeto More Legal. No qual, possibilitou a regularização de mais de 1.700 terrenos urbanos e o Programa Lar Legal, iniciativa do Poder Judiciário de Santa Catarina, que conta com o apoio do Ministério Público e de algumas prefeituras. No qual, tem previsão da entrega de títulos fundiários para 2.596 famílias, em várias cidades de Santa Catarina.

REFERÊNCIAS

AMADEI, V. de A.; PEDROSO, A. G. de A.; MONTEIRO FILHO, R. W. de B. Primeiras impressões sobre a Lei nº 13.465/2017. **Arisp, São Paulo, 27 fev. 2017. Disponível em: http://www.arisp.com.br/lei_n13465_2017.pdf. Acesso em: 1 set. 2020.**

ATKINSON, R. The evidence on the impact of gentrification: new lessons for the urban renaissance? **Taylor and Francis Online, Londres, 4 jun. 2010. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1461671042000215479>. Acesso em: 14 abr. 2020.**

BARROS, F. M. Novo marco legal impulsionará regularização fundiária urbana. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-17/felipe-maciel-marco-legal-impulsiona-regularizacao-fundiaria-urbana>. Acesso em: 15 set. 2020.

BETANCUR, J. Gentrification in latin america: overview and critical analysis. **Hindawi, Chicago**, 17 fev. 2014. Disponível em: <https://www.hindawi.com/journals/usr/2014/986961/>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018**. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm. Acesso em: 6 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.876, de 15 de julho de 1981**. Dispensa do pagamento de foros e laudêmios os titulares do domínio útil dos bens imóveis da União, nos casos que especifica, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1876.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o Art. 236 da Constituição Federal, dispendo sobre serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.** Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 5 jun. 2020.

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CLARK, E. The order and simplicity of gentrification: a political challenge. **Researchgate**, Lund, 10 dez. 2004. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/288811765_The_order_and_simplicity_of_gentrification_A_political_challenge. Acesso em: 30 abr. 2020.

D'AGOSTINO, R. Brasil tem 11,4 milhões morando em favelas e ocupações, diz IBGE. **G1**, São Paulo, 21 dez. 2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/12/brasil-tem-114-milhoes-morando-em-favelas-e-ocupacoes-diz-ibge.html>. Acesso em: 7 ago. 2020.

FERNANDES, E. Política nacional de regularização fundiária: contexto, propostas e limites. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 25, n. 56, p. 85-98, jan./jun. de 2004.

GAFFNEY, C. Gentrifications in pre-olympic Rio de Janeiro. **Taylor and Francis Online**, Zurique, 2015. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02723638.2015.1096115>. Acesso em: 8 maio 2020.

GALSTER, G. Urban gentrification: evaluating alternative indicators. **Researchgate**, Detroit, 16 dez. 1985. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/226454283_Urban_Gentrification_Evaluating_Alternative_Indicators. Acesso em: 20 abr. 2020.

GLASS, R. **London**: aspects of change. 3. ed. Londres: MacGibbon & Kee, 1964.

GODOY, F. A regularização fundiária urbana de acordo com a Lei 13.465/2017: uma tentativa de inserir a cidade informal dentro da cidade formal. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, v. 40, n. 83, jul./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2018/IJC01_07.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

GRAY, N.; PORTER, L. By any means necessary: urban regeneration and the "state of exception" in Glasgow's Commonwealth Games 2014. **Researchgate**, Melbourne, 6 ago. 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/264536949_By_Any_Means_Necessary_Urban_Regeneration_and_the_State_of_Exception_in_Glasgow's_Commonwealth_Games_2014. Acesso em: 18 maio 2020.

JOAÇABA. **Decreto nº 5.829 de 19 de dezembro de 2019**. Estabelece critérios e procedimentos administrativos para aplicação da regularização fundiária urbana no município de Joaçaba, prevista na lei federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017, através do programa "Joaçaba legal". Joaçaba: Câmara Municipal, 2019. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joacaba/decreto/2019/582/5829/decreto-n-5829-2019-estabelece>

-criterios-e-procedimentos-administrativos-para-aplicacao-da-regularizacao-fundiaria-urbana-no-municipio-de-joacaba-prevista-na-lei-federal-n-13465-de-11-de-julho-de-2017-atraves-do-programa-joacaba-legal. Acesso em: 5 jul. 2020.

LIMA, D. C. M. O Neoconstitucionalismo e a sua influência na jurisdição: apontamentos sobre a técnica dos precedentes judiciais no sistema processual brasileiro. **ANIMA**. Curitiba, 17 jan. 2015. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima13/01-Anima13-O-NEOCONSTITUCIONALISMO-E-A-SUA-INFLUENCIA.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

MELO, M. A. S. O direito à moradia e o papel do Registro de Imóveis na regularização fundiária. **O Portal do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, 5 jul. 2010. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/caju/FUNDIARIA-1.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Petição de propositura de ação direta de inconstitucionalidade**. Procuradora Débora Duprat. Brasília, 24 ago. 2017. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/reforma-agraria/questao-fundiaria/atuacao-do-mpf/representacao-ao-pgr-adi-lei-13465-2017>. Acesso em: 20 ago. 2020.

MONTEIRO, V. **Direito à moradia adequada: perspectiva de efetivação como direito humano fundamental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MORALES, E.; TAGLE, J. El estudio de la segregación residencial en Santiago de Chile: revisión crítica de algunos problemas metodológicos y conceptuales. **SciELO**, Santiago, 2014. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S025071612014000100002. Acesso em: 19 abr. 2020.

MOURA, J. A. Cartilha regularização fundiária urbana: aspectos práticos da lei 13.465/2017. **Sindicato dos notários e registradores do Estado do Espírito Santo**, Espírito Santo, 30 nov. 2017. Disponível em: https://www.sinoreg-es.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/arquivos/CARTILHA_REGULARIZACAO_FUNDIARIA_URBANA_2017.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

PAIVA, J. P. L. Fórum Social Mundial. **Registro de Imóveis 1ª zona de Porto Alegre**, Porto Alegre, 26 jan. 2005. Disponível em: <http://registrodeimoveis-1zona.com.br/?p=220>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PINTO, V. C. Mitos e verdades sobre a nova Lei da Regularização Fundiária Urbana. **Caos Planejado**, São Paulo, 31 jul. 2017. Disponível em: <https://caosplanejado.com/mitos-e-verdades-sobre-a-nova-lei-da-regularizacao-fundiaria-urbana/>. Acesso em: 23 ago. 2020.

PORTEOUS, J. D.; SMITH, S. E. Domicide: The global destruction of home. **Taylor and Francis Online**, Montreal, 14 jul. 2010. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/0267303032000087766>. Acesso em: 15 maio 2020.

ROITMAN, S. Close but divided: how walls, fences and barriers exacerbate social differences and foster urban social group segregation. **Researchgate**, Brisbane, 10 out. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/263225198_Close_but_Divided_How_Walls_Fences_and_Barriers_Exacerbate_Social_Differences_and_Foster_Urban_Social_Group_Segregation. Acesso em: 12 maio 2020.

SALLES, V. A. de P. **Direito registral imobiliário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.**

SANTOS JÚNIOR, O. A. dos. MP 759 e a ofensiva conservadora-literal: a desconstrução da regularização fundiária no Brasil. **Observatório das Metrópoles**, São Paulo, 08 fev. 2017. Disponível em: <http://observatoriodasmetropoles.net.br/wp/mp-759-e-ofensiva-conservadora-liberal-desconstrucao-da-regularizacao-fundiaria-no-brasil/>. Acesso em: 8 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2150504-28.2016.8.26.0000**. 24ª Câmara de Direito Privado. Relator Des. Salles Vieira, São Paulo, 22 set. 2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/387743776/agravo-de-instrumento-ai-21505042820168260000-sp-2150504-2820168260000/inteiro-teor-387743794>. Acesso em: 7 ago. 2020.

SHAO, Q. Shanghai gone: domicile and defiance in a chinese megacity. **Sage Journals**, Shanghai, 29 dez. 2014. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0042098014559498>. Acesso em: 20 maio 2020.

SHIN, H. B. The right to the city and critical reflections on China's property rights activism. **Researchgate**, Londres, 21 fev. 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/236233440_The_Right_to_the_City_and_Critical_Reflections_on_China's_Property_Rights_Activism. Acesso em: 22 maio 2020.

TUTELA PENAL DA ORDEM URBANÍSTICA: SUA IMPORTÂNCIA E ANÁLISE DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TJ/SC

Fernanda da Silveira¹
Cristhian Magnus De Marco²

RESUMO

O presente artigo científico visa o estudo do direito urbanístico frente à tutela penal e quais os efeitos da (in)aplicabilidade das leis que amparam tal ramo do direito. Para a realização da pesquisa, utilizou-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento teórico e bibliográfico, através de consultas em doutrinas, jurisprudências e na legislação vigente, bem como a confrontação das respectivas definições, a fim de elevar a uma dedução lógica sobre o tema analisado. Visando tal fim, primeiramente, se contextualizará o tema, desenvolvendo-o a partir do histórico da legislação penal que tutela a ordem urbanística, sendo, posteriormente, feito o mesmo em relação ao porquê tutelar criminalmente a ordem urbanística, bem como acerca da jurisprudência catarinense sobre tal tema.

Palavras-chave: Direito urbanístico. Tutela penal da ordem urbana.

1 INTRODUÇÃO

O direito urbanístico estuda o conjunto de legislações reguladoras da atividade urbanística, ou seja, as que se destinam a tutelar os espaços habitáveis, dessa feita, através do presente artigo, busca-se estudar o lado criminal da tutela urbanística, através de pesquisas teóricas, doutrinárias, jurisprudenciais e legislativa.

¹ Graduanda no Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. *E-mail:* nandasilveirananda@gmail.com.

² Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e Pesquisador na Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. *E-mail:* cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

Objetiva-se delinear os principais crimes relacionados à tutela penal urbana. O problema de pesquisa é o seguinte: qual o entendimento atual do TJ/SC sobre os diversos delitos previstos na tutela penal urbana? Qual a importância e relevância de se penalizar crimes que atentem contra a ordem urbana?

Para responder ao problema de pesquisa, buscar-se-á julgados no TJ/SC que versem sobre os seguintes crimes que atentem contra a ordem urbana: no que diz respeito à dar início ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente, ou sem observar as determinações contidas no ato administrativo de licença, ou em desacordo com as disposições da Lei de parcelamento do solo, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e fazer veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Ressalta-se que da pesquisa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a busca resultou em 48 julgados, sendo que desses foram selecionados 3 para análise. Os operadores utilizados para a busca foram "art. 50", "lei 6766/1979", "urbano", "crimes contra a administração pública", e "regularização fundiária".

Também, far-se-á pesquisa bibliográfica com o fim de compreender a relevância de se penalizar crimes que atentem contra a ordem urbana.

A hipótese é a de que é importante realizar a penalização dado que ao se realizar coloca-se o interesse público frente ao interesse privado. É o interesse privado que hoje domina na ordem urbana e isso deve ser combatido.

A fim de melhor explanação sobre o assunto, iniciou-se buscando um breve histórico da legislação penal que tutela a ordem urbanística no Brasil, com os conceitos básicos de urbanismo e cidade.

Na segunda seção, buscou-se trabalhar a tutela urbana penal com base na Constituição Federal e seus dispositivos que versam sobre a tutela do parcelamento do solo, da regularização fundiária, do estatuto da cidade e do plano diretor.

Na terceira seção desse artigo, tratamos buscamos aprofundar o trabalho, detalhando os problemas causados pela privatização do espaço urbano e dos fundamentos para a tutela penal da ordem urbana.

Na sequência, abordando outra ponta dessa discussão buscou-se na jurisprudência catarinense casos em que tratam da tutela penal da ordem urbanística, para analisar como os tribunais catarinenses vem aplicando as normas nos casos concretos em que ocorrem delitos decorrentes do direito urbanístico.

2 URBANISMO, CIDADE E HISTÓRICO DA TUTELA PENAL DA ORDEM URBANÍSTICA BRASILEIRA

A tutela urbanística, ainda é uma disciplina jurídica em formação. José Afonso da Silva (2010, p. 19) explica que, o termo urbanístico por si só, indica sobre qual realidade essa tutela dispõe: o urbanismo, que do latim "*urbs*" significa cidade. Desta forma, pode-se atribuir que o conceito de urbanismo está ligado à cidade e às necessidades para o estabelecimento humano na cidade.

Por sua vez, o conceito de cidade é trabalhado através das concepções demográficas, econômicas e de subsistemas:

[...] é o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais e onde haja [...] bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta [...] (SILVA, 2010, p. 26).

O urbanismo é uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando o bem-estar coletivo. Pode-se dizer que o objeto do urbanismo se amplia, e inclui não somente a cidade mas todo o território, tanto o setor urbano como o rural. Preocupando-se com a racional sistematização do território, como pressuposto essencial e inderrogável de uma convivência sã e ordenada dos grupos de indivíduos (SILVA, 2010, p. 31).

O Direito Urbanístico surgiu para organizar o solo urbano e também aquele dito como urbanizável, ou seja, tanto ordenar as cidades como também ordenar as áreas rurais, pois ele abrange os espaços de habitação, trabalho, circulação e recreação, excluindo apenas as áreas de exploração agrícola, pecuária e extrativista (MEIRELLES, 2014, p. 536-537).

Resumidamente, o urbanismo objetiva a organização dos espaços habitáveis visando à realização da qualidade de vida humana.

Com as definições conceituais de urbanismo e cidade, podemos prosseguir para o histórico do direito urbanístico no Brasil.

2.1 DO HISTÓRICO DA TUTELA URBANÍSTICA NO DIREITO BRASILEIRO

O urbanismo manifestou-se significativamente a partir do século XIX, apesar das primeiras cidades terem se formado pelos anos 3.500 a.C nos vales do Tigre e Eufrates. Em nosso país, a evolução do urbanismo está diretamente ligada aos ciclos econômicos brasileiros, de forma que o primeiro povoamento visava à agricultura, através da exploração dos recursos naturais por meio de pequenos agrupamentos humanos (SILVA, 2010, p. 19-20).

Após, Martim Afonso³, fundou São Vicente/SP, iniciando assim, as Vilas e Povoados, tanto que, em 1.549, já haviam sido criados 16 vilas e povoados

³ Martim Afonso de Sousa foi um nobre, militar e administrador colonial português. Foi o primeiro donatário da Capitania de São Vicente e governador da Índia.

no litoral brasileiro. Por fim, a primeira cidade surgiu em 1.549, quando enfim, Tomé de Souza⁴ funda a cidade de Salvador/BA. Sobre influência da economia que era voltada ao exterior, as primeiras cidades brasileiras se desenvolveram ao longo da costa marítima. Umas e outras firmaram-se sobre influência da mineração – em Minas Gerais e Goiás. Algumas outras sobre a influência da cana de açúcar – no Nordeste e nas Vacarias do Sul (SILVA, 2010, p. 21).

Segundo José Afonso da Silva (2010, p. 22), apesar da concentração industrial nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais conter essa expansão, ao passo que Brasília foi construída tomando o título de capital do Brasil, foi que a urbanização mais se desenvolveu internamente.

Para apresentar e expor a “problemática urbana”, impõe-se um ponto de partida: o processo de industrialização. Sem possibilidade de contestação, esse processo é, há um século e meio, o motor das transformações na sociedade (MEIRELLES, 1990, p. 11).

Com a revolução industrial que gerou a urbanização⁵ da humanidade, as estatísticas apontam que em 1940 o Brasil tinha cerca de 32% de população urbana, em 1970: 50%, chegando aos 70% na década de 80 do século passado, embora os fatores dessa urbanização não tenham sido desenvolvimentistas no sentido de que havia má condição de vida no campo, desemprego na lavoura em função da mecanização entre outros (SILVA, 2010, p. 26).

A urbanização foi muito mal vista, pois criou problemas urbanos que precisavam ser corrigidos, como a deterioração do ambiente urbano, desemprego, problemas de higiene e de saneamento básico, modificando a

⁴ Tomé de Sousa foi um militar e político português, primeiro governador-geral do Brasil, cargo que exerceu de 1549 a 1553.

⁵ Processo pelo qual a população urbana cresce em proporção superior à população rural. A sociedade em determinado país reputa-se urbanizada quando a população urbana ultrapassa 50%.

utilização do solo. Aí que a urbanização⁶ surgiu, com o intuito de renovar as formas urbanas, através do poder público.

É importante frisar que o crescimento urbano e a urbanização são dois processos distintos, mas que podem produzir um mesmo inconveniente: uma cidade com vários conjuntos de problemas, com a criação de zonas violentas, ou seja, estimuladoras da criminalidade.

O sistema jurídico trouxe normas, do Direito Público ou do Privado, como regulação de condutas da Administração Pública. Desta forma, o urbanismo passou a ser incorporado pela ação normativa estatal, dada a sua incontestável relevância social.

As normas urbanísticas começam a emergir nos ordenamentos jurídicos formando conjuntos normativos identificados e de destaque devido a autonomia que vinha se refletindo nas ações. O espaço urbano, no que se refere à atuação, passa a ser o elo de convivência entre os interesses públicos e os privados (ABREU, 1988, p. 35).

No entanto, a primeira Constituição Federal não mencionara nada que interessava o direito urbanístico, salvo indiretamente com a possibilidade de desapropriação por utilidade pública, fundamentando a validade das leis que surgiram antes para tutelar a desapropriação.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, deu nova diretriz e impulso a um movimento que buscava a efetivação de uma Política Urbana, com ênfase na função social da propriedade e no plano diretor como instrumento democrático e participativo para o desenvolvimento e expansão urbana das cidades (ABREU, 1988, p. 39).

Tal movimento se materializou com a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, que regulamenta o capítulo "Política urbana" da Constituição brasileira. Seus princípios básicos são o planejamento participativo e a função social da propriedade.

⁶ Transformação do meio urbano criando novas formas urbanas.

2.2 DAS FORMAS DE TUTELA URBANA PENAL

A legislação urbanística a qual amalgama diplomas jurídicos como a Constituição Federal (BRASIL, 2019), o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), a Lei de Parcelamento do Solo (BRASIL, 1979), a Lei de Regularização Fundiária (BRASIL, 2017) e os Planos Diretores dos municípios buscam promover uma cidade compacta, através da recuperação do espaço público no Brasil.

A globalização, juntamente com a remodelação produtiva, ajustou e ampliou a discussão sobre a tutela da ordem urbana e, também, da tutela da ordem urbana voltada ao Direito Penal. A tutela penal, assim, torna-se importante ferramenta para a preservação da ordem urbana.

2.2.1 Da tutela prevista na Constituição Federal

Sabemos que a Constituição Federal é a lei máxima de um país, que traça os parâmetros do sistema jurídico e define os princípios e diretrizes que regem uma sociedade. Ou seja, ela organiza e sistematiza um conjunto de preceitos, normas, prioridades e preferências que a sociedade acordou.

2.2.1.1 Tutela constitucional do direito urbanístico

A carta magna de 1988, menciona diversas vezes o direito urbanístico, reservando-lhe vários dispositivos sobre: as diretrizes do desenvolvimento urbano:

Art. 21. Compete à União:

[...] XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
[...]

[...] Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (BRASIL, 2019).

A importância dessa norma está em conferir expressa competência a União para elaborar e executar planos urbanísticos nacionais e regionais, pois a isso corresponde o conceito de planos de ordenação do território. “Art. 21. Compete à União: [...] IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.”

Já, o planejamento urbanístico local encontra seu fundamento no art. 30, VIII, da Constituição Federal. Aí se reconhece a competência do Município para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. Isso não é competência suplementar, não. É competência própria, exclusiva, que não comporta interferência nem da União, nem do Estado: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.”

Vê-se que a finalidade do planejamento local é o adequado ordenamento do território municipal, com o objetivo de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano.

O solo qualifica-se como *urbano* quando ordenado para cumprir destino urbanístico, especialmente a espaços edificáveis e o assentamento de sistema viário. Esse ordenamento é função do plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, que a Constituição elevou a condição de instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Vale dizer, combinando ambos os dispositivos, que o plano diretor constitui o instrumento pelo qual se efetiva o processo de planejamento urbanístico local, que é obrigatório para as cidades com mais de 20.000 habitantes.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das

funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (BRASIL, 2019).

E sobre a função urbanística da propriedade urbana: “Art. 182 [...] § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” (BRASIL, 2019).

A propriedade urbana fica, pela Constituição, submetida a esse processo urbanístico, subordinado ao cumprimento de sua função social as exigências da ordenação da cidade expressas no plano diretor.

É também o plano diretor que define os critérios da utilização do solo urbano. Isso decorre do art. 182, § 4º, que faculta ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que providencie seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios, sobre a propriedade predial e territorial urbana imposto progressivo no tempo ou desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (SILVA, 2010, p. 57).

2.2.1.2 Tutela constitucional do direito urbano-ambiental

A Constituição Federal de 1988, previu a preservação ambiental, em diversos artigos, quando deu competência à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...] III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

[...] VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

[...] Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

[...] VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...] 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 (BRASIL, 2019).

Segundo Hely Lopes Meirelles (1990, p. 579), a proteção ambiental visa à preservação da Natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas, que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar.

A destruição da natureza é universal e se agravou com o passar dos séculos, diante do crescimento populacional e do avanço científico e tecnológico, que oportunizou à raça humana a dominação da terra, das águas e do espaço aéreo (MEIRELLES, 1990, p. 579).

Essa circunstância proporcionou à sociedade a desconfiança e o receio diante da possibilidade de se esgotarem os recursos naturais, bem como, que ocorresse o desequilíbrio ambiental, exigindo do Direito soluções que tutelassem o meio ambiente, visto que sua reparação, recuperação e conservação são difíceis e, muitas vezes, impossíveis (LISBOA *et al.*, 2019, p. 301).

A fim de preservar o futuro, criou-se o direito ambiental, que se destina à estudar e aplicar princípios e regras que tendem a impedir a destruição ou a degradação dos elementos da natureza (MEIRELLES, 1990, p. 580).

Pode-se afirmar que o direito ambiental urbanístico é uma disciplina com princípios e diplomas legislativos atuais que sistematizam as normas destinadas à organizar os espaços habitáveis (SARTORI, 2013, p. 3), de maneira a evitar a destruição e lesão ao meio ambiente.

Por meio da observância do uso e da ocupação do solo, da delimitação de áreas de interesse social, da limitação na construção de imóveis, segundo Hely Lopes Meirelles (1990), as normas urbanísticas possuem o objetivo de ordenar as cidades, através de diversos diplomas legais.

A tutela do direito urbano ambiental estuda e formula princípios e normas capazes de regular a atividade urbanística, no que tange a propriedade privada, através de intervenções, a fim de buscar o equilíbrio necessário dos direitos privados, diante do direito público (SARTORI, 2013, p. 3).

Assim, a Constituição Federal de 1988, tem muita relevância em termos ambientais e também penais de proteção quando em seu art. 225, estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, é bem jurídico fundamental para a dignidade da pessoa humana, e é indispensável para as presentes e futuras gerações, consagrando o princípio da solidariedade intergeracional⁷ (LISBOA *et al.*, 2019, p. 302).

Ademais, a carta magna inovou na seara penal, ao tratar, em seu § 3º (art. 225), sobre as responsabilidades penal e administrativa das pessoas naturais ou jurídicas, promovendo um novo debate dentro do Direito Penal, quando da ocorrência de atos lesivos ao meio ambiente.

Com a harmonia entre os direitos coletivos e privados – a que se busca estabelecer a relação entre as formas de utilização da propriedade, é que se nota o direcionamento legal para o atendimento vocacional da propriedade quanto à utilização dos recursos disponíveis em tal bem (SARTORI, 2013, p. 5).

⁷ Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado compõe um sistema que visa à cooperação entre as gerações ao longo do tempo histórico, daí a obrigação de economizar os recursos ambientais (TEIXEIRA, 2006, p. 93).

Em relação à proteção ambiental, a ação do município é limitada em termos espaciais, ao seu território. No entanto, materialmente, é estendida a tudo o que possa afetar seus habitantes e a população urbana. Com isso, os municípios devem atuar de forma a promover a proteção ambiental através de 3 maneiras:

- a) Controle da poluição: como poder de polícia;
- b) Preservação dos recursos naturais: são os entendidos como os elementos que mantêm o equilíbrio ecológico e a vida em nosso planeta. Isso se faz de duas maneiras: pelas limitações administrativas de uso, gerais e gratuitas; ou pela desapropriação, individual e remunerada;
- c) Restauração dos elementos já destruídos: pelo homem ou pela própria natureza. Através de reflorestamentos de áreas desmatadas; a recomposição dos terrenos erodidos ou escavados; a recuperação de águas poluídas; a regeneração das terras exauridas; a recriação de espécies silvestres e aquáticas em vias de extinção e etc.

Importante frisar, que a ação civil pública é um marco na proteção ambiental.

2.2.2 Da tutela prevista na Lei de Parcelamento do Solo

Para que a urbanização não seja desordenada é importante que se estabeleça uma política de controle e fiscalização da ocupação da população no solo urbano. A fim de se evitar que, em determinados lugares não haja lotações desnecessárias e, em outros haja menor número populacional, tendo por objetivo buscar o adequado ordenamento territorial, é que o tema Parcelamento do Solo Urbano foi tratado pela Constituição Federal (art. 30, VIII) e pela Lei n. 6.766 de 1979.

O termo parcelamento de solo urbano é gênero das espécies loteamento e desmembramento.

Como loteamento entende-se a divisão de gleba em lotes com destinação específica, ou seja, a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes (artigo 2º, 1º, da Lei nº 6.766) (BRASIL, 1979).

Como desmembramento entende-se a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou amplificação dos já existentes (artigo 2º, 2º, da Lei nº 6.766) (BRASIL, 1979).

Conforme artigo 1º da Lei de Parcelamento do Solo (Lei nº 6766/79) os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência complementar com relação ao parcelamento do solo municipal, a fim de que a referida lei seja adequada às peculiaridades regionais e locais.

De acordo com a legislação que tutela o parcelamento do solo, esse somente será permitido para fins urbanos, em zonas urbanas, definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Ademais, os parcelamentos em área rurais são regidos fundamentalmente pela instrução normativa 17-B do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). Esta dispõe sobre o parcelamento do solo de imóveis rurais tanto para fins urbanos quanto para fins agrícolas.

É possível encontrar, na lei de parcelamento do solo, mais precisamente, no artigo 3º, as causas em que não serão permitidos o parcelamento do solo urbano, sendo elas:

- I – em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;
- II – em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;

III – em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;

IV – em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;

V – em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção (BRASIL, 1979).

Em se tratando de parcelamento do solo urbano de forma irregular, constitui crime contra a administração pública:

[...] I – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II – dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III – fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Pena: Reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País (Artigo 50) (BRASIL, 1979).

Não se pode olvidar que, para a tipificação de qualquer um dos delitos previstos na Lei Federal nº 6.766/79, exige-se o dolo como elemento subjetivo, ou seja, a vontade consciente e livre de praticar o fato descrito na norma punitiva.

Ademais, os delitos previstos no artigo 50, “*caput*”, da Lei Federal nº 6.766/79 podem ser praticados tanto na zona urbana como na zona rural, pois basta que o parcelamento do solo seja efetuado para “*fins urbanos*”.

Na sequência, no artigo 51 da referida Lei, é possível encontrar as formas concorrentes para a prática do delito anterior. E por fim, o artigo 52, a

seu turno, prevê a conduta praticada pelo Oficial do Registro, nos casos em que houver registro de loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competente; registro de compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou; efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado (BRASIL, 1979).

2.2.3 Da tutela prevista na Lei de Regularização Fundiária

A regularização fundiária consiste no processo pelo qual se adotam medidas sociais, urbanísticas e jurídicas para fazer com que as propriedades irregulares se tornem legais (novamente, decorrente do acelerado e descontrolado processo de urbanização brasileiro), obedecendo aos parâmetros da legislação brasileira.

De início, é importante ressaltar que para a regularização urbanística de uma área do município, através da Lei nº 13.456/2017 (artigo 18 § 2º) basta instituir-se uma REURB (Regularização Fundiária Urbana), que é a aprovação, pelo município, de um projeto urbanístico elaborado por profissionais especializados na área, como topógrafos, arquitetos e engenheiros urbanistas, os quais farão a planta do perímetro do núcleo urbano informal com demonstração das matrículas ou transcrições atingidas, quando for possível.

Da mesma forma, exige que se tenha previamente um cadastro imobiliário e um levantamento georreferenciado para cada assentamento urbano, identificando os lotes, as vias de circulação e as áreas destinadas para o uso público (artigos 35 e 36) (BRASIL, 2017).

Assim, pela atual legislação pode-se realizar a regularização fundiária tanto por ZEIS quanto por REURB. Nas palavras do Mestre em Planejamento Urbano e Regional, João Telmo de Oliveira Filho (2016, p. 25):

As ZEIS são áreas de interesse social classificadas em razão das características de uso e ocupação da área urbana: A primeira

diz respeito a terrenos públicos ou particulares ocupados por favelas, população de baixa renda ou assentamentos. A segunda diz respeito a loteamentos irregulares que tem, por sua característica, interesse público em se promover a regularização ou recuperação ambiental. A terceira espécie diz respeito aos terrenos não edificados, subutilizados ou não-utilizados, necessários a aplicação de programas habitacionais.

Ao analisar a recente Lei 13.465/17, percebe-se que o seu artigo 10 elenca um extenso rol de objetivos relacionados à regularização fundiária urbana (REURB), sendo que os principais são:

- a) identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes;
- b) Ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda;
- c) Promover a integração social e a geração de emprego e renda;
- d) Garantir a efetivação da função social da propriedade, dentre outros.

A lei arrola ainda, em seu artigo 14, o elenco daqueles que podem requerer a regularização fundiária, que são todos os entes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – visto que todos estes são titulares ou possuem interesse nas áreas urbanas, bem como os seus beneficiários, os proprietários, a Defensoria Pública e o Ministério Público. Além disso, podem os Municípios dispor sobre esta matéria, porém, sempre observando as diretrizes fixadas pela legislação federal aqui comentada (BRASIL, 2017).

2.2.4 Da tutela prevista no Plano Diretor

O plano diretor é um instrumento da política urbana instituído pela Constituição Federal de 1988, que o define como “instrumento básico da

política de desenvolvimento e de expansão urbana", e é regulamentado pelo Estatuto da Cidade, e pela Lei de Parcelamento do Solo.

De acordo com a carta magna, esse instrumento é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes e deve ser aprovado pela Câmara Municipal.

O Estatuto da Cidade dá uma importância maior à criação do plano diretor, vez que tratou de disciplinar as diretrizes do plano diretor em capítulo próprio (Capítulo III). No Estatuto da Cidade o plano diretor deve ser revisto a cada dez anos assim como a lei municipal referente a ele.

Ainda, deve englobar o território do município como um todo, constituindo-se na ferramenta básica da política de desenvolvimento urbano, através da qual deve-se definir as exigências a serem cumpridas para que se tenha assegurada a função social da propriedade no local onde está inserido, isso porque o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (artigo 40) (BRASIL, 2001).

Como pretende corrigir distorções e indicar rumos no desenvolvimento, o plano diretor pressupõe um estudo das potencialidades e deficiências do município, em que serão avaliadas as dimensões territorial, econômica, social e ambiental do município. Daí a relevância de um diagnóstico bem elaborado que orientará a expansão urbana (CRETELLA JR., 1993, p. 54).

O plano diretor não é somente um documento técnico, distante dos conflitos reais que caracterizam a cidade. Ele deve ser um espaço de debate dos cidadãos e de definição de opções, conscientes e negociadas, por uma estratégia de intervenção no território, de forma a disciplinar quais as áreas que terão potencial de construção, para a proteção do meio ambiente e para que a propriedade cumpra a sua função social.

2.2.5 Da tutela prevista no Estatuto da Cidade

Em 2001, entrou em vigor a Lei nº 10.257/2001: o Estatuto da Cidade, instrumento legal que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição

Federal. A partir de então, foi criado o Ministério das Cidades e a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano (PNDU), a fim de se estabelecer uma nova cultura apta a realizar mudanças para a concretização do direito por diferentes mecanismos (MARICATO, 2003, p. 215).

O Estatuto prescreve condutas de ordem pública e de interesse social relacionadas ao uso da propriedade urbana, para proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado delimitado ao perímetro urbano.

O artigo 2º do Estatuto da Cidade fala do propósito da política urbana, devendo esta, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, por isso, tal legislação, tem como uma de suas diretrizes gerais, a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (Art. 2º, I) (BRASIL, 2001).

Com a regulamentação do Estatuto da Cidade, foram elaboradas normas de ordem pública com vasto interesse por parte da sociedade, com isso, as finalidades sociais presentes na cidade e seus respectivos impasses sociais – a exemplo da moradia e saneamento básico, passou a ser a principal preocupação, buscando-se veemente suas respectivas soluções.

Os procedimentos adotados pelo estatuto da cidade, visam um comando mais democrático, de forma a propor a distribuição dos bônus e ônus oriundos da urbanização, visando a evolução da função social que é exercida pela cidade.

A competência atribuída ao município, dentre elas, redigir o plano diretor municipal, é suplementar em situações que envolvam a legislação federal e estadual, sendo por sua vez intitulada como concorrente.

Para Giovani Corralo (2011, p. 246), o Estatuto da Cidade:

[...] significou a concretude da importante principiologia constitucional e das disposições do capítulo da política urbana na Constituição Federal, possibilitando aos entes locais a

instituição de vários institutos de indução do desenvolvimento urbano, de financiamento da política urbana, da regularização fundiária e de democratização da gestão.

As cidades brasileiras, marcadas pelo crescimento rápido e sem planejamento, expõem cada vez mais seus habitantes a condições subumanas, o que cria uma situação de desequilíbrio, em detrimento do princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2002, p. 40-42) defende a aplicação do Estatuto da Cidade em face de territórios que não cumprem sua função social, lugares em que não há o adequado aproveitamento do solo urbano. Isso se dá a fim de que todos tenham acesso à cidade e aos recursos urbanísticos por ela oferecidos.

Desta feita, as diretrizes gerais e os instrumentos de política urbana previstos no Estatuto da Cidade formam um conjunto de normas que permitem o racional aproveitamento do solo urbano, com planejamento da vida em comunidade e regularização o uso da terra. Dar à propriedade e aos espaços urbanos uma função socioambiental, com o objetivo de melhoria da qualidade do meio ambiente urbano, em todas suas dimensões.

De imediato, percebe-se a importância do Estatuto da Cidade não apenas para o embelezamento das cidades, mas também para a organização do território, ou melhor, da propriedade urbana, servindo como núcleo essencial da política urbana nacional, pois a qualquer tempo, a propriedade urbana deve servir ao bem-estar da sociedade, incluindo a sua segurança e equilíbrio ambiental.

A política urbana, de qualquer modo, é a junção de todos os elementos capazes de propiciar uma melhor e mais organizada ocupação dos espaços, pelo menos, habitáveis. José dos Santos Carvalho Filho obtém como definição para política urbana como sendo "o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado, necessárias à

constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 17).

3 DOS PROBLEMAS CAUSADOS PELA PRIVATIZAÇÃO DO ESPAÇO URBANO E DOS FUNDAMENTOS PARA A TUTELA PENAL DA ORDEM URBANA

Incluso ao poder de polícia do Estado, tem-se que a função urbanística é uma função pública, de forma que os particulares não têm direito adquirido sobre qualquer situação do processo de urbanização, no qual deve sempre prevalecer o interesse coletivo. É o poder público, com anuência da população, quem possui competência para demandar como a cidade deve acontecer e não o mercado (BRUSCATO, 2018, p. 2).

Todavia, os processos que tratam sobre a valorização do solo, tornaram o urbanismo uma grande fonte de poder econômico (SINGER, 1982, p. 37), de forma que esse poder está diretamente ligado ao relacionamento com o poder público, quando por vezes, se é favorecido determinados sujeitos em “favor” de outros ocorrendo por inúmeras vezes, casos de corrupção urbanística, haja vista as variadas possibilidades decorrentes do parcelamento, uso e ocupação do solo que está ligado também à expansão das cidades; à construção de edifícios; à ocupação de imóveis com diversas atividades econômicas; direcionamento de investimentos públicos; desapropriações e privatizações entre muitas outras questões ligadas ao solo (IGLESIAS, 2007, p. 20).

Em nosso país, a péssima distribuição de renda juntamente com o acelerado processo de urbanização ocorrido principalmente na segunda metade do século XX, gerou um conjunto de cidades socialmente desiguais, territorialmente segregadas e ambientalmente desequilibradas (MARICATO, 2003, p. 153), conforme anteriormente mencionado.

Um dos principais elementos nesse processo, foi a elaboração de normas ligadas ao urbanismo, que acabou resultando em privilégios, controle do território e concentração de poder. Não raramente, esses processos de

elaboração de leis, aprovação de projetos, concessão de licenças, alvarás e benefícios, são mencionados em práticas corruptivas (ALFONSIN, 2001, p. 211; ROLNIK, 1997, p. 38).

Alterações normativas por vezes são vantajosas para empreendedores que contam com a valorização do solo. Haja vista que o processo que determina quais áreas poderão ser incrementadas à zona urbana não é baseado em "critérios técnicos e estudos de viabilidade, uma vez que as administrações municipais atuaram como facilitadoras: modificando este status mediante a argumentação de viabilidade econômica feita por empreendedores" (SPAROVEK *et al.*, 2004, p. 58).

Por fim, tem-se que a presença do poder público nas dinâmicas corruptivas ligadas ao planejamento e gestão urbanos se deve a sua capacidade de produzir e aplicar regras que limitam ou condicionam a atuação de agentes privados neste mercado, isso porque, o poder público pode definir regras e limites para parcelamento, construção e uso do solo, estando dissociados do direito de propriedade. Muitas vezes a corrupção urbanística interfere nesta dinâmica, atenuando ou mesmo extinguindo tais limites à propriedade privada (SILVA *et al.*, 2019, p. 3).

3.1 DO DIREITO À MORADIA DIGNA COMO EXEMPLO PARA DEMONSTRAR O AFASTAMENTO DO INTERESSE PRIVADO NO ESPAÇO URBANO

Existem diversos instrumentos internacionais que reconhecem o direito à moradia como necessário para a existência humana com dignidade. O direito à vida não pode ser compreendido como mera sobrevivência. Desta forma, os tratados internacionais têm colocado a alimentação, o vestuário e também a moradia como imprescindíveis para a existência humana dentro desses parâmetros, a fim de resguardar a existência com dignidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos têm direito a um padrão de vida que seja capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo a alimentação, o vestuário e a moradia (ONU, 1948).

Igualitariamente é realizado pelos Estados Partes no art. 11 do Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas, promulgado no Brasil através do Decreto nº 591 de 1992 (BRASIL, 1992).

A Declaração americana de direitos e deveres do homem (OEA, 1948, p. 3) garantiu que:

Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade (artigo 11) (OEA, 1948).

O tema habitação por ter se tornado um tema de direitos humanos, com méritos, possibilitou a dignidade, além de possibilitar o gozo de outros direitos, como é o caso, por exemplo, a necessidade básica tanto do abastecimento de água potável quanto do saneamento, que são questões diretamente relacionadas à habitação (ONU-Habitat, 2010).

Assim como outros direitos econômicos, sociais e culturais, o direito à habitação obriga os Estados à uma série de deveres, como: adotar medidas para que aquilo que está juridicamente assegurado se transforme em realidade para os beneficiários (ONU-Habitat, 2010).

Através do nº 1 do Artigo 2º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos pode-se compreender quais são as obrigações dos governos quanto a todos os direitos constantes daquele instrumento:

1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos

econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas (ONU, 1966, p. 2).

Assim, os Estados que ratificam o pacto, possuem a obrigação de agir de acordo a adequar sua legislação à incumbência assumida. Todavia, deve se ter em mente, que a adoção de medidas legislativas não supera, por si só, os deveres dos governos, pois, devem tornar concretas medidas administrativas, judiciais, econômicas, sociais e educativas, todas com o objetivo de cumprir as obrigações assumidas no pacto.

No que tange à habitação digna, a formulação de políticas compatíveis com o pacto também é obrigatória, cumprindo aos Estados adotar uma estratégia nacional que defina objetivos para melhoria do setor, identifique os recursos disponíveis e a maneira mais eficiente de sua utilização (ONU-Habitat, 2010).

3.2 DA PRIVATIZAÇÃO DA ORDEM URBANÍSTICA E O AUMENTO DA CRIMINALIDADE: EFEITOS DA RELEGAÇÃO DA ORDEM URBANA AO PRIVADO

Gaviria e Pages (2000, p. 3), ao pesquisar estatisticamente sobre as cidades da América Latina em relação a violência urbana sofrida que acompanha o crescimento da cidade, apontou que os moradores de uma cidade com 1 milhão de habitantes possuem o dobro de possibilidade de serem vítimas de violência em relação aos moradores de uma cidade com 20 mil habitantes. Assim, verificou-se que o aumento populacional de 1%, gera o aumento de 1,5% na incidência de violência.

O intuito do planejamento urbano municipal seria garantir as funções de: circular, habitar, trabalhar, de lazer. Sua ausência constitui, atualmente, uma das maiores causas da violência urbana. A solução, aparentemente,

seria instituir políticas públicas com a pretensão de garantir as funções sociais da cidade e da diminuição e/ou prevenção da violência urbana (FARIAS, 2005, p. 171).

Há, no âmbito do estudo da criminalidade – relacionado ao urbanismo, a teoria da oportunidade e a teoria das atividades rotineiras, as quais destacam a influência do ambiente urbano na ocorrência de delitos (FARIAS, 2005, p. 174).

Desta feita, o local em que o ofensor e a vítima residem, a relação entre ofensor e vítima, o local de contato entre a vítima e o ofensor, a idade das vítimas ou o número de adultos em uma casa e o horário da ocorrência do crime, constituem variáveis relevantes para a pesquisa da causa prática dos altos índices de criminalidade em um determinado local (FARIAS, 2005, p. 175).

A divisão entre centro e periferia acaba gerando, sem sombra de dúvidas conflitos, isso porque, de um lado: o centro, com melhores condições de vida, como boas escolas, saúde, lazer, transporte; e de outro, a periferia: um ambiente corrompido, que gera uma vista urbana esteticamente feia (DELGADO, 2014, p. 2).

E isso ocorre, principalmente porque as pessoas não conseguem viver a alma da cidade. Viver na cidade não é apenas ocupar algum espaço geográfico, mas também é se aderir ao espírito urbano de coexistência pacífica e tolerância. Todos trabalhando em prol da coletividade (DELGADO, 2014, p. 3).

3.3 DOS FUNDAMENTOS DA TUTELA PENAL DA ORDEM URBANA: COMBATE À PRIVATIZAÇÃO DAS CIDADES E PROTEÇÃO DA ORDEM URBANA

O processo de democratização no país, tendo como marco institucional e legal a Constituição Brasileira de 1988, propiciou a organização de uma ordem legal urbana configurando o direito urbanístico brasileiro.

A ordem legal urbana confere um papel preponderante ao Município como ente federativo para atuar no campo legislativo, administrativo e econômico na promoção das políticas de desenvolvimento urbano, no

planejamento e ordenamento de uso e ocupação de seu território (urbano e rural), e na promoção de políticas públicas que propiciem o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade e do bem-estar de seus habitantes. Essa responsabilidade preponderante do Município não exclui de forma alguma as responsabilidades e competências da União e dos Estados para enfrentar os problemas urbanos.

3.3.1 Da função social da cidade

É sabido que os direitos fundamentais são aqueles que demandam a proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e estão elencados nos artigos 5º a 17º da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais possuem basicamente, a mesma finalidade dos direitos humanos, que diferentes são, pois aqueles estão positivados no ordenamento constitucional e esses são supranacionais, ou seja, além das fronteiras, independentes de positivação constitucional (FIGUEIREDO, 2019, p. 1).

A Constituição Federal de 1988 tratou de disciplinar em Título próprio sobre a política urbana (Título VII, capítulo II), consubstanciado por meio dos artigos 182 e 183, reconhecendo-se pela primeira vez no ordenamento pátrio, a função social da cidade e aprimorando o conceito de função social da propriedade. Este capítulo foi fruto de emenda popular, cujo objetivo a redação original, eram conforme Saule Junior:

O desejo de introduzir o direito à cidade como um direito fundamental inerente a todas as pessoas que vivem nas cidades foi revelado como aspiração popular no processo da Assembleia Nacional Constituinte [...], com a apresentação da emenda popular de reforma urbana. Esta iniciativa tomada por um agrupamento de entidades da sociedade civil e movimentos populares tinha como objetivo reverter as desigualdades sociais com base em uma nova ética social, que trazia como dimensão importante a politização da questão urbana, compreendida como elemento fundamental para o processo de democratização da sociedade brasileira. A emenda popular

disponha Todo cidadão tem direito a condições de vida urbana digna e justiça social, obrigando-se o Estado a assegurar: (I) – acesso à moradia, transporte público, saneamento, energia elétrica, iluminação pública, comunicações, educação, saúde, lazer e segurança, assim como a preservação do patrimônio ambiental e cultural. (II) – gestão democrática da cidade. O direito a condições de vida urbana digna condiciona o exercício do direito de propriedade ao interesse social no uso dos imóveis urbanos e o subordina ao princípio do estado de necessidade (SAULE JUNIOR, 2008, p. 20-21).

O caput do artigo 182 da Constituição Federal explicitou, contudo, a necessidade de lei para estabelecer as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano.

Evidencia o artigo 182 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (BRASIL, 2019).

3.3.2 Desenvolvimento sustentável e cidades

A ideia de sustentabilidade se desenrola por meio de três grandes interfaces, todas capazes de se desdobrar em inúmeras análises paralelas: sustentabilidade ambiental, sustentabilidade econômica e sustentabilidade social. Dependendo da aplicação, uma ou mais interfaces podem preponderar, embora seja recomendável que as três estejam presentes para que uma

determinada ação ou empreendimento seja considerado sustentável (CORTESE, 2017, p. 10).

Por consequência lógica, uma cidade sustentável deveria observar os três componentes da sustentabilidade no seu planejamento.

As condições e possibilidades de construção de cidades sustentáveis no Brasil, é um desafio de grande complexidade. Afinal, no Brasil convivem os mais diversos cenários de condições sociais e econômicas no território urbanizado.

Pode-se dizer, sem medo de errar, que o país abriga cidades que estão na pré-modernidade, carentes de equipamentos e infraestrutura básica, como sistema de saneamento básico; na modernidade, com foco na dependência da energia fóssil e dos processos industriais tradicionais como vetores de desenvolvimento; e na pós-modernidade, cuja marca repousa na economia informacional, nas novas tecnologias de informação e comunicação e nos serviços como eixos de desenvolvimento (CORTESE, 2017, p. 15-17).

Não raramente, as três configurações convivem no território de uma mesma cidade, agravadas pelos problemas e conflitos fundiários e déficit habitacional, pela divisão desigual dos bônus e ônus da urbanização e pela falta de planejamento.

4 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DO TJ/SC ACERCA DE CRIMES CONTRA A ORDEM URBANA

A fim de corroborar com o estudo do crime decorrente da ordem urbanística, faz-se necessário analisar a jurisprudência criminal, sobretudo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em se tratando de crime contra a ordem urbana, encontra-se inúmeros casos pelo estado de Santa Catarina, os quais serão abordados na sequência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A FLORA (ARTS. 38-A, 40 C/C 40-A, § 1º, 48 C/C 53, INC. II, ALÍNEA 'C', TODOS DA LEI N. 9.605/1998). CRIMES CONTRA A LEI DO

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO (ARTS. 50, INC. I E III, C/C 50, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I, AMBOS DA LEI N. 6.766/1979). SENTENÇA PARCIALMENTE CONDENATÓRIA RECONHECENDO TÃO SOMENTE A PRÁTICA DOS CRIMES FUNDIÁRIOS. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA PUGNANDO PELA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA ABOLITIO CRIMINIS. NÃO ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A Lei n. 13.465/2017 não revogou – ainda que de forma implícita – quaisquer daqueles preceptivos previstos na Lei n. 6.766/1979, isto é, ambas continuam vigentes no cenário jurídico nacional (LINDB, art. 2º, § 2º), posto que enquanto aquela passou a reger o procedimento para regularização de parcelamentos de solo irregulares, esta continua prevendo tal conduta como crime quando realizada em desacordo com as disposições legais ou sem autorização das autoridades competentes (TJSC, Apelação Criminal n. 0906236-24.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 28-05-2019) (SANTA CATARINA, 2019a).

Na ação penal do caso acima citado, o Ministério Público ofereceu denúncia em face do acusado, que supostamente teria suprimido 672 m² de vegetação nativa, em imóvel localizado no Município de Joinville, sem autorização do órgão ambiental competente e em desacordo com as normas legais. A vegetação suprimida é caracterizada como Bioma Mata Atlântica, do tipo Floresta Ombrófila Densa Secundária, em estágio médio de regeneração, localizada na Área de Proteção Ambiental da Serra Dona Francisca (APA Serra Dona Francisca), contendo, inclusive, espécies ameaçadas de extinção (palmito juçara).

Além de suprimir a vegetação, o denunciado ainda edificou na área residência de 60 m², o que impediu a vegetação já ceifada de regenerar-se.

Colhe-se dos autos que, o acusado, no mesmo imóvel, realizou parcelamento do solo sem qualquer tipo de autorização do órgão ambiental, vez que realizou a venda, por meio de Contrato Particular de Compromisso de Compra e Venda, de 4 lotes entre junho de 2013 e março de 2015,

expressamente afirmando que se tratava de imóveis livres e desembaraçados de qualquer ônus.

Findou o processo com decisão absolutória quantos aos crimes ambientais, e condenatória quanto ao crime de parcelamento do solo.

No caso apresentado a seguir, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, absolveu o acusado ante a inexistência de prova de que os denunciados teriam consciência da ilicitude:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PARCELAMENTO DO SOLO PARA FINS URBANOS, SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE, QUALIFICADO PELA VENDA (ART. 50, INC. I, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. I, E 51, AMBOS DA LEI N. 6.766/79). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. PLEITO CONDENATÓRIO. APELADO QUE EFETUOU O LOTEAMENTO E POSTERIOR VENDA DE TERRENOS SEM A LICENÇA DO PODER PÚBLICO COMPETENTE. MATERIALIDADE INCONTROVERSA. INEXISTÊNCIA, NO ENTANTO, DE PROVA DE QUE OS APELADOS TIVESSEM CONHECIMENTO DA ILICITUDE DA CONDUTA PRATICADA. AUSÊNCIA DE DOLO POR PARTE DOS DENUNCIADOS. CASO CONCRETO QUE ENVOLVE PESSOAS SIMPLES, NATIVAS DO SUL DA ILHA DE SANTA CATARINA (TABARÉUS, 'MANÉS'), E DE POUCO CONHECIMENTO QUANTO ÀS BUROCRACIAS QUE ENVOLVEM A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. PRÁTICA DE VENDA E PERMUTA DE GLEBAS E TERRENOS DIFUNDIDA POR GERAÇÕES NO SEIO DA COMUNIDADE EM QUESTÃO. DÚVIDA FRENTE AO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE SE RESOLVE EM FAVOR DOS RÉUS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0005973-09.2009.8.24.0023, da Capital, rel. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Primeira Câmara Criminal, j. 22-08-2019) (SANTA CATARINA, 2019b).

A alegação da desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho, foi de que:

Não se faz possível assegurar que os acusados tinham pleno conhecimento da ilicitude quanto ao desmembramento irregular do loteamento em questão e, mais do que isso, que possuíam o dolo necessário à subsunção do fato à norma,

sendo compreensível que não tenham se atentado às questões burocráticas atinentes ao efetivo parcelamento do solo urbano (SANTA CATARINA, 2019b)

Ou seja, o acusado foi absolvido, sob a alegação de que é compreensível que não tenha se atentado às “questões burocráticas” sobre a legislação do parcelamento do solo urbano, ante sua naturalidade advir do sul da ilha de Santa Catarina.

No julgamento do RESE abaixo, o Ministério Público recorreu a rejeição pelo magistrado da Comarca de Meleiro/SC, da denúncia ofertada pelo órgão ministerial, alegando atipicidade da conduta diante da inexistência de dolo, tendo em vista que o acusado regularizou o loteamento antes do oferecimento da denúncia.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VENDA OU PROMESSA DE VENDA DE LOTE PERTENCENTE A LOTEAMENTO NÃO REGISTRADO (LEI 6.766/1979, ART. 50, PARÁGRAFO ÚNICO, I). AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA AO EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA (CPP, ART. 395, III). INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VEICULADO DOLO DOS AGENTES. INDIFERENÇA DA ULTERIOR REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO. TESE ACOLHIDA. ILÍCITO FORMAL. REGULARIZAÇÃO POSTERIOR QUE NÃO TEM O CONDÃO DE DESFAZER O ANIMUS DOS ACUSADOS. BEM JURÍDICO PROTEGIDO. PRECEDENTES. Prima facie, o juízo de tipicidade insere-se em condição específica ao exercício da ação penal, de modo a ocasionar, se convicto o Magistrado pela atipicidade da conduta diante da inexistência de dolo, a rejeição da exordial acusatória com supedâneo no inciso II do art. 395 do Decreto-Lei 3.689/1941. Na hipótese vertente, por se tratar de delito formal, isto é, dissociável da ocorrência de efetivo prejuízo, bem como por ofender bem jurídico de interesse coletivo, a mera regularização prospectiva do loteamento, porém anterior ao oferecimento da denúncia, não tem o condão de elidir o dolo dos agentes. PRONUNCIAMENTO REFORMADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0900012-47.2016.8.24.0175, de Meleiro, rel. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 05-10-2017) (SANTA CATARINA, 2017).

No caso dos autos, o desembargador Luiz Cesar Schweitzer, seu provimento ao recurso, a fim de receber a denúncia e viabilizar o prosseguimento da persecução penal, sob a alegação de que:

Os crimes capitulados na Lei do Parcelamento do Solo Urbano constituem crimes contra a Administração Pública, sendo, portanto, sujeito passivo desse delito o poder público. A adoção da medida projetada só servirá para beneficiar desonestos e inescrupulosos loteadores que, respaldados pela lei, poderão realizar urbanizações clandestinas impunemente, reservando para as hipóteses em que forem indiciados a efetiva execução de suas obrigações (SANTA CATARINA, 2017)

A decisão foi no sentido de que, no caso de infringir o regular funcionamento da administração pública não é viável a rejeição da denúncia por inexistência de dolo e, por conseguinte, da atipicidade tão somente pela regularização a destempo, em detrimento da eclosão de loteamentos ilícitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a elaboração do artigo, foi possível verificar que apesar da tutela urbana ser uma disciplina jurídica, ainda em formação, porém, pautada em vários diplomas jurídicos, é demasiadamente mencionada em discussões acerca de sua validade e eficiência.

À nível federal, o Estatuto da Cidade, a Lei de parcelamento do solo, a Lei de regularização fundiária, o Código Ambiental, à nível Municipal através do Plano Diretor Municipal, entre outros diplomas jurídicos que versem sobre finalidades semelhantes (meio ambiente saudável e equilibrado), verificou-se uma preocupação em assegurar à população uma cidade sustentável e saudável, na teoria.

Na prática, sabe-se que existem várias situações em que órgãos competentes à autorização e aprovação de loteamentos, desmembramentos urbanos e outros instrumentos direcionados a melhorias das cidades, agem

de maneira a beneficiar empreendimentos, que entre outros motivos, fazem gerar a economia local, e não raramente se desviam dos mais importantes princípios do direito urbanístico.

A função urbanística, por ser uma função pública não assegura a nenhum particular qualquer situação do processo de urbanização, deve sempre prevalecer o interesse coletivo ante o interesse privado.

No entanto, é possível enxergar que muitos dos processos que versam sobre a valorização do solo, tornaram o urbanismo uma grande fonte de poder econômico, haja vista as variadas possibilidades decorrentes do parcelamento, uso e ocupação do solo que está ligado também à expansão das cidades; à construção de edifícios; à ocupação de imóveis com diversas atividades econômicas; direcionamento de investimentos públicos; desapropriações e privatizações entre muitas outras questões ligadas ao solo.

Desta forma, percebe-se que mesmo não havendo necessidade de criação de novas áreas urbanas, acaba ocorrendo a criação de novos empreendimentos por todo o país, com a concordância do poder público para beneficiar sujeitos diretamente ligados ao mercado imobiliário, haja vista a possibilidade do retorno financeiro ao se converter terra rural em urbana, aumentando o potencial construtivo de um terreno, até para obter uma autorização para determinada atividade econômica em um imóvel, entre outras.

Além disso, verificou-se, através das pesquisas jurisprudenciais que o poder judiciário vem tentando combater os delitos urbanísticos, vez que além de ir ao encontro da lei, o judiciário tem papel importante na construção de uma sociedade digna ao aplicar os princípios norteadores do direito e da Constituição Federal em cada caso concreto.

Assim, de uma simples análise acerca do que apresentado, percebeu-se que há regulamentações acerca do direito urbanístico eficazes ao combate dos delitos urbanos, no entanto, há falta de compromisso e talvez, "competência" dos órgãos competentes no que tange a assegurar um

meio ambiente equilibrado e sustentável. Por fim, a tutela penal da ordem urbana, legislação que visa o atendimento do interesse público, deve sempre posicionar o interesse público ante ao interesse privado.

REFERÊNCIAS

ABREU, M. de A. **A evolução urbana no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: IPLANRIO; Zahar, 1988.

ALFONSIN, B. **Políticas de regularização fundiária**: justificação, impactos e sustentabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 591 de 06/07/1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.766/1979**: Lei de Parcelamento do Solo. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm#:~:text=LEI%20No%206.766%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201979&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Parcelamento%20do,Art. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.257/2001**: Estatuto da cidade. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.465/2017**. Lei da Regularização Fundiária. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 8 nov. 2020.

BRUSCATO, W. **Direito urbanístico**. 2018. Disponível em: <https://www.wilges.com.br/post/2018/08/17/ambiental-texto-9-direito-urban%C3%A4Dstico#:~:text=Dentro%20do%20poder%20de%20pol%C3%ADcia,sempre%20preponderar%20o%20interesse%20coletivo>. Acesso em: 18 jun. 2020.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CORRALO, G. da S. **Curso de direito municipal**. São Paulo: Atlas, 2011.

CORTESE, T. T. P. *et al.* **Cidades inteligentes e sustentáveis**. São Paulo: Manole, 2017.

CRETELLA Jr., J. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DELGADO, R. M. **Espaços urbanos e criminalidade**: um estudo do ambiente urbano como fator criminológico. Mato Grosso: Editora Jus, 2014.

FARIAS, P. J. L. **Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2005.

FIGUEIREDO, S. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Aurum, 2019.

FIORILLO, C. A. P. **Estatuto da cidade comentado**: lei nº 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2002.

GAVIRIA, A.; PAGES, C. **Patterns of crime victimization in Latin America**. Washington, DC: Inter-American Development Bank, 2000.

IGLESIAS, J. F. **Urbanismo y democracia**: alternativas para evitar la corrupción. Madri: Fundación Alternativas, 2007.

LISBOA, F. de A. A. *et al.* A tutela penal-ambiental da paisagem: uma construção histórica e sociocultural. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, 2019.

MARICATO, E. MetrÓpole, legislação e desigualdade. **Estudos Avançados**, 2003.

MEIRELLES, H. L. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MEIRELLES, H. L. **Direito municipal brasileiro**. 17. ed. São Paulo. Malheiros 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Declaração americana de direitos e deveres do homem**. 1948. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

OLIVEIRA FILHO, J. T. de. O Estatuto da cidade – fundamentos e principais instrumentos. 2016. **Jus Navigandi**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5370/o-estatuto-da-cidade>. Acesso em: 17 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

ONU-Habitat – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **El derecho a una vivienda adecuada**. 2010. Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

ROLNIK, R. **A Cidade e a lei**: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: FAPESP/Studio Nobel, 1997.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1ª câmara criminal). **Recurso de apelação 0005973-09.2009.8.24.0023**. Apelação criminal. 22 de agosto de 2019b. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0005973-09.2009&foroNumeroUnificado=0023&dePesquisaNuUnificado=0005973-09.2009.8.24.0023&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_1f7d21e736764488a0672c4ad7341561&g-recaptcha-response=03AGdBq27BrSpYyx79q6wyJWqOF7Up_hxmVqHVGUxXDR7g0unBwCtPkFZqmHPuB8TkootpPCqEzo_eOQpl0-ROVXqsU-bsr1-YDIXb3UrrQ4AgrDuarzbRjpdQw4aC_AUywkYoFPGRYRRWimOXB0UbhsJ0zpbGdww1-fm9ZRHvucP37cmyj-dNRNNKqbrpeR6_vgrQZFMe9hEUzA2qgxbYAOsXOPMDggLyjf-9w546SFdqdrhwWyW-f16eRw_KfLZH1YUhVquNzLok3OJgtA9ttCa353EXEzAcpfpocf5FQ6EHusOh_FxHWwBHPd3kMeHHKq3k25c8GkD-IXrb2EbToIQjga1u6cxE9AZW9JZ79UIUFgHt2-ntcDPxfpnXiQtQ-V_u3aB5vCSFOJm8JhHHJDzdfiLQIEhtuCbxXtLciNMLcjlQg1KHXA Mo9wPt8fr0I-htNVhUIFyqS9Ysc9obPG8mqXmNIA#. Acesso em: 19 nov. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (3ª câmara criminal). **Recurso de apelação 0906236-24.2016.8.24.0038**. 28 de maio de 2019a. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do;jsessionid=07A4B47719557A883D88B8960D0BEDC4.cposgtj1?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigitoAnoUnificado=0906236-24.2016&foroNumeroUnificado=0038&dePesquisaNuUnificado=0906236-24.2016.8.24.0038&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_d699918c84804a6f9421a795015ae18b&g-recaptcha-response=03AGdBq25LhzS34dOaeHlkp_rldfXd0WApes7scMKFxlwIngoO89gPG09zQTmOCGRoqnink3KWUT-LF22mfiEA6X05AHefU2aEBfOHAbpKr5JQP_LacFNbCE96q97Ck3Bn4NUEGWz2yC3af4cHY1MOjjlRjQifjLKnhD4zDb3YfMlnzBVYGzXJ3l1XWp00eUImqJSy1sXrv0t96v9UhWtkCgzLvF6711rDqr2d-uvVE9ccTNOwP4A-OppBJrwIE4ZbTcj0mh_yH-mfvHT45TMPO3WRNGWcfedp-5BFp2blr8Z6_YC31cvQx6B0pp48UZlGjzt_B0cqpUWJFamh2PfuKjwDSP7dlaoeTfRbuwPuFB5o7vztUdED_Xzd98pXlqXfzFhtdBRsPPvio2Md1f_Kv60Tqpk1qRMPyR9xoTjQqbfGm3D3NP4xJ8S2fMTq2EtrxYGkXP9tDspl6nCdb8NoQGOJxSjzNr9e2g. Acesso em: 11 nov. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (5ª câmara criminal). **Recurso em sentido estrito 0900012-47.20168.24.0175**. 2017. Crime contra a administração pública. Disponível em: https://esaj.tjsc.jus.br/cposgtj/search.do?conversationId=&paginaConsulta=0&cbPesquisa=NUMPROC&numeroDigi-toAnoUnificado=0900012-47.2016&foroNumeroUnificado=0175&dePesquisaNuUnificado=0900012-47.2016.8.24.0175&dePesquisaNuUnificado=UNIFICADO&dePesquisa=&tipoNuProcesso=UNIFICADO&uuidCaptcha=sajcaptcha_c4846fc3d19a41028122b9c616c96662&g-recaptcha-response=03AGdBq25fvCb37vgwmgwULmET-onFWp-cW3yMWeYIzFqIDrw-EjK4oCQj0TEMdUzGuPIVxLPtjliFcDSLarmojL7PkmtAJBbiStwNYMaP5DhNtLd7hVknYB4LKBp7NA8aa16xQj7a3PxeqcUOSqflUMNgt19o5MKhyQ9uiPeYL_owQM_aVBKuYh8hzVanCvw5bzkozrZl3bqeQK3Lv-0wKdxJMUgW2SlwirsMUqXTEKIKdMUTvc_Vk5g6kqCWyiCcl8-ugQHTPPXwBPU4Ch2mLpqAq4HLDvUU6iOg7i8RdUrV9qA1eDJHEljGS4H9E4w3YAdhGOy784NyOKPZumoDZTSC53HHQykrVTHnbxgUry3kxkozy8g0z0I-TFSWYIbRdsYOHbUSjCpS_-K01VlrgYHLUiHHbCl_b-QpRBER6ybnoOYeWOSy6Hw8niOn8NdWufu479mU0ALGfyebEUWQNIlvofcx97t-w. Acesso em: 21 nov. 2020.

SARTORI, R. *et al.* **A proteção do meio ambiente urbano, quando da definição do plano diretor da cidade**. Bahia: Seara jurídica. 2013.

SAULE JUNIOR, N. **Direito urbanístico**: vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

SILVA, J. A. da. **Direito urbanístico brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, J. M. P. da *et al.* **Corrupção urbanística em sistemas de planejamento e gestão urbanos**. 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692019000100220. Acesso em: 26 jun. 2020.

SINGER, P. **Uso do solo urbano na economia capitalista**. São Paulo: Alfa-Omega, 1982.

SPAROVEK, G. *et al.* **O planejamento do município e o território rural** (Cadernos Pólis, nº 8). São Paulo: Instituto Pólis, 2004.

TEIXEIRA, O. P. B. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

**ARTIGOS ELABORADOS
POR DISCENTES E
DOCENTES DO PROGRAMA
DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA UNOESC**



A ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA INTEGRADA E DESCENTRALIZADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E DO CARIBE

Rachel Lopes Queiroz Chacur

RESUMO

O presente artigo científico sugere um novo modelo de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça Ambiental da América Latina e Caribe. Com a apresentação das iminentes e demandas urgentes do espectro ambiental e a necessidade de novos formatos de soluções de problemas nacionais e transnacionais, ao tratar de assuntos variados do Meio Ambiente. O objetivo é apresentar a forma, composição, eleição e seleção dos juízes e principalmente a participação do voto direto dos cidadãos, perante o funcionamento e processamento deste tribunal. As justificativas teóricas, dogmáticas e procedimentais são apostas em um compêndio de legislações infraconstitucionais e constitucionais. A relevância do tema atinge diversos atores, setores e interessados nos recursos do meio ambiente. Com a participação colegiada e popular de técnicos, juízes, cidadãos e toda a sociedade envolvida nos conflitos de interesses pendentes de negociação, mediação e gestão de ordem administrativa e judiciária do pleito nacional e transnacional. Com respaldo em uma nova dinâmica circular de solução de conflitos ambientais entre os interessados dos Estados-Nação.

Palavras-chave: Mediação. Justiça Ambiental. Tribunal. América Latina e Caribe.

1 INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, a Ciência deve ter como ponto de partida o objeto central do sujeito correlacionado com a experimentação dos fenômenos, fatos, relatos, experiências e análises das causas e efeitos de situações, levando-se em conta a rapidez das alterações das relações complexas, em fases e momentos de globalização mundial.

Essa concepção de unidade e complexidade em redes de sistemas, em teorias de comunicação dialógica das relações humanas e de seus negócios,

advém da exigência de análise contextual dos fatos ponderando as forças conflitivas de interesses econômicos e o necessário equilíbrio do meio ambiente, em todos os países.

Desta forma a área jurídica também é impactada pela necessária análise interdisciplinar e multidisciplinar das Ciências elevando o ramo do direito ao patamar científico e a linguagens técnicas, voltadas a resolução de problemas e a pacificação social, como uma demanda nacional e internacional.

O homem é o elemento central pertencente ao todo e complexo meio ambiente protegido e equilibrado do ecossistema detentor de direito absoluto fundamental de acesso aos meios de subsistência mínima e convivência, em um meio ambiente forçosamente equilibrado (CHACUR, 2020a, 2020b; GROSSI, 2006; LEFEBVRE, 2001; MORIN, 2000; PEREIRA, 2004; PIPES, 2001; OLIVEIRA, 2002).

Este sujeito de direito confere ao Estado a proteção da Dignidade do Homem, além de apresentar as regras de cumprimento de dever e contrapartidas econômicas, políticas e sociais, pelos governos e empresas (ESPINOSA, 1967; FERREIRA, 1997).

A linha ideológica e jurídica do direito positivado não confere a proteção ao bem jurídico da vida digna e saudável, já ultrapassado sob o crivo da proteção das garantias constitucionais de direitos e instrumentos aptos a conceder o Direito Humano Fundamental ao ser humano e animal.

Nesta rede complexa e sistêmica do fenômeno consequência-causal permeia o entendimento de que as questões ambientais estão atreladas aos fatos e quando existentes devem ser tratados proporcional e inversamente conforme os possíveis ajustes dos fatos e danos às normativas da lei.

Esta junção do sentido da vida ao direito protegido da vida embasa a proteção dos direitos com ideologia de Justiça ambiental e do acesso e efetividade do Direito fundamental da Vida e proteção dos bens naturais de toda a humanidade.

2 A NECESSIDADE VEEMENTE DE CRIAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL NA AMÉRICA LATINA E CARIBE

A interpretação sistêmica e complexa da capilaridade do sistema jurídico constitucional brasileiro deve ser o comando normativo automático da entrega do bem jurídico da vida à qualquer cidadão, em um meio ambiente equilibrado e sadio (CHACUR, 2020a, 2020b). No entanto, essa proteção de tutela de direitos finda em um mero jargão metajurídico de alcance do bem da vida, maximizando as garantias constitucionais de se ter direitos envoltos aos direitos fundamentais do homem e minimizando a efetiva entrega do objeto tutelado, como bem garantido na Constituição Federal (BOBBIO, 1992).

É urgente a mudança paradigmática do sistema do direito, sua interpretação e o procedimento e estrutura do funcionamento dos órgãos judiciários.

Para tal fim, far-se-à necessário a aproximação do sujeito como detentor do objeto tutela ambiental aposto nas normas do ordenamento jurídico brasileiro e códigos internacionais.

É um grande desafio aos juristas que trazem à tona a idéia de formulação do novo Código de Processo Civil e Penal constitucional e da nova Constituição Federal da América Latina e Caribe. Entretanto, os pactos e tratados internacionais dão suporte as manifestações e decisões nacionais e internacional, assim cabendo apenas as alterações da estrutura e organização funcional do Poder Judiciário, e sua gestão integrada e correlacional, dentro dos limites de cada soberania e Nação.

Desta maneira, surge o questionamento sobre a necessidade deste produto de código no sistema do ordenamento legal e jurídico pátrio, reiterando pela força impositiva, cogente e imediata de caráter vinculativo direto a ordem de comando dos direitos constitucionais na Carta Magna do Brasil e dos Estados nacionais.

Neste jogo de forças e rupturas dogmas surgem novas teorias e o teste de métodos, com a batalha dos métodos e a superação desta etapa de embates teóricos, para oferecer uma nova forma de gestão administrativa dos poderes estatais e resgatar o sentido de relações interinstitucionais e internacionais, entre países de fronteiras ou além das fronteiras do Brasil e do mundo.

Neste sentido de Jurisdição Ambiental transfronteiriças confere a exigência de debates e formulações de estruturas e funções de solução de conflitos ambientais, no sentido lato, no espaço do território nacional e internacional, bem como de seus espaços marítimos, surgindo a idéia da criação do TRIBUNAL INTERNACIONAL AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E CARIBE.

3 A IMPORTÂNCIA DA CRIAÇÃO DO TRIBUNAL LATINO-AMERICANO DE JUSTIÇA AMBIENTAL

O cenário caótico de problemas ambientais nacionais e internacionais revela a urgência de reflexões e propostas do programa e plano das estruturas e funções deste Tribunal Ambiental da América Latina e Caribe.

As demandas ambientais identificam problemas gravíssimos que sugerem a criação deste tribunal, em caráter de urgência, como competência nacional e transnacional.

A necessidade preexistente da proposição do objeto de estudo, já foi formulada em documentos e pactos internacionais como a Conferência de Estocolmo de 1972, Declaração de Paris de 1972, Tratado de Maastricht ou Tratado Europeu de 1992, a Declaração do Rio 1992 e Rio +20, o Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992, a Declaração de Escazú de 2018, o Pacto de Letícia de 2020 e todos os documentos pertinentes a proteção do meio ambiente e seus instrumentos de soluções de conflitos ambientais propulsionando a exigência de autoexecutoriedade dos instrumentos de proteção de garantias ambientais constitucionais no Brasil e a serem verificados e discutidos nas constituições nacionais respectivas de cada Estado-Nação e complementadas, em caráter

integrativo-hermenêutico nas tomadas de decisões colegiadas do Tribunal (CHACUR, 2020a, 2020b).

Com o advento do Pacto internacional da América Latina e Caribe e cumprimento de suas diretrizes e metas coadunadas as metas e prazos da Agenda 30 e determinações das Nações Unidas (ONU) inicia-se um novo tempo.

Com esforço a criação do Tribunal Latino-Americano de Justiça Ambiental confere o cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM) foram estabelecidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) em 2000, com as metas estipuladas à serem atingidas até 2015, sob os seguintes eixos temáticos: 1) acabar com a fome e a miséria; 2) educação básica de qualidade para todos; 3) igualdade entre os sexos e valorização da mulher; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde das gestantes; 6) combater a aids, a malária e outras doenças; 7) qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; 8) toda a sociedade global trabalhando pelo desenvolvimento sustentável do planeta.

Em conjunto, tratam os objetivos de desenvolvimento social (ODS) elaborados em 2015 com prazo de efetivação até o ano de 2030 estabelecem os eixos de atuação de erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria e inovação tecnológica em infraestrutura; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança climática global; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes, parcerias e meios de implantação.

Os fundamentos e objetivos da Agenda 30 comporta um plano de ações de pessoas e sociedades buscando o cumprimento de 17 objetivos envolvidos as temáticas da erradicação da pobreza, segurança alimentar e agricultura, saúde, educação, igualdade de gênero, água e saneamento, energia, crescimento econômico sustentável, infraestrutura, redução das desigualdades e desenvolvimento sustentável das cidades, como metas de desenvolvimento

em todos os eixos do sistema da sociedade, em busca do fortalecimento do equilíbrio ambiental e social e da paz universal da humanidade no planeta. Entretanto, este pacto global estabelece metas e prazos de cumprimento destes objetivos em benefício do desenvolvimento sustentável das cidades e de todo o planeta, com o auxílio da Agenda 21 permitindo a integração das demandas e setores da sociedade local, para o direcionamento de políticas públicas vinculadas a situação demanda local do Município, do Estado, da Nação, para que ocorra o cumprimento destes objetivos definidos e pactuados com as Nações Unidas é imprescindível o aumento de acesso a justiça (CHACUR, 2020a, 2020b; OLIVEIRA, 2019).

O cumprimento da Agenda 30 pelos países da América Latina e Caribe, em especial, ao adotar medidas de atuação política de redução de desigualdades e a vivência em espaços saudios, em um meio ambiente equilibrado e sustentável, justifica a urgência de políticas públicas nacionais e internacionais propositivas de estruturas de solução das demandas ambientais no Brasil e na América Latina.

Essa ação política institucional merece a formulação de planos e estratégias de cunho administrativo governamental e dos próprios tribunais e do Ministério da Justiça do Brasil e dos países signatários amparados em um novo modelo de jurisdicionalidade transaccional, para a apreciação das causas ambientais, pelo Tribunal de Jurisdição contenciosa ou administrativa da América Latina e Caribe.

Essa nova forma desenvolvimento de apuração e julgamento de confronto aos Direitos Humanos corresponde ao cumprimento da recepção do Pacto Global Internacional das Nações, em sede de *status* constitucionais pelos Estados nacionais, também contempla a integração e a complementariedade dos Estados-Nação, assim como autoriza a participação popular, em espaços democráticos e de ordem interna ou externa, na tomada de decisões ambientais, com o enfrentamento destas causas (HAMER; ALMEIDA, 2016).

Com esforço é recomendável conduzir trabalhos de Comissões de Estudos do Tribunal Ambiental para contemplar um programa interinstitucional de melhorias de qualidade dos serviços e controle interno dos trabalhos realizados nas cortes judiciais e o estreitamento com os governos locais, regionais e nacionais, assim como já desenvolvem os países da América do Norte, Europeus e Oceania.

As indagações concernentes a criação do Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e do Caribe revelam discussões acerca a observância das regras de competências e funções da Corte Interamericana (CIDH) o qual é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos, compondo o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Outra questão é a adoção de um Tribunal Regional ou local confronta as competências internacionais dos órgãos judiciais e consultivos, como a Organização das Nações Unidas (ONU). Essa correspondência de cortes e organismos de proteção de Direitos Humanos expressam a necessidade de estratégias e planos de mobilidade e trabalhos locais pelos países signatários, à começar pelos países de blocos ou regiões definidas pelos espaços geográficos e geopolíticos dos continentes.

No entanto, é evidente que os países organizados por blocos de interesses, geralmente econômicos, estabelecem práticas definidas por teorias avançadas de consultoria e julgamento de interesses ambientais fronteiriços e transacionais definidos por seu espectro local e regional, restando a iniciativa na América Latina e Caribe, e principalmente, como uma alternativa de uma inserção de existência de uma governança global.

Por seu turno, a exurgência deste pleito justifica-se pelo clamor público nacional e internacional de proteção aos recursos naturais da água, fauna, flora e território, especificamente, ao tratar da proteção das zonas das florestas da Amazônia e Mata Atlântica e zonas marítimas além da jurisdição brasileira

destacando a importância da biodiversidade e recursos naturais da América Latina, para todo o mundo (CHACUR, 2020a, 2020b).

A magnitude desta pauta de organização judiciária nacional e internacional favorece um momento oportuno de levar a proposta ao debate da comunidade acadêmica sobre as exigências e os avanços do tratamento de questões conflitivas ambientais pelos países, por blocos de países signatários, pelo Estado e pela Nação.

As práticas internacionais demonstram os benefícios de atendimento a abertura deste formato de Tribunal, representativo e participativo, com êxito de reduzir a litigiosidade de conflitos ambientais e atingir alternativas de soluções que levem a efetivas decisões de promoção dessas ações resolutivas de problemas ambientais, como uma prática recorrente de programas e ações de políticas públicas ambientais transnacionais.

4 A NOVA ESTRUTURA DE GESTÃO JUDICIÁRIA DESCENTRALIZADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E CARIBE

Essa proposta importa em manutenção da soberania e autonomia de cada Estado e as correlações de ações e política governamental de funcionamento e tomada de decisão integrada em único pleno descentralizado dos tribunais sedes de cada Nação. Essa nova visão dupla do entendimento de autonomia do Estado e soberania das nações mantém-se como fundamentos basilares deste tribunal, em que reforça a idéia do controle interno das resoluções dos conflitos de ordem interna jurisdicional e ao mesmo tempo traça uma estrutura integradora de forças internas e externas de governança institucional judiciária e política, ampliando a participação democrática e social dos envolvidos na tensão de conflitos dos interesses sobre os objetos explorados e protegidos do meio ambiente (CHACUR, 2020a, 2020b).

Certamente todos esses elementos basilares estruturais do tribunal beneficiam a proteção ambiental dos países em zonas contíguas ou com interesses mútuos na América Latina e Caribe.

Assim, a criação de uma nova estrutura de um Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e Caribe colabora com a governança interfederativa de ordem interna e externa, no modo centralizado ou descentralizado, trazendo uma nova regra de funcionamento institucional de resolução de conflitos ambientais (CHACUR, 2020a, 2020b, 2021; SILVA, 2007; SODERO, 2006).

Diante do exposto, restam as iniciais formulações de justificativas, fins e objetivos, e, composição e funcionamento do Tribunal Latino-Americano de Justiça Ambiental estabelecido a partir de indagações dos pares e irmãos dos países fronteiriços.

5 A NOVA ESTRUTURA DE GESTÃO JUDICIÁRIA DESCENTRALIZADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E CARIBE

A sugestão do trâmite procedimental contempla o rito específico do Tribunal Internacional Ambiental resguardando os fundamentos do devido processo legal e da participação isonômica e igualitária dos cidadãos, no ato de indicação de representatividade dos pares e eleitos, abrindo um espaço de consulta prévia comunitária e parecer conclusivo, com reflexos na interpretação do texto normativo, valoração do conteúdo probatório e tomada de decisão judicial, com efeitos vinculativos e vinculantes aos Estados. E, a formação de uma colegialidade em sede recursal, porém, com o adicional de uma rede de tomada de participação popular comunitária de assuntos e interesses nacionais e transnacionais, durante todas as etapas do desenvolvimento da solução do problema (CHACUR, 2019).

Este caráter vinculante das decisões decorre da premissa do Pacto Federativo dos Estados Membros e sua recepção pelo Pacto Global Internacional das Nações, em sede de *status* de norma constitucional pelos

Estados Democráticos de Direito, porém, todas as causas de natureza ambiental atualmente não tem caráter vinculante de ordem interna e externa perante Estado-Nação, levando a inefetividade das decisões judiciais ambientais de direitos no sentido *lato* humanos.

Para todos os efeitos, a adoção de Comissões de Mediação precede a formulação de políticas públicas de estrutura própria de controle interno de inobservância de mecanismo internos de controle da proteção de direitos humanos, para a submissão da demanda de consulta prévia e urgente de submissão do pleito as comissões e caso necessário a remessa obrigatória ao tribunal.

Ao tratar de Tribunal Arbitral precede a voluntariedade de escolha das partes envolvidas para subterem o conflito a estrutura da arbitragem, pautada em lei. Deste modo, prestigiando os mecanismos altrnativos de solução de conflitos ambientais pelas vias não adversariais ou declinadas da via adversarial, como a Mediação e Arbitragem, tal expediente comporta uma vinculação em acordos prévios ou pactos entre os sujeitos interessados pela causa e envolvidos nos interesses do conflito do problema ambiental. Em caráter excepcionalíssimo, é possível submeter pela via direta o recurso para a revisão do pactuado ou da denúncia do acordo, perante os pares entre os 3 Conselheiros eleitos e nomeados pelo número de votos dos juízes com alto grau de conhecimento pela Composição do Pleno, para posterior, composição do Conselho Pleno, e julgamento, em sede resursal. Contudo, a declinidade decisória sempre deve proceder a consulta técnica e popular, ainda que virtual, para atender a participação democrática e popular no pleno, representando a vontade coletiva e comunitária, referendado as decisões, para o julgamento final.

O interessante da proposta seria um novo formato descentralizado de Mediação ambiental trazendo uma rede circular e sistêmica de funcionamento e gestão judiciária, contemplando a participação popular e o voto direto do cidadão, em conjunto, com os juízes, deste Tribunal.

6 A ESTRUTURA E FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL DA AMÉRICA LATINA E CARIBE

A sugestão é a criação de uma estrutura de atribuições e competências envolvendo os países de zonas fronteiriças ou transcontinental, com sede fixada de forma remota e alternada, entre os países eleitos de composição de maior representatividade ou interesse na demanda.

O objetivo principal é promover a articulação e ordens de cooperação de governos e respectivos organismos nacionais e internacionais, com a submissão obrigatória de assuntos de interesses ambientais internacionais para o órgão consultivo transacional e posteriormente as comissões e se necessário a Corte, com o propósito de declarar e orientar entendimentos de caráter vinculante aos poderes judiciais das Nações (CHACUR, 2020a, 2020b; TORRES, 1995, 2000).

A organização e criação de um Tribunal de Justiça Ambiental Internacional da América Latina possibilita o aumento de ações de acesso a *justiça* e da tutela jurisdicional efetiva ao tratar de matéria de Direito Ambiental Internacional com a redução da litigiosidade e maior eficiência da solução dos problemas pautados na agenda política e econômica de cada Estado-Nação; comporta as atribuições e competências envolvidas de vários assuntos comuns com suas especificidades de países e zonas regionais e/ou continental correlacionados aos objetivos de desenvolvimento sustentável; a articulação e ordem de ações dos governos de caráter preventivo e sancionador; a cooperação ou complementariedade de atividades das nações e seus organismos institucionais; a atuação em última instância internacional de assuntos de conflitos de interesses ambientais internacionais; solucionar interpretação de Tratados internacionais sobre meio ambiente; recomendar ações preditivas de prevenção e precaução ambiental; declarar a jurisprudência em caráter vinculante aos países signatários de todos os poderes judiciais atingidos pela Jurisdição ambiental; mediar conflitos de interesses locais,

regionais e supraregionais; integrar forças de cooperação dos Estados-Nação da América Latina e Caribe (CHACUR, 2019; TORRES, 2000).

É importante essa distinção da integração e complementariedade das nações latino-americanas porque permite a autonomia de governo e governança, e o tratamento adequado e conjunto de soluções de problemas ambientais, em favor do bem comum.

Sugere López (2017) a composição de estrutura e função do Tribunal Internacional a disponibilidade de 3 salas, com 5 membros juízes e especialistas de várias áreas em cada sala, com o total de 15 assentos de cadeiras de membros eleitos. Acrescentamos a proposta de eleição pela via indireta e direta, na via indireta pela moção da representatividade do nível máximo de conhecimento na área e reputação ilibada, e na via direta com a representatividade de especialista e julgadores ou mediadores próximos ao assunto da matéria em julgamento na esfera ambiental.

Este desenho é apresentado como uma nova metodologia de solução de conflitos ambientais e resolução de conflitos judiciais ambientais, em tese própria, com a participação central da Administração Pública do Poder Judiciário ou soluções descentralizadas pela via da mediação administrativa e ambiental.

Figura 1 – Diagrama de Rede Complexa Estrutural de Solução de problemas ambientais



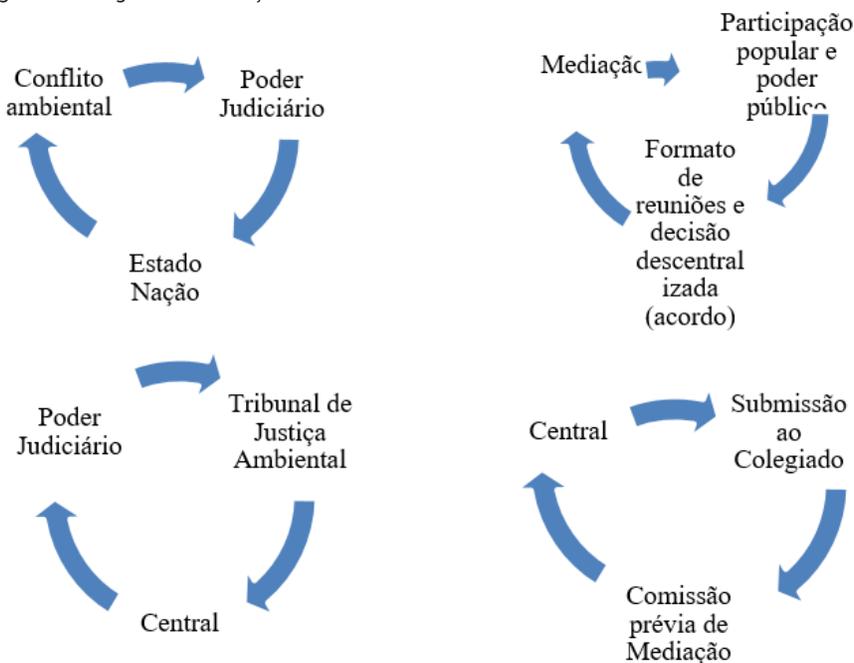
Fonte: Elaborado pela autora (2020).

Esse círculo em rede sistêmica representa a possibilidade de união de esforços de Conselhos consultivos e câmaras prévias de mediação

para as conduções de aconselhamento e participação dos entes e sujeitos interessados, com a devolutiva da forma e instrumentos aptos a solução do problema ambiental, dentro de um organograma e fluxograma deste Tribunal.

Do mesmo modo, sob o contexto descentralizado da figura do juiz, dentro ou fora do Tribunal de Justiça Ambiental, a possibilidade de composição de estrutura de diagramas de composição de membros, servidores e assistentes, assim como a presença dos cidadãos, nos atos e etapas prévias processuais de negociação e mediação de conflito ambiental.

Figura 2 – Diagrama de Solução de Problemas ambientais na esfera administrativa



Fonte: Elaborado pela autora (2020).

Essa sistemática estrutural de soluções de problemas ambientais traz vários benefícios como um expediente de política intergovernamental conferindo a desjudicialização das lides ambientais de interesses e repercussão local, regional, transnacional e mundial.

Os poderes essenciais do Tribunal é solucionar conflitos ambientais não-adversariais e remessa de conflitos judicializados envolvendo várias temáticas, com o fim de segurança da proteção do meio ambiente, mitigar a degradação ambiental nas regiões, estabelecendo uma regulação do uso dos recursos naturais e o desenvolvimento sustentável do meio ambiente nos territórios latinos e caribenhos.

Esta condição supranacional de organização e funcionamento dos tribunais de tomada de decisão sob questões ambientais supranacionais, não confronta o conceito de Soberania do Estado-Nação.

Essa atribuição decorre da observância da autonomia de solução de controversias ambientais locais respaldadas no ordenamento legal e jurídico de cada país da América Latina e Caribe, mas, não se podem olvidar as questões de ordem supranacional e transfronteiriças de proteção do meio ambiente, como patrimônio da humanidade e de todas as gerações.

O termo estrutura complexa confere a multivariada de agentes representativos de cada Estado-Nação, com o núcleo formado de especialistas e técnicos, com a finalidade de cumprir as diretrizes e metas, estas já estabelecidas em outros pactos internacionais.

As características essenciais ao Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e Caribe é a pluralidade de entes nacionais representativos vinculados a indicação do Ministério das Relações exteriores mediante preferencialmente votação prévia ou indicação dos representantes de agentes variados nas figuras de juízes, advogados, representantes da sociedade e técnicos vinculados em caráter de *ex-officio* consultivo por área temática e eixo da estrutura horizontal e vertical do tribunal.

Ele tem o caráter discricionário e diretivo do Tribunal conferindo a provocação voluntária da parte, podendo qualquer pessoa humana ou entidade, acessar o atendimento mediante pedido simples e forma direta, promovendo a denúncia de um problema ambiental, perante o mesmo.

Desta forma, o processamento do rito específico formulado em Comissões de Estudos contemplará as fases prévias consultivas, a mediação direta com os sujeitos atingidos e Estados-Nações, e se necessário, a interferência mediática de nações nas questões transfronteiriças, com o objetivo de solução prévia do problema ambiental.

A estrutura do Tribunal e seu funcionamento merece contemplar o Regimento próprio formulado pelos pares juízes, com a definição de sede local itinerante e atendimento remoto e presencial, com a visita *in-loco* da área conflitiva.

Vale ressaltar que, essa tendência itinerante é realizada atualmente também pelos consultores e juízes das Nações Unidas e Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme relatam os documentos oficiais de cada instituição.

7 A CONSTITUIÇÃO, SELEÇÃO E ELEIÇÃO DOS MEMBROS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA AMBIENTAL

A constituição do Tribunal de Justiça Ambiental da América Latina e Caribe têm-se duas propostas iniciais de composição sugerida por López (2017) e de composição e eleição sugerida por Chacur (2019), o primeiro autor apresenta a composição de estrutura e função do Tribunal Internacional a disponibilidade de 3 salas, com 7 membros, com especialistas de várias áreas em cada sala, com o total de 15 assentos de cadeiras de membros eleitos na figura de juízes.

No entanto, acrescenta Chacur (2020a, 2020b) uma estrutura composta por juízes nomeados e eleitos, com a participação direta e pela via remota de voto popular das demandas ambientais que envolvam interesses de segurança pública e defesa, econômicos, sociais e do desenvolvimento do país.

A autora apresenta a forma de seleção e eleição pela via indireta e direta, na via indireta pela moção da representatividade do nível máximo

de conhecimento na área e reputação ilibada, e na via direta com a representatividade de especialista e julgadores ou mediadores próximos ao assunto da matéria em julgamento na esfera ambiental. Acrescenta a possibilidade de participação popular na forma de eleição com voto direto e online, com abertura imediata de um portal de transparência ininterruptamente do início ao fim do pleito eleitoral, seguindo o viés democrático e participativo da proposta, incluindo a qualquer pessoa qualificada dentre os requisitos e dupla certificação de indicações, votos por maioria e pleitos: 1/ 4 de cada membro representado pelo magistrado eleito, por maioria de votos e diretamente com pleito aberto em todas as magistraturas nacionais e após o mais votado representando a Magistratura dos países integrantes do Tribunal Internacional da América Latina. Caso o país, não figure como signatário dos pactos ou esteja em situação antidemocrática perde a legibilidade de cadeira, sem embargo de sanção internacional pela atuação totalitária do governo; 1/4 de cada membro representado pelo advogado vinculado exclusivamente ao Quadro da Ordem dos Advogados do país signatário, também eleito por maior de votos de seus pares e sociedade civil local, em votação aberta no país de origem, comprovando transparência e regulação do pleito, como pré-requisito de indicação e também o mais votado entre os candidatos, para o pleito perante o Tribunal; 1/4 por entidades de organização governamental e não-governamental representantes com o maior número de votos entre seus pares locais e subsequente no pleito de eleição entre os pares internacionais devido o número de candidatos e a representatividade adstrita a 1 membro por zona continental ou fronteira; 1/4 por representantes da sociedade civil diretamente indicados por iniciativa particular ou qualquer outro meio, desde que, aptos ao tratar de assuntos de mediação comunitária internacional ambiental, também dentre os mais votados entre os pares, em sede internacional. Qualquer impugnação ao pleito eleitoral pela via direta de um Conselho Deliberativo e Fiscalizatório regulador das articulações entre

os países nomeadamente os diplomatas oficiais, nos prazos pré-fixados do Pleito.

A formulação de uma estrutura funcional e organizacional do Tribunal Internacional Ambiental após os 3 anos de exercício dos membros formulará o Conselho Consultivo e Pleno do Tribunal Internacional Ambiental.

É formada por qualquer cidadão e jurista, com a atuação dos interessados em caráter *pro-bono* e os procuradores com reserva de quota de recurso de fundos, para exercer sua atividade de fala na Tribuna.

O tempo inicial de funcionamento do Tribunal terá o exercício de mandato dos membros durante os 3 primeiros anos, após fixarão um Conselho Pleno temporário, para dirimir consultas e atender questões de caráter de urgência, estas convalidadas em decisões terminativas quando instalado o Conselho Pleno e formadora de jurisprudência e decisões com efeitos vinculantes.

O modelo testado de Tribunal Internacional ambiental é protótipo referenciado de ampliação de zonas fronteiriças e continentais.

8 DA COMPETÊNCIA DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA AMÉRICA LATINA E CARIBE E ALCANCE DAS DECISÕES E ACORDOS

Apesar da terminologia de Tribunal Internacional Ambiental da América Latina e Caribe corresponde a competência absoluta e material de temáticas do meio ambiente e a zona de competência territorial dos 20 países pertencentes a América Latina e ao Caribe distribuídos conforme as regras geográficas e geopolíticas definidas pelo regramento da Ciência. É possível a flexibilização à posteriori de participação da União europeia e América do Norte, desde que primado o *status* democrático e a eleição pelo voto direto, mesmo porquê a finalidade é a cooperação e integração de Nações.

O desafio de formular o conteúdo do Tratado do Tribunal de Justiça Ambiental da América Latina e do Caribe a partir de remessa da carta de

intenção de protocolo, Regimento Interno e o encontro dos conselhos de representatividade de todos os Estados envolvidos na zona territorial do tribunal.

Para se alcançar tal fim é preciso uma ação política de vontade e atividade dos objetivos e fins constitucionais de cada Estado-Nação e posteriormente a colisão de nações, sob o único objetivo de pacificação de conflitos ambientais no Brasil e na América Latina e Caribe.

Enfim, após os encontros e as convergências de objetivos e fins de proteção ambiental nacional e internacional transfronteiriços pactuar os Tratados e Acordos, como ocorreu com o último "Pacto de Letícia" firmado entre o Governo Federal e os Estados fronteiriços.

O questionamento é a necessidade de formulação de uma Nova Constituição Ambiental da América Latina e do Caribe restando a alternativa de manter a *autonomia* dos moldes da Constituição Federal de cada país envolvido nesta rede de integração latino-americana e em última hipótese de antinomias de normas legais e jurídicas levar a êxito a análise e o julgamento dos pleitos, pelos princípios norteadores internacionais de proteção aos Direitos Humanos firmados pelas cortes internacionais.

Outra situação levantada é o custo-benefício da criação de uma estrutura de corte de julgamento, em um período de extrema contenção de investimentos nacionais e mundiais, considerando que, a solução dos conflitos de interesses e problemas ambientais trazem benefícios e vantagens, inclusive econômicas de retorno de investimentos aos países envolvidos na questão ambiental.

Como suporte recomenda-se o apoio de preleção do uso dos fundos de investimentos destinados a solução dos problemas ambientais com aporte em criação de novas estruturas e conciliação das normativas internacionais pelos países signatários, já previstos nos pactos das cortes internacionais e seus documentos.

9 CONCLUSÃO

Para atingir tal fim de criação do Tribunal de Justiça Ambiental da América Latina e Caribe é obrigatória a ação atingindo diretamente a pluralidade dos sujeitos para a compreensão de sua condição humana, de suas circunstâncias e fatos que norteiam seus espaços de convivência social, com o objetivo de melhorar a condição de toda a vida política dos homens e o seu pertencimento ao meio ambiente.

Não se vive ou convive em sociedade e no meio ambiente sem a primazia do Direito para se atingir um ideal e traçar um caminho, seguindo a rota da vida.

Essa vontade política traz uma nova visão estratégica de soluções prévias de conflitos ambientais nacionais e transfronteiriços, sob um modelo de governança global, transnacional e interfederativa, com a abertura de participação de todos os sujeitos atingidos em seu pertencimento de direito a proteção aos bens ambientais e a integração e complementariedade dos entes e órgãos da América Latina e o Caribe.

Essa projeção do caminho de solução direta de controvérsias ambientais traz consigo o grande desafio de proteção do meio ambiente justo, equilibrado e sadio, com a união de esforços complementares de agências institucionais governamentais.

Os textos da autora sugere um novo modelo estrutural de funcionamento, composição e estrutura de um tribunal interno nacional e internacional, com a possibilidade de submissões pela via direta ou indireta, conforme a urgência do caso ambiental, com a alternativa de soluções prévias de mediação ambiental ou judicialização com a participação popular, em favor da supremacia dos interesses públicos e pela pacificação de conflitos ambientais, contemplando a integração mínima de interesses múltiplos e diversos das Nações.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CARVALHO, R. C. T. de. A justiça ambiental 3: especializar ou não? **Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-02/ambiente-juridico-justica-ambiental-especializar-ou-nao>. Acesso em: 20 maio 2020.

CHACUR, R. L. Q. **Modelo descentralizado de mediação para a resolução de conflitos além da jurisdição do mar**. Congresso Internacional de Direito do Mar, Santos, nov. 2020a.

CHACUR, R. L. Q. Ocupação de espaços urbanos: a ciência e a filosofia em tempos de democracia. In: MIRANDA GONÇALVES, R.; VEIGA, F. da S (dir.); BRITO, P. de (coords.). **Estudios de derecho iberoamericano**. Porto: Universidade Lusófona do Porto, 2019. p. 121-136.

CHACUR, R. L. Q. **Propostas de modelos de soluções de problemas fundiários à partir de dados dos órgãos públicos da cidade de São Carlos – SP**. Tese de Doutorado defendida no Programa em Ciências Ambientais – PP-GCam – na Universidade Federal de São Carlos – UFSCar, jun. 2020b.

CHACUR, R. L. Q. **Sugestões de modelos de soluções de problemas fundiários urbanos**. Editora CRV. Curitiba, PR, mar. 2021. (prelo).

ESPINOSA, B. **Ética**. 3. ed. São Paulo: Atenas, 1967.

FERREIRA, M. L. R. **A dinâmica da razão na filosofia de Espinosa**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica, 1997.

GROSSI, P. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HAMER, L. J.; ALMEIDA, C. F. Variáveis psicológicas e o nível de serviço que predizem a mobilidade urbana na implantação de ciclovias. In: CONGRESSO LUSO BRASILEIRO PARA O PLANEJAMENTO URBANO, REGIONAL, INTEGRADO E SUSTENTÁVEL, 7., 2016, Maceió. **Anais [...]** Maceió: Viva, 2016.

LEFEBVRE, H. L. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.

MORIN, E. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000.

PEREIRA, L. R. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal, 2004. v. I. (História do direito brasileiro). Obra fac-similar.

PIPES, R. **Propriedade e liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

OLIVEIRA, C. M. de. **Cidades (i)legais: análise comparativa de conflitos ambientais e urbanísticos na cidade de São Carlos**. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos: FAPESP. CPOI, 2019a. Relatório de Projeto de Pesquisa do "Grupo Novos Direitos".

OLIVEIRA, G. de. Um direito de família europeu? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, 2002. (Studia Jurídica 64).

OLIVEIRA, R. T. de; ROSA, A. M. Complexo de MacGyver e os modelos de juiz (episódio1). **Consultor Jurídico**, 2 nov. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>. Acesso em: 10 maio 2019.

SILVA, J. A. da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SODERO, F. P. **Direito agrário e reforma agrária**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

TORRES, R. L. **Os direitos humanos e a tributação (imunidades e isonomia)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES TOVAR, M. **Antecedentes historicos doctrinarios sobre los asentamientos humanos urbano marginales**. [S. l.: s. n.], 2000.

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E O DIREITO À CONVIVÊNCIA: MEDIDAS E GARANTIAS

Ângela DaltoéTregnago¹

Edenilza Gobbo²

Thaís Janaina Wenczenovicz³

RESUMO

Este estudo analisa a destituição do poder familiar por meio de pesquisa bibliográfica e empírica. Utilizam-se documentos processuais que embasaram sentenças judiciais favoráveis à destituição do poder familiar na Comarca de Chapecó/SC, de janeiro de 2015 a janeiro de 2018. A partir de referenciais teóricos da área sociojurídica, aborda-se a primazia pela manutenção dos vínculos familiares, o melhor interesse das crianças e adolescentes e garantias de direitos aos envolvidos. Conclui-se que a inviabilidade de colocação na família biológica ou a fragilidade de vínculos afetivos são apontadas em todas as ações, indicando esgotamento das tentativas de reinserção familiar e o cumprimento da previsão legal. Verifica-se expressividade de motivações ligadas a negligências familiares, entretanto parte das situações analisadas está correlacionada a fragilidades de ordem estrutural para atender às necessidades dos membros. Estes aspectos revelam transferência de responsabilidades do campo público

¹ Graduada em Serviço Social pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2013). Discente no Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas na Universidade Federal da Fronteira Sul. Especialista em Direitos Fundamentais da Família, Criança e Adolescente (2019). Especialista em Políticas Públicas, Redes e Defesa de Direitos (2017). Assistente Social efetiva do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina desde 2016. Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas Metodologias de Intervenção Sociojurídica nas áreas da Criança, Adolescente e Família do Poder Judiciário de Santa Catarina (CEJUR).

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora titular do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina além de atuar em Cursos de Pós-Graduação. Sua pesquisa concentra-se nas áreas de Direito de Família, Direito da Criança e do Adolescente, Direito das Sucessões e Direito Processual Civil. Advogada Especialista em Direito Civil. Secretária Adjunta da Diretoria da Ordem dos Advogados do Brasil da Subseção de São Miguel do Oeste.

³ Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná – UNIOESTE. Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) – UNESCO. Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD UNOESC.

para o privado, por meio da culpabilização das famílias e da judicialização do acesso aos direitos sociais.

Palavras-chave: Convívio familiar. Garantia de direitos. Poder familiar. Responsabilização. Judicialização.

1 INTRODUÇÃO

O direito à convivência familiar é discutido e revisitado nas últimas décadas, por várias áreas do conhecimento. Diante deste debate, a excepcionalidade da inserção de crianças e adolescentes em família substituta, já afeiçoada pela Constituição Federal de 1988, é reforçada e detalhada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, e, quase vinte anos mais tarde, volta à cena com a aprovação da lei conhecida como “Lei da Convivência Familiar”⁴, em 2009. Nesse contexto, o sistema jurídico brasileiro e, por consequência, as políticas públicas são reformulados, desenvolvendo-se programas e serviços específicos direcionados à primazia da manutenção dos vínculos familiares e comunitários. O rompimento jurídico dos vínculos familiares é, assim, por força dessas legislações, condicionado à aplicação de medidas anteriores que visem manter a criança ou adolescente junto à família biológica.

Estes procedimentos têm por fundamento a ampla gama de estudos que apontam os agravos causados pela interrupção do convívio familiar (sobremaneira no campo psicológico e social), que embasam as regulamentações legais e orientações técnicas atualmente em vigor, no âmbito jurídico e dos serviços estatais. Tais impactos afetam especialmente as crianças e adolescentes, devido às necessidades específicas que apresentam em cada estágio do desenvolvimento humano. Esse aspecto

⁴ Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, que declara no Art.1º: “Esta lei dispõe sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL, 2009).

é basilar no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente⁵ e direciona a atuação dos operadores do Direito na seara de Família e do Direito da Criança e Adolescente, cujas ações devem priorizar a proteção dos direitos dos mais vulneráveis em relação aos demais membros do grupo. Isto é, quando a garantia do direito de um adulto impactar no direito de criança ou adolescente integrante do núcleo familiar, ou se a manutenção do convívio representar risco aos mais vulneráveis e subalternizados.

Nestas situações, para preservar a integridade física e emocional da criança e/ou do adolescente sob risco e não havendo mais recursos (ações/serviços) estatais que possam modificar tal conjuntura, é possível interromper o convívio familiar, de forma temporária ou definitiva, mediante instauração de medidas judiciais. Sob essa perspectiva, este estudo investiga como ocorre a aplicação da mais drástica de todas essas medidas judiciais nesse contexto, a destituição do poder familiar, tendo como problema analisar a excepcionalidade na aplicação da destituição do poder familiar⁶ e se fundamentada na garantir direitos aos envolvidos. Para isso, sob o ponto de vista sociojurídico e tendo como horizonte a garantia dos direitos humanos e fundamentais, são identificadas e analisadas as motivações que impulsionam a proposição e andamento das ações, bem como embasam as sentenças favoráveis à medida.

A partir da análise e comparação dos dados, se observa, ainda, se o Estado cumpre com sua função de proteção e de garantia dos direitos

⁵ Princípio derivado da Declaração dos Direitos da Criança (adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988), da qual se destaca o Princípio 2º: "A criança gozará proteção social e serão proporcionadas oportunidade e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança" (DECLARAÇÃO..., 1959).

⁶ "Art.19 É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. [...] § 3º A manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em serviços e programas de proteção, apoio e promoção, nos termos do § 1º do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei" (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990) (BRASIL, 1990a).

previstos no texto constitucional, por meio das políticas públicas e outros serviços disponibilizados (ou não) à população. Neste ponto, investiga-se a corresponsabilidade das famílias (e do Estado) envolvidas nestes processos, ou seja, seu papel em relação às violações às quais são expostas as crianças e adolescentes e que culminam na destituição do poder familiar. Dessa forma avalia-se, sob o escopo do melhor interesse da criança e do adolescente, se as decisões judiciais propiciam a garantia de direitos humanos e fundamentais ou se são aplicadas de modo punitivo, ou ainda sob outros fundamentos distintos daqueles que visam à garantia de direitos humanos e fundamentais.

Para tanto, utiliza-se de pesquisa documental e de revisão bibliográfica (livros, periódicos, leis e outros documentos informativos e científicos correlatos aos temas abordados). O material documental abrange os registros reunidos aos autos processuais de destituição do poder familiar (tais como decisões e sentenças, laudos e perícias sociais e psicológicas, pareceres ministeriais, relatórios dos serviços socioassistenciais, manifestações, petições e outros documentos) nos quais constem as motivações que embasaram as sentenças favoráveis à destituição do poder familiar, em processos desta classe (Perda/Suspensão do Poder Familiar), na Comarca de Chapecó-SC, no período de janeiro de 2015 a janeiro de 2018.

A escolha desta Comarca decorre do fato de ser a maior da região oeste catarinense em volume de processos e em classificação de entrâncias (única em nível de entrância especial), bem como pela facilidade de acesso aos dados, em razão do vínculo profissional de uma das pesquisadoras. Devido ao porte de enquadramento do município nos serviços públicos (aproximadamente 200 mil habitantes), Chapecó-SC é local de centralização regional dos serviços mais especializados, sobremaneira no que se refere à rede de saúde pública e à política de assistência social. No Poder Judiciário, a equipe técnica é composta por assistentes sociais e psicólogas, diferindo-

se também das comarcas menores no entorno, que dispõe de equipes com menor número de especialidades em seus quadros técnicos.

Tais serviços e profissionais são frequentemente chamados a manifestarem-se nos processos pesquisados, devido à especialidade de atuação ou ao atendimento realizado às famílias, sobremaneira após inserção dos filhos em medidas de acolhimento. Dessa forma, ao consultar as ações de destituição do poder familiar da referida Comarca, é possível observar e analisar diversos destes documentos técnicos que compõe os elementos que subsidiam as decisões judiciais, além dos documentos de caráter jurídico, ampliando-se a gama de informações disponíveis para utilização no estudo. A busca pelos processos é empreendida a partir do Sistema de Automação da Justiça (SAJ), mediante autorização previamente concedida pela juíza responsável pela Vara de Infância e Juventude.

Quanto à estrutura do artigo, no primeiro subtítulo, são apresentados dados quantitativos obtidos a partir da coleta das informações dos autos (motivações citadas, sua recorrência e a quantidade de crianças/adolescentes envolvidos). No segundo subtítulo, são analisados os dados de forma qualitativa (correlações entre as motivações e responsabilização das famílias e do Estado para garantia de direitos), com apoio de referenciais sobre o tema, privilegiando-se a perspectiva sociojurídica. Por fim, apresentam-se as conclusões deste estudo, resultantes da análise dos dados obtidos à luz da revisão teórica e reflexões derivadas dos dados empíricos.

2 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR NA COMARCA DE CHAPECÓ/SC

Na busca pelos processos judiciais que correspondem às especificidades estabelecidas na delimitação da pesquisa, identificaram-se 65 processos de destituição do poder familiar, sendo 22 ações com decisões favoráveis à destituição do poder familiar na Comarca de Chapecó-SC, sentenciadas no período compreendido entre janeiro de 2015 e janeiro de

2018. Os outros 43 processos, em sua maioria, não haviam sido sentenciados ou apresentavam sentença contrária à destituição do poder familiar, conforme detalhado na tabela a seguir (Tabela 1), e, por estes motivos, não são objeto de análise desta pesquisa.

Tabela 1 – Situação dos Processos de Destituição do Poder Familiar

Situação dos Processos de Destituição do Poder Familiar localizados	Quant.
Processos com sentença favorável à destituição do poder familiar	22
Processos não sentenciados até janeiro/2018	19
Processos com sentença contrária à destituição do poder familiar (improcedência pedido)	5
Processos com sentença de extinção ou julgamento sem resolução	6
Processos sentenciados pela suspensão do poder familiar	2
Processos homologando renúncia ao poder familiar	1
Total de processos localizados	65

Fonte: Elaborada pelas autoras (2019).

No intuito de identificar os motivos dos processos com sentenças favoráveis à destituição do poder familiar, coletaram-se informações contidas nos diversos documentos processuais em que se verificaram motivações para o ajuizamento, prosseguimento e conclusão da ação pela decretação da perda do poder familiar. Estes dados e sua análise, baseada nos referenciais teóricos concernentes ao tema, são expostos nos itens a seguir.

1.1 DADOS QUANTITATIVOS: MOTIVAÇÕES IDENTIFICADAS, SUA RECORRÊNCIA E NÚMERO DE CRIANÇAS/ADOLESCENTES ENVOLVIDOS(AS)

A partir da leitura e análise dos indicativos encontrados nos (22) autos processuais utilizados na seleção prévia da pesquisa, identificaram-se 18 categorias diferentes de motivações citadas para subsidiar as sentenças de perda do poder familiar pelos envolvidos. Destaca-se que em grande parte dos processos foram citadas diversas delas, por essa razão o número total

de motivações apontadas é superior ao número de processos analisados, como se pode observar na Tabela 2.

Tabela 2 – Categorias de Motivações Identificadas nos Processos Analisados

	Categorias de Motivações Identificadas nos Processos Analisados	Quant. Vezes
1	Tentativas de colocação em família extensa sem êxito ou inviáveis	17
2	Ausência ou fragilidade de vínculos afetivos e/ou contatos com familiares (na trajetória de vida da criança/adolescente)	16
3	"Negligência/omissão" nos cuidados dos pais ou guardiões, caracterizada por deixar criança sozinha, em situação de rua ou de abandono	14
4	Situação de mendicância ou precariedade das condições de vida familiar	13
5	"Negligência" dos pais ou familiares com as necessidades de saúde, nutrição (durante gestação, amamentação ou após nascimento)	13
6	Abandono afetivo expresso pela não realização de contatos ou visitas da família à criança/adolescente (antes ou depois do seu acolhimento)	13
7	Família não aderiu aos serviços encaminhados para superação das situações de risco e desproteção, ou não demonstrou avanços após os atendimentos	12
8	Maus-tratos, entendidos como exposição e submissão dos filhos a diversas violências, ou não proteção frente a essas situações	12
9	Uso ou abuso de drogas pelos pais ou familiares (situação de risco)	10
10	Uso ou abuso de bebidas alcoólicas pelos responsáveis (e riscos inerentes)	6
11	Situação de doença mental, psicológica ou psiquiátrica dos genitores, que inviabiliza o atendimento adequado aos filhos	6
12	Exposição a cenas de sexo ou outras situações inadequadas (em razão de prostituição no seio familiar ou não)	6
13	Algum dos genitores envolvidos em crimes ou detidos, impossibilitando exercício dos cuidados e/ou guarda	6
14	Suspeita ou ocorrência de abuso sexual intrafamiliar e/ou desproteção com relação à situação de abuso sexual (suposta "convivência")	4
15	Falecimento de um ou ambos os genitores ou guardiões	3

	Categorias de Motivações Identificadas nos Processos Analisados	Quant. Vezes
16	Renúncia ao poder familiar por parte de um ou ambos os genitores	1
17	Exploração sexual das crianças ou adolescentes pela família	2
18	Tentativa de adoção ilegal	1

Fonte: Elaborada pelas autoras (2019).

Em face à perspectiva apresentada, constata-se entre os principais indicativos a negligência da família (dos pais ou responsáveis) em relação aos cuidados que deveriam ser dispensados para o bem-estar dos filhos. Este aspecto é classificado pelas pesquisadoras em três diferentes categorias, com base nos contextos em que este termo é citado nos processos, tendo em vista os diferentes significados de "negligência" existentes, que serão detalhados posteriormente, na análise qualitativa.

Na classificação apresentada, a primeira forma de negligência está relacionada ao abandono, caracterizado por deixar os filhos sozinhos ou em situação de rua (Motivação 3, mencionada em 14 casos); outra forma de negligência citada é relativa às possíveis condutas omissivas referentes às necessidades de saúde e de alimentação dos filhos (Motivação 5, citada em 13 processos); e a última forma de negligência (conforme termo utilizado nos autos) refere-se às precárias condições da família para proverem as necessidades dos descendentes. Esta motivação é descrita pelas pesquisadoras como "Situação de mendicância ou precariedade das condições de vida familiar" (Motivação 4, citada 13 vezes). Opta-se por não nomear esta categoria como "Negligência", apesar de assim ser descrita nos autos, devido à divergência entre o conceito utilizado pelas pesquisadoras sobre este termo e a forma como é empregado nos processos.

Em seguida, é citado o abandono afetivo, caracterizado pela não realização de buscas, contatos ou visitas por parte da família de origem (Motivação 6, citada 13 vezes). A desproteção aparece logo depois e ainda de forma ainda bastante reiterada (12 casos), entendida nos processos

como a sujeição a maus-tratos ou exposição a violências diversas no âmbito familiar (Motivação 8). Este fator foi alegado o mesmo número de vezes que a Motivação 7, compreendida como a não adesão da família em relação às orientações, serviços e encaminhamentos que visam à superação das situações de violação de direitos, ou constatação de insucesso nos resultados esperados com as intervenções, mesmo que a família tenha aderido.

Quase com a mesma amplitude, visualizam-se motivos referentes à ocorrência do uso ou abuso de drogas no ambiente familiar (Motivação 9, verificada em 10 situações). Os demais motivos encontrados são citados em menos de dez dos 22 processos analisados, mas, apesar de menos recorrentes, também demonstram relevância. Dentre eles, destacam-se: uso ou abuso de bebidas alcoólicas dos pais ou responsáveis (Motivação 10); doença mental, psicológica ou psiquiátrica dos pais (Motivação 11); envolvimento em crimes ou genitores detidos, impossibilitando exercício dos cuidados (Motivação 13); família expôs ou não ofereceu proteção aos filhos em relação a diversas formas de violência sexual (Motivações 12 e 14). Outras motivações identificadas somente são citadas em três ou menos processos analisados, podendo ser consideradas situações atípicas.

Na tabela a seguir (Tabela 3), apresentam-se os tipos de motivações elencadas em cada processo em que a perda do poder familiar foi julgada procedente, no período de janeiro de 2015 a janeiro de 2018, bem como a quantidade de crianças/adolescentes envolvidas(os) em cada ação. Para resguardar a identificação dos processos, os números dos autos são substituídos por letras.

Tabela 3 – Tipos de Motivações Identificadas em Cada Processo e Nº de Filhos Envolvidos

	Tipos de motivações (categorias) identificadas em cada processo	Nº crianças/adolescentes envolvidos(as)
Processo A	2, 3, 4, 5, 8, 11, 17	4

Processo B	1, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 14	2
Processo C	2, 3, 4, 5, 6, 8, 14	1
Processo D	1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12	3
Processo E	1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 13	2
Processo F	2, 3, 8, 10, 14, 17	2
Processo G	1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 15	2
Processo H	1, 2, 5, 6, 7, 9, 13	1
Processo I	1, 2, 3, 4, 7, 11	1
Processo J	1, 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15	2
Processo K	2, 3, 6, 8, 9, 10	1
Processo L	1, 2, 4, 5, 6, 11, 14, 15	2
Processo M	1, 2, 3, 6, 8, 12	1*(mesma processo V)
Processo N	1, 2, 6, 8, 13	2
Processo O	1, 3, 4, 5, 7, 11	2
Processo P	1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 12	1
Processo Q	1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 11	1
Processo R	1, 2, 9, 13, 16	1
Processo S	1, 2, 3, 6, 12	1
Processo T	1, 2, 6, 7, 9, 10	1
Processo U	4, 5, 9, 10, 12, 13, 18	1
Processo V	1, 3, 4, 6	1* (mesma processo M)
Total crianças/adolescentes envolvidos (as)		34

Fonte: Elaborada pelas autoras (2019).

A partir destas informações, pode-se apreender algumas relações entre as motivações identificadas em cada processo, bem como a correlação entre vulnerabilidade econômica (Motivação 4) e negligências nos cuidados (Motivações 3 ou 5), que aparecem juntas em quase todos os processos que foram citadas. Apresenta-se também a análise destes dados, com base nos

referenciais teóricos sociojurídicos relativos à perspectiva da garantia dos direitos de crianças, adolescentes e de suas famílias.

1.2 ANÁLISE QUALITATIVA DOS DADOS: CORRELAÇÕES E SIGNIFICAÇÕES

A partir da categorização das motivações mencionadas nos autos processuais para subsidiar as destituições do poder familiar, passe-se à análise acerca destes resultados, com exposição das reflexões e das aproximações teóricas construídas sobre estas motivações e suas correlações, bem como sua maior ou menor incidência, no sentido de verificar o impacto da destituição do poder familiar para a proteção dos direitos das pessoas envolvidas e a excepcionalidade de sua aplicação.

No que se refere ao aspecto que mais vezes (17) foi reiterado (Motivação 1: Tentativas de colocação em família extensa sem êxito ou inviáveis) pode-se inferir que este ponto corresponde a uma premissa da legislação correlata ao convívio familiar, que estabelece que a destituição só deve ocorrer quando esgotadas as possibilidades de reintegração na família natural. A prerrogativa é preconizada constitucionalmente e em diversos textos do arcabouço jurídico vigente (retomada no artigo 19 do ECA), em razão das drásticas consequências que esse rompimento pode trazer à criança ou adolescente, como já mencionado (BRASIL, 1990a).

Apesar de ter sido citada na maior parte dos processos, observa-se que a inviabilidade de permanência na família biológica (Motivação 1) não é mencionada em todos eles. Nesse sentido, uma análise minuciosa dos dados apresentados nas tabelas também permite identificar que em quase todos aqueles processos nos quais não é citado esse aspecto é apontada a ausência de vínculos afetivos com a família (Motivação 2). Essa consiste na segunda motivação mais recorrente, aparecendo em 16 das 22 ações estudadas.

Avalia-se que este seja um dado bastante relevante, já que se pode identificar a relação entre a ausência ou fragilidade de vínculos e outras motivações, como a omissão nos cuidados (Motivação 3) e o abandono afetivo (Motivação 6), que aparecem em 10 destes 16 processos, de forma concomitante à categoria 2. De modo geral, pode-se inferir que a inexistência de vínculos afetivos impacta na forma como os pais ou familiares realizam o cuidado destas crianças e adolescentes, podendo impactar em sua submissão à situação de rua, ou em ficarem sob cuidados de terceiros, em situações de possível risco pessoal. Este quadro pode levar ao ingresso da ação judicial e normalmente culmina no afastamento do ambiente familiar, momento em que se revela também o abandono afetivo, já que, conforme se observa na análise dos autos, a maior parte dessas famílias que já mantinham vínculos fragilizados acaba não visitando os filhos nos serviços de acolhimento.

Os pontos até aqui analisados permitem depreender que a colocação de criança ou adolescente em um núcleo familiar que não esteja motivado afetivamente para acolhê-lo não será positivo para seu desenvolvimento e pode resultar em violações de direitos, como o abandono afetivo e a omissão nos cuidados básicos. Por esta razão, compreende-se que a reintegração da criança à família biológica não deve pautada apenas com base nos vínculos consanguíneos, mas sim pelo vínculo afetivo, ou seja, as pessoas com quem os infantes mantinham relações de afeto, conferindo não só maior segurança jurídica, mas ampliando suas possibilidades de receber atenção e desfrutar de ambiente afetivo.

A legislação atual caminha no sentido de que somente estas pessoas devem ser consideradas como “família” a fim de que não se coloque a criança em um núcleo que aceitará o encargo por questões morais ou legais, sem ter um vínculo prévio que indique benefício para a criança ou

adolescente⁷. Parte-se da concepção de que se as crianças/adolescentes fossem assim inseridas nestes espaços, seu sofrimento para adaptar-se ao novo local seria equiparado a uma colocação em família substituta ou local de acolhimento provisório, já que passa a ser submetida ao convívio com pessoas com quem não possuem referência de vínculo, sendo necessário construí-lo através do convívio.

Além disso, é preciso considerar que, enquanto passava por violações, o núcleo familiar já deixou de ampará-las em decorrência de não nutrirem vínculos ou de não ter condições de protegê-las destas situações, o que poderia representar novos riscos. Dessa forma, o maior benefício poderia ser encaminhá-las a uma família adotiva, que está sendo preparada e tem motivação para acolhê-los como filhos de forma definitiva e espontânea.

Esse entendimento permite avaliar que em praticamente todos os processos analisados foi respeitado o critério de busca primeiramente pela manutenção no seio familiar, compreendendo-se como família as pessoas com quem a criança ou adolescente já mantivesse vínculos. Em apenas um processo estes pontos não são mencionados – tanto relativo ao vínculo quanto à inviabilidade de manutenção na família – situação na qual a destituição ocorreu por se tratar de adoção uma ilegal (trata-se do Processo U, único em que foi citada a Motivação 21). Ou seja, apenas neste a destituição do poder familiar foi determinada sem observar os possíveis vínculos afetivos existentes ou mesmo verificar a possibilidade de manutenção na família extensa.

Em casos como este, considera-se (pelo exposto nos autos) que não há uma colocação da criança em situação de risco decorrente negligência ou ausência de vínculos, mas da própria situação de ilegalidade à qual foi

⁷ No âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, ECA (Lei 8069/1990), o texto original do Artigo 25 indicava que "Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes", sendo acrescido do parágrafo único, através da Lei 12.010/2009, que detalhou: "Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade" (BRASIL, 2009).

exposta. Isso porque existe previsão legal para destituição dos pais que entregarem os filhos aos cuidados de outrem, como se seus filhos fossem⁸. Nesse viés, vislumbra-se que haveria violação a ordem dos cadastros de adoção, muitas vezes para obter vantagens pessoais (o que pode ser considerado tráfico de crianças), também configurando crimes⁹.

Este último aspecto, em geral representa uma violação do direito da criança ao conhecimento de sua origem, já que sem haver uma descoberta desse falso registro, a criança provavelmente jamais conhecerá esta parte de sua história pessoal, por ter sido registrada diretamente (o que é chamado informalmente de “adoção à brasileira”) em nome de pessoas que não são seus pais, sem o devido processo judicial e, normalmente, utilizando subterfúgios. Há no âmbito psicológico também apontamentos no sentido de que esta pessoa, ainda que saiba de sua filiação adotiva, poderá sofrer consequências emocionais na adolescência ou vida adulta, à medida que passa a compreender que sua construção afetiva é fruto de uma ação ilegal, ou até imoral, por parte das pessoas que reconhece como seus familiares, se permanecer neste seio familiar.

Insta assinalar que esse elemento representa uma minoria das ações de destituição, pois ocorreu em apenas um dos processos estudados. Voltando-se elementos majoritários, a maioria dos processos analisados as buscas à família extensa, no sentido de propiciar a manutenção dos vínculos afetivos – pode-se inferir que a destituição do poder familiar vem sendo aplicada de forma excepcional, ou seja, somente depois de esgotadas

⁸ Art. 1.638 do Código Civil (Lei 10.046/2002): “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] V – entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção” (BRASIL, 2002).

⁹ Conforme previsto no Art. 238 do ECA (Lei 8069/90) “Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”. E ainda no Art. 242 do Código Penal (Decreto-Lei nº **2.848/1940**) “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: Pena – reclusão, de dois a seis anos” (BRASIL, 1940).

as tentativas de colocação na família natural (compreendendo-se “família” como aqueles com quem mantinham vínculos afetivos).

Nesse sentido, ao analisar-se quantitativamente o universo de ações desta natureza ajuizadas no período em estudo (65), percebe-se que em quase um terço (22) dos processos a medida foi considerada procedente, o que também representa a minoria dentre o total. Acredita-se, porém, que este dado meramente quantitativo não pode ser tomado como referência segura para análise, já que nesta pesquisa não se objetiva avaliar os motivos para improcedência ou extinção das demais ações, ou mesmo o fato de parte delas (19) ainda não terem sido sentenciadas, além de outras nove terem outros desfechos (extintos por maioria, por exemplo). Tais questões poderiam conduzir o estudo a outras reflexões, cuja verificação dependeria da análise qualitativa destes processos, os quais não são contemplados nesta pesquisa.

Seguindo a análise das motivações identificadas, denota-se que as categorias mais reiteradas, envolvem diferentes formas de negligência, inclusive as decorrentes de situações de mendicância ou precariedade na condição de vida (3ª, 4ª e 5ª categorias mais vezes citadas). No tocante a estas categorias – que nos autos eram todas nominadas como “negligências” – considerou-se necessário subdividi-las, com base no entendimento de que este termo pode ter distintas interpretações, especialmente na esfera jurídica.

Nesse ponto, Berberian (2015, p. 53) adverte que, pela ótica do Direito, a negligência pode ser compreendida pela desatenção ou falta de cuidado ao exercer certo ato, incidindo na ausência da diligência ou atenção necessárias. Segundo a autora, a negligência nesse contexto se difere do dolo, que presume a ciência do dano, entendida como objetivo ou possibilidade, em razão do risco assumido; na primeira perspectiva, a negligência seria, então, equivalente à inobservância de normas que ordenam o agir com atenção, a capacidade e o discernimento (BERBERIAN, 2015, p. 53).

Contudo, também na seara jurídica, consoante discorre Berberian (2015, p. 53), localizam-se debates a respeito da intencionalidade na negligência, sob a compreensão de que vai além da inobservância da lei, resultando numa ação incorporada por parcela de consciência e voluntarismo, na qual a intenção é reconhecida e consciente. Por esse espectro, a negligência passaria a absorver também o sentido do dolo, contraditoriamente à interpretação inicialmente exposta pela autora.

Tendo em vista as distintas possibilidades, optou-se estudo a tônica da compreensão que considera a negligência não apenas como falta de cuidado, mas enquanto ação consciente e voluntária que leva os indivíduos (neste caso, dos pais ou responsáveis pelos filhos) ao não proporcionar os cuidados necessários ou a violentar seus direitos. Dessa forma, classificou-se como “negligência/omissão” a Categoria 3, que contempla situações de abandono, normalmente expressas por encontrar crianças e adolescentes sozinhos ou em situação de rua. Nesse viés, entende-se que essas situações podem nem sempre retratar ações intencionais, mas que havia a consciência dos pais acerca do risco aos quais os filhos estavam expostos, por estarem sem supervisão dos responsáveis.

A Categoria 5, que se referia à omissão dos genitores/responsáveis em atender às necessidades de saúde de seus dependentes, foi descrita como “negligência dos pais ou familiares com as necessidades de saúde, nutrição (durante gestação, amamentação ou após nascimento)”, tendo sido assim nominada por identificar que são situações em que se apontou a omissão em relação aos acompanhamentos indicados, consultas agendadas, medicações e cuidados necessários que haviam sido repassados aos familiares de crianças com necessidades específicas de saúde, entre outras questões que também apontam para a consciência dos responsáveis acerca dos riscos em não oferecer tais cuidados.

Já a Categoria 4, que trata da ausência dos cuidados necessários em decorrência da falta de condições econômicas, é nominada como “Situação

de mendicância ou precariedade das condições de vida familiar". Neste ponto, utilizam-se termos constantemente reiterados nesses processos. Mas – ainda que tenham tomado nos autos a conotação responsabilização dos responsáveis pela situação referida – ao analisar os documentos juntados a estes autos, não se verifica uma omissão ou intencionalidade das famílias que resultasse na condição de miserabilidade, ou mesmo a consciência de ações suas que pudessem impactar em tais conseqüências. Por este motivo, definiu-se por não nomear esta categoria como negligência, mas utilizar da descrição retirada dos documentos (sintetizadas pela mendicância e precariedade de condições).

Nesse sentido, convém destacar que a situação econômica, por si só, não pode ser utilizada como justificativa para afastamento dos filhos ou para a perda do poder familiar¹⁰. O que se percebe, entretanto, ao observar os dados quantitativos, é que esta categoria surge na maioria dos processos acompanhada das situações de negligências anteriormente descritas, apontando, assim, para uma forte correlação entre as ditas negligências nos cuidados e as dificuldades de ordem socioeconômica.

Essa relação é facilmente compreendida ao se vislumbrar que a carência financeira leva à privação dos meios necessários para sobrevivência de todo o núcleo familiar. Ou seja, não é algo que reflete apenas nas crianças/adolescentes, mas uma realidade que atinge todos os seus membros. Ultrapassar essas limitações e alcançar meios de prover tais recursos pode ser considerado uma responsabilidade dos pais, mas se revela estar distante do alcance da maioria das famílias. É preciso considerar que existem fatores condicionantes da situação de vida e saúde dos indivíduos que vão além do âmbito individual ou familiar, são determinantes estruturais, culturais, sociais e econômicos que perpassam o acesso dos sujeitos aos serviços

¹⁰ Art. 23 do ECA (Lei 8069/90): "A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar" (BRASIL, 1990a).

e políticas públicas, que muitas vezes nem chegam a ser ofertadas ou acessadas (BERBERIAN, 2015, p. 52).

No que concerne à saúde, a própria lei que regulamenta a referida política pública (Lei nº8080/90) (BRASIL, 1990b), assim como a Constituição Federal (BRASIL, 1988), declaram que a saúde encontra como determinantes e condicionantes, entre outros, “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”¹¹. E compreende-se, nesta análise e pelas legislações atuais, a saúde como um conceito amplo, que ultrapassa a mera ausência de doenças.

Em relação a este conceito, Berberian (2015, p. 55) aponta que a própria CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) “classifica entre os códigos Z55 a Z65 pessoas com riscos potenciais à saúde relacionados com circunstâncias socioeconômicas e psicossociais”. Dentre estes fatores, são mencionados problemas relacionados com a educação e alfabetização (Z55), com o emprego e o desemprego (Z56), com a habitação e com as condições econômicas (Z59) e ainda, com o meio social (Z60) (BERBERIAN, 2015, p. 55).

Nesse raciocínio, a autora sustenta ser mais apropriado que se nomine como situações de “desproteção” as supostas negligências das famílias relativas ao atendimento às necessidades básicas de sobrevivência e segurança (BERBERIAN, 2015, p. 62). Isso porque se referem à capacidade da família em oferecer proteção contra violações de direitos, o que pode ocorrer mesmo sem o consentimento ou a intenção dos responsáveis legais. Por essa perspectiva, analisa-se que o papel de proteção que caberia ao Estado, por meio de suas políticas públicas, comumente é transferido para as famílias, que não conseguem dar conta de provê-la no âmbito privado.

Ao não oferecer acesso às políticas públicas pela via administrativa, estas demandas acabam refletindo na esfera judicial. Isso ocorre quando os

¹¹ Artigo 3º da Lei nº 8.080/1990.

indivíduos acabam recorrendo ao sistema de justiça na tentativa de exigir o atendimento aos direitos positivados e não alcançados pela via pública. Ou, de forma ainda mais violenta, pela intervenção do Ministério Público, ao identificar a inobservância das garantias legais e suas consequências já instaladas, tais como as situações de risco às quais muitas crianças, adolescentes, idosos e, certamente, todos os membros de suas famílias já se encontrem submetidos.

Borgiani (2013, p. 426) corrobora com esta perspectiva analisando que, ao passo que ocorre uma ampliação dos direitos positivados na Constituição Federal de 1988, o acesso a estas garantias vem sendo concomitante negado pelo Estado em diferentes instâncias administrativas. Esta contradição contribui para gerar na esfera pública o fenômeno que ficou conhecido como “judicialização dos conflitos sociais” e “judicialização da política (BORGIANI, 2013, p. 426)” ou ainda, para outros autores, “judicialização¹² da questão social¹³”.

Nessa direção, Fávero (2018, p. 65) também pontua que o Estado – não só por meio das fragilidades nas políticas públicas e sua consequente judicialização, mas também pelas posições jurídicas e legislativas recentes – vem se eximindo de sua responsabilidade e transferindo para as famílias uma culpabilização por não disporem dos recursos materiais para cuidar dos filhos, respaldando assim sua retirada do seio familiar. Segundo a autora, as “crianças institucionalizadas ou colocadas em adoção são, em sua grande maioria, filhos de famílias que vivem em situação de pobreza

¹² Na definição de Miotto, Dal Prá e Wiese (2018, p. 15), os processos de judicialização retratam situações nas quais “[...] recorre-se ao Judiciário para arbitrar os conflitos gerados pelo descompasso entre o reconhecimento dos direitos constitucionais – que se materializam por meio de acesso e usufruto de serviços sociais – e a capacidade estatal de prover tais serviços”.

¹³ Nesta pesquisa, emprega-se o termo “questão social” consoante definido por Yamamoto (1999, p. 27), a qual aponta que “[...] pode ser apreendido como o conjunto das expressões das desigualdades da sociedade capitalista madura, que têm como raiz comum a produção social cada vez mais coletiva, enquanto a apropriação dos seus frutos se mantém privada e monopolizada por uma parte da sociedade”.

e às quais o Estado não assegurou nenhuma proteção social" (FÁVERO, 2018, p. 65).

Neste ponto, Sierra (2011, p. 262) também infere que a judicialização reflete um caráter contraditório, pois pode ser tanto uma alternativa para a efetivação de direitos das classes menos favorecidas, como pode reforçar a tendência do Judiciário em aplicar seu poder de forma controladora, pela culpabilização das famílias e criminalização da pobreza. Ainda no tocante às intervenções estatais, Fávero critica conteúdos dispostos em propostas de alteração à Lei da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016) e ao ECA que tendem a respaldar a retirada de crianças de suas famílias¹⁴. A partir do apontamento da autora infere-se que, encobertas por um caráter de proteção à institucionalização, estas posturas podem acabar incentivando o rompimento dos vínculos biológicos e a responsabilização destas famílias, em detrimento do real melhor interesse de crianças e adolescentes.

Ou seja, tais alterações legislativas podem ter como escopo a busca por assegurar o "superior interesse da criança", mas não deixam claro o conceito que o embasa e não reconhecem que direitos sociais são sistematicamente negados por várias gerações à ampla maioria das famílias que perdem o poder sobre seus filhos (FÁVERO, 2018, p. 64). Além disso, se refletem em posicionamentos jurídicos que não consideram a inviabilidade de que, num curto prazo de tempo, seja possível aos profissionais de equipes técnicas realizarem trabalho competente e com resultados efetivos em relação às famílias de origem, incluindo a extensa, perpassando uma articulação com a limitada estrutura da rede socioassistencial (FÁVERO, 2018, p. 64).

No tocante às limitações para garantia efetiva dos direitos fundamentais, Silva e Brega Filho (2016, p. 1025) refletem que é inimaginável a consecução destes direitos em um espaço que não seja o democrático,

¹⁴ Fávero (2018, p. 61) menciona levantamento realizado pela assistente social e pesquisadora Rita Oliveira, onde identificou, após conclusão de sua tese de doutorado, ter identificado vinte projetos de lei apresentados à Câmara objetivando modificar o ECA, no que se refere à adoção/direito à convivência familiar e comunitária, entre os anos de 2013 e 2016.

assim como é inconcebível uma democracia que não tenha como fim último a promoção de todas as condições de vida social “[...] que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana – cuja garantia e efetivação a todos passa pela proclamação dos direitos fundamentais na Constituição”. E acrescentam, ainda, que a luta pelos direitos humanos e fundamentais para ser válida deve ser estendida a todos, não pressupondo garanti-los para alguns cidadãos, enquanto nega-se aos demais (SILVA; BREGA FILHO, 2016, p. 1025).

Esta ótica é consonante à análise já descrita acerca das situações de desproteção em que estas famílias se encontram, as quais muitas vezes são reduzidas à supostas negligências, como se a família de origem fosse a causadora das violações de direitos destas crianças e adolescentes, em vez de serem consideradas também como vítimas destas mesmas violências e privações. Tal posicionamento, leva ao questionar se o real melhor interesse da criança e do adolescente que se encontram nesse núcleo familiar não seria o de ali permanecer, desde que a família tivesse, de fato, o suporte necessário para enfrentar suas mazelas.

Em casos como estes, pode-se perceber que o rompimento do convívio familiar acaba sendo uma nova violação que o sistema de justiça estaria legitimando, e que pode ter respaldo em legislações recentemente aprovadas e em outras ainda em discussão. Assim o Estado, ao não conseguir dar conta de suas demandas sociais, ainda que judicializadas, passa a assumir ações paliativas que buscam viabilizar uma rápida colocação destas crianças em famílias substitutas.

Dessa forma, pode-se a incorrer também no erro de menosprezar o vínculo afetivo, que, juridicamente, já se demonstrava um valor solidificado, tratando-se de questão amplamente estudada no campo da Psicologia que embasa princípios de proteção aos direitos de crianças e adolescentes, como

a convivência familiar e outros direitos inerentes¹⁵. Nessa seara, são também conhecidos os danos que os rompimentos de tais vínculos podem causar, o que permite refletir se este caminho não representaria um retrocesso no sistema de garantias de direitos.

No que tange à efetivação das garantias constitucionais, por meio dos serviços e políticas públicas, Silva e Brega Filho (2016, p. 1025) referem que até hoje as conquistas representadas pela Constituição Federal de 1988 não alcançaram refletir os aprofundamentos e nuances exigidos pela realidade brasileira. Este distanciamento demonstra que a luta pela efetivação dos direitos fundamentais segue sendo legítima e requerendo enfrentamento aos retrocessos, inadmissíveis sobretudo no plano institucional (SILVA; BREGA FILHO, 2016, p. 1025).

Dando continuidade à análise das motivações apresentadas, a questão do vínculo afetivo novamente torna-se ponto central. Após as categorias já analisadas, o abandono afetivo (Motivação 6) aparece outra vez entre as categorias mais recorrentes. Neste ponto, explica-se que está sendo considerado abandono a falta de interesse ou irregularidade na realização de contatos ou visitas pela família natural, após o afastamento da criança ou adolescente do seu núcleo. Este aspecto aparece em praticamente todos os processos nos quais se identificou que já não haviam vínculos socioafetivos anteriores à retirada dos filhos daquela família, ou eram frágeis (Motivação 2).

Averigua-se, por estes dados, que a ausência ou fragilidade de vínculos tende a se perpetuar e até intensificar após o início do processo judicial, o que possivelmente está ligado ao afastamento do convívio e a fatores pré-existentes. Novamente, aqui – tal como pontuado na análise da Categoria nº 2 das motivações – se observa que em pesquisa específica poderiam

¹⁵ Art. 227 (Constituição Federal/1988): "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (BRASIL, 1988).

ser investigados fatores geradores desta fragilidade na vinculação afetiva, que demonstra se perpetuar na maioria dos casos sob análise no presente estudo.

Com menos expressividade, mas ainda em metade destes processos, visualiza-se a ocorrência do uso/abuso de drogas no âmbito familiar (Categoria 9), que também pode apresentar fatores correlatos às categorias anteriores. Isso porque, ao analisar apenas os processos em que esta motivação foi citada, nota-se que a maior incidência de motivações concomitantes ao uso de drogas foram justamente a negligência com a saúde dos filhos, a fragilidade de vínculos e o abandono afetivo.

A única diferenciação percebida foi em relação à infrequência aos serviços encaminhados para atendimento da família (categoria de Motivação 7), que ocorre em processos onde há o uso de drogas e não havia sido identificada com expressividade nos demais. Tal dado pode indicar que a dependência química no âmbito familiar tenha impacto direto no comprometimento de seus membros em participar dos serviços oferecidos à família, ou mesmo nos resultados destes atendimentos, aspecto que também foi abarcado pela Categoria nº.7 das motivações identificadas. Tal questão pode ser aprofundada pela investigação dos impactos da drogadição na própria condição dos sujeitos em manterem rotinas regulares e comprometerem-se com outras atividades da vida cotidiana.

Outra categoria que elevou-se em diversos processos (em 12 dos 22 analisados) foi "Maus-tratos, entendidos como exposição e submissão dos filhos a diversas violências, ou não proteção frente a essas situações" (Motivação nº. 8). Nesta classificação, foram incluídas as violências físicas e psicológicas às quais as crianças/adolescentes tenham sido expostas por atos ou omissões dos próprios familiares. Ou seja, incluem-se as violências praticadas pelos membros da família ou até por terceiros, em situações que a família sabia de sua ocorrência e ainda assim não ofereceu a devida proteção os infantes, incluindo-se também a violência intrafamiliar

presenciada pelas crianças e adolescentes, considerada uma violação pelos prejuízos que causa seu ao desenvolvimento emocional.

Os maus-tratos, como são comumente chamados, e a violência intrafamiliar, demonstraram-se estar relacionados (pela incidência nos mesmos processos) a diversas das violações já analisadas, especialmente as diferentes formas de negligências ou omissões nos cuidados (Categorias 3 e 5) e às questões ligadas à fragilidade de vínculos (Categorias 2 e 6). No que se refere às diferentes expressões de violência aqui englobadas, avalia-se que este fenômeno esteja vinculado a múltiplos fatores. Parafraseando-se Berberian (2015, p. 50) pode-se dizer que as famílias expostas às diversas manifestações de violência, são também aquelas que frequentemente vivem em condições-limite de vida e sobrevivência, muitas vezes perpassadas pelo uso/abuso de drogas, desemprego/subemprego, fragilidade dos vínculos familiares, entre outros desdobramentos da questão social.

Prosseguindo a análise das demais categorias identificadas na pesquisa, chega-se àquelas que foram citadas em menos de 10 dos 22 processos estudados, o que permite dizer que representam já a minoria das motivações encontradas (menos da metade). Dentre estas, destacaram-se: uso ou abuso de bebidas alcoólicas pelos responsáveis (Categoria 10); situações de doença mental, psicológica ou psiquiátrica dos genitores (Categoria 11); exposição a cenas de sexo ou riscos inerentes à prostituição no seio familiar (Categoria 12); o envolvimento de um ou ambos genitores em crimes, ou detidos, (Categoria 13). Todas estas categorias foram citadas o mesmo número de vezes (seis) nos processos estudados.

Observando-se o modo como foram apresentadas nos processos, vê-se que as Categorias 10 e 12 foram consideradas formas de exposição das crianças/adolescentes daquelas famílias a situações de risco à sua integridade física e mental, ou mesmo ao seu sadio desenvolvimento, especialmente porque associadas a outras formas de violação, cuja correlação já foi abordada. Já as motivações 11 e 13, foram mencionadas

como fatores que prejudicam o atendimento dos genitores às necessidades dos filhos ou ao próprio exercício da guarda e cuidados. Estes últimos, destaca-se, aparecem igualmente vinculados a outras motivações já expostas, pois isoladamente não seriam utilizadas como motivo para a destituição do poder familiar, denotando a incidência de diferentes fatores somados que culminam nas decisões, como se vislumbra ao longo da análise até o momento.

Entre as categorias menos recorrentes identificadas nos autos, houve quatro situações relacionadas a suspeita ou ocorrência de abuso sexual intrafamiliar, que engloba também a desproteção dos demais familiares no sentido de evitar essa violência (Categoria 14). Essa questão é comumente entendida e até citada nos processos como uma "convivência" das pessoas que sabiam da ocorrência dos abusos e mesmo assim não protegeram as crianças e adolescentes, ou nem mesmo denunciaram. Alguns casos não chegaram a ser comprovados (tiveram apenas indicativos, ou suspeitas), contudo, aliados a outras violações no âmbito familiar, foram citadas como motivo para a destituição do poder familiar.

Nessa direção, a Motivação 17, que abarca a exploração sexual de crianças e adolescentes pela família, também poderia ter sido classificada na pesquisa como uma forma de violência sexual e desproteção do grupo familiar sobre sua ocorrência. Contudo, entendeu-se que por tratar-se de uma tipificação criminal distinta, seria interessante verificar a ocorrência desse fato de forma isolada. Essa situação apareceu em dois dos processos analisados, nos quais os filhos eram aliciados pelos próprios pais ou responsáveis para a prostituição. No que se refere a estas duas categorias em discussão (14 e 17), entende-se, novamente, que seria necessário um estudo mais aprofundado acerca destas famílias, suas relações, contexto social e históricos pessoais, para que se possa compreender a ocorrência das diferentes formas de violência sexual intrafamiliares, ou mesmo a suposta inércia de outros membros da família diante desta situação.

As últimas categorias identificadas nos processos estudados referem-se ao falecimento de um ou ambos os genitores ou guardiões (Categoria 15), à renúncia ao poder familiar por parte de um ou ambos os genitores durante o andamento do processo (Categoria 16) e à tentativa de adoção ilegal (Categoria 18) da criança envolvida.

Sobre estes fatores impulsionadores, destaca-se que o falecimento dos pais ou guardiões não pode ser considerado um motivo para destituição, já que a criança/adolescente poderia permanecer no seio familiar, sob guarda dos parentes, preservando, assim, seus laços afetivos. Porém, nos três processos em que foi citada, verificou-se também a fragilidade de vínculos familiares (Categoria 2), a inviabilidade de colocação junto à família extensa (Categoria 1), ou até mesmo o abandono afetivo pela família biológica (Categoria 6). Tal contexto, então, acabou culminando na decisão judicial de destituição do poder familiar, para que estas crianças/adolescentes pudessem ter garantido seu direito de viver em família, e que estejam motivadas a recebê-los como filhos e com condições emocionais e socioeconômicas para isso.

A Categoria 16, que foi citada num único processo, refere-se a uma situação em que já haviam sido identificadas algumas violações de direitos das crianças envolvidas ("Processo R"). Contudo, antes mesmo de o processo ser instruído, os pais optaram por renunciar ao poder familiar sobre os filhos, desfazendo-se o vínculo jurídico de filiação, permitindo que fossem encaminhados a famílias substitutas (neste caso, adotivas).

A motivação de Categoria 18, classificada como tentativa de adoção ilegal, trata-se de situação em que houve denúncia de possível ilegalidade, conforme já analisado neste capítulo. Este processo ("Processo U") apresenta outras formas de violação, que se referem às situações ocorridas na família biológica (que fez a entrega ilegal), pois no decorrer do processo se utilizou destas questões, aliadas à ilegalidade da adoção realizada, para justificar a destituição da família biológica. Já a retirada da criança da

família que tentava adotá-la por meios ilegais (ainda que esta família não tenha cometido outras violações) foi fundamentada basicamente na própria irregularidade da adoção e suas conseqüências para a segurança jurídica e o direito à origem da criança, como já referido.

3 CONCLUSÃO

A partir da pesquisa realizada acerca das motivações para destituição do poder familiar nos processos analisados, conclui-se que a inviabilidade de colocação na família biológica foi a mais recorrente. Observa-se que em todas as situações nas quais havia familiares com vínculos afetivos, foi respeitado o critério legal de esgotamento das tentativas de colocação junto à família extensa. Compreende-se, então, que a decisão pela destituição do poder familiar vem sendo aplicada de forma excepcional, conforme preconizado na legislação em vigor.

No entanto, verificou-se que muitas famílias passam por esses processos sem que ao final a sentença seja favorável à destituição e essa situação já gera uma privação do convívio familiar, ainda que temporária (já que geralmente levam ao acolhimento dos filhos). Nesse ponto, ressalta-se que um novo estudo, que abarque também a análise dos processos em que não houve sentença favorável à destituição, seria de grande relevância para identificar porque ocorreu uma ruptura, sem que houvesse elementos para um julgamento posterior, pois há diversas hipóteses que poderiam estar envolvidas (tais como: Os processos foram ajuizados antes de serem esgotadas as medidas administrativas? As famílias puderam receber novamente os filhos com o suporte dos serviços públicos? Este suporte foi oferecido somente depois da ação judicial?).

Dentre as motivações mais recorrentes, observou-se, além da já apontada, a ausência ou fragilidade de vínculos afetivos entre a(s) criança(s) ou adolescente(s) e sua família. A partir das análises dos resultados, revelou-

se também uma correlação (pela ocorrência nos mesmos processos) desta fragilidade de vínculos com outras situações que motivaram a perda do poder familiar por estas famílias, como a omissão nos cuidados (filhos encontrados sozinhos em situações de risco, ou em situação de rua) e o abandono afetivo, expresso pelo desinteresse em realizar visitas aos filhos, enquanto estavam afastados do convívio familiar, por medida de proteção (acolhimento).

Neste sentido, acredita-se que seria relevante investigar os motivos que levam a esta situação fragilidade ou inexistência de vínculos familiares, para melhor compreensão deste fenômeno e suas consequências. Porém, tal aprofundamento merece ser estudado em pesquisa própria, já que não compõe os objetivos desta pesquisa e não se poderia esgotar a discussão sem conhecer melhor a realidade e o histórico particular destas famílias.

Este resultado demonstrou a relevância de observar a pré-existência de vínculos afetivos antes de tentar a colocação em família extensa, já que indica que o mero dever baseado no aspecto moral ou consanguíneo não é suficiente para garantir que a criança ou adolescente será bem amparado neste seio familiar, se não estiver afetivamente motivado a exercer uma relação de cuidados. Além disso, denota-se que os vínculos com a família biológica tendem a se fragilizar ainda mais durante um processo judicial, em decorrência do afastamento no convívio, já que os filhos quase sempre são acolhidos.

Outro aspecto que se destacou dentre os resultados, foi a questão da negligência enquanto motivação para a destituição do poder familiar. Neste ponto, identificou-se que diversas das situações em que foi apontada uma conduta negligente por parte da família, na verdade o que ocorria era uma situação de desproteção, que não era intencional ou conscientemente provocada pelos pais/responsáveis.

E o que se observou nos autos estudados, é que muitas situações apontadas como negligência, na realidade, estavam diretamente

relacionadas com a carência socioeconômica ou dificuldades em prover o sustento e atendimento das necessidades básicas do grupo familiar (como atendimentos de saúde, alimentação, higiene, entre outros fatores que impactam nas condições de vida dos membros). Diversos documentos nos autos chegaram a citar como fatores relevantes para o ajuizamento, prosseguimento ou decisão favorável à destituição, "as condições precárias de vida" do grupo familiar. Esse aspecto evidencia que as famílias têm sido responsabilizadas por situações das quais não são causadoras, mas vítimas, assim como seus filhos.

Esse quadro aponta uma transferência da responsabilidade do Estado (no âmbito dos serviços e políticas públicas) para os núcleos familiares (campo privado), uma vez que ultrapassar as sistemáticas limitações socioeconômicas e alcançar meios de prover os recursos que não acessam através de seu trabalho, passa a ser responsabilidade exclusiva dos pais ou outros membros responsáveis pelos cuidados das crianças e adolescentes. No entanto, acredita-se que mudanças significativas nestas conjunturas estão distantes do alcance da maior parte da população vulnerável economicamente, eis que é afetada por fatores socialmente estruturantes, como a baixa escolaridade, o acesso a empregos precários e mal remunerados, condições habitacionais inseguras, distanciamento territorial dos (limitados) serviços públicos, entre outros condicionantes.

Estas situações provocam o questionamento sobre se "o real melhor interesse" da criança e/ou adolescente que se encontram nesses núcleos familiares não seria o de ali permanecer, desde que essas famílias tivessem o suporte que de fato necessitam para enfrentar ou minimizar as mazelas que vivenciam. Diante desse quadro, o fenômeno da judicialização das questões sociais acaba ganhando espaço, tanto no sentido de tentar exigir dos outros poderes públicos o atendimento das necessidades da população; quanto, ao mesmo tempo, de também impor às vítimas dessas desigualdades uma responsabilização pelas privações que atingem seus descendentes. Neste

contexto, o rompimento do convívio familiar, em vez de ser uma medida de proteção, torna-se uma nova violação (violência institucional), legitimada pelo próprio sistema de justiça e fundamentada na limitação do alcance dos serviços públicos em geral.

Obviamente que esta premissa não se aplica a todos os casos. Ainda que com menor expressividade, há também situações em que realmente se pode identificar um contexto familiar negligente, como aquelas situações em que a família recebeu atendimento médico, psicológico, socioassistencial, entre outros, além das orientações relativas à importância de cumpri-los e, ainda assim, não compareceu aos atendimentos oferecidos ou não aplicou as orientações profissionais. Nessas situações – ainda que se possa questionar se de fato detinham condições para atender às requisições exigidas para garantia do bem-estar dos membros – considerou-se que minimamente os pais tinham ciência acerca dos riscos aos quais estavam expondo seus filhos e, assim, negligenciaram sua proteção, consoante os conceitos estudados ao longo deste trabalho.

De forma menos recorrente, mas ainda na maioria dos processos analisados, observou-se a ocorrência do uso/abuso de drogas no âmbito familiar, o qual revelou-se amplamente relacionado a outras motivações encontradas, como a fragilidade de vínculos afetivos e negligências nos cuidados, especialmente de saúde. Além disso, este aspecto demonstrou impactar em outro ponto de alta incidência, relativo à infrequência aos serviços encaminhados para atendimento da família, ou na dificuldade em atingir resultados positivos com estes atendimentos. A partir desses dados, indicou-se o caráter de risco que envolve um ambiente familiar atingido pela dependência química, no comprometimento de seus membros em relação ao autocuidado e conseqüentemente, a prestar os cuidados necessários aos filhos ou dependentes.

A última das motivações identificadas que apareceu em grande parte dos processos estudados, é a que foi nomeada como “maus-tratos”,

expressa por diferentes formas de violência intrafamiliar. Na pesquisa realizada, esta categoria também demonstrou estar relacionada a diversas outras violações analisadas, especialmente aquelas que envolvem a fragilidade ou ausência de vínculos afetivos. Os autores referenciados ao longo das análises apontaram, ainda, que as famílias expostas às diversas manifestações de violência, são também frequentemente aquelas atingidas por outros aspectos da questão social, como as condições-limite de vida e sobrevivência, o uso de drogas, desemprego/subemprego, além dos reflexos relativos ao histórico familiar anterior de fragilidade nos vínculos familiares, já indicados.

Por meio dos resultados apresentados, restou evidente que as diversas expressões da desigualdade social – enquanto resultado do sistema de exploração capitalista – impactam diretamente na capacidade dos núcleos familiares em situações mais vulneráveis oferecerem os cuidados e preservarem os vínculos entre seus membros. Como consequência, muitos desses grupos parentais, não apenas as crianças e adolescentes, acabam sendo expostos a diversas formas de desproteção e riscos. O Estado, por não conseguir proporcionar as mudanças nas condições estruturais necessárias, acaba afastando as crianças e adolescentes dos seus ambientes familiares, sem, contudo, oferecer meios efetivos para que os pais consigam alcançar uma transformação profunda em suas fragilidades.

Por fim, avalia-se que uma mudança que traga resultados significativos às condições de vida de toda a população socioeconomicamente pauperizada e afetada pelas diversas expressões da questão social, só é possível com uma soma de esforços, investimentos e interesses (políticos, éticos, humanos), de forma permanente e intensa. Ainda que se dispusesse deste cenário no contexto político e econômico brasileiro, os resultados certamente levariam anos para começar a serem percebidos e atingirem os mais diferentes públicos que carecem desta atenção. É claro que as crianças e adolescentes que vivenciam essas privações, desproteções e

violações, não dispõem deste tempo, que poderia comprometer todo seu desenvolvimento e certamente ainda longos períodos de sua vida adulta. Diante desse prejuízo, torna-se inevitável retirá-los do convívio familiar, quando constatadas situações de risco neste ambiente.

Entretanto, o que se busca refletir, ao concluir este trabalho, é que se esses esforços não forem prontamente ampliados e enquanto a proteção estatal não for efetivamente estendida para essas famílias (e não somente aos seus filhos, quando muito), a mera responsabilização/culpabilização resultará obviamente em novas gerações de famílias que continuarão vivenciando repetidos ciclos de violências e vulnerabilidades. Ou seja, estes grupos invisibilizados em seus direitos mais fundamentais e básicos, acabarão por expor repetidamente seus descendentes à mesma desproteção, riscos, desamparo e carências às quais elas têm sido historicamente relegadas, perpetuando um ciclo incapaz de prevenir violações e de fato garantir direitos, de modo especial, o direito ao convívio familiar aqui abordado.

Este necessário redirecionamento de esforços públicos se revela na contramão do que ocorre no Brasil nos últimos anos, com a redução sistemática do alcance das políticas públicas de atendimento aos direitos sociais, que nas últimas décadas recebiam maior financiamento e relevância nos textos legais, partindo das premissas constitucionais e internacionais de direito humanitário. Além dos retrocessos no âmbito executivo e legislativo, no judiciário também passam a ser priorizadas medidas punitivas e que separam, num mesmo grupo, aqueles que têm direitos e aqueles que detêm somente deveres. Exime-se, assim, o Estado (por meio dos diferentes poderes) da própria corresponsabilidade em alcançar direitos a todos, especialmente àqueles que não são mais crianças (em idade de fácil colocação em adoção), destituindo os adultos envolvidos nas ações analisadas não somente do direito de serem pais, mas de sua condição humana, histórica e sociocultural.

REFERÊNCIAS

BERBERIAN, T. P. Serviço Social e avaliações de negligência: debates no campo da ética profissional. **Serviço Social e Sociedade**, n. 121, p. 48-65, jan./mar. 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.013>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000100048&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 11 jul. 2020.

BORGIANI, E. Para entender o Serviço Social na área sociojurídica. **Serviço Social e Sociedade**, n. 115, São Paulo, p. 407-442, jul./set. 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-66282013000300002>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282013000300002&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.** 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 9 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. 1990b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6229.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009.** Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

DECLARAÇÃO dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil; através do art. 84, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. 1959. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclDirCrian.html>. Acesso em: 10 jul. 2020.

FÁVERO, E. Serviço Social no sociojurídico: requisições conservadoras e resistências na defesa de direitos. **Serviço Social e Sociedade**, n. 131, São Paulo, p. 51-74, jan./abr.2018. DOI: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.130>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282018000100051&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 9 jul. 2020.

IAMAMOTO, M. V. **O Serviço Social na contemporaneidade: trabalho e formação profissional.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

MIOTO, R. C. T.; DAL PRÁ, K. R.; WIESE, M. L. Política social e processos de judicialização: Serviços sociais e famílias em foco. **SER Social**, Brasília, v. 20, n. 42, p. 11-29, jan./jun. 2018. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/13528/16271. Acesso em: 13 jul. 2020.

SIERRA, V. M. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 256-264, jan. 2011. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1414-49802011000200014>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/S1414-49802011000200014/19949>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SILVA, D. N. da; BREGA FILHO, V. Direitos Fundamentais no Brasil: uma história de inefetividade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 3, p. 999-1028, 2016. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369422507>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22507/pdf>. Acesso em: 9 jul. 2020.

DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE E OS POVOS INDÍGENAS

Marlei Angela Ribeiro dos Santos¹

Thaís Janaina Wenczenovicz²

RESUMO

O estudo discorre sobre a necessidade da salvaguarda do direito de saúde de povos originários e a manutenção de sua ancestralidade e cultura como direito. Trata-se de reflexões elaboradas a partir da análise do Sistema de Saúde, especialmente dos Distritos Sanitários Especiais Indígena (DSEI), ou seja, de um modelo de organização de serviços – orientado para um espaço etnocultural dinâmico, geográfico, populacional e administrativo delimitado – que contempla um conjunto de atividades técnicas, visando medidas racionalizadas e qualificadas de atenção à saúde. Promove a reordenação da rede de saúde e das práticas sanitárias e desenvolve atividades administrativo-gerenciais necessárias à prestação da assistência, com o controle social. Enquanto procedimento metodológico utiliza-se o método bibliográfico-investigativo com aporte em documentos internacionais e na legislação brasileira.

Palavras-chave: Direito Fundamental. DSI. Indígena. Saúde.

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais Cíveis na Universidade do Oeste de Santa Catarina, Bolsista do Programa UNIEDU – FUMDES; Membro do Grupo de Pesquisa Interculturalidade, Identidade de gênero e Personalidade; Pós-graduação na área de concentração Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais, Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Sociais. Especialista em Direito Civil, Processo Civil e Docência na Educação Superior – Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas FACISA (2013); Especialista em Gestão, Licenciamento e Auditoria Ambiental – Universidade do Norte do Paraná (2013); Especialista em Direito Ambiental – Centro Universitário Leonardo da Vinci (2013); Especialista em Direito Público e Privado: Material e Processual – Universidade do Oeste de Santa Catarina (2018); Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas – FACISA (2014); Tecnóloga em Gestão Ambiental – Universidade Norte do Paraná (2012). Advogada OAB/SC 45.716.

² Professora Titular no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Educação da Universidade Estadual do Paraná-UNIOESTE. Avaliadora do INEP – BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global *Alliance on Media and Gender* (GAMAG) – UNESCO. Líder da Linha de Pesquisa Cidadania e Direitos Humanos: perspectivas decoloniais/PPGD UNOESC.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito fundamental previsto na Constituição Federal e em seu artigo 196 assegura: “[...] 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 sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). Diante deste artigo é notório que tanto o Estado como a sociedade possui o dever de cuidado com a saúde pública.

O direito de saúde possui fundamento intimamente ligado à existência humana que vem se firmando desde o período do pós-guerra. Contudo, sabe-se que os avanços científicos, metodológicos de manutenção de saúde e bem-estar social têm sofrido rompantes catastróficos³ que sinalizam para a necessidade de evolução com vistas à preservação da humanidade.

Neste sentido, se faz imperiosa a percepção da influência que o estado social formado pela estrutura democrática de direitos ao longo das décadas pela consideração aos vários diplomas e organizações de esfera internacional relativos à dignidade da pessoa humana, de tal modo que o sistema de saúde brasileiro na atualidade tem sido um alicerce importante para garantia do direito dos indivíduos. Não obstante, a coletividade de indivíduos é formada pela diversidade étnica e cultural que demanda uma organização política governamental e necessariamente uma atenção voltada à diversidade sócio-cultural.

Em se tratando dos povos indígenas, historicamente dizimados pelos vários processos e fatores como os etnocídios e os memoricídios, as doenças endêmicas e epidêmicas, reafirmam constantemente a relação de compromisso do Estado para com essas coletividades. Insta destacar que

³ A pandemia de Covid-19, causada pelo vírus SARS-CoV-2 ou Novo Coronavírus, vem produzindo repercussões não apenas de ordem biomédica e epidemiológica em escala global, mas também repercussões e impactos sociais, econômicos, políticos, culturais e históricos sem precedentes na história recente das epidemias (FIOCRUZ, 2020).

a desassistência do estado para com os Povos Indígenas segue em curso. Segundo o Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2018,

[...] em 2018, 44 casos de desassistência na área da saúde, atingiram aproximadamente 17.966 pessoas. Esses episódios ocorreram nos estados do Acre (5), Alagoas (3), Amapá (2), Amazonas (2), Bahia (1), Maranhão (6), Mato Grosso (5), Mato Grosso do Sul (2), Pará (6), Paraíba (1), Paraná (3), Rondônia (3) e Tocantins (5). Esses casos envolvem negligência no atendimento e omissão no socorro, no transporte de pacientes e na distribuição de remédios. Há diversos episódios de descaso com medidas de infraestrutura sanitária, água contaminada, falta de acesso à água e desvios de remédios para comércio ilegal dentro de aldeias. O estado do Amazonas foi bastante afetado pelo fim da cooperação entre a Organização Pan-Americana de Saúde (Opas) e Cuba através do Programa Mais Médicos, no início de novembro. A saúde indígena perdeu 81% do contingente de médicos. Um déficit real de 301, do total de 372 médicos que atendiam a população indígena no Brasil. Segundo Paulo Marubo, coordenador da Univaja, o atendimento no Vale do Javari era feito exclusivamente por médicos cubanos; mais de 6 mil indígenas eram atendidos por dez médicos. Não houve reposição desses profissionais ou qualquer esclarecimento às comunidades. Em dezembro de 2018 ainda não havia nenhuma solução para o problema. A região do Vale do Javari já passou por contextos de ampla desassistência à saúde indígena, quando a mortalidade atingiu um número assustador. O Programa Mais Médicos teve resultados importantes, reduzindo significativamente os casos de hepatite, por exemplo. Além dos cuidados na atenção básica, os indígenas também passaram a tomar algumas vacinas, período adequado (CIMI, 2019, p. 117).

Por este viés, mencionamos que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, reconhece a saúde como direito de toda pessoa, sendo um valor impreterivelmente necessário a toda humanidade, pressuposto considerado indispensável para a existência de um estado social. Na mesma direção a Organização Mundial de Saúde – (OMS),

disciplina o direito de saúde não apenas como ausência de enfermidade, mas pela concepção de bem-estar físico, mental e social.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 consagra o direito fundamental à saúde nos artigos 1º, inciso III, pela dignidade da pessoa humana; 6º, como sendo um direito social; 23 inciso II, como competência comum dos entes estatais a promoção e efetivação de direito e do 196 ao 200 contempla-se uma seção especial para esse direito, de modo que o acesso à saúde deve ser promovido e assegurado em seu âmbito de maior amplitude possível pelo Estado.

Nesse contexto, a saúde de povos indígenas, é um direito que deve ser garantido e exercido em sua totalidade e não apenas o recebimento de tratamento de doenças, mas sim, visando a manutenção da qualidade de vida, desenvolvimento da cultura e ideários de povos indígenas pelo sistema de saúde, atividade essa promovida pelos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), pela atenção especial a peculiaridade cultural atinente ao padrão étnico-cultural.

O estudo divide-se em duas partes e utiliza-se do procedimento bibliográfico-investigativo, acrescido de dados obtidos do Ministério da Saúde e do Conselho Indigenista Missionário/CIMI.

2 POVOS INDÍGENAS E O DIREITO À SAÚDE

A população da América Latina constitui-se multicultural, em especial pela presença de povos indígenas. Os estudos com populações indígenas são sempre complexos, pois os dados são escassos e os trâmites burocráticos são muitos. Parte dos dados e estatísticas são produzidos e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pela FUNAI e suas Divisões Estaduais (DSEI) e Casas de Apoio à Saúde do Índio (CASAI) e as organizações do próprio movimento indígena.

Nesse contexto, destaca-se a importância de analisar a questão indígena e especialmente da saúde pelo prisma interdisciplinar a vista a diversidade presente no território brasileiro. Estudos antropológicos e socioculturais na área da saúde têm ganhado grande relevância há um considerável tempo, a exemplo do apresentado por Claude Levi Strauss em 1956, que fazia um levantamento de mais de uma centena de autores, mas, atualmente, este levantamento seria quase impossível devido à grande gama de autores e trabalhos desenvolvidos que chegam na casa de milhares por todo o mundo, os quais nem sempre chegam a um consenso acerca do assunto, pelo mesmo, existem várias abordagens, ou seja, os estudos neste campo apresentam profissionais e objetos de estudos plurais e orientações teórico-metodológicas múltiplas e transdisciplinares, apresentando um fenômeno justificado pelo caráter bio-psicosocial, escapando do objeto de estudo de uma única disciplina, por ser polissêmica (ALVES; MINAYO, 1994).

No território brasileiro constata-se a presença de indígenas em grande parte dos Estados. Segundo o Instituto Sociambiental (ISA, 2015), o Brasil possui uma extensão territorial de 8.511.965 km² e as terras indígenas (TIs) somam 724 áreas, ocupando uma extensão total de 117.377.021 hectares (1.173.770 km²). Assim, 13.8% das terras do país são reservados aos povos indígenas. A maior parte das TIs concentra-se na Amazônia Legal: são 424 áreas, 115.344.445 hectares, representando 23% do território amazônico e 98.25% da extensão de todas as TIs do país. O restante, 1.75%, espalha-se pelas regiões Nordeste, Sudeste, Sul e estados de Mato Grosso do Sul e Goiás.

Mesmo em face a essa realidade, os indígenas estão sujeitos aos processos de mitigação de sua identidade originária em virtude da desigualdade econômica e sociocultural que assola as maiorias das etnias no Brasil, incluindo a desassistência ao direito de saúde que é assegurado pelo ordenamento brasileiro como inerente ao direito fundamental humano. Insta assinalar que dentre os elementos que mais dizimaram os Povos

Indígenas no Brasil foram os genocídios e nessa categoria às doenças têm lugar de destaque.

O sociólogo peruano Aníbal Quijano (2005), precursor do grupo Modernidade/Colonialidade (MC), traz reflexões pontuais sobre as relações de dominação pela colonização que impetraram um forte processo de dizimação de povos originários e que perdura pelo movimento da colonialidade e pela imposição do capitalismo mundial, possuindo como característica a aculturação, padronização e codificação de povos pelo padrão europeu.

Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, conseqüentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial (QUIJANO, 2005, p. 117).

Motivo pelo qual desde o período colonial até o século XXI os povos indígenas convivem com processo de aculturação e assimilação não-indígena pautada no movimento ocidental do capitalismo global que proporciona vasta mudança na condição de vida de povos originários deslocados do ambiente nativo para as periferias e encostas das cidades.

Pelo levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no Brasil existem 305 povos indígenas, falando mais de 274 línguas, habitando 1.290 terras indígenas, sendo 408 homologadas e 821 em processo de regularização ou reivindicadas. As terras indígenas demarcadas ou não em sua quase totalidade, encontram-se invadidas, depredadas e em processo de devastação. Centenas de comunidades indígenas vivem como

sem-terra, nas margens de rodovias ou acampadas em terras estaduais ou municipais, em áreas degradadas e contaminadas pela poluição ambiental dos grandes centros urbanos (IBGE, 2010).

Em se tratando precisamente da atenção à saúde dos povos indígenas em território brasileiro no transcurso histórico entre as décadas de 60 e 70, houve tentativas governamentais por meio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)⁴, para ações de atendimento aos povos indígenas, entretanto por opção governamental os serviços de atenção à saúde dos povos indígenas foi negligenciada.

Dentre os efeitos do descaso, pode-se destacar a carência de suprimentos, a capacidade administrativa, a precariedade da estrutura básica de saúde, a falta de planejamento e organização de um sistema adequado, além da falta de investimento e qualificação de atendentes às comunidades culturalmente diferenciadas colaboraram para fazer sucumbir a prestação do atendimento (BRASIL, 2002). Assim, a necessidade de atenção específica de saúde às comunidades indígenas, tem sido pleitos constantes pelos defensores, estudiosos e líderes indígenas.

No decorrer da história brasileira as comunidades nativas foram se adaptando e se desenvolvendo em respeito às suas singularidades. Neste contexto a ressignificação das identidades e os novos ordenamentos socioculturais e jurídicos levaram os grupos indígenas escolherem novas lideranças. Essas tinham em primeira instância organizar as formas de participação coletiva no interior da comunidade bem como representá-la em atividades políticas externas (WENCZENOVICZ, 2019, p. 72).

Pode-se dizer que a política assimilacionista e integracionista foi seguida em muitos segmentos pelo constituinte de 1988 na Constituição da República Federativa do Brasil⁵.

⁴ Por exemplo o Decreto Presidencial n° 1.141/94 constituiu uma Comissão Intersetorial de Saúde (CIS), com a participação de vários Ministérios relacionados com a questão indígena, sob a coordenação da FUNAI. O decreto devolve, na prática, a coordenação das ações de saúde à FUNAI (BRASIL, 2002).

⁵ Capítulo VIII, arts. 231 e 232, Constituição Federal de 1988.

Para compreender as iniciativas voltadas para a saúde dos povos indígenas, é preciso referir que a Constituição de 1988 ampliou a responsabilidade do Estado com a saúde pública da população em geral com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). O SUS tem como propósito a universalização da assistência à saúde de forma equânime, pública e gratuita nos níveis primário, secundário e terciário a todos os cidadãos do território brasileiro e em consonância com as demais áreas de atuação do Estado. Como resultado de articulações de movimentos indígenas e indigenistas, movimento sanitário, pesquisadores e agentes públicos, ao longo das décadas de 1980 e 1990, foi criado em 1999 o Subsistema de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, incorporado ao SUS, por meio da Lei nº 9.836 (KABAD; PONTES; MONTEIRO, 2020).

O Decreto nº 10.088, de 5 de Novembro de 2019, agregando o Anexo LXXII, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2007; ONU, 2007a), Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes de 1989 que destinou a parte V do documento para impor a necessidade de uma seguridade social sem discriminação voltada inclusive para o atendimento de saúde dos povos indígenas, determinando que os governos devem zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados os serviços de saúde adequados, a fim de que as comunidades possam gozar do nível máximo possível, e também sempre que possível pelos métodos de prevenção das práticas curativas e medicamentos tradicionais (BRASIL, 2019).

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, encarregado de apresentar comentários normativos de cumprimento do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), editou em 2000 o Comentário Geral nº 14, determinando o direito ao gozo do mais alto padrão de saúde possível aos povos indígenas. O documento afirma que os serviços de saúde devem ser culturalmente apropriados, ou seja, devem levar em conta cuidados preventivos, práticas curativas e medicamentos tradicionais (ONU, 2000).

No mesmo sentido, a Observação Geral nº 19 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, sobre o direito à segurança social com base no Art. 9 do PIDESC, dedica especial atenção à segurança social, estabelecendo diretrizes para aplicação e efetivação do direito quando os Estados partes devem zelar para que as populações indígenas, étnicas e linguísticas não sejam excluídas dos sistemas de seguridade social em especial no que diz respeito a obtenção de atendimento de saúde, por fatores de discriminação direta ou indiretamente, em especial devido à imposição condições irracionais de admissão ou falta de informações suficientes (ONU, 2007a).

O modelo brasileiro de seguridade social busca dar concretude aos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico, abarcando a distribuição e implementação de um sistema de saúde tanto na esfera federal, estatal e municipal, tendo como escopo os parâmetros de evolução do direito positivado tanto na ordem nacional como internacional. Apesar disso, o sistema implementado, resulta de um complexo processo de disputas políticas e esforços coletivos de iniciativa pública e privada.

Elaborado dentro deste padrão de esforços os princípios orientadores do direito humano de segurança social brasileira visam contemplar os elementos essenciais à manutenção da dignidade humana os quais sejam: saúde, assistência e previdência, de tal modo que os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, objetivando que tais parâmetros não sofram nenhum tipo de retrocesso ou arbitrariedade legislativa.

Derechos fundamentales constitucionales de Seguridad Social son, formalmente, derechos de defensa contra retrocesos legislativos. Es decir, como derechos constitucionales, constituyen una protección (límite) frente a la discrecionalidad política del legislador ordinario. Por otro lado, materialmente, son derechos de defensa contra arbitrariedades económicas y de la salud física individual, o sea, contra vicisitudes sociales, económicas y biológicas que afectan directamente las condiciones básicas de desarrollo de las libertades individuales y de la cohesión social de las personas (STRAPAZZON, 2015, p. 173).

Todavia, em se tratando de saúde indígena, o processo de implementação de uma cultura preponderantemente multicultural depende de projetos emancipatórios e contra-hegemônicos de reconhecimento e respeito às diferenças, que evidentemente estão sendo reivindicados na atualidade. Assim, as bases epistemológicas que promovem a transformação devem estar vinculadas aos processos políticos e democráticos em prol da efetivação dos direitos consagrados aos povos indígenas (BRASIL, 2020).

No Brasil a saúde dos povos indígenas é implementada através do Sistema Único de Saúde (SUS), sob observância do Ministério da Saúde. Entretanto, perfaz se o paradigma do reconhecimento e do multiculturalismo, observando-se a necessidade de uma garantia intercultural urgente. Da mesma forma, não raras vezes a arena de debates sociais e políticos com tema que envolve o indigenismo se dá pelo debate paralelo ao exercício cotidiano de direitos fundamentais sociais, cuja fundamentação teórica e empírica precisa ser reavaliada pelo aspecto peculiar da condição étnica e cultural embasada na dignidade humana.

3 DISTRITOS SANITÁRIOS ESPECIAIS E A SAÚDE INDÍGENA

Em se tratando de direito fundamental e garantias para efetivação dos direitos fundamentais vale salientar que as percepções dos indígenas acerca da situação de saúde comunitária e das causas eventuais de sua melhora ou piora podem não coincidir com aquelas dos profissionais de saúde. Além das concepções divergentes em matéria de saúde, doença e cura, os profissionais de saúde podem se deparar com uma doença não categorizada como doença pela comunidade, não reconhecida como sendo de competência da medicina ocidental, ou ainda, não percebida como problema prioritário de saúde nessa comunidade específica (BUCHILLET, 2004, p. 51).

Wenczenovicz (2019), adverte que aos povos indígenas, a saúde equivale à coexistência harmoniosa dos seres humanos com a natureza, entre eles e com outros seres na busca do bem-estar. A concepção indígena de saúde articula elementos físicos, mentais, espirituais e emocionais, tanto sob a perspectiva das pessoas como das comunidades, e envolve componentes políticos, econômicos, sociais e culturais. Ao mesmo tempo, responde às experiências históricas e cosmovisões de cada povo, e as crenças e práticas de saúde fazem parte das normas comunitárias. Ou seja, o direito à saúde dos povos indígenas deve ser entendido tanto em sua dimensão individual e coletiva, sendo interdependente da realização de outros direitos humanos.

A Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007, em Nova Iorque, subscrita pelo Brasil dispõem em seus artigos vinte e três e vinte e quatro que os povos indígenas têm o direito de participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições, bem como têm direito a seus medicamentos tradicionais e a manter suas práticas de saúde, incluindo a conservação de suas plantas, animais e minerais de interesse vital do ponto de vista médico. Isso significa que os indígenas têm direito ao acesso, sem qualquer discriminação, a todos os serviços sociais e de saúde (ONU, 2007b).

Já a Política Nacional de Atenção à Saúde de Povos Indígenas, aprovada pela Portaria do Ministério da Saúde de nº 254 de 31 de janeiro de 2002, trouxe um importante mecanismo para a implementação de mecanismos de atenção à saúde de povos indígenas com a criação de DSEI, em forma de rede a prestação de serviços e atenção básica de saúde dentro das áreas indígenas, integradas e hierarquizadas conforme a complexidade crescente e articulada com a rede do Sistema Único de Saúde (SUS).

Tal abordagem se dá por profissionais com capacitação visando favorecer a apropriação pelos povos indígenas de conhecimentos e recursos técnicos da medicina ocidental, não de modo a substituir, mas de somar ao acervo de terapias e outras práticas culturais próprias, tradicionais ou não (BRASIL, 2002, p. 13).

Nessa ótica, Enfermeiros deverão estar preparados para trabalhar em meio essa diversidade, buscando sempre a melhor forma de levar a assistência, fazendo uso dos conhecimentos em gerenciamento, assistencialismo, planejamento... com intuito de ofertar uma assistência humanizada, sendo capaz de avaliar recursos tecnológicos, organizacionais e humanos exigidos para a criação e a gestão do conhecimento, desenvolvendo dessa maneira, competências, habilidades, atitudes e valores para planejar, organizar, dirigir e controlar a gestão do conhecimento nas organizações de seu capital humano (SILVA, 2020).

Os DSEI são 34 unidades divididas estrategicamente por critérios territoriais, tendo como base a ocupação geográfica das comunidades indígenas, não obedecendo limites dos Estados. A estrutura de atendimento conta com unidades básicas de saúde indígenas, polos-base e as Casas de Saúde Indígena (CASAI). Impreterivelmente os DSEI são uma forma de efetivação do direito à saúde dentro da peculiaridade necessária a condição indígena baseada em uma abordagem holística do contexto cultural das famílias e comunidades que vivem da sustentabilidade do ambiente, manejo e das práticas empíricas e simbólicas de acordo com a definição de saúde pelos conhecimentos milenares passados de geração em geração.

A atuação entre os entes estatais é conjunta podendo outras instituições governamentais e não governamentais atuarem complementarmente ao custeio das ações desenvolvidas, sendo o Ministério da Saúde o responsável pela implementação de acordo com a legislação. Segundo a Secretaria Executiva do Ministério da Saúde (BRASIL, 2001), dentre os 34 DESIs existentes em todo o Brasil o número de aldeias atendidas soma o montante

de 2.980 (duas mil novecentos e oitenta). Destaque-se na região Sul do Brasil a existência do Distrito Sanitário Especial com sede na cidade de Chapecó, estado de Santa Catarina. Tal distrito reúne os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Interior de São Paulo, disponibilizando atendimento à 56 aldeias compostas pelas etnias Kaingang, Guarani, Xokleng, Krenak e Terena.

Para compreender essa demanda, é necessário que se entenda o processo de entrada do paciente indígena no sistema de saúde, o agente de saúde indígena dá início ao acompanhamento realizando orientações de saúde nas aldeias e se o problema de saúde não for solucionado, o agente encaminha o paciente para o polo base do município. Mais próximo onde receberá atendimento em uma unidade básica de saúde do município. Se o paciente concluir o tratamento, voltará para a aldeia; se necessitar de atendimento especializado será encaminhado para a (CASA) (MAIA *et al.*, 2019).

Vale notar que além das demais legislações ainda, a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 dispõe sobre as condições para promoção e proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento de serviços de saúde, possuindo fundamental importância no seu capítulo V, nominando o subsistema de atenção à Saúde Indígena, e inclusive determinando que caberá à União com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (BRASIL, 1990).

Mas apesar disso, a problemática continua girando em torno da estrutura de herança colonial que se perfaz pelo tempo, impondo limites a verdadeira efetivação de uma materialização do sistema criado para o fim de atenção especializada indígena. Em termos gerais, o desenvolvimento do sistema de atendimento de saúde aos povos indígenas depende não apenas uma avaliação criteriosa de dados que demonstram a constante dizimação de povos nativos, mas também uma percepção que muito precisa ser feita nas esferas políticas, administrativas, emancipatórias, e porque não dizer, democráticas.

Evidentemente a efetivação do direito universal de saúde, afirmado pela viga mestra que permeia o ordenamento jurídico do estado de direito com base na dignidade e manutenção em nível essencial de desenvolvimento humano depende de materialização de política amparada no multiculturalismo e na realidade de grupos historicamente subalternizados pela mudança de ordem estabelecida.

4 CONCLUSÃO

A efetivação do direito de saúde é primeiramente um dever estatal atrelado ao pacto social, contudo os processos políticos e democráticos de um país dependem de procedimentos lentos de emancipação cultural e reconhecimento de aspectos fundamentais de coletividade e bem-estar social. O debate envolvendo povos indígenas é sempre um grande paradoxo, haja vista aculturação impetrada desde o período colonial sobre indivíduos que também carregam direitos universalmente estabelecidos dentro de um processo civilizatório de dignidade humana.

Ademais, o direito a saúde é fundamental para perpetuação de toda espécie humana, neste sentido a promoção da saúde desenvolvida pelas políticas públicas governamentais e pela criação de órgãos e bases de atendimento especializado torna se elemento de profunda importância para materialização do direito de saúde dos povos indígenas. Os DSEI, demonstram um fator positivo na progressão de reconhecimento de especificidade da cultura indígena, dentro do prospecto saúde. Contudo, ainda são necessários procedimentos e reconhecimentos de ordem antropológica imprescindíveis para estabelecimento de maneira pormenorizada do perfil epidemiológico e sanitário de populações ou comunidade indígenas, subsidiando assim, um planejamento com ações de saúde e organização para efetiva manutenção dos serviços de atenção à saúde indígena. Assim, percebe-se que o direito de saúde quando reconhecidamente um direito fundamental, individual ou

de uma comunidade, se faz pelas determinantes de legitimação de vida em sociedade multicultural.

Em verdade, apesar de muitos obstáculos, o sistema de seguridade apresentado pelo Brasil é permeado de esforços positivos, contudo a realidade tem demonstrado que as comunidades indígenas continuam sendo dizimadas por vários fatores, dentre eles, as doenças. Fato que reafirma que a verdadeira segurança social somente se concretiza pela existência de um pacto social que ultrapassa interesses setoriais e classistas, permitindo-se o desenvolvimento de um padrão civilizatório inovador edificado por políticas e instituições democraticamente constituídas.

REFERÊNCIAS

ALVES, P. C.; MINAYO, M. C. de S. (orgs.). **Saúde e doença: um olhar antropológico**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 10.088, de 5 de novembro de 2019**. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. **Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas**. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde, 2002. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_saude_indigena.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Lei do SUS. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs)**. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/quem-e-quem/685-institucional/secretarias/secretaria-especial-de-saude-indigena-sesai/46396-distritos-sanitarios-especiais-indigenas-dseis>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Programa saúde indígena: etnodesenvolvimento das sociedades indígenas/Ministério da Saúde**. Secretaria Executiva. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BUCHILLET, D. Cultura e saúde pública: reflexões sobre o Distrito Sanitário Especial Indígena do Rio Negro. In: LANGDON, E. J.; GARNELO, L. (orgs.). **Saúde dos Povos Indígenas: reflexões sobre antropologia participativa**. Rio de Janeiro: Contracapa/ABA, 2004. Disponível em: <http://adelco.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Sa%C3%BAde-dos-povos-ind%C3%ADgenas-reflex%C3%B5es-sobre-antropologia-participativa.-LANGDON-Esther-J.-GARNELO-Luiza.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil** – Dados de 2018. Brasília: CIMI, 2019. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/Arquivos/Relat.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

FRIOCRUZ. **Impactos sociais, econômicos, culturais e políticos da pandemia**. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/impactos-sociais-economicos-culturais-e-politicos-da-pandemia>. Acesso em: 25 out. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **População indígena**. 2010. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/nosso-povo/20507-indigenas.html>. Acesso em: 12 jul. de 2020.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. **Povos Indígenas no Brasil**. Localização e extensão das Tis. 2015. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Localiza%C3%A7%C3%A3o_e_extens%C3%A3o_das_TIs. Acesso em: 26 jul. 2020.

KABAD, J. F.; PONTES, A. L. de M.; MONTEIRO, S. Relações entre produção científica e políticas públicas: o caso da área da saúde dos povos indígenas no campo da saúde coletiva. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, p. 1653-1666, 2020. Disponível em: <https://scielosp.org/article/csc/2020.v25n5/1653-1666/>. Acesso em: 25 out. 2020.

MAIA, J. A. *et al.* Acesso dos usuários indígenas aos serviços de saúde de média e alta complexidade. **DêCiência em Foco**, v. 3, n. 2, p. 144-154, 2019. Disponível em: <http://revistas.uninorteac.com.br/index.php/DeCienciaemFoco0/article/view/328>. Acesso em: 25 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Comentário Geral n° 14. 2000. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en. Acesso em: 12 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Observación General n. 19 (El derecho a la seguridad social, Art. 9) PIDESC, 2007a. Disponível em: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyD=9&DocTypeID=11. Acesso em: 12 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de setembro de 2007, em Nova Iorque. 2007b. Subscrita pelo Brasil. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção nº 169, de 07 de junho de 1989**. 1989. Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/conven%C3%A7%C3%B5es/WCMS_236247/lang--pt/index.htm. Acesso em: 12 jul. 2020.

QUIJANO, A. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. **CLACSO**, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – Buenos Aires – 2005. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 12 jul. 2020.

SILVA, R. S. Com os pés num mundo novo: saúde indígena no distrito sanitário especial do Tocantins. **Revista Cereus**, v. 12, n. 1, p. 203-222, 2020. Disponível em: <http://ojs.unirg.edu.br/index.php/1/article/view/2994>. Acesso em: 25 out. 2020.

STRAPAZZON, C. L. **Constitución y seguridad social en Brasil: reanudación y un paso adelante. In Escritos sobre derechos individuales y colectivos: una visión desde perspectivas constitucionales diversas.** Ed. Mercè Barceló i SERRAMALERA. Barcelona: Atelier, 2015, p. 171-193.

WENCZENOVICZ, T. J. **A escuta da aldeia: marcadores sociais e memórias nas comunidades indígenas no Brasil meridional.** Joaçaba: Editora Unoesc, 2019.

PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (2014-2024): POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL PARA O CUMPRIMENTO DA META 12 E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE EDUCAÇÃO NO ENSINO SUPERIOR

Renan Eduardo da Silva¹

RESUMO

A educação brasileira vem sendo construída sobre a perspectiva de combate as desigualdades sociais, pelo pleno desenvolvimento da pessoa, preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o mercado de trabalho. Dentro deste aspecto, a democratização do acesso ao ensino superior é uma das medidas mais importantes do Estado, na busca pela educação como um direito ao alcance de todos. Deste modo, o Plano Nacional de Educação através da Meta 12 formula uma série de estratégias a serem desenvolvidas por políticas públicas educacionais com o foco no acesso, na permanência e no êxito escolar no sistema de ensino superior. Uma dessas políticas públicas é a assistência estudantil (estratégia 12.5 do PNE), que configura-se como uma política assistencial voltada a inclusão social pela educação. Portanto, o presente artigo objetiva entender a atuação da política pública de assistência estudantil para o cumprimento da Meta 12 do PNE e efetivação do direito fundamental de educação no ensino superior. Desta forma, inicialmente é tratado os planos nacionais de educação (PNE 2001-2010 e PNE 2014-2024) e suas metas. Por seguinte, são feitas considerações sobre políticas públicas para a educação superior. Com a compreensão sobre políticas públicas para o ensino superior, procura-se demonstrar a assistência estudantil como uma política assistencial-educacional voltada a realização da Meta 12 do PNE e efetivação do direito fundamental de

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Contestado – UNC Concórdia. Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado OAB SC nº 46.971. Servidor Público Federal do Instituto Federal Catarinense-Campus Concórdia. Coordenador de Pessoal e Relações Jurídicas do Sindicato Nacional dos Servidores Federais da Educação Básica, Profissional e Tecnológica (SINASEFE)-Seção de Concórdia-SC. Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Bolsista Uniedu/Fumdes. Contato: renan.silva@ifc.edu.br.

educação no ensino superior. Para tanto, se utilizará do procedimento metodológico de pesquisa bibliográfica-investigativa.

Palavras-chave: Assistência Estudantil. Educação. Ensino Superior. Plano Nacional de Educação. Política Pública.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a política pública de assistência estudantil e a verificação de argumentos em favor de sua perspectiva para o cumprimento da Meta 12 do PNE e efetivação do direito fundamental de educação no ensino superior.

Desta forma, inicialmente são feitas considerações sobre os planos nacionais de educação e suas metas. Assim, ressalta-se que a obrigação constitucional do Estado (art.214 da CF) na formulação de um plano nacional de educação para vigência decenal (Art.1 da Lei 13.005/2014), configura-se como uma tentativa de implementação de uma política de Estado na área educacional para a manutenção e desenvolvimento de políticas públicas para a educação.

No tocante a educação superior, essa característica é essencial, já que as políticas públicas educacionais devem ser tratadas como programas estatais, de forma que ações para a materialização da democratização do acesso e permanência no ensino superior não podem ser descontinuadas como um programa de governo.

Por seguinte, passa-se ao estudo das políticas públicas na área da educação superior, a princípio o enfoque é sobre a conceituação e caracterização sobre o que é política pública.

Deste modo com uma compreensão inicial sobre o tema, é possível se perceber que no âmbito educacional, as políticas públicas de incentivo ao ensino superior são instrumentos para a concretização do direito de educação, constituindo-se como estratégias para a democratização do ensino superior (Meta 12 do PNE 2014-2024).

Por fim, oportuniza-se uma compreensão da assistência estudantil (estratégia 12.5 do PNE), como uma política assistencial voltada a educação, de modo que o desenvolvimento do programa de ações de AE voltadas ao estudante de baixa renda proporciona o cumprimento da Meta 12 do Plano Nacional de Educação, pela efetivação do direito a educação superior com o acesso, permanência e êxito do estudante carente no sistema de ensino.

2 PLANOS NACIONAIS DE EDUCAÇÃO E SUAS METAS PARA A EDUCAÇÃO

Consagrada como um direito fundamental² no artigo 6 da Constituição Federal e como um direito de todos e dever do Estado a ser promovida e incentivada em colaboração com a sociedade³ (art. 205 da CF), a educação ganhou especial tratamento no texto constitucional (art. 6 e arts. 205 a 214), em vista de seu reconhecimento como um dos direitos humanos⁴ e pelo seu papel essencial a dignidade humana⁵.

Desta forma, com vistas a definir diretrizes, metas e estratégias para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino no Brasil, a

² Para Sarlet (2001, p. 11) os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).

³ Conforme Rawls (2000, p. 90) a sociedade é interpretada como um empreendimento cooperativo para vantagem mútua. Desta forma, a responsabilidade para se efetivar o direito a educação não é ação exclusiva do Estado, devendo a sociedade (setor privado, conselhos, ONGS, comunidades e família) agir em conjunto com os órgãos governamentais.

⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. 26, I – Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito (NAÇÕES UNIDAS, 2019)

⁵ Segundo Masson e Silva (2015, p. 368) a educação tem sido um pré-requisito para a expansão de outros direitos, já que a efetivação da cidadania registra a necessária condição de possibilidade de participação na vida social e política, para o que não se encontra caminho sem uma educação de qualidade, que desenvolva o senso analítico e crítico.

Constituição Federal estabeleceu a necessidade de publicação de um plano nacional de duração decenal (art. 214 da CF) e (Art. 1 da Lei 13.005/2014).

Conforme Libanêo (2012, p. 181) entre as razões para a elaboração do PNE, figurava a premência de haver um plano de Estado, ou seja, um projeto de educação que tivesse duração independente dos governos no poder, garantindo a continuidade de políticas públicas para a educação.

Em atenção à obrigação constitucional do artigo 214 da Constituição, após discussão da matéria no Congresso Nacional foi promulgado o primeiro PNE pela lei n. 10.172/2001 com vigência de 2001-2010. Quanto ao primeiro PNE I, Martins e Souza (2014, p. 173) expõem a seguinte crítica:

O PNE 2001-2010 continha 295 metas [...] de forma que por sua abrangência e sua dispersão, não dispunha de meios objetivos para um monitoramento e uma avaliação precisa de suas metas pela sociedade, o que contribuiu para que a maioria das metas não fosse alcançada. A ausência de planos de educação nas esferas estaduais e municipais, aliada à falta de indicadores confiáveis e a crise de credibilidade sofrida pelo PNE 2011-2010 resultante dos muitos vetos presidenciais que sofreu podem explicar sua pouca efetividade.

No ano de 2009, com a iminência do término de vigência do PNE em 2010, surgiu a necessidade da elaboração de um novo planejamento para a próxima década da educação brasileira, buscando resultados mais efetivos do que aqueles apresentados no PNE 2001-2010.

Com isso, a discussão de um novo PNE começa em 2009 quando foram realizadas conferências municipais, estaduais e regionais prévias de educação, antecedendo a (CONAE) Conferencia Nacional de Educação (LÍBANEIO, 2012, p. 207).

A demora na tramitação do respectivo projeto de lei no Congresso Nacional leva a aprovação do PNE II se dar somente no ano de 2014 pela lei n. 13.005/2014, de modo que o atual PNE possui vigência para o decênio (2014-2024).

O Plano Nacional de Educação (2014-2024) é instituído, com a pretensão de ser um instrumento eficaz para a formulação e acompanhamento de políticas públicas educacionais aptas a mudar a realidade educacional do país.

Para atingir estes objetivos, o PNE foi estruturado em 20 metas centrais aliadas a 254 estratégias específicas⁶ para a sua efetiva concretização, no entanto numa análise geral as metas propostas pelo atual PNE (2014-2024) para a educação brasileira são extremamente ambiciosas, especialmente tendo em vista que o PNE anterior (2001-2010) não conseguiu atingir as metas que se propôs⁷.

Contudo, em um país que ainda não possuiu um Sistema Nacional de Educação constituído⁸, não há que se negar que adoção de plano de educação decenal, se trata de uma tentativa louvável para imprimir uma agenda institucional de ações na área educacional como política de Estado.

Desta forma, como o Plano Nacional de Educação abrange todas as áreas da educação brasileira, é necessária uma interlocução maior entre os entes federativos aliados a uma participação crescente da sociedade⁹, especialmente para a formulação de planos de educação voltados as realidades regionais (planos de educação estaduais-PEEs) e locais (planos de educação municipais-PMEs).

O compromisso social pela melhoria da educação brasileira é um desafio complexo, que deve ser enfrentado na busca por uma educação que

⁶ Para conhecer melhor as metas do PNE para a educação brasileira, ver: http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf (MEC, 2019b).

⁷ De acordo com Sudbrack, Jung e Cauduro (2016, p. 347) a checagem entre os dois PNEs permite afirmar que não avançamos muito, embora tenhamos repetido as metas não alcançadas. As repetições de metas em planos diferentes, o não atingimento de resultados estimados resultam em planejamento de ações quase que parecidas se não iguais em distintos períodos.

⁸ A lei que instituiu o PNE II (Lei 13.005/2014) trouxe a seguinte disposição: Art. 13 – O poder público deverá instituir, em lei específica, contados 2 (dois) anos da publicação desta Lei, o Sistema Nacional de Educação, responsável pela articulação entre os sistemas de ensino, em regime de colaboração, para efetivação das diretrizes, metas e estratégias do Plano Nacional de Educação. No entanto, verifica-se que passados mais de 5 anos e o Sistema Nacional de Educação ainda não foi regulamentado.

⁹ Lei n. 13.005/2014, Art. 8º, §2º – Os processos de elaboração e adequação dos planos de educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de que trata o caput deste artigo, serão realizados com ampla participação de representantes da comunidade educacional e da sociedade civil.

reflita as demandas impostas pela sociedade contemporânea, em especial para a qualificação para o trabalho (art.205 da CF).

A educação superior brasileira deve desempenhar este importante papel, para o desenvolvimento do país e formação de capital humano condizente a um mercado de trabalho cada vez mais tecnológico, globalizado e com uma demanda maior por qualificação profissional.

Assim, é necessário à formulação de políticas públicas adequadas para a democratização do ensino superior, garantindo-se à ampliação do acesso e permanência (art. 206, I da CF), buscando meios eficazes para se cumprir o objetivo exposto na meta 12 do Plano Nacional de Educação.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A EDUCAÇÃO SUPERIOR

Partindo da perspectiva do reconhecimento da educação como direito fundamental, a educação é classificada como direito fundamental de natureza social¹⁰ (art.6 da CF), ou seja, é um direito de que demanda uma ação prestacional por parte do Estado. Robert Alexy (2008, p. 433-499) quanto à natureza prestacional de um direito fundamental tece o seguinte entendimento:

São os direitos a uma ação positiva do Estado [...] Direito a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência a saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primeiramente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.

¹⁰ Para da Silva (2014, p. 288) os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas, proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Diante disso, a educação é um direito que demanda mais que somente a sua positivação¹¹ no texto constitucional, de modo que é necessário que o Estado representado pelos poderes da República¹² e a sociedade¹³ busquem meios para assegurar efetividade a este direito por meio de programas capazes de garantir a promoção de justiça social¹⁴.

No tocante ao ensino superior, as políticas públicas de acesso, desenvolvimento e êxito escolar desempenham importante papel como programas governamentais destinados a garantir a universalização do direito a educação de maneira progressiva. Logo, a caracterização e conceituação de política pública não é uniforme, em vista de sua multidisciplinaridade de suas ações.

Segundo Bucci (2002, p. 241-243) políticas públicas “são programas de ação governamental [...] voltados ao atendimento das necessidades socialmente relevantes e politicamente determinadas”.

Para Arzabe (2006, p. 63) políticas públicas compreendem “um conjunto de programas de ação governamental [...] dirigidos à realização de direitos e de objetivo social que buscam concretizar oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos”.

Por sua vez, Souza (2007, p. 69) leciona que “a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio que governos democráticos traduzem

¹¹ De acordo com Bobbio (2004, p. 17) o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los e para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

¹² Nesse aspecto cabe destacar a proposição da PEC 26/2017 que acrescenta o artigo 75-A à Constituição. Art. 75-A. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de avaliação de políticas públicas, com o objetivo de promover o aperfeiçoamento da gestão pública, na forma da lei (BRASIL, 2017).

¹³ A Lei Complementar 131/2009 (Lei da Transparência) por meio do artigo 48, parágrafo único, inciso I e III assegura a participação popular na gestão fiscal de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; assim como assegura a liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público (BRASIL, 2009).

¹⁴ Para Masson e Silva (2015, p. 372) uma das peças-chave para a realização da justiça social é a universalização do ensino de qualidade, capaz de elevar a autoconsciência, a cidadania e a dignidade das pessoas, a fim de que se tornem sujeitos ativos aptos ao diálogo em sociedade.

seus propósitos [...] em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real".

Com a compreensão de um significado para as políticas públicas, é possível se observar o caráter intervencionista do Estado, o qual procura agir não mais de forma pontual, mas sim de maneira organizada e planejada, para assegurar a implementação de direitos¹⁵ expostos de forma abstrata na Constituição.

No âmbito da educação superior brasileira, no período entre o PNE I (2001-2010) e o PNE II (2014-2024), uma série de políticas públicas de incentivo ao ensino superior foram desenvolvidas pelo governo federal por intermédio do Ministério da Educação (MEC).

Tabela 1 – Políticas de Expansão da Educação Superior no Brasil

PROGRAMA	REGULAMENTAÇÃO	OBJETIVO
PROUNI (Programa Universidade para todos)	Lei n. 11.096/2005	Concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% ou de 25% para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.
REUNI (Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais)	Decreto n. 6.096/2007	Criar condições para a ampliação do acesso e permanência na educação superior, no nível de graduação, pelo melhor aproveitamento da estrutura física e de recursos humanos existentes nas universidades federais.
SISU (Sistema de Seleção Unificado)	Portaria Normativa n.21 /2012 do Ministério da Educação (MEC)	Seleção de estudantes a vagas em cursos de graduação em instituições públicas e gratuitas de ensino superior com base nos resultados obtidos pelos estudantes no Exame Nacional do Ensino Médio – Enem.
FIES (Fundo de Financiamento Estudantil)	Lei n. 10.260/2001 e Lei n. 13.530/2017	Concessão de financiamento a estudantes de cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério, de acordo com regulamentação própria.

Fonte: Elaborado pelo autor (2020), a partir de dados disponibilizados pelo Ministério da Educação¹⁶

¹⁵ Grau (2001, p. 191) destaca que o direito –a norma jurídica –passa a ser dinamizada como instrumento do governo e deixa de ser única e exclusivamente, a de ordenação. Enquanto instrumento de governo, então, o direito passa a ser atuado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos.

¹⁶ Ver: Ações e Programas do Ministério da Educação (MEC, 2019a).

Assim, ao analisar o Plano Nacional de Educação (2014-2024), podemos encontrar estas políticas públicas como estratégias a serem desenvolvidas para cumprimento da Meta 12: PROUNI (estratégia 12.5) REUNI (estratégia 12.1), SISU (estratégia 12.16) e FIES (estratégia 12.6).

3 ASSISTÊNCIA ESTUDANTIL COMO POLÍTICA ASSISTENCIAL DO DIREITO DE EDUCAÇÃO PARA A REALIZAÇÃO DA META 12 DO PNE

A ampliação do ensino superior no Brasil está alinhada com a expansão e melhoria do acesso e da qualidade da oferta. A democratização do ensino superior é um dos compromissos com a educação brasileira que se encontra presente na Meta 12 do PNE.

Para o cumprimento da meta 12 do PNE, uma série de políticas públicas educacionais como o Prouni, Reuni, Sisu e Fies foram desenvolvidas ao longo dos últimos 20 anos. Além destas políticas educacionais, a Meta 12 do PNE na estratégia 12.5 expõe a assistência estudantil como uma política para a educação superior.

Assim, com o desenvolvimento da política de expansão das universidades federais (REUNI) houve um crescimento no número de matrículas no ensino superior¹⁷, atrelado a este acréscimo sobreveio também um aumento no número de alunos em vulnerabilidade socioeconômica, especialmente em razão da Lei n. 12.711/2012¹⁸ (BRASIL, 2012).

¹⁷ Segundo dados do Censo da Educação Superior de 2014 (INEP, 2014, p. 19), em 2014 foi apurado mais de 7,8 milhões de matrículas no ensino superior. Isso significa um aumento de 96,5% de 2003 a 2014, quando as matrículas eram 3.936.933 em 2003.

¹⁸ Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012. Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população

Em virtude disso, a assistência estudantil foi instituída com a intenção prioritária de atender esse grupo com limitação da renda ¹⁹, procurando ampliar e democratizar o acesso e permanência destes estudantes na educação superior, buscando a redução das taxas de retenção e evasão escolar no ensino superior e contribuindo assim para a promoção da inclusão social pela educação.

A assistência estudantil insere-se no âmbito das políticas sociais, como uma política de assistência social voltada a educação. Quanto a esta característica, Imperatori (2017, p. 298-299) traz a seguinte menção:

Trata-se de uma política que se situa na interseção da assistência social com a educação e representa um avanço no reconhecimento da assistência estudantil como um direito social. [...] A assistência estudantil, enquanto desmembramento da assistência social no contexto da educação considera os estudantes em processo de formação para o trabalho. De acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 205, uma das finalidades da educação é a 'a qualificação para o mercado de trabalho'. Se for considerada a educação superior, esse princípio é ainda mais forte, tendo em vista a formação especializada dos cursos. Nesse sentido, seria legítimo que os estudantes desfrutassem de assistência enquanto estivessem no seu processo de formação acadêmica.

Completando o entendimento, Arcoverde e Nascimento (2012, p. 173) expõe que a conformação da política de AE (assistência estudantil) na atualidade é fruto da tendência à assistencialização das políticas sociais no país, que no âmbito da educação encontra na assistência ao estudante sua expressão maior.

da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm.

¹⁹ Decreto n. 7.234/2010. Art. 5º – Serão atendidos no âmbito do PNAES prioritariamente estudantes oriundos da rede pública de educação básica ou com renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio, sem prejuízo de demais requisitos fixados pelas instituições federais de ensino superior.

Portanto, a assistência estudantil como uma política de assistência social voltada à educação, decorre de que o foco do desenvolvimento de suas ações é voltado prioritariamente a pessoas carentes economicamente (alunos), que muitas vezes não dispõe de condições de renda suficientes para custear suas necessidades mais básicas (necessidades habitacionais, educacionais, sanitárias, de transporte e de bens de consumo) e manter-se estudando.

A assistência estudantil configura-se como uma importante política de apoio ao discente do ensino superior, desenvolvendo suas ações em áreas estratégicas como a permanência e desempenho acadêmico para as necessidades básicas, junto a ações com atuação na juventude, cultura, lazer e esporte.

Tabela 2 – Plano Nacional de Assistência a Estudantes – Áreas Estratégicas

ÁREA	LINHA TEMÁTICA
Permanência	Moradia, alimentação, saúde (física e mental), transporte, creche, condições básicas para atender os portadores de necessidades especiais.
Desempenho Acadêmico	Bolsas, estágios e remunerados, ensino de línguas, inclusão digital e fomento à participação político-acadêmica, acompanhamento psicopedagógico.
Cultura, Lazer e Esporte	Acesso à informação e difusão das manifestações artísticas e culturais, acesso a ações de educação, esportiva, recreativa e de lazer.
Assuntos da Juventude	Orientação profissional, sobre mercado de trabalho, prevenção a fatores de risco, meio ambiente, política, ética e cidadania, saúde, sexualidade e dependência química.

Fonte: Fonaprace (2012, p. 69).

Deste modo, a assistência estudantil é regulada no Decreto nº 7.234/2010²⁰ (BRASIL, 2010) e pela Portaria Normativa do Ministério da Educação (MEC) nº 39/2007²¹. Logo, de acordo com as diretrizes do plano nacional de assistência estudantil, o programa nacional de assistência

²⁰ Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES (MEC, 2019).

²¹ Institui o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES (MEC, 2007).

estudantil (PNAES) no artigo 3º, § 1º, repete a redação do artigo 2, p.único da portaria normativa n. 39/2007, elencando as áreas em que serão desenvolvidas as ações de assistência ao estudante:

Art. 3º. [...]

§ 1º As ações de assistência estudantil do PNAES deverão ser desenvolvidas nas seguintes áreas:

I – moradia estudantil; II – alimentação; III – transporte; IV – atenção à saúde; V – inclusão digital; VI – cultura; VII – esporte; VIII – creche; IX – apoio pedagógico; e X – acesso, participação e aprendizagem de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades e superdotação.

Ao proceder à leitura atenta do artigo 3º, §1º da lei 7.234/2010, é possível se compreender que o eixo de atuação das ações de AE são voltadas ao estudante carente que frequenta o ensino superior, visando propiciar ao acesso e a possibilidade de fruição de direitos fundamentais como, por exemplo, o direito a moradia (por meio de programas de moradia estudantil²²), direito à alimentação²³, direito à transporte²⁴, direito à saúde²⁵, todos estes tratados no artigo 6 da Constituição Federal de 1988.

Assim, ao se observar os objetivos propostos pela assistência estudantil, é possível se chegar ao entendimento de que as políticas de assistência ao discente objetivam efetivar o acesso ao direito fundamental de educação²⁶,

²² Fonaprace (2012, p. 154) o Programa de Moradia Estudantil [...] se estrutura no sentido de oferecer condições de permanência nas instituições de ensino superior público aos estudantes provenientes do interior do estado da sede da IFES ou de outros estados, através da convivência nas Casas de Estudantes, ou seja, através do acesso à moradia.

²³ O Fonaprace (2012, p. 71) elenca como um dos principais desafios da assistência estudantil o fortalecimento da Política de alimentação com construção de restaurantes universitários nos novos campi, nas novas Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) e nas IFES que não têm esse serviço, para garantir uma alimentação adequada nutricionalmente aos estudantes.

²⁴ O Fonaprace (2012, p. 72) destaca a implementação de ações de assistência estudantil para atender aos estudantes em mobilidade no território nacional e implantação de ações de apoio aos estudantes para participarem de convênios no exterior.

²⁵ O Fonaprace (2012, p. 41) expõe que se a desenvolva uma política nacional de atendimento de saúde do estudante universitário, respeitando os princípios do SUS e desenvolvendo ações no campo da atenção primária à saúde.

²⁶ Recentemente o MPF na AC 59.1307-CE, argumentou que a suspensão das bolsas do Programa Nacional de Assistência Estudantil (PNAES) fere o direito fundamental de educação. No parecer enviado ao TRF-5, o MPF ressalta o caráter assistencial do benefício,

previsto no artigo 205 da Constituição Federal, buscando especificamente o cumprimento da norma prevista artigo 206 em seu inciso I.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

A ampliação e desenvolvimento da política de AE conforme estratégia 12.5 do PNE perfaz uma tentativa de construção de um sistema de proteção social²⁷ na área da educação, com vistas ao acesso e permanência do estudante de baixa renda no ensino superior, de forma se cumprir a Meta 12 do Plano Nacional de Educação (2014-2024).

Diante de todo o exposto, é possível se compreender que a assistência estudantil possui grande relevância, pois se trata de política pública ligada ao direito fundamental de educação e de assistência social, que possibilita a integração, desenvolvimento e oportunidades²⁸ a estudantes carentes.

A adoção de políticas públicas de assistência ao discente pelo Estado brasileiro, objetiva assegurar a igualdade material no tratamento que é devido ao estudante vulnerável, propiciando condições mínimas para a concretização do direito ao ensino superior, como um direito de todo e qualquer discente.

concedido a pessoas de baixa renda e que necessitam do auxílio para a concretização do direito fundamental à educação (BRASIL, 2019).

²⁷ O Fonaprace (2012, p. 188) aduz que é perceptível que no contexto da assistência estudantil, a preocupação se situa no campo do fomento à permanência do estudante na instituição, principalmente via bolsas (auxílio alimentação, transporte, moradia, dentre outras).

²⁸ Fonaprace (2012, p. 137) destaca que a AE contribui para formação técnica e profissional em vista da demanda por maiores e melhores competências para enfrentar o mercado de trabalho e as características da sociedade do conhecimento e de uma economia que demonstra a dependência crescente do conhecimento científico e tecnológico, dentre outros fatores, têm contribuído para a crescente valorização da educação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Possibilitar uma reflexão sobre a política pública de assistência estudantil como estratégia para o cumprimento da Meta 12 do Plano Nacional de Educação 2014-2024 e efetivação do direito fundamental de educação superior foi o objetivo do presente artigo.

Primeiramente, destacou-se a importância da educação como um dos direitos que integram o rol dos direitos humanos, importância esta que se reflete na ordem brasileira que consagra a educação como um direito fundamental social (art. 6 da CF), direito de todos e dever do Estado (205 da CF).

Com compromisso constitucional com o aprimoramento da educação, o Estado brasileiro deve formular o Plano Nacional de Educação de duração decenal (Art. 214 da CF e Art. 1 da Lei n. 13.005/2014) como instrumento para elaboração metas e estratégias para o desenvolvimento do ensino em diversos níveis no país (BRASIL, 2014).

O atual Plano de Educação (PNE 2014-2024) está assim alicerçado em 20 metas com suas respectivas estratégias para a educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e superior.

No tocante ao ensino superior, o PNE através da Meta 12 expressa o compromisso com uma educação superior mais inclusiva, pela melhoria da qualidade da oferta e expansão de novas matrículas.

A democratização do ensino superior pela igualdade de oportunidades a todos os estudantes é o objetivo central da Meta 12 do PNE, no entanto isso demonstra claramente que há uma desigualdade vigente para a ascensão a níveis mais altos de ensino no país.

Portanto, visando à efetivação da educação como um direito ao alcance de todos, o Ministério da Educação ao longo dos últimos 20 anos desenvolveu várias políticas públicas ligadas ao acesso e permanência no ensino superior como o PROUNI, REUNI, FIES e SISU.

Estas políticas públicas educacionais, adotadas para expansão da educação superior no Brasil configuram-se atualmente como ações estratégicas para a Meta 12 do Plano Nacional de Educação.

A assistência estudantil é também uma dessas ações estratégicas (estratégia 12.5), configurando-se como uma política assistencial ligada a educação voltada ao estudante em vulnerabilidade socioeconômica, de modo que suas ações nas áreas de permanência e desempenho acadêmico oportunizam recursos por meio de acesso a direitos, para se garantir o ingresso e permanência do estudante na educação superior.

A adoção de uma política pública de assistência discente, para cumprimento da Meta 12 do PNE procura minorar a condição de baixa renda do estudante como um impeditivo para a chegada a universidade, a viabilidade da igualdade material passa por meio da igualdade de oportunidades a todo o estudante.

A efetivação do direito de educação no ensino superior está atrelada ao desenvolvimento de políticas públicas educacionais, para exercício da cidadania e qualificação para o mercado de trabalho.

O Plano Nacional de Educação é também uma destas políticas educacionais, sua operacionalização decenal tem o compromisso de longo prazo, com a promoção da educação superior por meio da meta 12 e das estratégias a serem seguidas, entre as quais a assistência estudantil se inclui.

Por fim, este trabalho tentou demonstrar que a assistência estudantil é uma política assistencial-educacional de grande importância para a educação superior, agindo como instrumento de justiça social, de modo que suas ações trazem não somente a melhoria no acesso, permanência e no combate da retenção-evasão escolar, mas também operam grandes mudanças ao se oportunizar condições igualitárias de ensino a todo estudante.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARCOVERDE, A. C. B; NASCIMENTO, C. M. O serviço social na assistência estudantil: reflexões acerca da dimensão político-pedagógica da profissão. *In: Fórum Nacional de Pró-Reitores de Assuntos Comunitários e Estudantis – Fonaprace. Revista Comemorativa 25 anos: histórias, memórias e múltiplos olhares*. Uberlândia: UFU-PROEX, 2012. p. 167-79.

ARZABE, P. H. M. *In: BUCCI, M. P. D. (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 7.234, de 19 de julho de 2010**. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm. Acesso em: 28 dez. 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009**. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/LCP/Lcp131.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.** Aprova o Plano Nacional de Educação –PNE e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm. Acesso em: 26 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Ação Civil Pública nº 59.1307-CE.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/regiao5/sala-de-imprensa/docs/2016_11_23_parecer_corte_bolsas_unilab_ce.pdf. Acesso em: 27 dez. 2019.

BRASIL. **Proposta de Emenda a Constituição 26/2017.** Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5377314&t-s=1562280109363&disposition=inline>. Acesso em: 28 dez. 2019.

BUCCI, M. P. D. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

FONAPRACE. **Revista Comemorativa 25 anos: histórias, memórias e múltiplos olhares.** FONAPRACE (org.). UFU, PROEX, 2012.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

IMPERATORI, T. K. A trajetória da assistência estudantil na educação Superior Brasileira. **Serv. Soc. Soc. [online].** 2017, n. 129, p. 285-303. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n129/0101-6628-sssoc-129-0285.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2019.

INEP. **Censo da Educação Superior de 2014.** Disponível em: http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2014/resumo_tecnico_censo_educacao_superior_2014.pdf. Acesso em: 28 dez. 2019.

LIBÂNEO, J. C. **Educação escolar:** políticas, estrutura e organização. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

MARTINS, A. M.; SOUZA, D. B. de. **Planos de educação no Brasil: planejamento, políticas, práticas**. 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

MASSON, D. G.; SILVA, R. L. N. da. **O direito fundamental social à educação como manifestação da igualdade e da liberdade, no contexto da política pública plano de desenvolvimento da educação (PDE)**. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1465>. Acesso em: 28 dez. 2019.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). **Ações e Programas**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/acoes-e-programas>. Acesso em: 28 dez. 2019a.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO (MEC). **Planejando a próxima década: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação**. Disponível em: http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf. Acesso em: 28 dez. 2019b.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Portaria Normativa nº 39, de 12 de dezembro de 2007**. 2007. Institui o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria_pnaes.pdf. Acesso em: 28 dez. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2019.

RAWLS, J. **Uma teoria de justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, I. W. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**. Bahia: Salvador, v. 1, n. 1, 2001. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/24084444/2-os-direitos-fundamentais-sociais-na-cf88-ingo-sarlet>. Acesso em: 27 dez. 2019.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: HOCHMAN, G. **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2007.

SUDBRACK, E. M.; JUNG, H. S.; CAUDURO, T. G. A educação superior para o empoderamento da classe trabalhadora: possibilidades e limites do PNE como instrumento de democratização da universidade. *In*: ALMEIDA, M. de L. P. de *et al.* (orgs.). **Estado, políticas públicas e educação**. Campinas, SP: Mercado das Letras, 2016.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: ESCOLHA DE CARACTERÍSTICAS FÍSICAS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Janaína Reckziegel¹
Wilson Junior Cidrão²

RESUMO

Este estudo objetiva discorrer acerca da existência de parâmetros legais para a reprodução humana assistida no tocante à escolha e mutação de características através de intervenções humanas externas a partir dos pontos de vista ético, moral e jurídico. Respalda na produção jurídica da bioética e do biodireito, tem em seu eixo a discussão sobre os limites das intervenções, considerando a objetificação do ser humano em contraste à necessidade justificada em casos específicos. O método utilizado foi o qualitativo, tendo como fonte de dados pesquisa bibliográfica. Planejou-se responder questionamentos relacionados ao assunto como: seria eticamente concebível a escolha das características físicas do embrião? Quais são os limites legais? Qual a finalidade destas alterações em uma gestação? Cuida-se de uma reflexão importante, vez que se trata da escolha

-
- ¹ Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2019). Doutora em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá – RJ (2014). Mestre em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul – UCS (2007). Especialista em “Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura” pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó (2002) e em “Educação e docência no ensino superior” pela Faculdade Exponencial – FIE (2009). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc (2001). Autora de diversos livros (E-book) e artigos em revistas jurídicas especializadas no Brasil e exterior. Advogada, Professora Titular e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. CPF: 018.521.589-05. Residente na Avenida Getúlio Vargas, 542-S, Ed. Olympus, Apto: 401, Centro, em Chapecó – SC, Cep: 89.814-000. Fone (49) 99987-0903. E-mail: janaina.reck@gmail.com. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8301-4712>.
- ² Graduando em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC Chapecó. Extensão em Recuperação de Crédito pela Faculdade Damásio. Monitor em Direito Administrativo. Assistente jurídico em instituição financeira. Estudante no Grupo de pesquisa NOVAS PERSPECTIVAS DA DIGNIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: PROPRIEDADE, BIOÉTICA E LIBERDADE CIENTÍFICA. Residente e domiciliado na Av. Nereu Ramos, 2412, Ed. Paloma II, apto 501, Centro, em Chapecó-SC. Brasil. E-mail: wilsonj.cidrao@gmail.com. Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4892017883588823>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8369-2051>.

de atributos que, em princípio, são regidos pela biodiversidade aleatória, o que transforma cada pessoa igual apenas a si mesmo e permite que os menos favorecidos sejam observados na sua singularidade. A relevância do tema se demonstra importante, ainda, diante da obra do pensador e filósofo Immanuel Kant, principalmente ao tratar o ser humano com fim em si mesmo, sendo inaceitável que se institua como meio para que outro possa exercer suas vontades. Conclui que este tipo de intervenção, quando utilizada sem o devido trato, pode exceder facilmente os limites ético-legais e mais ainda os morais quando se coloca a par da dignidade da pessoa humana, bem como que falta normatização oriunda de legislação.

Palavras-chave: Embriões. Coisificação do embrião. Dignidade da pessoa humana. Bioética.

1 INTRODUÇÃO

Este texto expõe uma análise acerca da escolha de características físicas de embriões e sua finalidade, especialmente quando utilizadas para fins não clínicos. Estudo este que se encaixa na área do biodireito e bioética ao passo que a principal técnica analisada faz parte do processo de reprodução humana assistida de *fertilização in vitro*, o chamado Diagnóstico Genético Pré-implantacional, conseqüentemente, ligado à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana (DIAGNÓSTICO, 2017).

De maneira geral, os avanços científicos trazem questionamentos que, por vezes, são resolvidos por resoluções, legislação, onde se encontra fragmentos de regulamentação, no entanto, permanecem pairando quando se parte para uma análise mais ampla, seja ela jurídico-histórica ou filosófica e, especialmente, em assuntos ligados à vida e princípios constitucionais.

Sendo assim, este artigo pretende, para contextualização, tecer breves comentários acerca da evolução científica e o início da vida. Posteriormente, explicar a técnica utilizada para a seleção das características físicas e discutir os seus já existentes limites ético-legais, demonstrando a que fins moralmente concebíveis pode ser utilizada. Neste ponto, outra justificativa

à relevância da discussão principiológica e filosófica é a variação legal encontrada no mundo, vez que, a exemplo do Brasil, em alguns lugares se proíbe a prática de escolha de características físicas para fins não clínicos, ao mesmo tempo que, em países como os Estados Unidos, se explora a técnica como um comércio baseado em um *marketing* de desejos.

Em seguida, propõe uma contextualização à evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana até o pensamento de Kant, bem como a análise sob a ótica do filósofo sobre coisificação do ser humano, que deve ser sempre observado e tido como fim em si mesmo e nunca como meio para manutenção da vontade de outrem, além do temor à eugenia extrema, como vista no Nazismo alemão e uma ponderação acerca da psicologia relacionada aos chamados pais projetistas.

Neste sentido, trata-se de produção inovadora ao compilar diferentes temas correlacionados a fim de que se produza uma avaliação da técnica sob a ótica jurídico-filosófica, diferentemente do que propõe Sandel (2015), por exemplo, vez que não utiliza do marco referencial filosófico de Kant.

2 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A EVOLUÇÃO CIENTÍFICA E O INÍCIO DA VIDA

As técnicas de reprodução assistida, mesmo proporcionando avanços, podem e devem ser discutidas, afinal, trata-se de um efeito que reflete em outros campos, como o da bioética e do biodireito. A ciência, na sua evolução, acompanhou a humanidade, mas sempre rodeada de questões ligadas à ética, de forma que a ponderação necessária é identificar que consequências os avanços trouxeram à humanidade. Em um resgate histórico, há de se mencionar a fé católica, a mitologia grega e a fábula

literária, que, respectivamente, nas histórias de Eva³, Pandora⁴ e Frankstein⁵, censuram a curiosidade, sempre construída e operada pelo homem em busca de conhecimento, e sanciona punição aos descumpridores. Hoje, distante dos mundos perfeitos ou melhores que viviam Eva, Pandora e Frankstein antes de provarem da curiosidade, é concebível a afirmação de que a ciência busca a perfeição vivida no paraíso e faz crer, a sociedade, que chegaríamos, por meio de uma imunização total, à imortalidade (RECKZIEGEL, 2016, p. 43).

A obra Admirável Mundo Novo, de Aldous Huxley, escrita há mais de 80 anos, desenvolvia um enredo que tratava da possibilidade de modificar o gene a fim de livrar os indivíduos de doenças, assim como o que hoje chamamos de *fertilização in vitro* (RECKZIEGEL, 2016, p. 43). Ao tratar da reprodução assistida, é elementar refletir acerca de quando se inicia a vida e quais os limites dos procedimentos correlacionados. Em nossa Carta Magna, é expresso o fundamento da dignidade da pessoa humana, mas ainda se discute quando pode se determinar o início da vida humana, para tanto, foram desenvolvidas diversas teorias, ao passo que, é justo, ao menos, citar as principais. A chamada concepcionalista, defendida no Art. 4º do Pacto de San José da Costa Rica, considera o momento em que há a junção dos gametas, ou seja, óvulo e espermatozoide. A da nidação, quando o espermatozoide fixa-se ao útero. A genético-desenvolvimentalista sugere que a partir do desenvolvimento do sistema nervoso central há vida. A da potencialidade justifica que é a desde quando o embrião tem potencial para tornar-se pessoa. A utilitarista considera o embrião meramente material genético, não concedendo qualquer tratamento especial. A teoria do sistema

³ Eva, personagem bíblico foi quem provou da fruta proibida por Deus e a ofereceu a Adão depois que uma serpente, feita falar por um ser que nenhum dos dois, mas um anjo que por seu orgulho, deixou de ser, e fez com que a humanidade, assim como o casal, não pudesse mais viver no paraíso (BIBLIA SAGRADA, 1998).

⁴ Pandora, personagem da mitologia grega, foi um presente enviado pelos deuses a Epimeteu, irmão de Prometeu a fim de castigar os homens depois que o primeiro houvera roubado o fogo divino. Pandora trazia consigo uma caixa cheia de males sem saber e, mesmo sendo orientada a não mexer, por curiosidade, a abriu, espalhando todos os males (CELETI, 2019).

⁵ Frankstein foi um personagem da literatura que, após ser criado e ganhar vida, se revolta e investe contra a família de seu criador, matando alguns integrantes. Quando escrita a obra, buscava criticar o cientificismo que procurava a explicação das coisas (SHELLEY, 19??).

nervoso central e cerebral alega o início da vida junto a estes sistemas, na 12ª semana, que já foi base para decisão do Supremo Tribunal Federal. A da consciência pondera que ocorre quando se verificam os primeiros sinais de consciência do embrião. A da viabilidade advoga que se trata de quando o feto tem condições de sobreviver fora do corpo da mãe. Por fim, a que defende o início da vida com o nascimento, apesar de ser necessária a proteção anterior (RECKZIEGEL; SILVA,²⁰¹⁸). Dito isso, apenas para uma breve contextualização, se mostra de suma importância compreender, de maneira mais clara, como ocorre o procedimento de escolha para que seja possível o desenvolvimento de um raciocínio, conforme tratado a seguir.

3 A TECNOLOGIA REPRODUTIVA E O DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL: O PROCEDIMENTO E SEUS LIMITES ÉTICO-LEGAIS

Desde a década de 1970, quando houve a primeira fertilização in vitro (FIV), a reprodução humana assistida (TRA), vem se desenvolvendo como uma solução para os casos de infertilidade (LEITE; HENRIQUES, 2014). Trata-se de uma técnica em que o contato do óvulo com o espermatozoide se dá fora do corpo da genitora, em laboratório, por isso conhecida como “bebê de proveta”. Os gametas são acondicionados em um recipiente que se assemelha à trompa e, posteriormente, os embriões são transferidos para o útero se verificada a evolução (WRIGHT *et al.*, 2007). Um dos exames a serem realizados neste processo pode ser o DPI.

O mecanismo de DPI, diagnóstico genético pré-implantacional – ou PGD, em inglês, *preimplantation genetic diagnosis* – é, quando aplicado, parte da técnica de fertilização in vitro. Desdobra-se com um meio pelo qual se analisa a célula de embriões antes de serem implantados no útero, a fim de perceber a condição de saúde e doenças genéticas (MENDES; COSTA, 2013). Trata-se de elemento cientificamente evoluído ao ponto de prever

possíveis doenças de manifestação tardia, a exemplo do câncer de mama (RAMÓN Y CAJAL *et al.*, 2011).

Ao analisar o gene do embrião, é possível prever as características do futuro feto, leia-se ser humano, implantando-se no útero o embrião com as características desejadas. Tal diagnóstico exige a fertilização *in vitro*, uma vez que só tratamos como embrião o óvulo fecundado pelo espermatozoide. Ulterior à fertilização, se extraem algumas células do embrião onde contém todo o material necessário e é possível observar seus genes e cromossomos (MAIA; MUNHOZ; SILVA, 2018). Ao optar por determinado embrião para a implantação, identificam-se os demais como excedentes, tenham sido eles deixados de ser implantados pela quantidade ou pelo estado de saúde. Em 2005, foi aprovada a Lei da Biossegurança que determinou a doação para casais estéreis ou para uso em pesquisas com células-tronco. Também proíbe que se criem embriões com este fim, prática de clonagem humana e venda de material genético (GALDINO, 2008). A doação, mesmo se assemelhando à adoção, forma uma remonta a um embrião geneticamente escolhido e de seleção, o que se revelava no desrespeito à dignidade humana do que vai nascer (NOGUEIRA FILHO, 2009). Da mesma forma, o autor mencionado critica o uso destes embriões com fins não terapêuticos, argumentando que a ciência deve ceder pelo "respeito à vida humana e pela vida e integridade do embrião". No entanto, existe um comércio baseado nesta opulência.

O Fertility Institutes, entidade reconhecida por importantes redes de informação como a líder em inseminação artificial, que atua em países como Estados Unidos, México e Índia, e, por meio de clínicas associadas, em quarenta e dois países, explora um *marketing* baseado na "Gender selection", em português, seleção de gênero. Ao acessar o portal institucional, nota-se uma finalidade fortemente comercial com dizeres "*If you want to be certain your next child will be the gender you are hoping for then no other method comes close to PGD (Preimplantation Genetic Diagnosis)*", (em tradução livre: "Se você quer ter a certeza de que seu próximo filho será do gênero

que você espera ser, nenhum outro método supera o DPI"). Ainda, o mesmo site anuncia: *"And now, in one of the most major advances in the ability of parents to choose characteristics of their children, the Fertility Institutes announce the availability of eye color selection."* (em tradução livre: "E agora, um dos mais importantes avanços que permite a escolha de características, o Fertility Institutes anuncia a possibilidade de escolha da cor dos olhos.").

O fundador, Dr. Jeffrey Steinberg (2019), define os sete passos e procedimentos seguidos a fim de detectar o embrião que se deseja escolher, são eles: a extração de vários óvulos da mãe e a coleta do esperma do pai, que, posteriormente, são induzidos à fecundação. Após três dias, a expectativa é de que tenham se desenvolvido as oito células embrionárias que os "doutores-cientistas especialistas" examinarão, observando a existência de doenças e a definição do sexo. Embriões saudáveis e do gênero desejado são implantados na mãe e se houver remanescentes, podem ser congelados. Por fim, a gestação segue seu curso normal. De acordo com o médico, é possível determinar o sexo e condições estéticas do embrião, além de exemplificar mais de quatrocentos tipos de doenças hereditárias evitáveis.

Um contraponto é a opinião da especialista britânica em fertilidade e integrante do comitê ético do Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, Gillian Lockwood. Ela questiona que, ao chegarmos ao ponto de saber quais genes são responsáveis por características como cabelos loiros e olhos azuis, o que se fará com os demais embriões, como ruivos e de olhos verdes? Também alerta sobre bebês tornarem-se produtos que se compram em prateleiras. A partir das discussões éticas e morais, alguns países optaram por regulamentar tal procedimento por meio de leis ou manuais, mas sobre os reflexos da interferência da ciência no processo, tem-se o questionamento relativo ao "status moral do embrião, descarte, abandono e doações de gametas e embriões, [...] seleção de sexo," etc. (LEITE; HENRIQUES, 2014).

É sabido que o direito sempre há de estar atrasado, visto que só é fato relevantemente jurídico, a partir do momento que tem interesse social e coletivo, isto é, primeiramente vivemos o problema para depois ser regulamentado, uma vez que o Estado não capaz de prever o comportamento dos indivíduos. No Reino Unido, mais avançado, este tipo de escolha é proibido, exceto para preservar a saúde da futura criança. Já na Itália, é proibida a criação de embriões excedentes e testes seletivos (WRIGHT *et al.*, 2007).

Como tratado, além das características estéticas, muito se fala sobre a escolha do gênero, prática proibida pelo Conselho Federal de Medicina do Brasil, por meio das resoluções 1.358/1992, 1.957/2010, 2.103/2013, 2.121/2015, especialmente a mais atual, a Resolução nº 2.168/2017, que em seu princípio geral nº 5, determina a impossibilidade desta escolha, exceto para evitar doenças dispostas pela hereditariedade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017), no entanto, apenas menciona a escolha do sexo. O Código de Ética Médica, em seu Art. 15, §2º, III, diz que o médico não deve acompanhar reprodução assistida com finalidade de escolha de sexo ou eugenia, bem como que o mesmo documento, no Art. 99, proíbe participar de estudos eugênicos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018). A anteriormente mencionada Lei de Biossegurança foi sancionada em obediência ao art. 225, incisos II, IV e V da Constituição sob nº 11.105 de 2005, e regulamenta a produção, comercialização e demais atos relacionados a organismos geneticamente modificados, além disso, prevê a possibilidade do uso dos embriões excedentes obtidos através da fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia, desde que observados os critérios de não viabilidade e congelamento há três anos, sendo necessário o consentimento dos genitores em todos os casos e a aprovação de comitê de ética quando em instituições de pesquisa ou serviços de saúde (BRASIL, 2005). De igual forma, veda a comercialização deste material biológico.

Visto que, no Brasil, a prática de escolha de gênero não é permitida, do ponto de vista jurídico e ético-médico, discute-se a moral. Para tanto, é interessante a conceituação destes termos, de modo que, como moral, tratamos os sistemas de regras e princípios acerca da forma que se deve agir e ética como um sentimento próprio de se inserir em determinado modo de vida (LA TAILLE, 2006). Assim, resumidamente, uma ação moral, é uma ação racional (RECKZIEGEL, 2016). Partindo deste princípio, observando a finalidade principal da reprodução humana assistida, que é a redução da infertilidade, é questionável a sua utilização para efeitos meramente estéticos. A fim de que possamos proceder com a referida análise, se revela fundamental a conceituação de dignidade da pessoa humana e sua evolução histórica, conforme os próximos parágrafos.

4 REFLEXÕES ÉTICO-HISTÓRICAS SOBRE A ESCOLHA DE CARACTERÍSTICAS FÍSICAS EM EMBRIÕES: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE, A EUGENIA, A COISIFICAÇÃO SOB A ÓTICA DE KANT E OS PAIS PROJETISTAS

Tida como um superprincípio, a espinha dorsal da Constituição ou tantos outros nomes que demonstram sua enorme importância, nos termos de Ingo Wolfgang Sarlet, a Dignidade da Pessoa Humana é um princípio onipresente no Direito Constitucional contemporâneo e dos Direitos Humanos que deriva de uma construção ao longo da evolução, ao mesmo tempo em que remonta ao passado, fazendo-se necessária uma análise histórica e filosófica que demonstre a evolução no tempo (SARLET, 2016), afinal, trata-se de um princípio que varia conforme tempo, cultura, espaço, política e ideologias (RECKZIEGEL, 2016).

A Bíblia não trata em nenhum momento do conceito de dignidade, mas a concepção do ser humano dotado de valor próprio (RECKZIEGEL, 2016), além de tanto no Antigo quanto no Novo Testamento, encontram-se passagens

indicando a criação do ser humano criado semelhante à imagem de Deus, não apenas o cristão, diferente do que pregou a Santa Inquisição, é dotado de valor próprio, ao passo que não pode ser objeto ou instrumento de ação alheia. Na filosofia da antiguidade clássica, a dignidade refletia a posição e da sociedade e dignidade ligada a um resultado como posto à prova e não vindo de uma construção antropológica. Neste aspecto, é evidente a volatilidade entre reconhecimento social, de modo que enquanto uns se tornavam mais dignos, outros, menos. Sarlet pontua esta classificação como cunhada no pertencimento às elites políticas os mais e menos dignos (SARLET, 2016), semelhante ao que se tratava nos ditados populares brasileiros como pessoa "com" ou "sem cultura".

No estoicismo, a visão é o contrário, de que a dignidade é igual entre todos e qualidade inerente ao humano frente os demais seres. Assim, a sujeição às mesmas leis naturais determina que um não prejudicar ao outro, também vinculada ao respeito de cada qual. Nesta escola, Marco Túlio Cícero defendia que, naturalmente, o ser humano deve levar em conta os interesses dos demais justamente pelo fato de estarmos sujeitos às mesmas leis naturais, proibindo que prejudiquemos uns aos outros, termos estes, que, de acordo com o autor, demonstram o vínculo da dignidade com a pretensão de respeito a cada indivíduo (SARLET, 2016) Esta concepção remonta ao contrato social de John Locke⁶.

Com base no exposto, a partir de Cícero, seria possível reconhecer a coexistência de um sentido moral e sociopolítico de dignidade, respectivamente, no que diz respeito às características do indivíduo e na posição social ocupada. Ao lembrar Paolo Becchi, reafirma que o homem possui dignidade por ocupar o topo da hierarquia natural, pois dotado de racionalidade e, de outra banda, possui uma dignidade decorrente da posição

⁶ John Locke, assim como outros contratualistas, afirmava que havia um contrato entre Estado e sociedade que tirava os indivíduos de seu estado natural para que vivessem em sociedade, estabelecendo regras de convívio, limitando direitos a fim de que se garantisse a todos (LOCKE, 1690).

ocupada dentro deste grupo de humanos, qual decorre da posição ocupada politicamente e pode ser mudada ao longo da vida. Esta bipartição, às palavras de Marco Ruotolo, se revela como uma dádiva, afinal, deriva de nós seres humanos criados à semelhança de Deus, topo da hierarquia animal, uma dignidade inata, e uma conquista adquirida ao passo que a sociedade mantém o reconhecimento de seu status (SARLET, 2016).

Tendo o Cristianismo recebido o título de religião oficial do Império Romano, muito desta concepção se derivou. O Papa São Leão Magno continuou com a ideia de que o ser humano é digno em razão da sua imagem à semelhança de Deus, e que a crucificação de voluntária de Jesus renovava esta ligação. São Tomás de Aquino reformula o conceito de pessoa, tratando como substância individual e de natureza racional, mantendo a ideia de Magno ao mesmo tempo em que defendia que o pecado distanciava as pessoas da imagem de Deus, reduzindo a sua dignidade, de modo que era possível um caminho à pena de morte. Giovanni Pico della Mirandola, defendia que, ligado à superioridade do homem, este teria o chamado livre arbítrio, concluindo, juntamente com o pensamento de Urbano Zilles, que a dignidade do ser é o reflexo da sua liberdade de escolha. Ao mesmo tempo, distancia-se da ideia de semelhança a Deus, quando este permite o caminho a ser seguido (SARLET, 2016). Ao passo que cai o Império Romano e se inicia a idade média, revoltas sociais se rebelavam contra os pactos feudais que os limitavam as liberdades. Já na baixa idade média, aqueles revoltados passam a compreender suas liberdades e direito de cidadania. No renascimento, os problemas sociais, entre outros, fizeram com que os pensadores a filosofarem sobre a dignidade (RECKZIEGEL, 2016), neste sentido, Francisco de Vitoria e Frei Bartolomeu de las Casas, em pleno século XVI, defendiam o reconhecimento do indígena, escravizado e abusado, que, independentemente de cristãos, católicos ou protestantes, deveriam ser considerados pessoas e seres de direito. Diferentemente da ideia do padre Juan Gines de Sepúlveda, que os considerava seres de razão, mas incapazes

para a fé, motivo pelo qual poderiam ser escravizados. Pensamento este renegado pela Bula Papal *Sublimis Deus*, que ratificava as ideias iniciais de las Casas e de Vitoria, e foi, em partes, seguida pela Coroa Espanhola. Nos séculos seguintes foi quando ocorrera uma significativa mudança em relação a este contexto histórico (SARLET, 2016). Sendo ela definida com a possibilidade de escolha do indivíduo na Renascença, e depois, à liberdade e compartilhamento da razão no Iluminismo (RECKZIEGEL,²⁰¹⁶).

Nos séculos XVII e XVIII, pela escola jusnaturalista, o conceito de dignidade passou por um processo de racionalização e secularização, mantendo a principiologia de dignidade e liberdade, tendo a vinculação à posição social, como valor próprio e como valor atribuído ao ser humano. Esta ruptura com a escola clássica foi possível com a obra de Samuel Pufendorf, fundamentada na liberdade humana. Para o absolutista Thomas Hobbes, a noção de dignidade está intimamente ligada à já mencionada ideia de prestígio determinado pela sociedade e, obviamente, pelo Estado. A ideia é transmitida enquanto vale o poder daquele indivíduo, ou seja, uma análise que não sabe a si mesmo, mas a outro que lhe avalie. Ainda, exemplifica que muito mais vale um soldado em tempo de guerra do que em tempo de paz, de modo que as circunstâncias também seriam medidores de dignidade. Pufendorf, com uma visão mais amplificada, defendia que até mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, está vinculada à liberdade moral, não à posição social determinada pelo Estado de Hobbes. É o filósofo Immanuel Kant que passa a vincular o conceito de dignidade ao conceito de ética (SARLET, 2016).

O pensamento de Kant segue o processo de laicização da dignidade, vinculando-a à ética, que parte da natureza racional do ser humano, conforme já tratado, o faz dono de suas escolhas, ao passo que temos a dupla autonomia e dignidade, sendo um, necessariamente, ligado à ética e o outro, limite do primeiro. Neste ponto que se cria a conhecida ideia Kantiana de que o homem é o fim em si mesmo, e que não pode ser utilizado para a

satisfação de vontades alheias, afinal, é dotado de autonomia. Em vez disso, todas as ações, sejam elas dirigidas a nós ou a outrem, devem ter o ser como um fim. Assim, objetos que podemos adquirir possuem um valor condicional (KANT, 2011) e os seres que existem independentemente da nossa vontade, se irracionais, possuem valor relativo, isto é, são meios, se racionais, são pessoas, pois já estão em um patamar diferenciado pela natureza que os fez como fim em si mesmos e não podem ser tratados como meio (SARLET, 2016).

Tem-se a vontade com a escolha de determinar-se como agir, o que só pode ser encontrado em racionais e o que serve de princípio objetivo para autodeterminar-se é um fim. Já, o que, diferentemente disso, é apenas o princípio da possibilidade de ação, é um meio para o fim. A diferença de um fim objetivo para um subjetivo está na origem, enquanto um deriva de impulsos, que é o princípio objetivo do desejar, o segundo deriva de motivos, que são o principal objetivo do querer. Os princípios práticos podem ser formais, se fazem abstração dos fins objetivos, ou materiais quando se baseiam em certas determinações, ou seja, estes fins subjetivos. Do que é um fim para todos, sendo fim em si mesmo, que forma um princípio objetivo da vontade, podemos desenvolver lei prática universal fundamentada na existência da natureza racional como fim em si mesmo ao mesmo tempo em que representa a própria existência, sendo um princípio subjetivo das ações humanas. O imperativo prático de Kant reflete em que se possa utilizar a humanidade em sua ou na de outra pessoa, sempre como fim, não como meio (SARLET, 2016), algo que remonte ao questionamento de se todos pudessem praticar tal ato ao passo que, ao extrapolar os limites na condição de ser, posso tornar outros racionais apenas fins. O princípio da natureza racional como fim em si mesma não deriva da experiência, mas de fatores como a universalidade, que significa ter efeito *erga omnes*, e porque a humanidade se se representa como uma condição suprema que restringe os fins subjetivos e deriva da razão.

Reflexão importante é a de que cada ser deve se considerar legislador universal para julgar-se ao mesmo tempo que, por meio do que Kant relaciona por sermos de um mesmo reino, somos unidos por leis em comum, que retiradas as diferenças e particularidades, podemos concluir em um conjunto de fins. Este conceito submete todos nós seres a uma regra que nos obriga a tratar todos os semelhantes como fins em si (KANT, 2011). A moralidade seria a condição que permite idealizar-se como legislador universal, portanto, aquela e a humanidade são as únicas providas de dignidade.

De maneira muito clara, Kant ensina a identificar a dignidade de algo de maneira simples. Segundo ele, tudo tem um preço ou uma dignidade. Se algo tem preço, pode ser substituída. No direito, a chamaríamos de fungível. Ao mesmo tempo, se é impossível encontrar equivalência e está acima de todo o preço, não permite a substituição e é dotada de dignidade, ao passo que é injustificável que seja travado uma disputa com qualquer coisa valorada sem ferir sua santidade. De acordo com Jeremy Waldron, a obra de Kant é mais adequada para a fundamentação dos direitos humanos e fundamentais do que de seu conteúdo (SARLET, 2016).

No século XX, principalmente, a filosofia e direito aceitaram esta condição de Kant como base para os direitos humanos. E é assim que a dinâmica Kantiana renega qualquer coisificação do ser humano. Como brasileiros, base de sustentação da nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana é o que permite assegurar direitos de personalidade e valores essenciais a qualquer ser humano, ao passo que, ao reconhecermos, cada ser individualmente, com sua dignidade, podemos esperar a realização pessoal de cada um (BICCA, 2015).

Em tempos que se discute o respeito às individualidades e a busca por uma sociedade diversificada, onde, em inteligência a nossa Carta Magna, que descreve em seu preâmbulo e art. 3º, um país livre de preconceitos (BRASIL, 1988), predeterminar características remonta a uma seleção artificial seguida pelos padrões de cada geração e o temor de uma comunidade singular, além

de coisificar o ser humano com desrespeito à sua dignidade. Esta reflexão liga-se à ideia de eugenia, motivo pelo qual, faz-se interessante uma breve explanação sobre.

O termo, que significa "bem-nascido", foi criado em 1883, no entanto, em 1865 foi publicado, por Francis Galton, primo de Charles Darwin, um livro que defendia a substituição da seleção natural pelo melhoramento genético. Julgava ser possível produzir uma raça talentosa se fosse controlada a combinação genética nos casamentos ao longo das gerações. Em diversos países, os mais duros eugenistas tentou-se implementar leis que impedissem a reprodução de genes indesejados. É justamente a finalidade obscura sobre pesquisadores da eugenia que, durante a história, a utilizou como ferramenta de segregação. Um exemplo muito claro é o chamado Holocausto da Alemanha Nazista de Hitler, que ao promulgar a lei de esterilização, recebeu elogios de eugenistas americanos (SANDEL, 2015).

Em determinado momento da história, o autor alemão Gauch chegou a dizer que havia mais diferenças entre um nórdico e demais raças do que entre o primeiro e animais, resultando em uma Lei de Nuremberg, que em 1935 proibia o contato sexual entre judeus e alemães e com pessoas com alguma deficiência. Entre as técnicas de profilaxia social, destaca-se a análise médica pré-matrimonial, que permitia que um médico comparasse o gene do futuro casal com a finalidade de não "misturá-los".

Ao tratar de "bebê perfeito", não necessariamente fala-se de um indivíduo com características específicas padrão para todos os chamados pais projetistas, mas perfeito aos olhos destes. A exemplo do casal surdo que desejava ter um filho com a mesma característica das mães homoafetivas sob a justificativa de que a surdez não era uma deficiência, mas uma característica vetor de pertencimento ao grupo que tanto se orgulhavam em participar, a ponto de buscar um doador de espermatozoide que tivesse 5 gerações de surdez na família. Conseguiram. A partir deste ocorrido, muito se discutiu sobre a indução à deficiência que fizeram ter seu filho. O

questionamento maior não gira em torno da deficiência, que é algo que faz parte da sociedade, somos todos humanos, mas em relação ao propósito para que fizeram (SANDEL, 2015). Há, ainda, um caso relatado de um casal infértil que buscava uma doadora de óvulos de porte atlético e que tivesse tirado nota superior ao estipulado em um teste semelhante ao que temos no Brasil como Exame Nacional do Ensino Médio⁷. O casal oferecia cerca de 50 mil dólares à doadora (SANDEL, 2015).

É neste ponto que afirma Michael J. Sandel no sentido de que, por mais que se busque a referida perfeição, independentemente do que os pais façam para se aproximar do resultado desejado, é possível que não saia como o esperado (SANDEL, 2015). Seria uma obrigação de meio ou de resultado?⁸ Ao mesmo tempo em que nos permite uma série de avanços a fim de evitarmos doenças, caminhamos para uma manipulação da nossa natureza (SANDEL, 2015) e um receio em alterarmos critérios regidos pela aleatoriedade.

Interessante a ponderação entre a ideia de coisificação de Kant, a autonomia ratificada por Sarlet e a conclusão de Sandel no sentido de que a liberdade e autonomia das crianças projetadas é limitada e violada ao passo que, até, e principalmente, o que os pais desejaram conduzem o plano de vida do indivíduo. Em algumas situações onde, buscando a prevenção de distúrbios genéticos ou tratar doenças, chegou-se a um instrumento de melhoria e escolha de consumo, principal ponto deste artigo. Um exemplo é a técnica desenvolvida pelo médico Dr. H. Lee Sweeney, que visa sanar a imobilidade que aflige idosos por meio da injeção de uma substância nos músculos, algo que atraiu o olhar de atletas, por se tratar de um fortalecedor de músculos saudáveis, lhes proporcionando vantagens desportivas. Outro

⁷ O exame correspondente ao Enem nos EUA é o SAT.

⁸ Obrigação de meio ou de diligência é a que persegue um resultado. Só responde o devedor/fornecedor se comprovada culpa, a exemplo do médico, que busca fazer o melhor. Obrigação de resultado é em que se compromete com o resultado. Responde o devedor/fornecedor independentemente de culpa, a exemplo do cirurgião plástico, que deve cumprir com o desejado (TARTUCE, 2019).

caso são as moscas e ratos testados com mutação genética na parte do cérebro responsável pela memória, os tornando capazes de aprender mais rápido as coisas e gravando por mais tempo. Também é questionado pelo autor, uma vez que poderia ser utilizada para o tratamento de uma doença como Alzheimer ao mesmo tempo que geraria interesse em um executivo que precisasse muito aprender um novo idioma para a viagem de amanhã (SANDEL, 2015). Ainda, após a década de 80, quando foi autorizado o tratamento com hormônios para crianças com problema de crescimento decorrentes de deficiência nesta área, pais de pacientes saudáveis desejavam, independentemente de haver doença ou critérios hereditários, o referido tratamento, a fim de que se atendessem os desejos sociais. Tido por Michael como, talvez, um dos mais sedutores usos da bioengenharia, a escolha do sexo e discutida antes mesmo de se falar em melhoramento genético, a exemplo de Aristóteles, que tinha uma orientação em relação ao órgão genital quando desejassem ter filhos homens. Chegou-se ao tempo em que diversos países proíbem alguns exames pré-natais em razão do receio ao aborto provocado por conta do sexo indesejado do feto. Um meio mais preciso e anterior à nidação para descobrir o sexo do indivíduo que vem a nascer é o já tratado Diagnóstico Genético Pré-implantacional ou, ainda, o estudo oferecido em uma clínica de Virgínia, EUA, permite que se preveja tal condição com base na análise do espermatozoide a ser utilizado na fecundação, uma vez que o cromossomo X carrega mais DNA que o Y (SANDEL, 2015).

É neste ponto que, parece ser mais compreensível que os pais busquem a saúde e melhoramento dos filhos do que gastem pequenas fortunas a fim de que se escolha o sexo do embrião por motivos que não médicos, o que apenas serve para majorar discriminações na sociedade. A ampla discussão pode se estender ao refletirmos sobre os pais que planejam toda jornada do filho que venha a nascer, o que não é distante da escolha de características físicas, isto é, sendo esta uma parte relevante, provavelmente, os pais já

tenham em mente o que há de se fazer na vida dos filhos. Neste contexto, surge a figura dos hiperpais, a exemplo de Richard Williams que, antes de ter pegado suas filhas nos braços já havia projetado a carreira de jogadoras de tênis. A vontade dos pais projetistas em saberem o futuro e terem o controle sobre este, reduz a humildade dos genitores e a empatia com a descoberta (SANDEL, 2015). Reflexo entre os hiperfilhos a se destacar são as lesões causadas justamente no esporte acompanhado pelos pais, que em beira da quadra, torcem e cobram ao ponto dos filhos darem o máximo. Neste ponto fica a reflexão sobre como os filhos meios serão tratados se não atingirem o fim desejado pelos pais. Toda esta discussão remete ao livro "Dibs: em busca de si mesmo" (AXLINE, 1973), onde o menino Dibs, filho de um cientista e uma médica aprendeu a ler com três anos e, constantemente testado pelos pais, tinha apenas a sua personalidade intelectual explorada e observada, o tornando retraído por não serem reconhecidas suas outras qualidades. O chamado abandono afetivo, presente em nosso ordenamento jurídico e psicologia, trata do afeto (ou falta dele) nas relações familiares. Não que tenhamos explícito o direito ao afeto, no entanto, o temos como valor jurídico que concretiza a dignidade da pessoa humana. Uma amostra de sua importância é a união de famílias simplesmente em razão do afeto, que termina por superar até mesmo os vínculos biológicos (BICCA, 2015). Por fim, aceitar os filhos como são e não os ter como frutos de um projeto, produtos da vontade ou da ambição significa tratá-los como dádiva (SANDEL, 2015). Mesmo porque, para Maldonado, a criança vista como algo negativo, incorpora este pensamento a si mesma, se definido desta forma, bem como que lares hostis não permitem o desenvolvimento de todas as potencialidades, sufocando e não reconhecendo-as (MALDONADO, 1989). Ao mesmo tempo, Jurandir Freire Costa na obra "Violência e Psicanálise" conceitua sob o trabalho de Price Williams de Levita que o conceito de identidade tem como pilares o corpo e o conjunto de papéis sociais, surgindo da junção entre a imagem e estímulos do corpo com o papel que a pessoa

representa nas suas relações (COSTA, 1986). Ou seja, o argumento de que se deve amar os filhos como eles são e entende-los na sua singularidade é perfeitamente justificável, além de que é dos pais a responsabilidade com os sentimentos destas crianças, que jamais podem ser tratadas como objetos, afinal, são seres dotados de dignidade, de liberdade, autonomia e de valor imensurável.

5 CONCLUSÃO

O texto apresentado trouxe reflexões acerca da escolha de características físicas de embriões. Tal escolha é importante nos casos em que evita doenças hereditariamente predispostas, no entanto, outras finalidades para o procedimento geram discussões acerca da legalidade e moralidade de seu desenvolvimento.

Percebe-se a inexistência de legislação sobre o assunto no país, de modo que a regulamentação se dá por meio de uma resolução do Conselho Federal de Medicina, silente em diversos pontos, apenas proibindo que se utilize da tecnologia de DPI para seleção de sexo, exceto para evitar doenças.

Sendo todo o ser humano dotado de dignidade, é neste contexto que se busca a visão de Kant nos casos em que a escolha se exerce apenas para satisfação de vontades de outrem. Nesta baila é que se pondera tratar-se de uma obrigação de meio ou de resultado, uma vez que nascido o indivíduo, impossível voltar ao *status quo*. Partindo da análise, fica evidente que, sendo tratado como meio de satisfação de uma vontade, o ser humano deixa de ser tratado como fim em si mesmo, algo inaceitável sob a ótica do filósofo, uma vez que cerceia o direito à autonomia tida como parte do princípio da dignidade. A argumentação baseada em Immanuel Kant defende que, tendo o ser humano projetado a dignidade violada ao ter sua autonomia cerceada, é inconcebível que, por pura pompa, um ser determine as características de outro.

De igual forma, expõe-se algumas reflexões sobre o temor de uma hegemonia, que pregue a superioridade de algum gene, coisa inadmissível. Além da possibilidade de decepção dos pais projetistas em receber algo diverso do encomendado, uma vez que o ser já fora coisificado.

A discussão é extensa e necessita de uma investigação abrangente em diversas áreas, uma vez que provoca reflexões filosóficas relevantes e aborda um princípio regente da Constituição, a dignidade da pessoa humana, sendo relevante para tudo o que circunda em uma sociedade.

Entende-se que um ser nunca deve ser tratado como meio para a satisfação de outro, seja ela qual for, pois já estamos no topo de uma cadeia ao sermos concebidos com a racionalidade, o que nos faz únicos, livres, autônomos, dignos e de valor incalculável, além de que, na prática, é projetável que, no processo de escolha, os pais percam a sensibilidade quanto à condição de ser do novo integrante da família.

AGRADECIMENTO

Este trabalho foi financiado pelo Fundo de Apoio à Manutenção e ao Desenvolvimento da Educação Superior do Estado de Santa Catarina – FUMDES – SC.

REFERÊNCIAS

AXLINE, V. M. **Dibs**: em busca de si mesmo. São Paulo: Círculo do Livro, 1973.

BIBLIA SAGRADA. **Gênesis**: capítulo 3. São Paulo: Paulus, 1998.

BICCA, Charles. **Abandono afetivo**: o dever de cuidado e a responsabilidade civil por abandono de filhos. Brasília, DF: 2015.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 21 dez. 2019.

CELETI, F. R. Caixa de Pandora. **Mundo Educação**. Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/filosofia/caixa-pandora.htm>. Acesso em: 16 dez. 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168/2017**. Brasília, 2017.

COSTA, J. F. **Violência e psicanálise**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

DIAGNÓSTICO genético pré-implantacional: Qual é a diferença entre o PGD e o PGS? Igenomix, 2017. Disponível em: <https://www.igenomix.com.br/news/pre-implantacional-diferenca-pgd-pgs/>. Acesso em: 3 ago. 2019.

GALDINO, V. S. **Da destinação dos embriões excedentários**. CONPEDI: 2008.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2011.

LA TAILLE, Y. de. **Moral e ética: dimensões intelectuais e afetivas**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LIETE, T. H.; HENRIQUES, R. A. de H. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 31-47, 2014.

LOCKE, J. **An essay concerning human understanding**. 1690.

MAIA, T.; MUNHOZ, L.; SILVA, B. de M. **Reprodução assistida: um guia fácil e descomplicado de saúde e direito**. 1. ed. [S. l]: 2018. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.

MALDONADO, M. T. **Maternidade e paternidade: situações especiais e de crise na família**. v. II. Rio de Janeiro: Vozes, 1989.

MENDES, C. M.; COSTA, A. P. P. Diagnóstico genético pré-implantacional: prevenção, tratamento de doenças genéticas e aspectos ético-legais. **Revista de Ciências Médicas e Biológicas**, Salvador: v. 12, n. 3, p. 374-379, set./dez. 2013.

NOGUEIRA FILHO, L. N. Estatuto ético do embrião humano. **Revista Bioethicos**, p. 225-234, 2009.

RAMÓN Y CAJAL, T. *et al.* Preimplantation genetic diagnosis for inherited breast cancer: first clinical application and live birth in Spain. **Familial Cancer**, v. 11, p. 175-179, dez. 2011.

RECKZIEGEL, J. **Dignidade humana em risco: existe limites para experiências científicas?** Prismas: Curitiba, 2016.

RECKZIEGEL, J.; SILVA, S. T. da. Limites das intervenções fetais: uma análise ética e jurisprudencial. **Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 3, p. 98-118, set/dez. 2018.

SANDEL, M. J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, I. W. Notas sobre a dignidade (da pessoa) humana no âmbito da evolução do pensamento ocidental. **Revista Opinião Jurídica**. n. 17, p. 249-267, jan. 2016.

SHELLEY, M. **Frankenstein**. Tradução Pietro Nasseti. Le Livros. Tradução de: Frankenstein or The Modern Prometheus. 19??.

STEINBERG, J. Select the gender of your next baby: lowest base price of any U.S. PGD gender selection program. **The Fertility Institutes**. Disponível em: <https://www.fertility-docs.com/programs-and-services/gender-selection/select-the-gender-of-your-baby-using-pgd.php>. Acesso em: 7 ago. 2019.

TARTUCE, F. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

WRIGHT, V. C. *et al.* **Assisted reproductive technology surveillance**. MMWR Surveillance Summaries. Atlanta, 2007.

