



Editora Unoesc

ENSAIOS JURÍDICOS

Coletânea de artigos
2016

Unoesc São Miguel do Oeste

Organizadores:
Mixilini Chemin Pires
Nédio Dariva Pires de Lima





Editora Unoesc

ISBN 978-85-8422-073-1

ENSAIOS JURÍDICOS

Coletânea de artigos
2016

Unoesc São Miguel do Oeste

Organizadores:
Mixilini Chemin Pires
Nédio Dariva Pires de Lima

© 2016 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.
Rua Getúlio Vargas, 2125, Bairro Flor da Serra, 89600-000 – Joaçaba – Santa Catarina, Brasil
Fone: (55) (49) 3551-2065 – Fax: (55) (49) 3551-2004 – editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc
Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira

Copidesques: Bianca Regina Paganini, Gilvana Toniélo Giovana Patrícia Bizinela
Revisão eletrônica: Talita Varella
Projeto gráfico e capa: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F981c	Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina. Campus de São Miguel do Oeste Coletânea de artigos 2016 / organizadores: Mixilini Chemin Pires, Nédio Dariva Pires de Lima. – São Miguel do Oeste: Editora Unoesc, 2016. 322 p. – (Ensaio jurídicos, v. 1) ISBN 978-85-8422-073-1 1. Direito - Pesquisa. 2. Ensino Superior. I. Pires, Mixilini Chemin. II. Lima, Nédio Dariva Pires de. III. Título. Doris 340.072
-------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária – Campus Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê

Genesio Téio

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria
Lindamir Secchi Gadler

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
(IN)EFETIVIDADE DO PODER PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO: UM ESTUDO NO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO OESTE, SC.....	7
Luana Tainá Barp, Peterson Fernando Schaedler	
A (IN)SUSTENTABILIDADE DO MODELO TRIBUTÁRIO TRAZIDO PELA LEI N. 10.257/01 NA FORMAÇÃO DAS CIDADES: UMA ANÁLISE AO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO OESTE, SC	25
Mixilini Chemin Pires, Fernanda Mara Wathier	
A (IR)RESPONSABILIDADE PROCESSUAL GERADA PELA INEXISTÊNCIA DA SUCUMBÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.....	41
Simone da Costa	
A ARTE DA REPRESENTAÇÃO: AUTORES, ATORES E A PLATEIA SEM DISTINÇÃO.....	65
Carlos Weinman	
A DEFESA ADMINISTRATIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA NO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO OESTE	83
Karine Ludwig, Lucíola Fabrete Nerillo	
A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: A VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU DEVER DE MEMÓRIA?	109
Leonardo Cauê Hickmann, Mixilini Chemin Pires	
A OMISSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA COMO ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL: A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO CONHECIMENTO DA ANCESTRALIDADE DO FILHO <i>VERSUS</i> O DIREITO À INTIMIDADE DA GENITORA.....	129
Marília Kuhn, Edenilza Gobbo	

A POLÍTICA DE RECONHECIMENTO E O MULTICULTURALISMO POR CHARLES TAYLOR.....	149
Alexandra Vanessa Klein Perico	
AS IATROGENIAS NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	163
Lucíola Fabrete Nerillo	
COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA.....	187
Ariel Alba	
DIREITO AO ESQUECIMENTO NO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E ANTECEDÊNCIA.....	207
Camila Suélen Marca, Guilherme Luiz Guerini, Igor Cesar Gonçalves Pereira	
IDENTIDADE <i>ON-LINE</i> : UMA BREVE REFLEXÃO.....	219
Taíza Gabriela Zanatta Crestani, Paulo Ricardo Bavaresco	
MULTIPARENTALIDADE: O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL.....	239
Felipe José Ternus, Edenilza Gobbo	
O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA E OS DEVERES DE SOLIDARIEDADE DA PROPRIEDADE PRIVADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ESTATUTO DA CIDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL.....	265
Alyson Henrique Becker, Mixilini Chemin Pires	
RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR: REINTEGRAÇÃO À FAMÍLIA NATURAL.....	287
Vívian Carla Lamberti Pasini, Fernanda Trentin	
SOLO CRIADO: A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE EM PROL DO INTERESSE DA COLETIVIDADE.....	305
Caroline Farinon, Mixilini Chemin Pires	

APRESENTAÇÃO

A presente coletânea tem por objetivo principal compartilhar os resultados das pesquisas de iniciação científica, graduação e pós-graduação que vêm sendo desenvolvidas no âmbito do Curso de Graduação em Direito da Unoesc – São Miguel do Oeste.

Esta primeira experiência de publicação de artigos, em forma de coletânea, está enriquecida com textos selecionados e produzidos pelos docentes e discentes do Curso de Direito da Unoesc, individualmente ou em parceria com seus orientandos. Assim, este *e-book* conta com 16 artigos produzidos no âmbito da graduação em Direito e da pós-graduação *lato sensu* da Unoesc e passa a representar mais uma nova ferramenta de pesquisa. Diversos ramos do direito estão contemplados nos textos deste livro.

A “Ensaio jurídico” se transforma em um novo caminho e fonte de conhecimento, um espaço para que se possa ir além na crítica e valores de que o direito tanto reclama e precisa – um espaço para promover a função social do direito.

Tenham todos uma ótima leitura!

Os Organizadores

(IN)EFETIVIDADE DO PODER PÚBLICO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE SANEAMENTO BÁSICO: UM ESTUDO NO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO OESTE, SC

Luana Tainá Barp*
Peterson Fernando Schaedler**

Resumo

Com o presente trabalho teve-se por objetivo analisar a (in)efetividade do Poder Público do Município de São Miguel do Oeste quanto à prestação do serviço de saneamento básico. Enfatizou-se a importância da Lei n. 11.445/07, que institui a Política Nacional de Saneamento Básico, com a carência de políticas públicas, toda a sua organização e objetivos. Por fim, buscou-se argumentar por meio de questionário, gráficos e fotografias se há efetividade do Município na prestação do serviço de saneamento básico, o que afeta a saúde de toda a população e do meio ambiente. Os serviços do saneamento básico são essenciais e é a partir deles que se pode promover as condições mínimas de desenvolvimento social. Trata-se de um direito que deve ser colocado em prática imediatamente, sendo, dessa forma, inaceitável pensar em uma sociedade em desenvolvimento sem a aplicação do saneamento básico.

Palavras-chave: (In)efetividade. Meio ambiente. Poder Público. Saneamento básico.

* Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; luana_barp@hotmail.com

** Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó; Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; peterson.schaedler@unoesc.edu.br

***(In) effectiveness of public authorities in rendering of sanitation service:
a study in the municipality of São Miguel do Oeste/SC***

Abstract

With this paper one aimed to examine the (in)effectiveness of the Government of São Miguel do Oeste in the provision of basic sanitation service. One Emphasized the importance of Law n. 11.445/07, which establish the National Basic Sanitation Policy, with the lack of public policies, its entire organization and objectives. Lastly, it is argued through questionnaire, graphics and photographs if there is effectiveness of the Municipality in the provision of basic sanitation, what injures the health of the people and the environment. The sanitation services are essential and it is from them that it is possible to produce the minimum conditions of social development. It is a right that must be put in place immediately, and, thus, it is unacceptable to think of a developing society without the application of basic sanitation.

Keywords: (In)effectiveness. Environment. Government. Public Power. Sanitation.

1 INTRODUÇÃO

Indispensáveis para a saúde humana, os serviços de saneamento básico são essenciais, e é a partir deles que se pode promover as condições mínimas de desenvolvimento social.

Diante do preocupante quadro apresentado e de forma a realizar o escopo de estudo sobre o saneamento básico, no presente trabalho objetivou-se realizar uma análise à (in)efetividade do Poder Público na prestação de serviço de saneamento básico. O problema levantado limita-se a responder: há efetividade do Poder Público na prestação de serviço de saneamento básico no Município de São Miguel do Oeste, SC?

Para isso, à metodologia, foi utilizada pesquisa bibliográfica e qualitativa, a qual visa à utilização de diferentes técnicas interpretativas para descrever, e o método adotado é o dedutivo, no qual se caracteriza do geral para o específico.

2 IMPRESCINDIBILIDADE DO MEIO AMBIENTE ENQUANTO BEM JURÍDICO

O bem jurídico considera a existência de interesse de um sujeito, traduzido na obtenção de determinada utilidade, na satisfação de uma necessidade ou no ato de usufruir algo revestido de significado à luz do Direito.

Desse modo, a presente seção versará sobre a importância do meio ambiente enquanto bem jurídico, mediante sua contextualização histórica, classificação, competência e, por fim, pela abordagem dos princípios basilares do Direito Ambiental.

2.1 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E BEM COMUM DA POPULAÇÃO

A concepção *Essencial à sadia qualidade de vida* reporta-se aos destinatários de norma constitucional, que são todos os cidadãos da nação. As regras vinculadas ao direito ambiental têm como objetivo a tutela do ser humano e, de forma mediata, outros valores que também venham a ser estabelecidos na Constituição Federal.

Costa Neto (2003, p. 15) afirma que “Um princípio substantivo, em virtude do qual todo ser humano tem um direito inalienável a que seja respeitada, e um princípio processual o qual nenhum ser humano haverá de ser privado arbitrariamente de sua vida.”

O direito à vida envolve, também, o direito historicamente construído de todo ser humano dispor de meios adequados à sua subsistência, em patamares compatíveis com a dignidade humana, ou seja, um direito à vida é um direito de viver com qualidade de vida.

Conforme Fiorillo (2012, p. 67):

Quando se fala em dignidade da pessoa humana e tutela do direito à vida, tem de se levar em consideração a possibilidade do desfrute, por toda e qualquer pessoa, do direito à educação,

à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança e aos demais preceitos dispostos no artigo 6º da Constituição Federal.

Tal consideração propicia a compreensão das principais características dos direitos fundamentais: cumulatividade, complementaridade, interdependência, unidade e indivisibilidade.

Sob o mesmo ponto de vista, Machado (2006, p. 121) discorre que “A saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente, mas sim leva-se em conta o estado dos elementos da natureza, ou seja, água, solo, ar, flora, fauna e paisagem.”

Esse direito evidencia a inter-relação e indivisibilidade de todas as diversas dimensões de direitos fundamentais, ou seja, sua fundamentalidade decorre do reconhecimento de que uma sadia qualidade de vida, com a manutenção de padrões estáveis de dignidade e bem-estar social, depende de um ambiente saudável e equilibrado.

Já sobre qualidade de vida: “Qualidade de vida é noção-filhote do movimento conservacionista dos anos 60, uma espécie de complemento necessário da noção do meio ambiente, sendo ‘um termo difícil de limitar ou definir’. Nem por isso, seu apelo retórico e político perde espaço, notadamente dos trabalhos legislativos.” (BENJAMIN, 2007, p. 108, grifo do autor).

As expressões “bem essencial” e “qualidade de vida” vêm indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno de todas as formas de vida.

2.2 SANEAMENTO BÁSICO: ASPECTOS CONCEITUAIS

O saneamento básico é essencial para o desenvolvimento das cidades e a qualidade de vida, pois com o desenvolvimento e a qualidade de vida está a prestação adequada de saúde para a sociedade.

No mesmo pensamento, Philipi Junior (2005, p. 98) aborda que:

[...] entre as relações de saneamento básico, destacam-se aquelas consideradas como básicas, compreendendo o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza pública e a drenagem de águas pluviais. A ausência desses serviços tem resultado em precárias condições de saúde de uma parcela significativa da população brasileira, com a incidência de doenças, principalmente de veiculação hídrica, tais como diarreias, hepatite, cólera, amebíase, febre tifóide e esquistossomose. No Brasil de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ainda há muita carência de serviços de saneamento básico, como indica: 76% da população, conta com abastecimento de água por rede geral; 44% da população dispõe de esgotamento sanitário por rede geral; 76% da população tem seu lixo coletado.

O saneamento é indispensável à qualidade de vida. Os reflexos das ações de saneamento ou de sua carência são notórios sobre o meio ambiente, em particular sobre os recursos hídricos; portanto, é essencial à vida humana e desempenha um papel fundamental.

Até pouco tempo atrás, existia muita imprecisão na definição de saneamento básico, esta fomentada por inúmeros Anteprojetos de Lei do Executivo Federal, elaborados ao longo de 20 anos, que visaram instituir o marco regulatório para o setor. A questão aparentemente foi solucionada com o advento da Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, que definiu saneamento básico em seu art. 3º, I, como sendo o conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas.

Alochio (2011, p. 22, grifo do autor) define saneamento básico como: “Um gênero, composto de várias espécies, o serviço não é apenas a execução final com atos de abastecimento e coleta ou dispensação final de resíduos sólidos. Entende-se por saneamento o ‘conjunto’ composto pelos serviços, pelas infraestruturas e pelas instalações operacionais.”

Acrescenta-se ao contexto que o serviço de saneamento básico para o abastecimento de água compreende as atividades, infraestrutura e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e os respectivos instrumentos de medição. Já o esgotamento sanitário constitui as atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde ligações prediais até seu lançamento final no meio ambiente (SOUTO, 2008, p. 15-16).

O autor citado ainda afirma, no que se refere à limpeza e ao manejo de resíduos sólidos, que estes abrangem as atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transportes, transbordos, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário de varrição e limpeza de logradouros e vias públicas. Quanto à drenagem e ao manejo das águas pluviais urbanas, estes integram as atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção, para amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas (SOUTO, 2008, p. 15-16).

Como se pode observar, o objetivo do saneamento básico é a saúde da população, e o ser humano, ao mesmo tempo que interfere no ambiente, possui condições de evitar que isso ocorra com a saúde de toda a população.

2.3 LEI DAS DIRETRIZES NACIONAIS DE SANEAMENTO BÁSICO (LDNSB)

Até pouco tempo atrás existia muita dúvida na definição de saneamento básico, esta fomentada por inúmeros anteprojetos de lei do Executivo Federal, elaborados ao longo de 20 anos, que visaram instituir o marco regulatório para o setor com a edição da Lei Federal n. 11.445/07, que estabelece as diretrizes para a sua prestação. Pode-se afirmar que essa Lei foi concebida como uma espécie de “guia” para a organização dos serviços públicos de saneamento básico (WIGMAN, 2010, p. 42-43).

Em consonância com o autor, expõe-se que, atendendo ao mandamento constitucional de que a União deve estabelecer diretrizes para esse setor, seu conteúdo deve ser observado:

- a) Pelos titulares dos serviços públicos de saneamento básico, no planejamento e prestação desses serviços, seja diretamente ou mediante delegação.
- b) Pelos prestadores de serviços públicos de saneamento básico, que atuam mediante delegação (concessionários ou delegatários) dos respectivos titulares.
- c) Pelos usuários dos serviços de saneamento básico, que têm na lei as diretrizes quanto aos seus direitos e obrigações nesse setor.
- d) Pelos órgãos dos governos federal, estaduais, municipais e do distrito federal, que desenvolvem ações de planejamento, de assessoramento institucional ou técnico, ou de fomento às ações em saneamento básico. (WIGMAN, 2010, p. 43).

É dever de cada um dos entes federativos promover programas que visem melhorar as condições de habitação dos brasileiros. Essa é a única forma de se preservar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, razão de ser de todo o sistema jurídico.

2.3.1 Princípios

Para a gestão e prestação dos serviços de saneamento básico, deverão ser observados os princípios fundamentais, inseridos no Art. 2º e incisos da Lei n. 11.445/2007.

Alochio (2011, p. 15) elenca três princípios como os mais importantes para o setor de saneamento básico:

- a) princípio da universalização do acesso ao saneamento (Art. 2º, I): a universalidade demanda de acesso efetivo do serviço por todos. Tem a universalidade um liame com a compulsoriedade e com a contributividade, e com a própria noção de solidariedade.

Ele é um vetor para a obtenção da salubridade ambiental, de condições de vida dignas e outras tantas situações. Souto (2008, p. 30) afirma que esse serviço deverá ser efetivamente acessado e usufruído por toda a sociedade, oferecendo salubridade ambiental e condições de saúde para os cidadãos.

- b) princípio da integridade (Art. 2º, II): a integridade refere-se ao conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico (ALOCHIO, 2011, p. 9). Souto (2008) explica que se visa proporcionar à população o acesso a todos os serviços de acordo com suas necessidades. São serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo dos resíduos sólidos e serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais.
- c) princípio da eficiência e sustentabilidade econômica (Art. 2º, VII): a eficiência não significa apenas prestar serviços, mas buscar formas de gestão dos serviços de maneira a possibilitar a melhor aplicação dos recursos, expansão de rede e de pessoal.

2.4 CARÊNCIAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A situação do saneamento básico encontra-se precária no Município de São Miguel do Oeste e esta não é diferente de muitos outros municípios catarinenses.

Segundo estudos elaborados pelo Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) (2014, p. 8), o lançamento do esgoto sanitário sem tratamento adequado ou ausente de tratamento identifica-se como a principal causa da poluição no solo, em lençóis freáticos, de mananciais e de cursos d'água, provocada em virtude da infiltração dos efluentes sanitários.

De outra parte, conforme demonstrado, há baixíssimos índices de tratamento de esgoto sanitário municipal, seja pela ausência de rede coletora de esgotos, seja pela sua ineficiência, seja em razão do não exercício regular.

Pode-se afirmar que o saneamento básico é uma prestação de serviço que deve ser elaborada e oferecida pela administração pública em benefício da sociedade como política pública necessária à concretude dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal de 1988 (ALCHIO, 2011, p. 12).

É inegável a importância do resultado direto da ação, direcionada ao cumprimento de atos de gestão ordenados em lei com o propósito de adoção, pelo gestor municipal, de ações necessárias e indispensáveis a estancar a principal fonte de poluição dos escassos e finitos recursos hídricos existentes em nosso meio, estes indispensáveis para se assegurar a saúde e a vida humana, por meio de um meio ambiente equilibrado e necessário à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. A ação preventiva é fundamental para se evitar a proliferação de doenças que sacrificarão a saúde humana, o que gera consequências benéficas aos cofres públicos, com a diminuição de despesas públicas em medicina curativa, privilegiando o investimento em outras políticas públicas (SOUTO, 2008).

A falta de saneamento básico no Município gera problemas de saúde à população. O *site* Datasus demonstra gráficos com valores de internamentos causados por doenças infecciosas e parasitárias decorrentes da contaminação da água.

2.5 METODOLOGIA DA PESQUISA

O presente estudo tratou-se inicialmente de uma pesquisa teórica para fins de identificação e reconhecimento da problematização do tema proposto pela doutrina e pela legislação vigente, e, posteriormente, empírica, com trabalho de campo e coleta de dados.

O estudo realizou-se no Município de São Miguel do Oeste, no Estado de Santa Catarina, por meio de questionário aplicado à Secretária do Desenvolvimento Urbano, Elione Vanda Pedrozzo, e à Secretária do Plane-

jamento, Marli da Rosa. O estudo classificou-se como uma pesquisa qualitativa e descritiva.

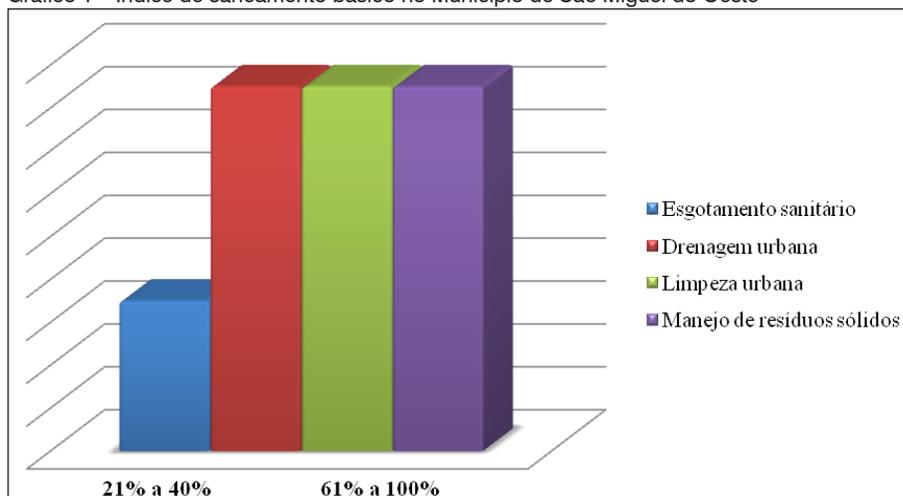
A pesquisa qualitativa configura-se na fenomenologia e na dialética, procurando “[...] investigar o sentido/significado que os atores sociais dão ao ato, pessoa, objetos que circulam o seu universo social.” (RAMPAZZO; CORRÊA, 2008, p. 70-71). O mesmo autor coloca que “[...] na pesquisa qualitativa todos os fenômenos são importantes: a constância, a interrupção, a fala e o silêncio.”

2.5.1 Índice de saneamento básico no Município de São Miguel do Oeste

O saneamento básico é essencial para o adequado desenvolvimento das cidades e à qualidade de vida; a prestação de serviço voltada à saúde da população inclui ações preventivas.

O Gráfico 1 apresenta o índice atual de saneamento básico no Município de São Miguel do Oeste.

Gráfico 1 – Índice de saneamento básico no Município de São Miguel do Oeste



Fonte: os autores.

O esgoto sanitário representa o menor percentual, em decorrência da falta de instalações operacionais.

O Município construiu, com recursos do Governo Federal e da Funasa, três estações de tratamento de esgoto localizadas em áreas carentes e de difícil execução de sistemas de tratamento individual, localizadas na comunidade São Francisco de Assis (Vila Basso), bairros Morada do Sol e Santa Rita.

A infraestrutura de drenagem urbana está em pleno funcionamento, com a manutenção constante da equipe, a substituição de tubos quebrados, a limpeza das bocas de lobo e a troca de bocas de lobo de área central por bocas de lobo inteligentes, visando à diminuição do odor desagradável nas áreas comerciais centrais causado pelo despejo de esgotos clandestinos na rede de esgotamento sanitário.

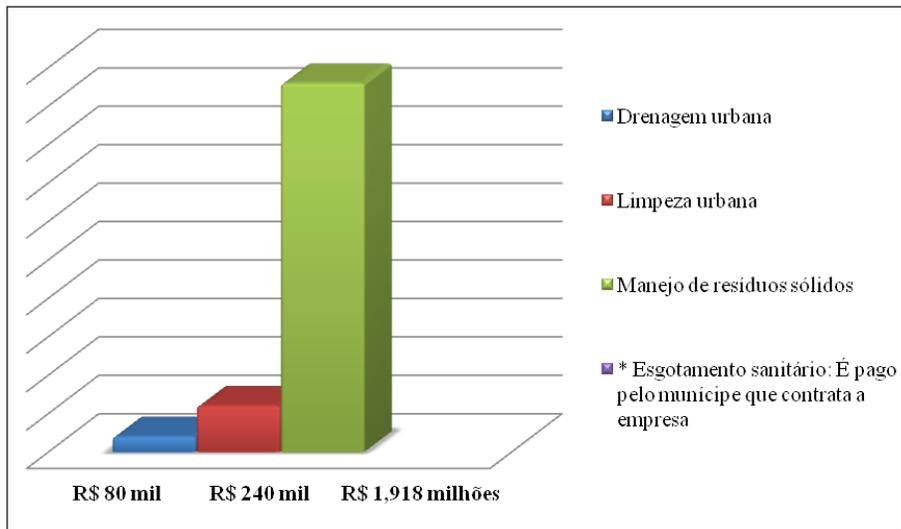
A limpeza urbana é consideravelmente boa, é composta por varrição, capina e ajardinamento da cidade e é feita por empresa terceirizada contratada.

O manejo de resíduos sólidos é feito também por uma empresa terceirizada contratada, sendo a empresa que faz a coleta responsável pelo destino dos resíduos domésticos e de saúde pública. Já os resíduos industriais e de saúde privados são de responsabilidade de quem os produz.

2.5.2 Valor aproximado aplicado anualmente em saneamento básico

Qualquer município pode implantar a política de saneamento, desde que possua capacidade financeira para sua aplicação. O Gráfico 2 demonstra os valores aplicados ao Município em estudo na área do saneamento básico.

Gráfico 2 – Valor aplicado anualmente em saneamento básico no Município de São Miguel do Oeste



Fonte: os autores.

O alto custo para a implantação do esgoto sanitário ocorre porque o relevo do Município é muito dobrado, e, para tanto, são necessárias elevatórias de bacias coletoras. Como o Município não tem recursos próprios para esse tipo de investimento, é necessário buscá-los com os Governos Federal e Estadual.

Quanto ao valor informado ao manejo de resíduos sólidos, refere-se a R\$ 1.560 milhões para resíduos sólidos orgânicos e R\$ 358 mil para lixo reciclável.

2.5.3 Prestação e de serviço de saneamento básico no Município

São Miguel do Oeste tem dificuldades na implantação de sistemas de coleta e tratamento de esgoto porque o assunto não foi muito discutido, ou seja, pensava-se somente no crescimento e planejamento do Município; em decorrência disso, a população sofre as consequências, visto que hoje o valor para implantação é muito alto (em torno de R\$ 88 milhões), com tempo estimado para o término do projeto de até oito anos. É impossível fazer um

tratamento geral, somente em partes, o que o torna longo e, nesse caso, inviável, já que nem existe projeto para todo esse processo.

A Fotografia 1 apresenta umas das três estações de tratamento instaladas pela prefeitura no Município. O esgoto é tratado e despejado no Rio Guamerim, que se encontra próximo à estação de Tratamento.

Fotografia 1 – Estação de tratamento de saneamento básico localizada na comunidade São Francisco de Assis (Vila Basso)



Fonte: os autores.

O plano diretor do Município de São Miguel do Oeste está em fase de conclusão; diante disso, os municípios com menos de 50 mil habitantes precisavam, até o ano 2015, contemplar o Decreto n. 8.211, de 21 de março de 2014, o qual estipula que os municípios que não possuem o plano diretor publicado não receberão verbas com destinação ao saneamento básico.

Já a Fotografia 2 demonstra a estação de tratamento de saneamento básico localizada no bairro Santa Rita; o processo é o mesmo, o esgoto é tratado e desemboca no Rio Guamerim.

Fotografia 2 – Estação de tratamento de saneamento básico localizada no bairro Santa Rita



Fonte: os autores.

Essas estações são compostas por dois sistemas de fossas sépticas e dois filtros anaeróbios coletivos para cada ETE, com destino ao Lajeado Guamerim e ao Lajeado Famoso; cada ETE atende a, aproximadamente, 150 famílias. A limpeza das estações de tratamento de esgoto é de responsabilidade da Prefeitura.

Restam muitas ações a serem realizadas para que os índices de saneamento básico alcancem todo o Município de São Miguel do Oeste, bem como para que estejam cumpridas as medidas estabelecidas na Lei n. 11.445/07.

A aplicação do serviço público para o saneamento básico de maneira eficaz e universal é essencial à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

3 CONCLUSÃO

Na seara constitucional, considera-se que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No plano infraconstitucional, a Lei n.

11.445/07 trata sobre as diretrizes nacionais de saneamento básico. Mas até o momento, a norma não produziu todos os efeitos esperados, além de conter em seu bojo normas de duvidosa constitucionalidade.

A realidade do saneamento básico no Município de São Miguel do Oeste, SC, é semelhante aos dados estaduais e nacionais.

Assim, com base no questionário acadêmico aplicado ao Poder Público do Município de São Miguel do Oeste, SC, pode-se afirmar que não há efetividade na prestação do serviço de saneamento básico. O questionário apresenta dados oficiais coletados com o Poder Público, que sustentam essa afirmação.

O tratamento não adequado dessa água resulta na poluição do solo, de lençóis freáticos, mananciais e cursos d'água. Esta traz sérios problemas de saúde à população, pois a água contaminada ocasiona doenças infecciosas, como diarreia e desinteira, e parasitárias conhecidas como "vermes".

A inefetividade ocorre por vários motivos: a necessidade de amadurecimento da Política Nacional de Saneamento Básico; a falta de vontade política em efetivar os ditames legais e, o mais importante, a carência de investimentos financeiros necessários, os quais também pesam desfavoravelmente para a situação, uma vez que esta é uma realidade histórica no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Direito do saneamento básico**: introdução à lei de diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/2007). São Paulo: Millennium, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 11.445 de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 08 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm>. Acesso em: 16 ago. 2014.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção jurídica do meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sala de apoio à gestão estratégica**. Disponível em: <<http://189.28.128.178/sage/>>. Acesso em: 19 set. 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema de informações hospitalares do SUS**. Disponível em: <<http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php?area=0203&VObj=http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?sih/cnv/ni>>. Acesso em: 12 out. 2014.

PHILIPPI, Arlindo Junior. **Saneamento, saúde e ambiente: fundamentos para um desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Manole, 2005.

PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana. **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da lei nº 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RAMPAZZO, Sônia Elisete; CORRÊA, Fernanda Zanin Mota. **Desmistificando a metodologia científica**: guia prático para produção de trabalhos acadêmicos. Erechim: Habilis, 2008.

SOUTO, Luís Eduardo Couto de Oliveira. **Guia de saneamento básico**: perguntas e respostas. Florianópolis: Coordenadoria de Comunicação Social, 2008.

WIGMAN, Felipe. **Saneamento básico**: contextualização do cenário atual e perspectivas à luz da lei 11.445/2007 e do PLANSAB. 2010. 93 p. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso)–Universidade de São Paulo, São Carlos, 2010.

A (IN)SUSTENTABILIDADE DO MODELO TRIBUTÁRIO TRAZIDO PELA LEI N. 10.257/01 NA FORMAÇÃO DAS CIDADES: UMA ANÁLISE AO PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO OESTE, SC

Mixilini Chemin Pires*
Fernanda Mara Wathier**

Resumo

O presente artigo é resultado de pesquisa de iniciação científica realizada no *campus* de São Miguel do Oeste, SC, no qual se aborda a aplicação do modelo tributário adotado pela Lei n. 10.257 ao referido Município e a averiguação de sua constituição em relação aos ditames de sustentabilidade adotados pela mencionada norma. A problemática possui origem nas normas adotadas no Estatuto da Cidade e busca analisar se o modelo tributário previsto na Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) é sustentável ao que se refere à formação das cidades, em especial ao Município de São Miguel do Oeste, SC, em conformidade com seu plano diretor. Dessa forma, objetivou-se analisar a tributação ambiental de São Miguel do Oeste como possibilidade de ser um instrumento efetivo para complemento de políticas públicas que busquem a melhoria do meio ambiente e a promoção da sustentabilidade, induzindo a preservação, a prevenção e a recuperação do meio ambiente urbano. Para tanto, analisou-se o conjunto de tributos que formam o orçamento de São Miguel do Oeste e sua relação com a (in)sustentabilidade socioambiental das cidades e abordaram-se alguns problemas ambientais que fazem parte da rotina urbana municipal e que podem ser objeto de políticas públicas de melhoria do meio ambiente e refletir nos instrumentos tributários trazidos pelo Estatuto da Cidade. Por fim, identificaram-se atividades sociais que podem

* Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mixilini@unoesc.edu.br

** Graduada em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; fernanda_mara_@hotmail.com

ser objeto de tributação extrafiscal que vise à prevenção e à recuperação ambiental.

Palavras-chave: Estatuto da cidade. Sustentabilidade. Tributação extrafiscal. Incentivos fiscais.

The (un)sustainability of the tributary model brought by law n. 10.257/01 in the formation of cities: an analysis of the citie's director plan of São Miguel do Oeste, SC

Abstract

This article is the result of scientific research survey conducted in São Miguel do Oeste, SC campus and is about the application of the tax model adopted by Law n. 10.257 in the director's plan developed in this city, and the verifying of its constitution in relation to the dictates of sustainability chosen by the referred law. The issue has origins in rules adopted in the City Statute and seeks to examine whether the tax code provisions of Law n. 10.257/01 (Statute of the City) is sustainable regardin the to formation of cities, especially to what concerns the municipality of São Miguel do Oeste, SC in accordance with its director's plan. This way, it was analyzed the environmental tributation of São Miguel do Oeste as a possibility of being an effective tool to complement public politics that look forward to on improvement on the environment and promotion on sustainability, inducing preservation, prevention and recovering of the urban environment. Specifically, it was analyzed the assembling of tributes which form São Miguel do Oeste's budget and its relation with the (un) sustainability of society and environment in cities and towns. Following that, it was discussed some environmental problems that are part of the urban routine in cities, and that may be object of public politics of a better environment, and reflect on the tributary tools brought to life by The Citie's Statute. Lastly, social activities were identified, which might be object of extra fiscal tributation that seeks prevention and environmental recovering.

Keywords: City Statute. Sustainability. Extra fiscal tributation. Fiscal incentives.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do Direito Ambiental ainda é muito recente no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que o meio ambiente possua enorme importância para a humanidade.

Assim, visando assegurar o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, confere a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 225, essa responsabilidade ao poder público e a todos de modo geral, a fim de garantir a defesa e a preservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

Em primeira análise, cumpre demonstrar o desenvolvimento mundial e brasileiro a respeito do desenvolvimento social, econômico e legal que ocasionou a transformação jurídica do Direito Ambiental. Dessa forma, desenvolve-se o estudo com explanação a respeito da competência de legislar e fiscal municipal.

Em seguida, aborda-se o modelo tributário de arrecadação de receita municipal para alcançar a real situação ambiental e as formas alternativas de aplicação das normas tributárias para defesa do meio ambiente.

Visto isso, diante do problema posto, neste estudo teve-se a preocupação de verificação das normas tributárias de São Miguel do Oeste, contidas no Plano Diretor para que haja respeito do instituído no Estatuto da Cidade, além de propor novas formas de utilização do fisco para proteção ambiental e desenvolvimento urbanístico. Com esse objetivo, foi utilizado o método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, respeitando as normas técnicas da metodologia com a finalidade exclusiva de responder à seguinte indagação: o Plano Diretor do Município de São Miguel do Oeste e seu modelo tributário respeita as ordens contidas na Lei n. 10.257/01 e é sustentável no que se refere a sua aplicação?

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DEVER DO ESTADO EM PROMOVER A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Ao iniciar uma discussão a respeito do dever do Estado em promover a proteção ambiental, faz-se necessária uma breve menção à evolução histórica da legislação que versa sobre proteção ambiental.

Discute-se a proteção ambiental na Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, em 1972, buscando-se garantir ao homem o direito fundamental a condições de vida adequadas para um meio ambiente de qualidade, sendo possível levar uma vida digna e com bem-estar, também sendo obrigação a proteção e o melhoramento do meio ambiente para as futuras gerações (LUNELLI; POLETTTO, 2011).

Dessa conferência nasceu a Declaração sobre o Meio Ambiente, que possuía 26 princípios e originou uma preocupação com a degradação da biosfera. A partir daqui começa a dizimação de princípios em nível mundial, e desde então passou a haver significativa preocupação ambiental (LANFREDI, 2002).

Nesse momento, o Brasil estava sob governo militar e manifestou-se pelo desenvolvimento econômico, para se preocupar com a preservação ambiental em outra oportunidade (MODÉ, 2003).

Após um breve período, houve a publicação do primeiro ato da política ambiental do Brasil, o Decreto n. 73.030, responsável por instituir a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), dentro do Ministério do Interior, responsável por desenvolver a política do meio ambiente (MODÉ, 2003).

Em razão dessa norma, passou a haver uma iniciativa governamental para estruturar um conjunto de leis que tratassem de proteção ambiental.

Ainda, não se pode esquecer que houve a promulgação de duas leis importantes para a quebra da visão do direito ambiental individual para torná-lo abrangente. Importante mencionar a Lei n. 6.938/81, que trata da política nacional do meio ambiente, seus objetivos e formas de execução, além

de instituir o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e a Lei da Ação Civil Pública, ambas responsáveis pela consolidação do conceito de direito integral e autônomo, capaz de acolher a coletividade, admitindo o meio ambiente como bem difuso (LEITE; AYALA, 2004).

Após, em 1988, houve a promulgação da Constituição Federal Brasileira, contendo a maior contribuição normativa para a proteção do meio ambiente, um capítulo específico a respeito da matéria e, além do contido no art. 225, engloba de forma direta ou indireta a proteção ambiental em diversos outros dispositivos, como o art. 5º, incisos XXIII, LXXI e LXXIII (MODÉ, 2003).

Dessa forma, tem-se que antes da constitucionalização, o Direito Ambiental estava vinculado ao Direito Administrativo. Essa relação agora está intimamente relacionada ao Direito Constitucional, em razão de o direito ao meio ambiente ter sido elevado ao *status* de direito fundamental (FENSTERSEIFER apud LUNELLI; POLETTO, 2011).

Em razão da ocorrência de algumas catástrofes ambientais, realizou-se a Conferência Nacional das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em 1992, contando com a presença de diversos países, além de ficar conhecida como ECO/92 (MODÉ, 2003).

Resultaram dessa Conferência duas declarações, sendo elas a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e a Agenda 21. Esses documentos possuíam como fulcro a responsabilidade de criar regras de Direito Internacional para assegurar em nível mundial a proteção do meio ambiente, considerando as peculiaridades de países em desenvolvimento econômico e também assegurando a proteção ambiental (VIEIRA apud LANFREDI, 2002).

Em sequência, houve a publicação da Lei n. 10.257, em 2001, a qual ficou conhecida com Estatuto da Cidade. A referida norma busca implementar a ação do plano diretor municipal naqueles municípios que possuem mais de 20 mil habitantes, entre outras hipóteses (MUKAI, 2007).

3 ESTATUTO DA CIDADE: A ELABORAÇÃO DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL

Garante a Lei n. 10.257/01 aos indivíduos e às futuras gerações o direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, moradia, saneamento ambiental, entre outros fatores (OKADA, 2009).

Como forma de assegurar os referidos ideais, o Estatuto da Cidade fez marco criando diversificados instrumentos de política de desenvolvimento urbano, podendo ser citados o parcelamento e edificações compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento em títulos (MUKAI, 2007).

Nesse ponto, destaca-se o objetivo do presente artigo, sendo concedidos diversos instrumentos a respeito da política urbana e proteção ambiental, entre eles a possibilidade de intervenção tributária buscando o incentivo para a proteção e a recuperação ambiental.

Assim, o Estatuto da Cidade conferiu autonomia à municipalidade, obrigando-a a instituir um plano diretor que contenha os ditames de sustentabilidade para gerir o desenvolvimento urbano; além disso, concedeu competência tributária no que se refere aos tributos municipais para interferir buscando a melhor gestão para o crescimento urbano e populacional.

4 A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO: COMPETÊNCIA LEGISLATIVA SOBRE MATÉRIA AMBIENTAL E TRIBUTÁRIA

A Constituição Federal de 1988 novamente fez marco quando conferiu aos municípios qualidade de entes federativos autônomos. A norma mencionada estabeleceu a organização político-administrativa da Federação Brasileira e, dessa forma, conferiu ao ente municipal a competência subsidiária em razão da União e dos Estados (GUIMARÃES, 2009).

Assim, para equilibrar a estrutura do País, confere-se, na divisão de competências entre os entes políticos, responsabilidade ao município para tratar dos assuntos de interesse local.

Ainda, concedeu-se ao município a possibilidade de suplementar legislação federal ou estadual quando houver espaço normativo não preenchido, ou determinar normas mais condizentes com a realidade ambiental local quando a legislação estadual ou local não seja aplicável (MATA, 2009).

Dessa forma, a tributação ambiental busca promover a proteção e a recuperação ambiental e, mesmo atingindo problemas isolados, pode contribuir de maneira significativa para a melhoria do meio ambiente (REALI, 2006).

Dessa forma, a tributação extrafiscal pode ser usada como meio de fomentar comportamentos e iniciativas que regulem a economia do mercado e a sustentabilidade ambiental.

5 ANÁLISE DO PLANO DIRETOR DE SÃO MIGUEL DO OESTE SOB A ÓTICA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: DELINEAMENTO E MAPEAMENTO DA PESQUISA

A partir desse ponto, analisa-se o plano diretor do Município de São Miguel do Oeste, objeto de estudo delineado para este artigo e para a problemática aqui emoldurada, e a relação com a sustentabilidade do modelo tributário trazido pela Lei n. 10.257/01.

Inicialmente, identifica-se o conjunto de tributos que formam a receita municipal e se há relação com a sustentabilidade social e ambiental que deve haver nas cidades e que, essencialmente, delineou o Estatuto da Cidade para o bem-estar e qualidade de vida das pessoas, dentro dos propósitos de função social que deve propor toda e qualquer cidade.

Em uma segunda abordagem, delimitam-se os problemas ambientais enfrentados no Município e, em seguida, identificam-se as propostas já

adotadas no plano diretor municipal que estão de acordo com o estabelecido no Estatuto da Cidade.

Por fim, são salientados os pontos que causam impacto ambiental e ainda não são explorados no plano diretor para, em seguida, serem propostas sugestões de abrandamento ou mesmo extirpação do impacto ambiental.

5.1 O ORÇAMENTO MUNICIPAL DE SÃO MIGUEL DO OESTE: OS TRIBUTOS E SUA RELAÇÃO COM A SUSTENTABILIDADE DA CIDADE

O orçamento municipal é formado pela arrecadação fiscal, que, além de uma fonte de financiamento do município, serve como meio de transferência de valores do setor privado para o setor público.

Verifica-se a relação tributária com a preocupação ambiental no momento em que se percebe quando é o orçamento público o responsável pelos custos de recuperação e proteção do meio ambiente degradado pela atividade econômica particular (REALI, 2006).

Em consonância com o mencionado anteriormente, a arrecadação tributária serve para o incentivo a investimentos em saneamento, fornecimento de água, implantação de áreas verdes e demais iniciativas relacionadas à preservação do meio ambiente.

Observa-se que a formação da arrecadação tributária de São Miguel do Oeste é regulada pelo Código Tributário do Município, Lei n. 4.200/97.

Ao realizar-se a análise da aludida norma, dispõe o art. 171 os tributos cobrados em São Miguel do Oeste, no que interessa ao estudo, Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU).

Verifica-se que há autorização de isenção de tributos, de forma geral, em alguns casos. Conforme o art. 86, pode ser concedida isenção em caráter geral, por meio de lei aplicada na região municipal.

Nesse ponto, vale destacar que é concedido ao Município possibilidade de legislar dentro da localidade sobre seus interesses; portanto, nada obsta ao ente municipal elaborar uma norma concedendo hipóteses de isenção individual ou compensação tributária (como ocorre, a título de exemplo, com o chamado IPTU ecológico (cunho extrafiscal), em que práticas sustentáveis reguladas e fiscalizadas pelo Município propiciam descontos no pagamento do IPTU municipal (cunho fiscal)) para aqueles contribuintes que colaborarem com a manutenção ou recuperação ambiental. Solidifica-se a possibilidade com a leitura do art. 87 da mesma norma, que diz que a isenção deve ser apoiada em razões de ordem pública ou de interesse do Município.

Chega-se ao resultado de que essas são as formas mais nítidas de arrecadação fiscal no Município de São Miguel do Oeste, portanto, não respeitam ou, melhor, não intuem o caráter sustentável prospectado pelo Estatuto da Cidade.

5.2 AS ATIVIDADES CONTEMPLADAS NO PLANO DIRETOR DE SÃO MIGUEL DO OESTE E ATIVIDADES QUE PODEM SER OBJETO DE TRIBUTAÇÃO EXTRAFISCAL DE CUNHO SUSTENTÁVEL

O plano diretor possui competência para reger o desenvolvimento urbano e efetivo poder de polícia para controle de degradação ambiental e adoção de alternativas legais para preservação e redução de impacto do meio ambiente (REALI, 2006).

Por essa razão, já está instituído no Plano Diretor de São Miguel do Oeste o princípio do desenvolvimento sustentável e função social da cidade.

Verifica-se na norma legal a garantia ao saneamento e à moradia, nada assegurando a garantia ao meio ambiente saudável, como preconiza a Constituição Federal e a Lei n. 10.257/01.

No entanto, a respeito da função social da propriedade, o art. 8º do Plano Diretor de São Miguel do Oeste estabelece a função já definida na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade. Ainda, assegura, por meio de três incisos, os requisitos de cumprimento de função social da propriedade, contendo neles determinação de compatibilidade de uso e porte da propriedade com infraestrutura, equipamentos, serviços públicos disponíveis, qualidade do meio ambiente urbano e natural, equilíbrio ecológico, segurança, bem-estar e saúde de seus usuários e vizinhos.

Observa-se que mesmo estando o direito ao meio ambiente excluído da função social da cidade, está mencionado de maneira expressa na definição da função social da propriedade. Portanto, garante o Plano Diretor municipal a proteção ecológica nas propriedades que integram o Município de São Miguel do Oeste.

Primeiramente, o Plano Diretor de São Miguel do Oeste trata a respeito do parcelamento, edificação e utilização compulsórios. Já regulariza o art. 179 da referida norma a possibilidade de o Município exigir do proprietário de imóvel não edificado ou não utilizado a promoção do seu aproveitamento em prazo determinado, sob pena de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, em seguida de aplicação de imposto predial e territorial progressivo no tempo (IPTU progressivo) e, por último, desapropriação.

Seguindo essa diretriz, seguem as hipóteses abordadas pelo Plano Diretor de São Miguel do Oeste para aplicação do IPTU progressivo, dedicando um capítulo inteiro para a sua regulamentação.

Importantíssimo salientar que o Plano Diretor, em seu art. 25, enfatiza o Programa de Qualificação Ambiental e Saneamento, o qual visa promover melhoria das condições ambientais para impulsionar o desenvolvimento sustentável.

O Programa de Qualificação Ambiental e Saneamento propõe incentivos à criação de programas de coleta seletiva do lixo com ênfase na reutilização e redução de resíduos e de programas de captação de águas pluviais

e tratamento e reuso de águas servidas, podendo esses incentivos ser de caráter fiscal, desde que atendam ao disposto no Código Tributário Municipal.

Nesse ponto, verifica-se perfeita utilização da benesse fiscal em razão da preservação ambiental, incentivando os moradores de São Miguel do Oeste a realizarem coleta seletiva de lixo e utilizarem programas de captação de águas por meio da concessão de abatimento fiscal.

A partir daqui aborda-se o segundo aspecto de análise do Plano Diretor, o qual foca em propor novas oportunidades de uso de tributação para fomentar a preservação e a recuperação ambiental.

Uma forma de incentivo fiscal que poderia ser adotada pelo ente municipal é o incentivo à utilização de energias alternativas em atividades domésticas ou econômicas. Assim, incentiva-se a utilização de energia solar ou eólica, causando redução da energia não renovável. O incentivo pode ser concedido por meio de redução de percentual de cobrança de IPTU em residências que utilizem os métodos mencionados.

Mais uma maneira de incentivo à proteção ambiental ocorre quando há redução de concentração humana em determinada região da cidade. Havendo incentivos partindo do município para redução de imposto sobre a propriedade em determinada área, aumenta o índice de construção em terrenos que possuem menor intensidade de ocupação. Entretanto, deve-se lembrar da necessidade de manutenção de áreas verdes e de infraestrutura de saneamento, trânsito, iluminação pública e demais fatores, para assegurar o desenvolvimento sustentável regional.

Conclui-se, então, que existem, conforme exposto alhures, propostas de tributação com fulcro de proteção, preservação e recuperação ambiental contidas no Plano Diretor de São Miguel do Oeste que estão de acordo com os ditames de sustentabilidade do Estatuto da Cidade, contudo, além dessas hipóteses, sugeriram-se algumas outras formas de incidência de tributação que poderão vir a ser adotadas pelo Município para incentivar a sustentabilidade e fazer com que a lei, eficaz diante dos ditames legislativos

e legais, possa de fato se tornar efetiva e alcançar seus reais propósitos e objetivos para a melhoria da qualidade de vida humana e ambiental.

6 CONCLUSÃO

A preocupação com o meio ambiente é um assunto que a cada dia vem conquistando uma parcela maior da população. Em razão disso, a discussão sobre proteção e recuperação ambiental ganha mais adeptos e destaque no meio jurídico.

Dessa forma, a legislação tem destacado a importância de incluir o conceito de sustentabilidade quando se trata de organização urbanística. Para efetivar o mencionado preceito, confere-se pela Lei n. 10.257/01 responsabilidade de organização municipal sobre matéria ambiental de interesse local.

Corroborando esse entendimento, possui o Plano Diretor de São Miguel do Oeste responsabilidade de gerir os instrumentos que podem gerar a sustentabilidade da Cidade.

Um desses instrumentos é a tributação ambiental, responsável por atingir o contribuinte e alocar a ideia de proteção ambiental por meio de alteração no valor de tributos ou mesmo concessão de isenções.

Por resultado, firma-se o entendimento de que o Plano Diretor de São Miguel do Oeste atinge parcialmente os termos de sustentabilidade quando aplica os meios fiscais. Eis que prevê a aplicação de IPTU progressivo em razão de não ser realizada a função social da propriedade. Caso essa medida não seja suficiente, existe ainda a previsão de aplicação de desapropriação para conferir a utilização da propriedade.

Outro ponto de destaque é a previsão de concessão de abatimento tributário em razão da instituição de programas que envolvam coleta seletiva de lixo, reutilização de resíduos e captação, tratamento e reuso de águas, efetivando a proposta de incitar a proteção ambiental.

No entanto, podem ser realizados outros tipos de incentivos fiscais; entre eles é sugerida a utilização de energias alternativas e a realocação da população para locais onde haja baixa densidade de habitantes.

Vale ressaltar que não são apenas essas as formas de estímulos tributários que podem ser adotadas pela municipalidade, havendo um amplo rol sugestivo de medidas, não se encerrando aqui a discussão sobre a melhoria do Plano Diretor ao que se refere seus ideais e preceitos de sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. **A duração das cidades**: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2009.

AYALA, Patrick de Araújo (Org.). **Direito ambiental e sustentabilidade**: desafios para a proteção jurídica da sociobiodiversidade. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%c3%a7ao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental**: busca de efetividade de seus instrumentos. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental**: busca de efetividade de seus instrumentos. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE; José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LUNELI, Carlos Alberto. **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2011.

LUNELI, Carlos Alberto (Org.). **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010.

LUNELLI, Carlos Alberto; POLETTO, Leonardo Augusto. O direito fundamental da proteção do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro e o protagonismo do direito em matéria ambiental. In: LUNELLI, Carlos Alberto (Org.). **Direito, ambiente e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2010.

MATA, Luiz Roberto da. O Estatuto da Cidade à Luz do Direito Ambiental. In: ROCCO, Ronaldo Coutinho Rogério (Org.). **O direito ambiental das cidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2003.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental**: a função do tributo na proteção do meio ambiente. 1. ed. 7. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MUKAI, Toshio. **Direito municipal ambiental**: abordagens teóricas e práticas. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MUKAI, Toshio. **Temas atuais de direito urbanístico e ambiental**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OKADA, Denise Setsuko. A constitucionalização da matéria ambiental: o direito às cidades sustentáveis em jogo. In: ROCCO, Ronaldo Coutinho Rogério (Org.). **O direito ambiental das cidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 65-82.

REALI, Darcí. **Os municípios e a tributação ambiental**. Caxias do Sul: Educus, 2006.

ROCCO, Ronaldo Coutinho Rogério (Org.). **O direito ambiental das cidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SÃO MIGUEL DO OESTE. Lei Complementar n. 002, de 22 de dezembro de 2011. Dispõe sobre as normas relativas ao Plano Diretor do Município de São Miguel do Oeste, Estado de Santa Catarina e dá outras providências. **Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina**, Florianópolis, 22 dez. 2011. Disponível em: <<http://camarasmoo.sc.gov.br/legislacao/municipal/5117.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

SÃO MIGUEL DO OESTE. Lei n. 4.200, de 10 de dezembro de 1997. Institui o Código Tributário do Município de São Miguel do Oeste-SC e contém outras providências. **Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina**, Florianópolis, 10 dez. 1997. Disponível em: <<http://camarasmoo.sc.gov.br/legislacao/municipal/2640.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

A (IR)RESPONSABILIDADE PROCESSUAL GERADA PELA INEXISTÊNCIA DA SUCUMBÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Simone da Costa*

Resumo

A aplicação da sucumbência para o direito processual do trabalho ocorre somente em situações trazidas em lei; dessa forma, a simples sucumbência não gera a condenação em honorários, pois devem estar presentes alguns requisitos trazidos por lei específica, entre eles, a parte comprovar hipossuficiência econômica, não ter condições de pagar as despesas do processo sem prejuízo do sustento seu e de sua família, e estar assistida por advogado do sindicato da categoria, caso contrário, não tem direito a receber honorários de sucumbência. Pode também o trabalhador ir a juízo sozinho, utilizando-se do *jus postulandi*, porém, na prática é muito difícil, diante da especialidade da justiça. Mas ao limitar a apenas essas hipóteses, o legislador e a jurisprudência trouxeram um problema, um prejuízo para aquele que busca a justiça com advogado particular, pois terá que tirar de sua verba trabalhista para pagar o advogado quando com a sucumbência poderia diminuir esse valor, e para o advogado é uma afronta ao seu estatuto que diz que são devidos os honorários de sucumbência. Assim, faz-se necessário que se revejam as legislações que tratam do assunto e que se unifique entendimento, o que poderá ocorrer com uma nova legislação, a qual já tramita na Câmara dos Deputados.

Palavras-chave: Honorários. Sucumbência. Processo do trabalho.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; simone.costa@unoesc.edu.br

A (i)rresponsibility process generated by succumbing of existence in the process right job

Abstract

The application of succumbing to the procedural law of labor occurs only in situations brought into law thus simply succumbing does not generate the conviction in fees, therefore, must be present some brought by law requirements specifies, among them the party proves hipossuficiência economic, not be able to pay the costs without prejudice to support him and his family, and be assisted by a lawyer of the labor union, otherwise not be entitled to receive attorney fee. You can also go to law the worker alone, using jus postulandi, but in practice it is very difficult, facing the specialty of justice. But the limit only these cases the legislature and jurisprudence brought a problem, an injury to one who seeks justice with particular lawyer, will have to take their labor money to pay the lawyer, when with collapsing could decrease this value, and to the lawyer, it is an affront to their status that says they are due attorney fee. So it is necessary that review the laws dealing with the subject that unifies and understanding, which may occur with new legislation, which already currently in the House of Representatives.

Keywords: Fees. Collapsing. Work process.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo tem-se por escopo apresentar a permissividade da sucumbência no direito processual do trabalho, considerando-se a discussão que há atualmente acerca do tema.

Assim, diante das divisões e critérios utilizados para definir a possibilidade de existência de uma condenação em honorários de sucumbência, os quais constam na jurisprudência uniformizada do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em sua Súmula n. 2019, que elenca quais as possibilidade de aplicação desses honorários, busca-se discutir, nas situações em que não há sucumbência, os reflexos gerados para a parte e para o advogado que o assiste na demanda por essa inexistência sucumbencial, analisando se a

inexistência da sucumbência no direito processual do trabalho pode levar a uma (ir)responsabilidade processual.

Diante das inúmeras decisões diversas sobre o mesmo assunto e da evolução constante que ocorre no meio jurídico, é relevante a análise do tema para verificar se a legislação atual está suprindo as necessidades do processo, se ela ainda está tendo aplicabilidade, se o decurso do tempo e a evolução não a tornaram defasada para a atualidade, se o processo precisa de uma lei que o atualize, e quem é o maior prejudicado por esse fato. Também é muito importante por estar se tratando de verbas que são de caráter alimentar, tanto para o trabalhador quanto para o advogado, e não podem ser ignoradas pela sociedade, conforme demonstrar-se-á na pesquisa.

Perante inúmeras decisões diversas sobre o mesmo assunto e a evolução constante que ocorre no meio jurídico, é relevante a análise do tema para verificar se a legislação atual está suprindo as necessidades do processo, se ela ainda está tendo aplicabilidade, se o decurso do tempo e a evolução não a tornaram defasada para a atualidade, se o processo precisa de uma lei que o atualize e quem é o maior prejudicado por esse fato. Também, é muito importante por estar se tratando de verbas que são de caráter alimentar, tanto para o trabalhador quanto para o advogado, e que não podem ser ignoradas pela sociedade, conforme se demonstra nesta pesquisa.

A Justiça do Trabalho é marcada pelo *judicial fishing*. Uma espécie de pesca – lançamento de qualquer isca – para tentar se valer do regime preclusivo, dos ônus e das presunções processuais favoráveis sempre ao demandante, para tentar criar uma causa e, quem sabe, receber algum dinheiro. Um processo sem custos gera isso, ao passo que nada, absolutamente nada, é imposto de negativo ao demandante que sucumbe a partir de uma demanda sem fundamentos.

Demandar sem riscos, principalmente riscos econômicos, é estímulo a demandas infundadas e temerárias. Não exige do demandante nenhuma autocrítica a respeito de seus fundamentos e nenhum compromisso com a

verdade. Basta demandar e tentar algum resultado, afinal, não há custas, e caso, depois de anos, a demanda seja julgada improcedente, voltar-se-ia simplesmente ao *status quo ante*.

Por isso, busca-se saber se a possibilidade de imposição de sucumbência às partes como medida positiva tem como fundamento melhorar a dinâmica da Justiça do Trabalho, se tal consequência vai servir de elemento para a autocritica dos demandantes, evitando que estes formulem pedidos que saibam ser improcedentes, sob o risco de sucumbirem – integral e parcialmente –, com efeitos relevantes para os advogados, especialmente nos casos de sucumbência recíproca, com a possibilidade de compensação das verbas.

É por essa razão que se faz necessária a possibilidade de implantação dos honorários de sucumbência nas relações trabalhistas baseada em uma reflexão fundamentada sobre a questão controversa acerca dos profissionais do direito que atuam na Justiça do Trabalho e que merecem ver acolhido o pleito sobre os honorários advocatícios e de sucumbência nos processos trabalhistas.

2 O *JUS POSTULANDI* E A SUCUMBÊNCIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O *Jus postulandi* ou *Iuspostulandi* é um princípio, uma característica do processo do trabalho, que representa a capacidade postulatória, isto é, o poder de postular pessoalmente em juízo. Vários autores abordam o assunto, mas todos buscam tratar da participação do advogado nas demandas.

Conforme Martins (2012, p. 190):

No processo do trabalho o *iuspostulandi* é o direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado. Na prática muitas vezes se confundem as noções da capacidade postulatória com o *iuspostulandi*. Na verdade, a primeira refere-se ao sujeito e a segunda ao exercício do direito possibilitado pela capacidade de estar em juízo.

Tal entendimento é decorrente da inteligência dos arts. 791 e 839 da CLT, com o advento da Constituição Federal de 1988, que tratou o advogado como indispensável à administração da justiça, mas nada alterou a possibilidade de o trabalhador ir a juízo sem patrono constituído; essa regra não foi alterada e nem está em conflito com a Constituição, existem também outras situações em que a parte pode pessoalmente ir a juízo, exemplo: o Juizado Especial Civil, até 20 salários mínimos (art. 9º da Lei n. 9.099/95), no pedido de revisão criminal (art. 623 do CPP) (MARTINS, 2012).

De acordo com Leite (2012), as pessoas possuem capacidade de estar em juízo, capacidade civil trazida pelo art. 7º do CPC; quem possui capacidade civil, em regra, pode praticar todos os atos da vida civil, inclusive ser parte em um processo, mas há casos em que a pessoa possui capacidade civil de ser parte, porém não possui capacidade processual, a capacidade de ir a juízo, exemplo o art. 8º do CPC.

Ocorre que na justiça do trabalho o empregado e o empregador possuem a capacidade de ir a juízo sem estar representados por um procurador jurídico, esse fenômeno é chamado de *jus postulandi*. Vale ressaltar que é uma faculdade e não uma obrigação, podem o empregado e o empregador contratarem um advogado, é o que ocorre na maioria dos casos, para buscar ou defender seu direito perante o juízo trabalhista.

No entanto, essa faculdade é limitada, como é o caso de recursos que devam ser interpostos no TST, os quais precisam obrigatoriamente de procurador judicial; conforme entendimento sumulado do TST (Súmula 425¹), questiona-se se essa Súmula está coerente com a lei, pois vem limitar o direito claro de “acompanhar as suas reclamações até o final”, uma vez que o TST é órgão da justiça do trabalho, e se esse entendimento não é prejudicial ao empregado ou ao empregador no momento em que terão que, obrigatoriamente, contratar um advogado para finalizar o litígio.

De certa forma a Súmula limita o acesso do cidadão a um ramo especializado do Poder Judiciário. Assim, a existência do *jus postulandi* torna inviável a condenação em sucumbência, segundo a doutrina e a jurisprudência dominante, mas a indagação a ser feita é: e quanto ao caráter alimentar que possuem os honorários, o que é a sucumbência?

Essa sucumbência, segundo o dicionário, deriva de sucumbir, que significa ser vencido; para o Direito esse termo tem relevante significado, pois é tido como dever de pagar à parte contrária ganhadora, total ou parcial, os honorários de sucumbência (XIMENES, 2000).

Segundo Martins (2012), a parte ganhadora não pode sair do processo com prejuízos, ela deve ser ressarcida de todas as despesas de ter buscado o Judiciário para resolver o conflito, e não seria justo que o ganhador do processo tivesse diminuição em seu patrimônio por ter buscado um direito seu em juízo.

Cabe ressaltar que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado da parte ganhadora e não ao contratante do serviço jurídico. Ocorre que pode ser confundido pelo cliente, ele pode entender que esse valor de sucumbência é seu direito e não do advogado. Para resguardar tal direito, o Estatuto da Advocacia e da OAB – Lei n. 8.906, em seu art. 23, deixa que pertençam ao advogado os honorários sucumbenciais, ficando facultado a ele, mediante acordo, repassar para o empregador tais honorários, ou então, para um fundo específico que a empresa criar para esse fim, que terá uma finalidade prevista em acordo entre as partes.

Como regra geral, a sucumbência existe em todos os processos, exceto em casos em que a lei dispor em contrário, por exemplo, no juizado especial civil no art. 55 e no direito do trabalho por entendimento já sumulado.

3 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Mesmo depois da Constituição de 1988 (art. 133), do CPC (1973), do Estatuto dos Advogados (1994), do Código Civil (2002) e do Estatuto da Advocacia (Lei n. 5.5984/1970), continuam a vigor o art. 791 da CLT e a Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, com base nos quais se consideram indevidos honorários de sucumbência no Judiciário trabalhista.

Honorário é a remuneração por serviços prestados por profissionais liberais que possuem qualificação, como médico, advogado, entre outros. Tem previsão legal no Código de Processo Civil de 2002, em seu art. 20, o qual dispõe: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.” (BRASIL, 2002).

Para a justiça do trabalho não é obrigatória presença de um advogado em juízo, pois existe a possibilidade de postular pessoalmente o instituto chamado de *jus postulandi*, conforme inteligência do art. 791 da CLT.

Contudo, existe previsão legal de honorários sucumbenciais no art. 14 da Lei n. 5.584/70 quando a parte estiver assistida pelo sindicato representante de sua categoria profissional e não perceber além do dobro do salário mínimo, ou, quando receber além, não puder ir a juízo sem detrimento de sua manutenção pessoal e familiar. Já para as ações trabalhistas não oriundas da relação de emprego a representação das partes por advogado é obrigatória, situação que ocorreu com o advento da EC n. 45/2004, que trouxe competências à justiça do trabalho (LEITE, 2012).

Sobre a matéria, o TST formulou a Instrução Normativa n. 27/2005, que dispõe da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que traz em seu art. 3º, § 3º: “Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas.” (BRASIL, 2005a).

Trata do assunto a Súmula 219 do TST:

Justiça do Trabalho – Condenação em Honorários Advocatícios

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

II - É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70. (BRASIL, 2005b).

Mas essa interpretação somente existe pela não obrigatoriedade de advogado na justiça do trabalho; assim, nas situações em que é limitado o *jus postulandi* é coerente que a obrigatoriedade de advogado faça com que os honorários advocatícios sejam devidos pela mera sucumbência (LEITE, 2012).

Segundo Pinto (2000), não há dúvida que o *jus postulandi* pessoal de empregado e empregador continue a vigorar, nem sendo uma peculiaridade da área processual trabalhista, pois o vemos estabelecido, também, na área criminal, de referência à impetração de *habeas corpus*, e na cível, em relação aos juizados de pequenas causas, situações em que, a exemplo da trabalhista, a obrigatoriedade da representação por advogado se converte em fator de dificuldade do acesso do jurisdicionado à Justiça, ora sob um ângulo puramente econômico, ora com o comprometimento até de sua liberdade individual. A crítica é em relação à parte material dos postulantes, provenientes de seu alheamento às normas e técnicas que deverá manipular no processo. É, sim, uma crítica em relação à aventura de ir a juízo, muitas vezes, sem possuir o mínimo de conhecimento sobre o assunto; é lógico que não ter despesas com advogado é interessante para o empregado ou o empregador, mas pode ser na sentença futura muito mais prejudicial, pois as despesas de um processo malconduzido podem ser extremamente frus-

trantes para quem busca um direito trabalhista, principalmente por parte do empregado que é a parte hipossuficiente da relação.

Cabe ressaltar que são dois os tipos de honorários, os convencionados, decorrentes de ato de convenção, ou seja, o contratante e, o contratado convencionam sobre o serviço a ser prestado e as formas de pagamento e, caso ocorra inadimplemento por parte do cliente, é o contrato que o advogado vai executar para buscar os honorários, devendo seguir todo o procedimento legal previsto nesses casos.

Tem-se como previsão legal o art. 22, § 2º da Lei n. 8.906/94, mas apesar de ser o juiz que arbitra não fica ao seu livre arbítrio, pois ele deverá considerar todos os critérios estabelecidos em lei (art. 20, § 3º, do CPC) e a tabela das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que possuem parâmetros mínimos de fixação de honorários.

O segundo tipo de honorário são os sucumbenciais, decorrentes do êxito na demanda, resultado de um trabalho feito por parte de um profissional jurídico; serão fixados de 10 a 20% sobre o valor da condenação, inteligência do art. 20 do Código de Processo Civil. Eles derivam do processo judicial e não de um contrato, que é o que ocorre nos convencionados. Algumas diretrizes gerais sobre os honorários estão elencadas no art. 36 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Dessa forma, o profissional jurídico tem amparo legal para realizar com honra e honestidade todos os atos de sua profissão, deixando sua categoria bem-vista aos olhos da sociedade.

4 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

A lei que trata da assistência judiciária gratuita é a Lei n. 1.060/50, porém o direito processual do trabalho é regido também pela Lei n. 5.584/70, a qual dispõe de várias situações processuais, inclusive sobre a assistência

judiciária gratuita, do art. 14 ao art. 19, delimitando que a assistência judiciária gratuita da Lei n. 1.060/50 será prestada pelo sindicato.

Existem, então, três possibilidades de o empregado ir a juízo: a primeira é postular sozinho utilizando o *jus postulandi*, a segunda é estar representado por advogado particular, e a terceira, estar representado por advogado do sindicato da categoria; esta última constitui a assistência judiciária gratuita.

Terá direito, o empregado, a essa assistência desde que preencha os requisitos legais, e um deles é o do § 1º do art. 14, o qual seja, a miserabilidade jurídica é presunção legal (*iuris et de iuris*) quando o empregado percebe até dois salários mínimos (§ 1º do art. 14 da Lei n. 5.584/70) (BRASIL, 1970). Há, contudo, presunção relativa (*iuris tantum*), que admite prova em sentido contrário, quando o empregado percebe mais de dois salários mínimos, e *não possa demandar sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família*.

Estando presentes os requisitos legais e se o empregado estiver representado pelo advogado do sindicato, nos termos do art. 14, da Lei n. 5.584/70, os honorários serão pagos e revertidos ao sindicato que prestou a assistência jurídica. Ou seja, a assistência judiciária gratuita é exercido apenas pelo sindicato da categoria, mesmo que ele não seja filiado, enquanto o benefício justiça gratuita, regulado pelo art. 790, § 3º, da CLT, pode ser concedido pelo juiz, independente de estar assistido de advogado do sindicato ou não, desde que preencha os requisitos legais. Se concedido esse benefício, o trabalhador fica isento do pagamento de despesas processuais.

Dessa forma, está amparado legalmente o trabalhador que tiver uma pretensão de direito resistida, podendo buscar o Judiciário, e, se preencher os requisitos legais, terá tanto a assistência judiciária gratuita quanto o benefício da justiça gratuita, em tese, não tendo prejuízo com a demanda.

5 DA APLICABILIDADE OU INAPLICABILIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Por ser um tema bastante incontroverso e diariamente debatido em vários TRTs do País e, até mesmo, no próprio TST, não suporta um posicionamento único e sem contexto algum, mas vários posicionamentos.

O *jus postulandi*, no processo do trabalho, tornou-se um procedimento tão técnico quanto os demais, impossibilitando que qualquer pessoa litigue em juízo.

Nesse sentido, aduz Cavalcante Junior (2000) que o processo do trabalho ficou cada vez mais técnico com a utilização de ações cautelares, nominadas e inominadas; tutela antecipada; execução provisória; tutela inibitória; ação civil pública; mandado de segurança, entre tantos outros institutos jurídicos, tornando, assim, impossível pensar que se possa fazê-lo sem o patrocínio técnico de um advogado.

Tanto isso é verdadeiro que alguns Tribunais Regionais do Trabalho não têm mais permitido reclamações verbais por servidores. É o caso do TRT da 6ª Região, que, desde o ano 2000, resolveu não mais admitir a propositura de reclamações verbais (Resolução Administrativa n. 04/2000).

Como se vê, portanto, na prática o *jus postulandi* é mais uma nostalgia do que efetivamente uma prática atual, devendo haver a compatibilização desse instituto, legalmente previsto, com a realidade, no sentido de, nesse momento, lutar pelo cancelamento das Súmulas n. 219 e n. 329 do TST, de forma a permitir que haja a perfeita convivência, no processo do trabalho, do *jus postulandi* com o princípio da sucumbência para quem não estiver protegido pela assistência judiciária gratuita.

É chegada a hora de se romper com a barreira de que não cabem honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, pois se trata muito mais de um preconceito do que propriamente de uma defesa dos interesses dos trabalhadores, seja porque o *jus postulandi*, embora previsto em lei, deixou

de ser usado nas lides trabalhistas pela própria exigência técnica do novo processo do trabalho, seja porque nem lei mais existe que o preveja pela não recepção da Lei n. 5.584/70 em nosso ordenamento jurídico, ou mesmo pela sua revogação, seja, ainda, porque, com o advento do novo Código Civil, o princípio do *restitutio in integrum* justifica o pagamento pela parte vencida dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, pois, para que o credor possa receber o seu crédito exercendo o fundamental direito de ação, tem que se valer da assistência de advogado de sua confiança para obrigar o devedor ao cumprimento desta.

Ressalta-se que a sucumbência vem sendo bastante discutida pelos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o País; vários posicionamentos sobre o tema são proferidos diariamente. Cabe ressaltar que não existe decisão correta ou errada, mas diferentes posicionamentos sobre o mesmo assunto, e todas são decisões bem fundamentadas, cumprindo o princípio da fundamentação.

Ao fazer uma busca pela jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 12^ª Região, a qual tem competência no Estado de Santa Catarina, encontram-se poucas decisões favoráveis à condenação em sucumbência.

Na grande maioria as bases constitucionais da fundamentação são o livre acesso à justiça, que deve ser garantido em qualquer hipótese, a segunda da liberdade sindical, da não vinculação do Estado aos sindicatos, a terceira da deficiência do Estado em promover a assistência judiciária por meio da defensoria pública, o que acarreta o prejuízo do jurisdicionado.

No entanto, o entendimento majoritário é de que não cabe à Justiça do Trabalho a condenação em sucumbência, salvo nos casos previstos em lei.

Tal posicionamento traz que, em relação aos honorários advocatícios, o art. 133 da Constituição Federal não pôs termo ao "*jus postulandi*" no processo trabalhista, tornando inaplicável o princípio da sucumbência para efeitos de honorários advocatícios. Somente são devidos honorários assistenciais se atendidos os pressupostos previstos na Lei n. 5.584/70, ou seja,

que a parte esteja assistida pelo seu sindicato de classe e que apresente a declaração de hipossuficiência econômica.

6 LEGISLAÇÃO INCIDENTE: LEI N. 3.392 DE 2004 – APLICAÇÃO

Qual seria a possível solução para desonerar o trabalhador que busca o Judiciário para receber o que lhe é direito e que tem parte de sua verba trabalhista utilizada para contratar um advogado, ou, então, o sindicato que não tem vinculação alguma com o Estado e mesmo assim é obrigado a prestar assistência gratuita, não que os sindicatos se recusem, mas é visível que os sindicatos não possuem uma abrangência e estrutura que consiga atender satisfatoriamente a todos. A solução seria uma alteração na legislação atual.

Nesse sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 3392/2004, apresentado à casa em 20 de abril de 2004, pela então Deputada Dra. Clair Flora Martins (PT-PR), que tem como finalidade tratar da sucumbência no direito do trabalho. A ementa já é autoexplicativa: “[...] altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, estabelecendo a imprescindibilidade da presença de Advogado nas ações trabalhistas e prescrevendo critérios para a fixação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho.” (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2004).

Estão apensos a esse Projeto de lei os seguintes projetos: n. 4.963/2005, n. 7.642/2006, n. 2.956/2008, n. 3.496/2008, n. 1.676/2007 e n. 5.452/2009, que versam sobre a mesma matéria. Esse Projeto aguarda Deliberação na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), a qual passa pela análise da redação final e, posteriormente, para a análise do Senado Federal.

Até o final da tramitação poderão ocorrer diversas alterações na letra do Projeto de lei, mas se buscará uma análise com o atual texto do Projeto, que tramita na Câmara, de quais mudanças ele traz para o direito processual do trabalho.

O primeiro ponto que se observa ao se fazer uma leitura do artigo atual e do artigo que prevê o Projeto de lei é a extinção do figurado *jus pos-*

tulandi, o qual serve de fundamento para a não sucumbência, trazido por vários tribunais e, inclusive, já sumulado.

Salienta-se que o advogado é indispensável à administração da justiça e faz jus a esse dispositivo; o direito é uma esfera que requer conhecimento específico, o que para um cidadão comum torna difícil ir a juízo sem estar acompanhado, bem como o fato de que para algumas pessoas é um verdadeiro temor estar diante das autoridades.

Na prática, o *jus postulandi* não funciona se um trabalhador utilizá-lo, em razão de sua falta de conhecimento de ritos e procedimentos; certamente terá graves prejuízos processuais, e faz-se a seguinte indagação: a pessoa que busca o Judiciário para garantir um direito seu e tem por necessidade contratar um profissional para ajudá-la, ao ser indenizada, haverá ressarcido também o valor que gastou com o profissional para que a decisão seja uma decisão com justiça?

É com esse espírito que tal Projeto de lei pretende ser aprovado, para garantir ao advogado o direito a suas verbas sucumbências, e que ao trabalhador não se torne tão oneroso buscar o Judiciário e, se tiver que o fazer, que tenha a certeza do ressarcimento dessas despesas.

7 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Para colaborar com o exposto, cabe trazer alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho, com o objetivo de demonstrar qual o entendimento do Tribunal sobre o assunto, bem como quais são as decisões proferidas por ele acerca dos honorários sucumbenciais.

Deslumbra-se o entendimento de que estando a parte assistida por advogado particular não tem o direito a honorários sucumbenciais; para a justiça do trabalho somente são devidos estando preenchidos alguns requisitos legais, o que no caso em tela não ocorreu, como demonstra o Recurso de Revista (RR) n. 36700-05.2007.5.01.0057:

RECURSO DE REVISTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONTRADITA INDEFERIDA. Estando a decisão regional em consonância com a atual jurisprudência desta Corte em relação à matéria (*in casu* a Súmula n.º 357), obsta o processamento do Recurso de Revista o art. 896, § 5.º da CLT. RESCISÃO INDIRETA. DANOS MORAIS. IMPOSTO DE RENDA. APLICABILIDADE DA PENALIDADE PREVISTA NO ART. 475-J DO CPC. RITO SUMARÍSSIMO. A admissibilidade do Recurso de Revista em processo submetido ao rito sumaríssimo depende de demonstração inequívoca de ofensa direta à Constituição Federal e/ou de contrariedade à Súmula do TST, nos termos do art. 896, § 6.º, da CLT, o que não se verificou no caso concreto. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. SÚMULA N.º 219 DO TST. PROVIMENTO. Na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios são disciplinados por legislação própria, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da Lei n.º 5.584/1970. Na hipótese dos autos, encontrando-se a Reclamante assistida por advogado particular, não se verifica o correto preenchimento dos requisitos em questão, sendo indevida a verba honorária, nos termos do disposto na Súmula n.º 219 do TST. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido. (BRASIL, 2010b).

O citado RR n. 36700-05.2007.5.01.0057 trata-se de um recurso movido pela reclamada que teve decisão de um TRT desfavorável, condenando-o a pagar honorários de sucumbência. Destaca-se o quanto é interessante o que fundamentou tal decisão, a que acolheu a procedência dos honorários:

4.1. Adotando entendimento diverso daquele que defendia anteriormente, este Desembargador se filia ao posicionamento disposto pela inteligência do item I, do Enunciado n.º 79, aprovado na 1.ª jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada no Tribunal Superior do Trabalho em 23/11/07, a seguir transcrito:

‘HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

I – Honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. As partes, em reclamationária trabalhista e nas demais ações da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, têm direito a demandar em juízo através de procurador de sua livre escolha, forte no princípio da isonomia (art. 5.º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil) sendo, em tal caso, devidos

os honorários de sucumbência, exceto quando a parte sucumbente estiver ao abrigo do benefício da justiça gratuita.⁷

4.2. Assim, condeno a Reclamada ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, apurado na execução, por força do art. 133 da Constituição Federal c/c art. 22 da Lei n.º 8.906/94, visto que não se afigura razoável exigir-se da parte vencedora na demanda, dispêndio patrimonial para arcar com o ônus de causídico que se viu obrigada a contratar para defender em juízo, direitos que lhe assistia. Deve ser salientado que, no que concerne aos honorários advocatícios, ainda que não pleiteados na inicial, que a sentença de primeira instância nada tenha disposto a respeito, ou que não haja recurso para tal parcela, esta é decorrente de lei: art. 20 do CPC, *caput*, como transcrito a seguir:

4.4. Por fim, não há de se falar em julgamento *extra petita* na concessão de honorários advocatícios de sucumbência, pois estes são decorrentes de pedido implícito legalmente. (BRASIL, 2010b).

A decisão utilizou-se de um princípio constitucional, o Princípio da Isonomia, e toda decisão que se fundamente na Carta Magna é fortemente defendida pelo princípio que rege o sistema, de que todas as demais normas devem obedecer fielmente à Constituição; contudo mesmo assim tal decisão foi revertida e predominou o entendimento das súmulas n. 219 e n. 329 do TST.

O mesmo entendimento teve o TST ao conhecer o Recurso de Revista e desonerar a reclamada ao pagamento de honorários sucumbenciais. O Tribunal utilizou a mesma fundamentação supracitada, do peso do princípio da isonomia, e a parte não poderia suportar as despesas de ter tido que buscar o Judiciário, mas nesse caso o TST traz uma fundamentação que aduz o RR-181700-56.2006.5.01.0482:

Note-se que o Tribunal Regional condenou o reclamado ao pagamento de honorários advocatícios tomando por base a simples ocorrência de sucumbência. Na Justiça do Trabalho, o deferimento da verba honorária somente é devido se comprovada a percepção pelo empregado de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se ele em situação econômica que não lhe permita demandar em prejuízo do próprio sustento ou da família e, ainda, quando estiver assistido por sindicato da categoria profissional. Daí o porquê de o princípio da sucumbência, contido

na norma do artigo 20 do Código de Processo Civil, não ter aplicação nesta Justiça Especializada. Nem mesmo o artigo 133 da Constituição Federal autoriza a condenação em honorários advocatícios, se não preenchidos os requisitos da Lei nº 5.584/70. Isso porque o dispositivo inserido na Constituição Federal tão somente alçou o foro constitucional norma anteriormente prevista no artigo 68 da Lei nº 4.215/63, não impondo o pagamento de honorários. Esse é o entendimento uniformizado desta Corte Superior, consoante se depreende da leitura do item I da Súmula nº 219, da Súmula nº 329 e da Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1, respectivamente. (BRASIL, 2010a).

Para o TST, entendimento já inclusive sumulado, os honorários são devidos quando estiver nos autos prova que a parte não possui condições econômicas de demandar, sem causar prejuízo ao sustento de sua família, e que esteja assistida por advogado da categoria profissional à qual pertença, ou seja, obedecidos os requisitos da Lei n. 5.584/70.

Sobre a presença obrigatória dos requisitos, o TST em RR n. 9000-81.2007.5.12.0046, dá provimento ao recurso, para excluir a condenação da reclamada ao pagamento de honorários sucumbenciais, pelo fato de a reclamante não estar assistida de advogado do sindicato, como dispõe a ementa:

RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. SÚMULA N.º 219 DO TST. PROVIMENTO. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são disciplinados por legislação própria, ficando a sua percepção condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art. 14 da Lei n.º 5.584/1970. Estando a Reclamante assistida por advogado particular, não se verifica o correto preenchimento dos requisitos em questão, sendo indevida a verba honorária, nos termos do disposto na Súmula n. 219 do TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (BRASIL, 2010a).

Outro caso peculiar ao assunto é o RR-39700-69.2002.5.22.0003, Recurso que discute serem ou não devidos os honorários sucumbenciais à reclamada que não está assistida de advogado do sindicato, na fundamentação feita pelo TRT, trazida nos autos pelo ministro, conforme aduz a seguinte tese:

Os honorários advocatícios são devidos à base de 15% sobre o valor da condenação, em face da hipossuficiência da reclamante, vez que lhe foram concedidos os benefícios da justiça gratuita, com arrimo no art. 5º, LXXVI, da CF, e Leis 1.060/50 (assistência genérica), 10.288/01 (assistência específica, não revogada pela 10.537/02), 7.115/83 (desnecessidade de atestado de necessidade), 8.906/94 (Estatuto da OAB, que faculta ao cidadão a escolha do seu advogado), sistemática e teleologicamente interpretados. As súmulas 219 e 329 do TST já se encontram defasadas em relação à legislação que lhes é posterior, a exemplo da 8.906/94, que deu novo Estatuto à OAB, e da 10.288/01, que revogou o art. 14 da Lei 5.584/70, e considerou estado de pobreza ganhar o trabalhador até cinco salários mínimos ou encontrar-se desempregado, podendo solicitar (não obrigatoriamente) a assistência sindical. Outrossim, pondera-se que a Lei 10.537/02, que instituiu as custas judiciais, conquanto em um dos seus dispositivos reprimiu o antigo § 9º do art. 789 celetário, não revogou a 10.288/01, posto que não o fez expressamente, nem disciplinou totalmente a matéria tratada nesta, nem com ela é incompatível. Por fim, invoca-se a Súmula 450 do STF, segundo a qual “São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário da justiça gratuita”. (BRASIL, 2010c).

Comenta-se na fundamentação trazida pelo TRT, que as Súmulas n. 219 e n. 329 estão defasadas em relação às legislações específicas que foram criadas posteriormente, por exemplo, a Lei n. 8.906/94 que traz o Estatuto da OAB, e também referencia a Súmula n. 450 do STF, sob o prisma de que para ser beneficiário da justiça gratuita não precisa estar assistido pelo sindicato, preencher os requisitos do art. 4º da Lei n. 1.060/50. Mas pelo entendimento sumulado, o TST deu provimento ao recurso, excluindo a condenação dos honorários.

Segundo o TST, somente caberá a condenação em honorários na hipótese em que a lei prever, não existindo nos autos do processo prova dos requisitos enumerados pela lei, não caberá os honorários de sucumbência, e assim segue a fundamentação.

Para o TST é fundamental que se analise se estão presentes os requisitos, uma vez que o próprio Tribunal estipulou em súmula, para que seja

julgado com legalidade; no TST não se tem muita divergência, essa divergência ocorre mesmo com maior intensidade nos TRTs com decisões fundamentadas na Constituição, no Estatuto da OAB e na Súmula n. 450 do STF.

8 CONCLUSÃO

Face à análise da sucumbência, de maneira específica, e seus reflexos ao contexto jurídico, pode-se concluir que para o direito processual do trabalho a sucumbência apenas é cabível em casos específicos, diferente da área civil, na qual a mera sucumbência gera a condenação de honorários sucumbenciais. Para essa justiça especializada, aplicam-se procedimentos distintos, e um deles é conceder os honorários sucumbenciais a hipóteses previstas em lei e sumuladas pelo TST, sobre o principal fundamento de a CLT ter proporcionado ao trabalhador a opção de ir a juízo desacompanhado de advogado. Sobre esse ponto, conclui-se que no momento em que a CLT foi criada o *jus postulandi* era perfeitamente cabível, mas com o passar dos anos, não se vê e não se imagina que um trabalhador vá a juízo desassistido de advogado, em razão da complexidade da justiça.

A inexistência da sucumbência causa ao trabalhador um prejuízo, pois ele gasta parte da verba trabalhista para pagar um advogado, quando, com a sucumbência, poderia abater boa parte desse valor, e não apenas é vantagem para o trabalhador, mas para o advogado também. É pacífico o entendimento que honorários são verbas de caráter alimentar e fazem parte do “salário” do advogado, assim, quando lhe é negado, mesmo diante de sua indispensabilidade, trazida pela Constituição, é-lhe suprimido um direito trazido até pelo próprio estatuto da categoria.

O mais grave dos motivos que leva a essa conclusão talvez seja a não aplicabilidade da Súmula n. 450 do STF, a qual estipula que são devidos honorários advocatícios sempre que vencedor o beneficiário da justiça gratuita, ou seja, não pode ser limitado por requisitos; quanto à diferença entre

assistência jurídica gratuita e justiça gratuita, são distintas, não significa que o detentor desta não possa contratar advogado particular; caso se entenda o contrário, seria uma forma de limitar o acesso ao Judiciário.

Sobre a (ir)responsabilidade processual, é possível perceber que ela ocorre tanto no que diz respeito à não observância do respeito à Súmula anteriormente citada quanto em relação ao caráter alimentar da sucumbência não ser preservado e por se estar, de uma maneira indireta, limitando o livre acesso à Justiça.

Dessa forma, ainda no que se refere à irresponsabilidade, um processo trabalhista poderá ser movido desnecessariamente, utilizando o autor de pura má-fé, pois ele sabe que ao fim não terá consequência alguma, e o que ele receber, por um descuido da parte contrária, é lucro.

Assim, são devidos os honorários de sucumbência, e, para sanar as falhas, a possível solução seria a aprovação do Projeto de lei o qual tramita na Câmara dos Deputados, que viria excluir o *jus postulandi*, que em nada mudaria o acesso à justiça por parte do trabalhador, atualizando o processo do trabalho para essa nova realidade processual.

Nota explicativa

¹ O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 669 p.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. 456 p.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2011. 1104 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 maio 2016.

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: 01 mar. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 jun. 1970. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 jul. 1994.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Recurso de Revista n. 181700-56.2006.5.01.0482. Relator: Min. Renato de Lacerda Paiva. Segunda Turma. Julgamento em: 03 fev. 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 26 fev. 2010a.

BRASIL. Recurso de Revista n. 36700-05.2007.5.01.0057. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing. Quarta Turma. Julgamento em: 10 fev. 2001. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 26 fev. 2010b.

BRASIL. Recurso de Revista n. 39700-69.2002.5.22.0003. Relatora: Min. Dora Maria da Costa. Oitava Turma. Julgamento em: 28 abr. 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 07 maio 2010c.

BRASIL. Recurso de Revista n. 9000-81.2007.5.12.0046. Relatora: Min. Maria de Assis Calsing. Quarta Turma. Julgamento em: 28 abr. 2010. **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho**, Brasília, DF, 07 maio 2010d.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa n. 27, de 16 de fevereiro de 2005. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 22 fev. 2005a. Disponível em: <<http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 219, de 24 de agosto de 2005. Justiça do Trabalho – Condenação em Honorários Advocatícios. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 24 ago. 2005b. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0219.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 425, Res. 165/2010. Jus Postulandi – Justiça do Trabalho – Alcance – Limitação. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 04 de maio 2010e. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_425.htm>. Acesso em: 02 maio 2016.

BRATTI, Luiz Mário. **Da impossibilidade de compensação dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência**. 2012. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/da-impossibilidade-de-compensacao-dos-honorarios-advocaticios-decorrentes-da-sucumbencia/1207/>>. Acesso em: maio 2016.

BULOS, Uadi de Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1667 p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 3.392**, apresentado a casa em 20/04/2004, pela Deputada Dra. Clair Flora Martins. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, estabelecendo a imprescindibilidade da presença de Advogado nas ações trabalhistas e prescrevendo critérios para a fixação dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=250056>>. Acesso em: 02 maio 2016.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 37. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 1640 p.

CARVALHO, Uilliam Frederic D' Lopes. Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2928, 08 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19475>>. Acesso em: 08 maio 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. 1488 p.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9. ed. Salvador: Podivm, 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1054 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As recentes reformas do CPC e as lacunas ontológicas e axiológicas do processo do trabalho: necessidade de heterointegração do sistema processual não penal brasileiro. **Rev. TST**, Brasília, DF, v. 73, n. 1, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/ds;pace/bitstream/handle/1939/2276/leitecarloshenrique.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 09 maio 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2012. 319 p.

NETO, Javert Ribeiro da Fonseca. **Honorários advocatícios de compensação**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290718174218181901.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Linhas gerais acerca dos honorários advocatícios: generalidade, natureza alimentar, espécies e o novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1288, 10 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9378>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática. 5. ed. São Paulo: LTr, 2000.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. Tradução Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000. 453 p.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. 19. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. 736 p.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO - RECIFE. Resolução Administrativa TRT 04 2000. Disponível em: <www1.trt6.gov.br/normas_internas/res_admin/reso0004200030222v1.rtf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

XIMENES, Sérgio. **Minidicionário Ediouro da Língua Portuguesa**. 2. ed. reform. São Paulo: Ediouro, 2000. 980 p.

A ARTE DA REPRESENTAÇÃO: AUTORES, ATORES E A PLATEIA SEM DISTINÇÃO

Carlos Weinman*

Resumo

No presente artigo se discorre sobre as relações de poder na perspectiva do filósofo Thomas Hobbes. A discussão sobre a legitimidade do domínio Estatal é comparada com a atuação teatral. O homem é ator e autor do Estado. Essa sua atuação ocorre no jogo do poder e nem sempre é percebida pelos indivíduos, mas eles fazem parte e têm uma função ativa, sem a qual o Estado não terá estabilidade e legitimidade.

Palavras-chave: Autor. Ator. Poder. Estado. Legitimidade.

The art of representation: authors, actors and the audience without distinction

Abstract

This article discusses the relations of power in the philosopher Thomas Hobbes's perspective. The discussion about the legitimacy of the State area is compared to the theatrical performance. The man is an actor and author of the State. His performance is in the power game and is not always perceived by individuals, but they are part and have an active role, without which the state will not have stability and legitimacy.

Keywords: Author. Actor. Power. State. Legitimacy

* Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria; Professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; carlos.weinman@unoesc.edu.br

1 INTRODUÇÃO

A análise sobre a sociedade, por mais superficial que seja, é capaz de apontar uma característica presente nos grupos humanos, ou seja, a organização. Ao nascermos somos educados para viver de acordo com certas determinações sociais. O social implica viver sob regras, o que sugere os meios de reprodução e legitimação. A partir disso somos desafiados a compreender como são sustentados e justificados os princípios reguladores da sociedade. Contudo, a construção ou determinação das normas sociais não envolve apenas criadores, na qualidade de legisladores, ativos e subjugados passivos. Os grupos sociais criam e recriam mecanismos para justificar as relações de poder e tornar legítimas as diferenciações e as determinações.

Assim, no universo do poder não podemos ignorar a relação entre legisladores e subjugados, faz-se necessário compreendermos na ótica metafórica do jogo, no jogo do poder ou no universo da política. No jogo todas as peças desempenham uma função importante. Caso o jogador não observe detalhadamente cada movimento, por mais insignificante que seja, poderá perder. No universo das relações de poder todos estão envolvidos e não podem descurar das implicações dos seus atos, pois fazem parte do emaranhado do poder; talvez ignorem, mas estão envolvidos na qualidade de sujeitos. Se subjugados por ignorância ou pela força, os indivíduos têm força ativa, por mais contraditório que pareça, no processo de sujeição. A compreensão consciente desse processo é um grande desafio. Assim, autores, atores e a plateia, no universo da política, constituem uma unidade em que de alguma forma todos são autores e atores, ou seja, a plateia desaparece e surge o sujeito político.

No início da modernidade encontramos a manifestação da decadência de um mecanismo de legitimação, sustentado na revelação e na fé. Uma forma tradicional de justificação da autoridade. Com a crise do paradigma transcendente de legitimação, temos o debate sobre as bases da Ciência

Política e, principalmente, como o poder pode ser justificado. A partir de então, o conceito de representação passa a ter um destaque importante. Se no Período Medieval a Igreja toma para si a autoridade sob justificativa de ser a representante de Deus sobre a Terra, à qual todos devem estar submetidos, como poderia ser pensada a representação no Período Moderno? Como poderá ser legitimado o poder? Nesse contexto, a consciência do domínio do homem sobre o outro está no universo das relações humanas, dissociada de uma ordem divina e eterna, o que leva à questão da legitimidade da representação e da ação do sujeito político, este, pensado no universo da ação como representante político ou como representado.

O sujeito político é pensado pelos modernos por meio da reflexão sobre a representação, a comunicação, o desejo e a unidade política. Aliás, Hobbes (1979b, p. 97) destaca, no *Leviatã*, que “[...] uma pessoa é aquele cujas palavras ou ações são consideradas quer como suas próprias quer como representando as palavras ou ações de outro homem, ou de qualquer outra coisa a que sejam atribuídas, seja com verdade ou por ficção.”

A passagem citada detém uma das grandes questões presentes no pensamento de Hobbes. A política e o jogo do poder passam a ser representados, em uma comparação metafórica, na forma teatral, no “teatro do mundo” ou melhor no “teatro do poder”.

A comparação entre a representação teatral e o poder ganha força diante da constatação de que o domínio do homem sobre o outro pode ocorrer apenas pela força, ou, então, poderá deter a legitimidade. Hobbes percebe que a simples imposição não estabelece garantias de unidade e muito menos segurança para o detentor do exercício do poder e para o súdito. Assim, um Estado pode ser conquistado pela força, mas a sua unidade e poder dependem da legitimidade. Eis que aparece nas relações sobre o poder, como principal questionamento, a questão sobre a atribuição do papel da representação.

Em Hobbes, a representação implica a possibilidade da atribuição da responsabilidade da ação e o uso da linguagem, que são instrumentos para atuação, para a defesa dos anseios e desejos dos indivíduos. Para entendimento sobre o universo político, o filósofo demonstra apenas para um único palco, ou melhor, a sociedade tal como é apresentada. Sob essa ótica, não é aceitável o princípio aristotélico de que o homem seja um ser naturalmente sociável, o qual por meio da linguagem desenvolve seu logos. Visto que, primeiro, o homem torna-se sociável por uma questão de necessidade e, segundo, a linguagem pode levar ao absurdo. Nesse contexto, o filósofo tem como preocupação a correção do raciocínio para a construção da Ciência Política. A representação e a atribuição política precisam de um método adequado. Como diz Hobbes (1979b, p. 29):

Mas este privilégio é acompanhado de um outro, que é o privilégio do absurdo, ao qual nenhum ser vivo está sujeito, exceto o homem. E entre os homens aqueles que professam a filosofia são de todos os que lhe estão mais sujeitos. Pois é bem verdade aquilo que Cícero disse algures a seu respeito: que nada há mais absurdo do que aquilo que se encontra nos livros de filosofia. E a razão disso é manifesta. Pois, não há um só que comece seus raciocínios com definição, ou explicações dos nomes que irá usar, o que é um método que só tem sido usado em geometria, cujas conclusões foram assim tornadas indiscutíveis.

Na discussão hobbesiana, a filosofia política buscará entender como o homem pode ser subordinado a outro, como é possível o exercício do poder. Para tanto, faz-se necessário um método adequado. Somente este poderá levar a inferências coerentes sobre a política. É interessante mencionar que este método leva ao desenvolvimento da constituição do contrato social, pressupondo o conceito de autoria e de representação. Desse modo, encontramos em Hobbes, o pressuposto que o Estado deve, mesmo que despótico, ser consequente da autoria dos indivíduos. A soberania deve en-

carnar em si as representações das palavras e ações de todos os súditos. Como afirma Ribeiro (1978. p. 10),

A clivagem também está presente à fundação do Estado: mas aí o que separa o palco da sua alteridade não é mais o olhar, é o fazer. A ação prevalece agora sobre tudo e, se restam homens – e possivelmente muitos – ausentes do palco, estão privados de toda a escolha entre a fascinação e a crítica, e mesmo de todo olhar: perderam esta liberdade do olho que define o lugar do espectador. A divisão faz-se agora em sentido contrário, deixa de privilegiar o espectador e favorece o palco, que não mais precisa justificar-se, mas torna-se juiz. A platéia é abolida desde que o Ator encarna a si todos os súditos, e seus atos não se destinam mais à contemplação, somente à eficácia.

O Estado e seu fundamento estão implicados no ato de representar e ser representado. Deixar de lado a preocupação política é impossível, pois o homem da sociedade não mais poderá ser visto na plateia, o privilégio é o palco, e o Estado encarna a autoria de todos os atores.

O grande problema que preocupava Hobbes era a sociedade inglesa do século XVII. Para entender a Guerra Civil e definir o papel dos súditos, Hobbes foi obrigado a descortinar as tramas do poder. Para isso, percebeu a grande necessidade de entender as motivações dos autores e atores da sociedade. Para essa discussão, alguns conceitos passam a ser percebidos pelo filósofo como indispensáveis. Dado que o entendimento da ação e atuação política pressupõe a discussão sobre a formação dos desejos, dos impulsos humanos, da vontade, da situação do homem sem um Estado, para somente então desenvolver a questão da autoria e da representação política.

2 DESEJO, EGOÍSMO E REPRESENTAÇÃO

Hobbes considera, na sua análise sobre a constituição do Estado, um elemento de grande importância para a nossa democracia representativa, ou seja, o pressuposto de que toda a atuação pressupõe uma motivação. Disso resulta uma diversidade de tendências, pois grande parte das

ações humanas é determinada pelos sentidos, desejos e paixões. Todavia, ações humanas têm como motivação um princípio em comum: a utilidade. Por conseguinte, o Estado somente poderá ser percebido sob a perspectiva da utilidade dos indivíduos, ou seja, o Estado deve personificar a utilidade para ser considerado legítimo.

Nessa discussão é importante ressaltar que, para Hobbes, as palavras ou ações são atribuídas aos indivíduos e constituem uma *pessoa natural*, quando suas ações e voz são provenientes de si mesmo, ou, então, constituem uma *pessoa artificial*, quando são consideradas representantes das ações e das palavras de outros homens (HOBBS, 1979b, p. 96). Desse modo, a personificação envolve o ato de representar. Como afirma Hobbes (1979b, p. 96):

A palavra pessoa é de origem latina. Em lugar dela os gregos tinham prósopon, que significa rosto, tal como em latim persona significa o disfarce ou a aparência exterior de um homem, imitada no palco. E por vezes mais particularmente aquela parte dela que disfarça o rosto, como máscara ou viseira. E do palco a palavra foi transferida para qualquer representante da palavra ou da ação, tanto nos tribunais como nos teatros. De modo que uma pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro; e daquele que representa outro diz-se que é portador de sua pessoa, ou que age em seu nome (sentido usado por Cícero quando diz: Unus sustineo três peronas; Mei, Adversarii, ET Judicis – Sou portador de três pessoas; eu mesmo, meu adversário e o juiz). Recebe designações diversas, conforme as ocasiões: representante, mandatário, lugar-tenente, vigário, advogado, deputado, procurador, ator, e outras semelhantes.

Hobbes discute com o termo persona e evidencia seu caráter de personificar e representar. O cenário político é visto como o ambiente de atuação personificada no ator e no autor como produtor de uma vontade que busca ser efetivada. Todavia, no conjunto social, as ações e atuações não são evidentes. Os verdadeiros sentimentos e desejos são disfarçados. O âmbito da política e do discurso político enseja as contradições e falsas in-

terpretações. A arte do disfarce não está restringida ao palco da peça teatral, antes, o ato de disfarçar está presente na vida cotidiana. Contudo, não quer dizer que o homem detenha uma maldade natural pela qual deva ser condenado. No entanto, é inegável que o ser humano detém grande probabilidade de buscar satisfazer seus anseios, sua autossatisfação.

Em Hobbes fica claro que não existe um modelo moral que transcende a constituição social, como, por exemplo, o modelo cristão. A sua ótica parte do princípio de que a moral somente poderá ser discutida no universo social. Assim, não podemos julgar as atuações dos indivíduos a não ser pelas regras constituídas socialmente. Para tanto, a questão do método e a necessidade da fixação de regras claras para discussão política se torna fundamental no seu pensamento social.

Se a Filosofia moral tivesse exercido o seu ofício com igual êxito, não vejo em que ainda mais poderia contribuir o esforço dos homens para o próprio bem-estar nessa vida. Se conhecêssemos a natureza das ações humanas com uma certeza igual àquela com que conhecemos a natureza das grandezas das figuras, a ambição e a avareza, cuja força se apóia em falsas opiniões do vulgo sobre o justo e injusto, ficariam desarmadas, e os seres humanos gozariam de uma paz tão constante que não mais seria necessário lutar, a não ser por um lugar no espaço, devido ao crescimento populacional. (HOBBS, 1993, p. 277).

A partir da fixação do método a ser seguido, Hobbes passa a discutir sobre os princípios que levam os homens à ação. A atuação dos sujeitos depende do caráter de uma natureza egoísta. A sociedade do seu tempo serve de ponto de reflexão. Na Inglaterra do século XVIII, os discursos sobre as questões políticas e a relação de vários grupos de interesses, que buscam sublimar suas posições são, também, uma característica marcante que serve de laboratório para Hobbes.

Por consequência, das circunstâncias observadas por Hobbes, temos o reconhecimento do homem como dotado de uma natureza egoísta, o que leva à pressuposição de que a atribuição de poder a um representante

somente é viável mediante um benefício do representado. Tal característica leva à pressuposição metodológica de que, na ausência de um poder comum, somente poderíamos prever uma situação de desconfiança recíproca.¹ Diante disso, Hobbes (conforme podemos constatar no *Capítulo XI do Leviatã*, intitulado: *Das diferenças de Costumes*) busca determinar quais os costumes e qualidades condizentes para uma vida em comum, pacífica e harmoniosa. Isso não quer dizer que Hobbes concebesse uma sociedade perfeita. Entretanto, o estudo das ações dos homens passa a ser percebida como importante elemento para garantia das principais motivações dos homens, ou seja, a busca da segurança e da conquista de uma vida com maiores confortos.

Ao observarmos os homens na sociedade, percebemos o universo das ligações sociais, os grupos sociais, entre eles os partidos políticos, os quais manifestam um conjunto de interesses, que ganham forma de representatividade na medida em que adquirem sua justificação social pela consonância e absorção dos desejos implicados na atuação dos atores, no grande palco da representação da vida social.

Na natureza de cada indivíduo encontra-se a necessidade intrínseca da busca da sua autossatisfação, uma vez que “[...] ao homem é impossível viver quando seus desejos chegam ao fim.”² Perante isso, a felicidade se apresenta como um importante motivo determinante das ações, porque consiste no “[...] contínuo progresso do desejo, de um objeto para outro, não sendo a satisfação do primeiro outra coisa senão o caminho para conseguir o segundo.” (HOBBS, 1979b, p. 60). Portanto, a felicidade consiste na satisfação de um objeto que traz um prazer presente, considerando a possibilidade de uma satisfação futura. As ações voluntárias dos homens não se resumem a conseguir, mas, além disso, visam a garantir uma vida satisfeita.³

O agir humano é precedido pelas paixões e, também, da previsão, a partir delas, das diversas conseqüências boas e más de uma ação.⁴ As ações tidas como voluntárias têm em sua base desejos e aversões.⁵

O desejo é a fonte que leva atores sociais à situação de conflito, a ameaçarem uns aos outros. Entretanto, a sociedade ou Estado é inevitável; a necessidade é deflagrada por meio de um raciocínio lógico dedutivo. Visto que se todos os seres humanos perseguem seus anseios e seus desejos, uma situação de conflito é evidente. Assim, Hobbes parte para a discussão que ele mesmo declara como consequente de um raciocínio hipotético, do estado de natureza.

As paixões no estado de natureza têm como via de regra o direito natural, ou seja, em um ambiente sem leis os indivíduos podem fazer o que bem entenderem. Por conseguinte, as paixões, em tais circunstâncias, podem conduzir os homens ao confronto ou, então, a um ambiente pacífico. No primeiro caso, o confronto é permeado pelo desejo de riquezas, de poder e de glória. No segundo, as paixões que conduzem à paz são o medo da morte violenta e o desejo do conforto.

A organização social é percebida como estratagema. Mas o fundamento do Estado detém um firmamento passional. Assim, a arte política é percebida como reunião das vontades dos autores, movidos pela paixão do medo e do desejo de uma vida segura e confortável.

Dessa forma, podemos verificar que o indivíduo detém grande importância na fundamentação do Estado. O palco do poder é construído por elementos comuns entre os indivíduos, como o desejo, a paixão e a racionalidade. Para tanto, faz-se necessário que uma multidão seja unificada.

Uma multidão de homens é transformada em uma pessoa quando é representada por um só homem ou pessoa, de maneira a que tal seja feito como consentimento de cada um dos que constituem essa multidão. Porque é a unidade do representante de cada um dos que constituem essa multidão. Porque é a unidade do representante, e não a unidade do representado, que faz que a pessoa seja uma. E é o representante o portador da pessoa, e só de uma pessoa. Esta é a única maneira como é possível entender a unidade de uma multidão. (HOBBS, 1979b, p. 98).

O Estado é afirmado mediante a autoria dos indivíduos. Contudo, a sua unidade não depende da unidade dos indivíduos. Mas ela está intima-

mente ligada à questão da unidade do exercício do poder Estatal, como, por exemplo, a divisão entre o poder temporal e o espiritual implica a impossibilidade a unidade.

Os interesses, os anseios são representados na sociedade pelos diversos grupos sociais que podem, na perspectiva hobbesiana, destruir ou constituir o fator propulsor para a unificação das vontades. Essa última é possível quando os indivíduos, como atores sociais, dão vida e movimento para a construção do grande ser artificial: *o Estado*.

3 RAZÃO E REPRESENTAÇÃO

Hobbes (1979a) também afirma que não é menos natural no homem a razão do que as paixões. As paixões, por um lado, levam ao conflito, por outro, ao anseio da segurança. A razão, como faculdade de cálculo, é capaz de indicar os meios indispensáveis para a conservação e para a segurança ou, então, os meios necessários para a defesa diante de uma situação de hostilidade entre os indivíduos. Convém observar que o móvel das ações dos homens não é apenas a razão, mas, principalmente, as paixões, entre elas, a maior é a do medo, e de todos os medos, o pior é o da morte violenta (próprio de um Estado sem um poder comum).

Desse modo, o Estado e as relações sociais são consequentes da associação do medo e da esperança com o raciocínio calculista. Esse raciocínio diz respeito à capacidade que possibilita aos indivíduos deduzirem os meios necessários em relação aos objetos almejados. Assim, Hobbes concede o raciocínio calculista como a faculdade de associar meios em vista de determinados fins. O próprio Estado é percebido como decorrente de um cálculo, ou seja, entre os benefícios e infortúnios, a submissão é vista como elemento necessário, útil. A ciência política deve observar esse cálculo. Nesse caso, a razão

[...] nada mais é do que cálculo (isto é, adição e subtração) das consequências de nomes gerais estabelecidos para marcar e significar nossos pensamentos. Digo marcar quando calculamos para nós próprios, e significar quando demonstramos ou aprovamos nossos cálculos para os outros homens. (HOBBS, 1979b, p. 27).

Visto que a razão é uma faculdade que nos possibilita deduzir regras gerais ou teoremas, é necessário estabelecer as regras condizentes à vida social para poder estabelecer com segurança a Ciência Política e Moral. Em um Estado desprovido de lei, o homem vive na insegurança e no conflito. É o uso da razão que determina os elementos necessários para superar esse estado. Os meios eficientes para possibilitar um ambiente seguro são determinados por um correto raciocínio, o qual é definido por sua particularidade em determinar enunciados verdadeiros. Mas o que são esses enunciados verdadeiros? Eles dizem respeito aos enunciados que levam à preservação da vida e dos meios necessários para conservá-la. Esse ato racional é convertido por Hobbes em lei natural. Como afirma o filósofo: “Uma lei natural é um preceito ou regra geral, mediante a qual se prive o homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la.” (HOBBS, 1979b, p. 78).

A lei natural não diz respeito a um acordo entre homens, mas a um ato puramente racional, concebido por um correto raciocínio. É justamente a razão que leva à dedução das leis naturais. Não podemos afirmar essas leis como positivas. Elas dizem respeito às regras de prudência humana, às quais levam inevitavelmente a um ambiente seguro capaz de preservar a integridade física e mental dos indivíduos (BOBBIO, 1989, p. 38).

Sabemos que o homem, no estado de natureza, era ameaçado constantemente pela guerra generalizada. Nesse ambiente, a vida humana é “[...] solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.” (HOBBS, 1979b, p. 76). Perante essa circunstância, a razão humana percebe que a guerra é uma ameaça à vida. Para contrapor o estado de guerra, necessitamos de

um ambiente de paz. A busca por um ambiente pacífico é uma necessidade apontada pela razão. É a partir dessa dedução racional que Hobbes acredita ter chegado à principal e fundamental lei de natureza: a busca pela paz.⁶ Contudo, a razão, segundo ele, indica que somente é possível observá-la quando houver a possibilidade de acordo. Caso contrário, devemos nos preparar para a guerra.

Com efeito, a lei natural já está presente no homem em estado de natureza. Porém, os acordos nesse ambiente são inválidos, por não haver poder algum capaz de punir os transgressores dos pactos. Isso significa uma ameaça à conservação da vida dos indivíduos que ousarem traçar um pacto. A imprudência em pactuar nesse ambiente é uma ação contrária à razão, isto é, contra a lei natural.

No estado de natureza os indivíduos são autônomos e dependem unicamente do uso de suas deduções racionais para determinar os meios necessários à preservação da vida. Cada indivíduo é o seu próprio juiz em relação às ações necessárias à sua conservação. Todavia, não há benefício algum em permanecer nesse estado, pois todos possuem o direito natural a todas as coisas, e cada qual busca vantagens para si, o que inevitavelmente levará ao confronto. Assim, a razão sugere os meios necessários à paz. Esses instrumentos (ou meios) são denominados por Hobbes como leis derivadas.⁷ A primeira lei derivada traça a necessidade da renúncia do direito natural sobre todas as coisas (HOBBS, 1993, p. 59), pois essa é a causa da discórdia entre os homens.

A renúncia do direito natural é possível mediante o firmamento de um pacto, por meio do qual os indivíduos transferem seu direito, objetivando um bem. Com a renúncia, os pactuantes transferem o direito de julgar sobre o que é certo ou errado a um terceiro, denominado soberano. O Estado é apenas um meio sugerido pelo raciocínio para alcançar um fim que diz respeito à preservação da vida dos pactuantes. O Estado é o artífice racional destinado à preservação dos seus súditos.

O conceito de razão possibilita compreendermos a discussão de Hobbes entre razão, ciência, política e moral. Pois, na sua perspectiva, o único modo de construirmos uma discussão apropriada da política é considerarmos os elementos indispensáveis para os nossos raciocínios sobre política. Dessa forma, o filósofo deixa clara a sua preocupação com a linguagem e com os possíveis erros que dela podem resultar. Por meio dela podemos ter a eloquência, o despertar das emoções, o desenvolvimento dos sinais de fé, mediante símbolos, e a construção da unidade da representação na figura do Estado.

A linguagem é inteiramente artifício. Há, porém, uma história desse artifício, que não se forma de um só golpe mas que exige três invenções sucessivas antes de chegar à forma que hoje lhe vemos em livro. Primeiro constituiu-se a fala, a mais nobre e proveitosa de todas as invenções, depois, o alfabeto, invenção útil e difícil, por fim a imprensa. A essa sucessão histórica corresponde a hierarquia das invenções, cada uma funcionando como prótese da anterior. (RIBEIRO, 1978, p. 30).

A linguagem é percebida como o meio pelo qual o homem desenvolve a sua racionalidade. Pois o conceito de razão é identificado como a capacidade de calcular, e a linguagem possibilita a associação e o cálculo por meio de conceitos. Esse fator torna-se indispensável para pensarmos a representação e pronúncia dos atos de vontade dos indivíduos na constituição do Estado. Além disso, a sociedade é consequente das considerações quanto às vantagens dos indivíduos em organizaemr-se em sociedade.

4 A VONTADE E O ESTADO

O Estado é uma solução encontrada pela razão para o homem alcançar a paz. Porém, a soberania não se resume na razão. O correto raciocínio não basta por si próprio. A sociedade civil nasce de um pacto, possível somente pela deliberação dos pactuantes. “A sociedade é estabelecida voluntariamente.” (HOBBS, 1993, p. 51). A construção do grande *Leviatã* ocorre

somente pela unificação de todos os indivíduos em um único homem, o que pressupõe um ato de vontade. Os indivíduos demonstram o desejo de renunciar ao direito natural (sobre todas as coisas) e por isso deliberam em favor de um terceiro, que passa a representar a unificação da força e do poder de todos.

No dizer de Hobbes, o objetivo de todo ato voluntário é um bem para aquele que o realiza.⁸ A vontade no homem é determinada por objetos que satisfazem seus apetites e aversões. No estado de natureza os indivíduos eram guiados pela busca da conquista de pessoas, coisas, rebanhos e, por fim, pela honra.⁹ A vontade humana é guiada naturalmente a satisfazer seus anseios. Mas, visto que o homem no estado de natureza detém o direito natural sobre todas as coisas, é inevitável a busca da autossatisfação. Tal situação, porém, é inóspita e não resulta em benefício algum. Dessa forma, a razão indica a necessidade de sair daquele estado. A vontade guiada pela razão leva o homem à sociedade civil, objetivando um bem, a segurança da vida com a posse efetiva de bens necessários ao conforto.

No estado natural a vontade era determinada pelos indivíduos em particular; já por meio do pacto, os indivíduos pactuantes deliberam em favor de um terceiro, ou seja, do soberano. A partir de então temos a unificação das vontades, a qual é possível somente quando os homens se deixam guiar pela reta razão.

As determinações da soberania não são nada menos que a demonstração da vontade do soberano, que representa a vontade dos súditos. As leis determinadas pelo soberano são de autoria dos súditos (uma vez que a soberania representa a unificação das vontades). A desobediência é uma contradição, pois, pelo pacto, demonstramos a vontade de transferir nosso direito de julgar, expressando claramente nossa disposição de sujeitar-se a um terceiro. A rebeldia demonstra um ato de vontade contrário à mesma vontade que nos levou à sociedade, o que é contraditório. Porém, se o soberano representar uma ameaça à vida dos súditos, a contradição (aci-

ma apontada) desaparece, pois os indivíduos buscam com a sociedade a preservação, o objetivo que move nossa vontade. Quando o Estado é uma ameaça, não podemos ter a vontade de aceitar. Nessa situação, o soberano entra em guerra com os súditos, e, diante de tais circunstâncias, é legítimo desobedecer.

5 CONCLUSÃO

A leitura deste artigo pode levar ao entendimento de que Hobbes é um representante da Monarquia absolutista. De fato, o filósofo apresenta algumas desvantagens do sistema democrático direto, em que todos os cidadãos têm participação na elaboração das leis. Entre as dificuldades mencionadas, Hobbes (1993, p. 147) destaca a dificuldade de reunir o povo, de manter a unidade. Essa era uma das grandes dificuldades de seu tempo. Entrementes, sua grande preocupação está na unidade e na constituição de um poder forte, o que o aproxima de um sistema totalitário. Outra dificuldade da democracia direta apresentada pelo autor é a formação de facções, que podem ameaçar o poder. Uma democracia representativa como a nossa poderia suprir as dificuldades de continuidade e garantias de estabilidade tão desejadas pelo filósofo inglês.

As discussões entre as formas de governo representam um item importante na obra hobbesiana. Todavia, não constituem a parte essencial de sua obra. O desafio de Hobbes foi buscar a estabilidade política para o seu País. Contudo, essa discussão o despertou para a questão da legitimidade política, o que o levou à reflexão sobre as relações de poder. Ele partiu do princípio de que o domínio é uma consequência da junção dos interesses e de forças, que é realizada pelos indivíduos, mas que, coletivamente, ganha a proporção de uma grande máquina administrativa, que visa minimizar os conflitos.

A constituição social é resultante da ação de indivíduos passionais e calculistas que disfarçam suas reais intenções para atingirem o seu bem-

-estar. Ao fazer a leitura do homem como persona, como representante ou representado que disfarça, Hobbes tira a máscara do poder para fazer compreensível aos olhos de todos que a ingenuidade no universo da política é um preço muito alto. Dado que muitos na Inglaterra do século XVII foram levados, sob ensejo de uma grande revolução, a lutarem pelos ideais e interesses de outros, acreditando que fossem os seus. Para isso acontecer foi necessário despertar as paixões e o desejo e apontar um meio para um fim de estado absolutista para um estado elitista burguês. A representação é realizada pelos sujeitos, o palco é a vida na cidade, onde, no jogo do poder, todos fazem parte. O espetáculo apenas pode ser percebido pelos mais perspicazes, embora todos façam parte dele.

Notas explicativas

“Segundo, portanto, esse método, ponho em primeiro lugar como um princípio conhecido de todos por experiência, não havendo ninguém que o negue, a saber, que os homens são por natureza de tal feitio que, se não forem coagidos por medo de algum poder comum, viverão sempre desconfiados uns dos outros, temendo-se reciprocamente; terão decerto o Direito de prevenir-se cada qual com as próprias forças, mas terão também necessariamente a vontade para isso.” (HOBBS, 1993, p. 10).

²“E ao homem é impossível viver quando seus desejos chegam ao fim, tal como quando seus sentidos e imaginação ficam paralisados.” (HOBBS, 1979b, p. 60).

³ “Portanto as ações voluntárias e as inclinações dos homens não tendem apenas para conseguir, mas também para garantir uma vida satisfeita, e diferem apenas quanto ao modo como surgem, em parte da diversidade das paixões em pessoas diversas, e em parte das diferenças no conhecimento e opinião que cada um tem das causas que produzem os efeitos desejados” (HOBBS, 1979b, p. 60).

⁴ Segundo Hobbes, quando no espírito humano surgem apetites e aversões, esperanças e medos, e “[...] quando passam sucessivamente pelo pensamento as diversas conseqüências boas ou más de uma ação, ou de evitar uma ação; de modo tal que às vezes se sente um apetite” ou, então, uma aversão, medo, esperança em relação à ação, por fim, todo o conjunto de desejos, aversões, esperanças e medos suscitados até que a ação seja praticada ou considerada impossível, “[...] leva o nome de deliberação” (1979a, p. 37).

⁵ Hobbes, no *Capítulo VI do Leviatã*, desenvolve o tema sobre a origem interna dos movimentos voluntários. Em primeiro lugar, ele faz a distinção entre duas espécies de movimentos: o vital, que começa com a geração e segue durante a vida do indivíduo (por exemplo: circulação do sangue, o pulso, a respiração, a digestão, etc.), e os movimentos animais, chamados movimentos voluntários (andar, falar, mover), que são imaginados com antecedência por nossa mente. Os movimentos voluntários (como andar e falar) necessitam sempre de um pensamento anterior de como, onde e o quê. A imaginação é considerada como a “[...] primeira origem interna de todos os movimentos voluntários.” Hobbes ainda menciona pequenos inícios de

movimento, que surgem no interior do corpo do homem, precedendo as ações, os quais são denominados esforço. Este, quando direcionado a algo que o causa chamamos de apetite ou desejo, quando se encaminha a evitar alguma coisa denominamos de aversão. O desejo e o amor correspondem à mesma coisa, a única diferença está em que no primeiro, temos a significação de ausência do objeto, enquanto quando falamos em amor, temos a significação da presença do objeto. O mesmo equivale para os termos aversão e ódio. Os apetites e aversões podem ser qualificados dentro de dois grupos: o daqueles que nascem com o homem (como apetite pela comida, o apetite de excreção e exoneração) e o dos que correspondem a coisas particulares e derivam da experiência e comprovação dos seus efeitos sobre si mesmos ou sobre outros homens. Dos objetos do apetite ou desejo ou de aversão procedem aos termos bom e mau, os quais são sempre usados pelos indivíduos para designar o que lhes traz prazer ou desprazer (HOBBES, 1979b, p. 31-32).

⁶ “A lei de natureza primeira e fundamental é buscar a paz quando for possível alcançá-la; quando não for possível preparar os meios auxiliares da guerra.” (HOBBES, 1993, p. 39).

⁷ “Esta é a primeira porque as outras derivam dela. As leis derivadas nos ensinam os modos de adquirir a paz ou preparar-se para a guerra.” (HOBBES, 1993, p. 59).

⁸ “[...] o objetivo de todos os atos voluntários dos homens é algum bem para si mesmos.” (HOBBES, 1979b, p. 80).

⁹ Para Hobbes (1979b, p. 75), a discórdia é motivada por três causas principais: a) pela competição, que se refere à busca do lucro, da posse de bens, pessoas, etc; b) A desconfiança, que não é nada menos do que a tentativa de preservar os bens conquistados; c) a busca da honra, que se refere à reputação, a qual leva os indivíduos à guerra por simples ninharias.

REFERÊNCIAS

ANGOULVENT, Anne-Laure. **Hobbes e moral política**. Tradução Alice Maria Cantuso. Campinas: Papirus, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, 1989.

HOBBES, Thomas. **De Cive**. Tradução Ingeborg Soler. Petrópolis: Vozes, 1995.

HOBBES, Thomas. **Elementos de derecho natural y político**. Madrid: Alianza Editorial, 1979a.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Tradução J. P. Monteiro e M. B. M. Silva. São Paulo: Abril, Cultural, 1979b.

KESSERLING, Thomas. Hobbes e o Leviatã. **Veritas**, Porto Alegre, v. 134, 34, p. 199-218, 1989.

MACPHERSON, Crawford Brough. **A teoria política do individualismo possessivo**. Tradução Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

PERRY, Anderson. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

RIBEIRO, Renato Janine. **A marca do Leviatã**. Tradução T. A. Queiroz. São Paulo: Ática, 1978.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**. Hobbes escrevendo contra o seu tempo. São Paulo: Brasiliense, 1999.

A DEFESA ADMINISTRATIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA NO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO OESTE

Karine Ludwig*
Lucíola Fabrete Nerillo**

Resumo

No presente trabalho se discorre sobre a defesa administrativa dos direitos do consumidor como forma de acesso efetivo à justiça no Município de São Miguel do Oeste se visa responder se o Procon desse município realmente proporciona efetivo acesso à justiça nas demandas consumeristas. Para tanto, a pesquisa bibliográfica e a de campo são usadas para dirimir os questionamentos. Inicia-se o estudo abordando aspectos constitucionais, conceituais e principiológicos dos direitos do consumidor. Adiante, discutem-se questões acerca do direito fundamental de acesso à justiça, apontando aspectos ligados às primeiras formas alternativas de acesso à justiça; ao princípio da isonomia; à abrangência do acesso à justiça e a sua efetividade; bem como formas judiciais e extrajudiciais de resolução de conflitos. Já em um terceiro momento, busca-se apresentar questões pertinentes e próprias da tutela administrativa do consumidor, como a proteção legislativa. Por fim, a última seção foi destinada a apresentar o resultado da pesquisa de campo realizada no Procon de São Miguel do Oeste, com o fim primordial de reconhecer o cenário atual desse órgão de defesa administrativa, demonstrando, por meio da análise dos processos em trâmite, aspectos em torno da efetividade do procedimento adotado. Por meio dos dados coletados, pôde-se observar elementos, como: número de processos, etapas processuais, tempo de duração dos processos, atendimento a consumidores de outros municípios, objeto da relação de consumo, composição dos usuários e dos fornecedores

* Graduada no Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; karylud@gmail.com

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; luciola.nerilo@unoesc.edu.br

e o meio pelo qual foi consumada a relação de consumo. Finalizando, conclui-se que o órgão de defesa administrativa pesquisado vem cumprindo com seus objetivos, demonstrando que presta trabalho relevante na efetivação do acesso à justiça em causas consumeristas.

Palavras-chave: Consumidor. Acesso à justiça. Efetividade. Defesa administrativa. Procon.

The effective access to justice in São Miguel do Oeste through defense non judicial of consumers rights

Abstract

This paper discusses the administrative protection of consumer rights as a means of effective access to justice in São Miguel do Oeste, and aims to respond if Procon of this municipality does provide effective access to justice in consumer demands. Therefore, the literature and the field research are used to settle questions. The study begins addressing constitutional, conceptual and from principles aspects of consumer rights. Forward, we discuss questions about the fundamental right of access to justice, pointing out aspects linked to the first alternative forms of access to justice; to the principle of equality; to the scope of access to justice and its effectiveness; as well as judicial and non-judicial forms of conflict resolution. In a third moment, we seek to show relevant and issues of administrative consumer protection, as the legislative protection. Finally, the last section was intended to present the results of the field research conducted in Procon São Miguel do Oeste, with the primary purpose of recognizing the current scenario of this administrative watchdog, demonstrating, through the analysis of the pending proceedings, aspects concerning the effectiveness of the procedure adopted. Through the data collected, one observed elements as the number of processes, process steps, process duration, service to consumers in other municipalities, consumer relationship object, users and suppliers composition and the means by which the consumption relation was consummated. Finally, it is concluded that the administrative protection agency researched has been fulfilling its objectives, demonstrating that provides relevant work in the effectiveness of access to justice in consumer causes.

Keywords: Consumer. Access to justice. Effectiveness. Administrative defense. Procon.

1 INTRODUÇÃO

O consumo é indissociável do cotidiano humano, haja vista que ninguém é capaz de produzir todos os produtos necessários à sua sobrevivência, nem de desempenhar todos os serviços. Somos consumidores por excelência, independente da classe econômica à qual pertencamos.

Considerando tal condição intrínseca ao ser humano, o legislador constitucional de 1988 destacou especialmente a proteção dos direitos do consumidor, elevando-os ao patamar de direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII, CF).

Contudo, a proteção legislativa somente não é suficiente para garantir a efetividade dos direitos, uma vez que, sempre que houver desavença dentro de relações de consumo, será necessária a existência de meios adequados para os resguardar.

Diante disso, deparamo-nos com outro direito fundamental: o acesso à justiça. Pode-se dizer que o acesso à justiça é o direito que merece maior destaque, pois é por meio dele que se busca a efetividade de todos os demais.

Vislumbra-se, assim, a suma relevância do tema abordado no presente trabalho, o qual almeja investigar se os direitos dos consumidores estão recebendo a devida atenção e tutela quando, por si só, não são respeitados. Desse modo, destaca-se a necessidade da existência de mecanismos adequados para que realmente haja o efetivo acesso à justiça.

No decorrer do presente trabalho, objetiva-se esclarecer se a defesa administrativa dos consumidores realmente representa um espaço de acesso efetivo à justiça no Município de São Miguel do Oeste.

Quanto à metodologia de pesquisa, dada a natureza do seu problema e os objetivos propugnados, foi feita a partir de estudo bibliográfico e pesquisa de campo realizada no órgão de defesa administrativa do consumidor no Município de São Miguel do Oeste (Procon).

2 A TUTELA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desde os primórdios o ser humano precisa se valer de produtos ou serviços que ele não é capaz de produzir sozinho. Assim, sempre teve a necessidade de obter por intermédio de outros esses bens para a sua sobrevivência. Se no início havia a troca de produtos, com o tempo descobriu-se o valor comum de determinadas mercadorias, que passaram a funcionar como moeda. Tem-se aí a origem do consumo.

Não ignorando o fato de a figura do consumidor ter suas raízes nos tempos remotos da Antiguidade, foi a Revolução Industrial (1750-1850) que colocou um marco a partir do qual o consumo começa a apresentar elementos diferenciais, sobretudo diante de fatores como a concentração populacional em áreas urbanas, os modos de produção dinâmicos pela utilização de máquinas, a queda na qualidade dos produtos, o capitalismo irracional, entre outros (MORAIS; PODESTÁ; CARAZAI, 2010).

Nesse contexto surge a sociedade industrial com produção em massa e procura de massa, com os avanços tecnológicos incorporados ao processo de produção determinando um espantoso crescimento na quantidade e diversidade de bens para serem absorvidos pelo mercado. O aparato jurídico-contratual, até então calcado nos princípios liberais da autonomia, igualdade formal e força cogente, não atende às especificidades da relação consumerista. Urge, então, a proteção desse sujeito-vítima do processo de massificação da sociedade com a criação de meios legais visando protegê-lo.

Conforme Benjamin, Marques e Bessa (2010), o direito do consumidor é um ramo novo, disciplina transversal entre o direito privado e o público, que visa proteger um sujeito de direitos, o consumidor, em todas as suas relações jurídicas diante do fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante.

Acrescenta, ainda, que esse novo ramo, que podemos chamar de tutelar (protetório) ou “social”, foi introduzido nos currículos das faculdades de direito no Brasil apenas no final do século XX, após a Constituição Federal de 1988.

A desigualdade entre os membros da sociedade de consumo é evidente e, nas relações contratuais de consumo, não poderia ser diferente. Visando afrontar tal problemática, o Estado, com a roupagem de Estado Social, passou a se preocupar com o direito de todos os homens ao acesso aos bens necessários à sua sobrevivência, ao mínimo existencial e à proteção das legítimas expectativas da sociedade massificada, tutelando, por meio das suas Constituições, direitos fundamentais como a dignidade e a vida (BAGGIO, 2012).

É nesse ambiente que se consolida o direito do consumidor brasileiro. Reconhece-se, conforme o entendimento de Baggio (2012), que na sociedade de consumo massificada a garantia ao acesso aos bens de consumo é o compromisso da dignidade, da cidadania e de inclusão social, de forma que o ato de consumir se tornou direito fundamental do ser humano.

Entende-se que é por meio do ato de consumir que o ser humano tem acesso aos meios necessários à sua sobrevivência. Com fulcro em tal necessidade, diz-se que a regulação das relações de consumo é uma das formas de proteger a própria dignidade da pessoa humana.

Para Baggio (2012, p. 45), “Dignidade é um valor intrínseco ao direito à vida” e que, de fato, para o ser humano se sentir digno é preciso ser respeitado, valorizado e lembrado em suas expectativas, reforçado em suas qualidades. O sentimento de dignidade para o homem é o que gera força e coragem, que impulsiona o viver.

Importa destacar que, no Brasil, a tutela da dignidade da pessoa humana ganhou expressão constitucional. A Constituição Federal de 1988, no art. 1º, inciso III, dispôs que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da República Federativa do Brasil. Em seguida, no art. 3º do mesmo diploma

legal, lê-se que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desse modo, ao erigir a dignidade da pessoa humana a fundamento da República, a Carta Magna vai além, incorporando normas programáticas tendentes à publicização do direito privado, consignando expressamente a proteção aos interesses do consumidor como direito fundamental.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu regras protetivas para o consumidor, destacando-se nela o inciso XXXII do art. 5º, o art. 24, VIII, o art. 129, III, o 150, § 5º, o art. 170 e o art. 48 do ADCT.

Vislumbra-se, assim, que é competência dos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) tutelarem os interesses dos consumidores.

Logo, nas palavras de Benjamin, Marques e Bessa (2010), verifica-se que estão certos aqueles que consideram a Carta Maior o centro irradiador e o marco da reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, um direito privado solidário.

Entretanto, a lei de maior relevância no tratamento dos direitos do consumidor no Brasil é a Lei n. 8.078/1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor, composto por regras aptas a preservarem os mandamentos constitucionais de tutela da dignidade humana e reconhecendo, em seu art. 4º, I, a vulnerabilidade como um traço universal e indissociável do consumidor.

3 ACESSO À JUSTIÇA

De nada adianta um ordenamento jurídico prever a proteção de um dado direito se não criar mecanismos hábeis ao acesso à justiça e à tutela efetiva de tal dispositivo.

A ideia de efetividade e acessibilidade em qualquer âmbito da sociedade é pressuposto de um Estado Democrático de Direito. Desse modo, é de suma importância considerar todos os mecanismos criados pelo Estado para viabilizar essa acessibilidade, como a instalação dos Procons no âmbito do direito do consumidor.

A expressão “acesso à Justiça”, na visão de Cappelletti e Garth (2002, p. 8), é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema deve ser igualmente acessível a todos e ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Em consonância, temos o entendimento de Grinover (2011, p. 39), para quem o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes acesso à ordem jurídica justa, visto que a mera admissão do processo, ou possibilidade de ingresso em juízo, não reflete o real acesso à justiça.

Já ensinavam Cappelletti e Garth (2002, p. 15) que o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que visa garantir – e não apenas proclamar – direitos.

Para eles, a efetividade perfeita poderia ser expressa como a igualdade de condições subjetivas dos agentes, sem relação com diferenças estranhas ao Direito. No entanto, essa perfeita igualdade é utópica, as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão, todavia, reside em saber até que ponto e a que custo, se pode avançar para a concretização de mencionado objetivo utópico, e quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados?

Partindo desse quadro, reconhece-se que o direito formal de pleitear em juízo a tutela dos direitos não é suficiente para garantir sua efetividade, sendo o acesso à justiça essencial, pois sem mecanismos eficazes para tal todos os demais direitos, individuais ou coletivos, estariam desprovidos de sentido.

Assim, pode-se afirmar que o *acesso à Justiça é requisito fundamental* do sistema jurídico moderno, inclusive *se apresenta como o mais básico dos direitos humanos, porquanto visa prover de sentido todos os demais direitos apenas declarados*.

Desse modo, necessário se faz enfatizar que o acesso à justiça, mesmo com os constantes avanços, enfrenta obstáculos que se alastram pelo tempo. De tal modo, pode-se citar como *principais limitações*: as dispendiosas custas judiciais que acabam sendo incompatíveis com as pequenas causas, o tempo, os recursos financeiros das partes e a própria aptidão para conhecer o direito, limitações essas pormenorizadas na obra *Acesso à Justiça* de Cappelletti e Garth (2002).

Tendo como premissa os ensinamentos de Cappelletti e Garth (2002), verifica-se que as barreiras apresentam um padrão: os obstáculos criados por nossos ordenamentos jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao passo que as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizados, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

Não há como se pensar em um Estado Democrático de Direito sem a efetiva garantia por parte do próprio Estado de que aos cidadãos serão disponibilizados todos os meios possíveis para que seus direitos lhes sejam dados.

O princípio da isonomia confere aos materialmente vulneráveis o direito de que seus clamores serão apreciados sem distinções no âmbito da Justiça. Para tal desiderato, conferiu-se ao Estado o dever de criar mecanismos para enxugar as desigualdades fáticas.

Por vias oblíquas, o direito à igualdade, insculpido no artigo 5º da Carta Magna, é um dos direitos assegurados ao consumidor, por ser ele a parte mais vulnerável nas relações de consumo.

A justiça, valor absoluto, é uma virtude que consiste em dar ou deixar para cada um o que por direito lhe pertence, independentemente do tempo e do espaço. Entretanto, é necessário ter cautela quando analisamos o tema, posto que os conceitos de justiça e injustiça vão sendo moldados pelo amadurecimento e absorção de conhecimento e experiência. O que se almeja dentro desse contexto é a igualdade de tratamento humano e o justo para todos de maneira definitiva, e não meramente no plano utópico.

Para se tornar efetivo o acesso à justiça, o instrumento adotado pelo Estado é o processo, o qual tem como função primordial servir à ordem constitucional e legal, de forma a permitir o acesso rápido e eficaz à solução do conflito, o que nem sempre é possível.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2011) pontuam que vivemos atualmente a fase instrumentalista do processo. Fase essa em que se reconhece que a ciência já conseguiu atingir níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade, sendo necessário considerar o modo como os resultados chegam aos *consumidores* desses serviços.

Observa-se que já houve alguns progressos no plano prático, especialmente diante da criação dos juizados especiais, da ação civil pública, da assistência aos necessitados e da ação direta de inconstitucionalidade aberta a diversas entidades representativas. De tal modo que o Código de Defesa do Consumidor constituiu grandioso avanço dessa fase, especialmente no que se refere ao tratamento processual da tutela coletiva.

3.1 FORMAS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO

Os conflitos surgem de relações autônomas, em que uma ou ambas as partes descumprem seus deveres, de forma que se faz necessária a resolução de tais desavenças. Na maioria das vezes os conflitos são resolvidos na sua origem, mediante acordos entre as próprias partes; noutras vezes,

faz-se necessária a utilização de ferramentas externas à relação contratual ou extracontratual para propiciar o acesso à Justiça.

Conforme ensinam Cappelletti e Garth (2002, p. 83-84), existem nítidas vantagens, tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento, porquanto a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas. Ademais, as decisões advindas da composição das partes são, por excelência, mais facilmente aceitas do que decisões judiciais unilaterais, uma vez que se fundamentam em acordos já estabelecidos entre os litigantes.

No mesmo sentido, Cesar (2002, p. 120-122) pontua que a morosidade dos procedimentos, a ineficácia das decisões e os altos custos das ações acabam por afugentar o grosso da população dos tribunais, privando-a, na maioria das vezes, de seus direitos mais fundamentais, muitos dos quais normatizados nas cartas federais e estaduais e nas legislações codificadas, de modo que o surgimento de instâncias alternativas para resolução de conflitos se torna inevitável.

No âmbito extrajudicial, a conciliação tem imenso potencial para diminuir controvérsias, porquanto a crise da justiça, representada pela sua inaccessibilidade, morosidade e alto custo, impõe barreiras e realça o papel da conciliação extrajudicial.

A conciliação é um meio de composição de conflitos, acordo ou harmonização de pessoas desavindas, em que as partes procuram a melhor forma de resolver a desavença, sem prejudicar eventuais relações futuras, podendo ocorrer em um ato judicial ou extrajudicial. Não obstante as semelhanças com a mediação, com ela não se confunde, haja vista que na conciliação o que se busca é a celebração de um acordo, com maior intervenção do conciliador, sendo o conflito trabalhado de forma superficial; já na mediação, o conflito é trabalhado e transformado para que as partes, em comum acordo, de fato e por si só, encontrem uma solução para sua desavença.

Portanto, observa-se que, ao lado da atividade jurisdicional, incluem-se meios extrajudiciais de resolução de conflitos que, com o Poder Judiciário, buscam concretizar os fundamentos constitucionais estampados na Lei Fundamental de 1988, consolidando o acesso à Justiça.

4 A TUTELA ADMINISTRATIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A tutela administrativa do consumidor é a mais expressiva forma de atuação protetiva dos direitos consumeristas, pois envolve uma extensa e complexa rede de mecanismos e órgãos.

A proteção do consumidor na esfera administrativa visa fornecer aos consumidores instrumentos legais e administrativos que propiciem a sua tutela em qualquer lugar do território nacional. Nesse sentido, Almeida (2008, p. 188) ensina que, por vezes, tais órgãos de defesa administrativa são “[...] o primeiro e único contato do consumidor com os órgãos e entidades encarregados de sua defesa, principalmente nos Municípios distantes das Capitais dos Estados.”

Nesse viés, para Almeida (2008, p. 188), a tutela administrativa do consumidor se manifesta de três formas:

- a) pela instituição de legislação protetiva, desde leis ordinárias, federais e estaduais, até decretos, resoluções e portarias;
- b) pela instituição e implementação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como pela atuação dos órgãos administrativos de defesa do consumidor em nível federal, estadual e municipal;
- c) por meio da fiscalização, controle e aplicação de sanções administrativas aos infratores.

Para tanto, considerando-se que há inúmeros aspectos da defesa administrativa possíveis de serem trabalhados, na presente seção destaca-se especialmente a tutela administrativa envolta aos órgãos administrativos de defesa do consumidor em nível municipal, os quais, de forma direta e incisiva, trabalham diariamente com orientação, defesa e fiscalização dos direitos do consumidor, visando à real aplicação da justiça material ao caso concreto, buscando soluções rápidas e eficazes.

Antes de adentrar propriamente no tema, para melhor compreendermos a atuação dos órgãos que compõem a esfera administrativa nos municípios, relevante é a análise da proteção legislativa dos direitos consumeristas.

Aos municípios não foi destinada competência para editar normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços; contudo, estipulou-se que poderão os municípios fiscalizar e controlar tais atividades, baixando as normas que se fizerem necessárias ao cumprimento dessa finalidade (art. 55, § 1º, da Lei n. 8.078/90), inclusive por meio de comissões permanentes, com participação obrigatória das partes envolvidas, ou seja, consumidores e fornecedores.

Assim, os municípios possuem função de suma relevância para a defesa administrativa dos consumidores, haja vista que, mesmo sem deter competência legislativa, são responsáveis pela fiscalização e controle das atividades de consumo, tendo destacado potencial de atuação protetiva.

4.1 PROCURADORIA DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR (PROCON)

O Procon (Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor) é um órgão vinculado ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que tem entre suas atribuições orientar os consumidores em suas reclamações, informar sobre seus direitos e fiscalizar as relações de consumo.

Os Procons são órgãos estaduais e municipais de proteção e defesa do consumidor, criados especificamente para esse fim, com competências, no âmbito de sua jurisdição, para exercer as atribuições estabelecidas pela Lei n. 8.078/90 e pelo Decreto n. 2.181/97. Os Procons são, portanto, os órgãos que atuam no âmbito local, atendendo diretamente aos consumidores e monitorando o mercado de consumo local, têm papel fundamental na execução da Política Nacional de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Não obstante, os Procons também são responsáveis pela aplicação de sanções administrativas aos fornecedores que violarem as normas de proteção ao consumidor. Além disso, exercem importante trabalho de informação dos direitos do consumidor e de conciliação entre as partes.

Os Procons estaduais têm sede nas Capitais dos Estados e objetivam orientar, proteger e defender os direitos e interesses dos consumidores, além de instigar a criação de órgãos municipais de defesa do consumidor, no respectivo território.

As atribuições dos órgãos estaduais, do Distrito Federal e municipais específicos de defesa do consumidor, no âmbito de sua jurisdição e competência, foram definidas pelo Decreto Federal n. 2.181/97.

O Procon de São Miguel do Oeste, no qual se desenvolveu a pesquisa a seguir apresentada, surgiu a partir de Lei Municipal no ano 2002. No entanto, apenas passou a atuar efetivamente no atendimento aos consumidores a partir de 2006, em razão da pressão exercida pela comunidade e pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Promotoria de Justiça de São Miguel do Oeste.

Destaca-se, também, que o Procon de São Miguel do Oeste tem competência apenas para atender aos consumidores residentes no Município e aqueles que, embora residam em outras localidades, adquiriram bens e/ou contrataram serviços no comércio dessa cidade. Cabe ao poder público municipal aparelhar esse órgão que sempre padeceu de limitada estrutura humana.

4.1.1 A interiorização da defesa do consumidor: implicações à implantação de Procons nos municípios

Não obstante a Constituição Federal de 1988 determinar aos Poderes Públicos a promoção da defesa do consumidor, deparamo-nos com a lamentável realidade de que grande parte da população permanece sem receber qualquer atendimento nessa área, ante a ausência de órgãos específicos de defesa do consumidor em muitos municípios.

Nesse viés, considerando que o Código de Defesa do Consumidor estabelece que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor deve ser integrado por órgãos federais, estaduais e municipais, além de associações civis, Almeida (2008) pontua que o elo faltante para completar esse sistema é precisamente o municipal, já que os demais, federal e estadual, estão implantados.

A municipalização da defesa do consumidor surgiu em virtude da autonomia relativa dos entes federados, viabilizando a descentralização do atendimento em nível local para amparar toda a população espalhada pelo território, uma vez que é impossível um único órgão nacional ou estadual suprir as demandas locais e longínquas, que requerem, muitas vezes, atenção pontual e em conformidade com a realidade local.

5 A DEFESA ADMINISTRATIVA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA

No cenário atual, o Procon atua na busca pela acessibilidade à justiça, no intuito de promover justiça e igualdade entre consumidores e fornecedores. Nos municípios onde há o órgão de defesa administrativa com adequado funcionamento, ele apresenta trabalho de significativo destaque,

por facilitar a resolução de conflitos consumeristas e, conseqüentemente, garantir a aplicação da justiça de forma rápida e acessível.

Já preceitua Rodrigues (1994, p. 29):

O acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

Assim, serão apresentados a seguir os dados coletados na pesquisa de campo realizada no Procon de São Miguel do Oeste, com o objetivo de analisar e compreender o funcionamento desse órgão de defesa administrativa dos consumidores e, acima de tudo, responder ao questionamento promovido por este estudo, qual seja, o de identificar se os procedimentos de defesa administrativa dos consumidores realmente possibilitam o efetivo acesso à justiça.

A pesquisa de campo foi realizada entre 04 e 30 de setembro de 2014, mediante a análise dos 602 processos que foram instaurados no Procon em questão, no período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2014.

a) Número de Processos

Referente ao número de processos iniciados no referido instituto no período de 1º de janeiro a 30 de junho de 2014, contabilizaram-se 602 demandas administrativas.

Registra-se que apenas os atendimentos realizados que geram um protocolo são contabilizados, de modo que os atendimentos e informações prestadas pessoalmente e via telefone, nos quais não se toma qualquer providência específica, seja por não ser a demanda de competência do Procon, seja porque os consumidores não desejam prosseguir, sequer são cadastrados.

Tal numeração pode ser considerada expressiva, considerando-se a estrutura do Procon local, o qual atende, em regra, apenas consumidores residentes no município e aqueles cuja contratação aqui se consumou.

Além do mais, cabe mencionar que muitos impasses nas relações de consumo são resolvidos diretamente pelas partes ou, por inúmeros motivos, não chegam ao conhecimento do órgão de defesa administrativa do município.

b) Etapas processuais

No que diz respeito ao procedimento administrativo adotado pelo Procon, o qual está em conformidade com o Decreto n. 2.181/1997, procedeu-se a análise separando-os de acordo com a etapa em que houve a conclusão da demanda.

A etapa em que o processo é finalizado interfere diretamente no quesito efetividade da tutela administrativa dos consumidores, haja vista que são demandas que precisam, em regra, de soluções céleres.

Dividiu-se a análise nas seguintes etapas: formulário de atendimento; expedição de notificação até antes da audiência de conciliação; consumidor atendido na audiência de conciliação; consumidor atendido após a audiência e antes do auto de infração; consumidor não atendido – decisão administrativa; e em andamento.

Dos dados coletados observa-se que 499 procedimentos encerraram com o atendimento inicial (formulário de atendimento). No atendimento inicial, que tem duração de um dia, normalmente são prestadas informações e é contatado o fornecedor para a imediata resolução do problema.

Quando não é possível resolver o procedimento na etapa 1, é expedida notificação ao fornecedor para que preste informações e, sendo necessário, compareça à audiência de conciliação. Verificou-se que 55 demandas foram encerradas na segunda etapa, sequer precisando ser realizada audi-

ência conciliatória. Via de regra, ocorre a conclusão nessa etapa porque o fornecedor contatou o consumidor e resolveu diretamente a desavença.

Designada a audiência, comparecem as partes para eventual conciliação. Essa é a terceira etapa delimitada. Dos dados tabulados, percebe-se que seis processos foram encerrados nesse momento processual, em razão de acordo celebrado no ato.

Não resolvido o litígio em audiência, os autos podem ficar suspensos para que as partes eventualmente formulem acordo, ou, quando isso não é possível, encaminha-se o procedimento à fiscal do Procon para ser lavrado o auto de infração. Os procedimentos que se encerraram nesta etapa contabilizam 18 demandas e, em regra, decorreram de acordos que começaram a ser alinhavados na audiência e foram consumados posteriormente pelas partes.

Na quinta etapa elencada, contabilizaram-se 12 procedimentos nos quais as demandas não foram atendidas e houve a prolação de decisão administrativa pela Coordenadoria do Procon local. Via de regra, há a aplicação de sanção administrativa nesse momento processual.

Por fim, em 30 de setembro de 2014, havia, ainda, 12 demandas iniciadas no primeiro semestre de 2014 que careciam de conclusão, número expressivamente baixo, pois demonstra que apenas 2% dos processos não haviam sido encerrados.

c) Duração dos Processos

Em relação ao tempo de tramitação dos processos no Procon em questão, vislumbra-se dos dados coletados que, em regra, as desavenças são solucionadas logo no atendimento inicial (formulário de atendimento), de modo que 499 demandas tiveram duração de apenas um dia.

Contudo, quando não encerrados na fase inicial, os processos têm duração superior, mas que, de qualquer forma, significa um curto lapso temporal, não deixando de cumprir a finalidade almejada.

As demandas que não são finalizadas de pronto têm duração, em regra, não superior a 120 dias.

Dos 103 processos que não foram encerrados na fase inaugural, 21 tiveram duração de 2 a 30 dias, 20, duração de 31 a 60 dias, 24, de 61 a 90 dias, 34, duração de 91 a 120 dias, e apenas 4 com duração entre 121 e 200 dias.

Isso significa dizer que, mesmo quando os processos se postergam por mais tempo, o atendimento prestado fornece ao demandante uma resposta em tempo razoável.

d) Atendimento a consumidores residentes fora do Município de São Miguel do Oeste

Embora o órgão tenha competência apenas para atender a consumidores residentes em São Miguel do Oeste e aqueles que mantêm relação de consumo com fornecedores desse município, observa-se que foram atendidos consumidores de 22 municípios no Procon em questão.

Do total dos procedimentos, 524 possuem em seu polo ativo e/ou passivo consumidores e fornecedores de São Miguel do Oeste.

Excluídos os demandantes locais, os municípios com maior índice de consumidores atendidos pelo Procon pesquisado são Guaraciaba (18 consumidores) e Descanso (16 consumidores), os quais ficam a, aproximadamente, 15 km de São Miguel do Oeste.

Na sequência, estão outros municípios situados relativamente próximos, nos quais não há órgão administrativo incumbido de resolver demandas consumeristas.

e) Objeto da relação de consumo: produto, serviço e serviço de telefonia

Na constante busca pela solução dos litígios, não podemos deixar de abordar o quão importante é o objeto da demanda consumerista.

Em um primeiro momento, tem-se que as relações de consumo podem ter como objeto um produto ou a prestação de um serviço. Os parágrafos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor cuidaram de conceituar o que é produto (qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial) e serviço (qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhistas).

Assim, buscou-se durante a pesquisa identificar quais são os objetos envolvidos nas relações de consumo que mais geram a busca do consumidor pelo órgão de proteção administrativa.

Considerando-se a realidade apresentada, dividiu-se a análise em produto, serviço e serviço de telefonia. Menciona-se que o serviço e o serviço de telefonia pertencem à mesma categoria – prestação de serviços –, porém a análise apenas foi feita separadamente em razão das peculiaridades apresentadas.

Ao tomar os dados, observou-se que grande parte das relações de consumo que geram transtornos aos consumidores são aquelas que envolvem a prestação de serviços telefônicos, totalizando 61% dos casos atendidos pelo órgão de proteção consumerista local (367 processos). Não é de se surpreender com tal informação, uma vez que é raro encontrar um consumidor que nunca teve problema com a utilização de serviços de telefonia. Da mesma forma, é sabido que, em regra, as pessoas tentam, por incontáveis e incansáveis vezes, resolver os problemas por conta própria, apenas procurando o Procon quando não resta mais alternativa alguma.

Logo atrás dos serviços de telefonia, temos que 24% das reclamações foram motivadas por problemas decorrentes de prestações de serviços variadas (143 processos), a exemplo de contratos de seguro, financiamento e internet.

Por fim, o remanescente, 15% dos casos, referiu-se a desavenças envolvendo a aquisição de produtos (92 processos).

f) Composição dos usuários

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Partindo dessa premissa, verificou-se que realmente há a busca de consumidores pessoas jurídicas ao Procon.

As informações reunidas na análise dos processos no decorrer da pesquisa de campo demonstram que as pessoas físicas são as usuárias por excelência do Procon, representando 94% dos demandantes (567 consumidores).

Todavia, as pessoas jurídicas também procuraram o órgão em questão para tentar resolver litígios, perfazendo um total de 6% dos atendimentos prestados no período (35 usuários).

Tal informação quebra o paradigma de que o Procon é prejudicial ao comércio local. Por vezes, verifica-se que as empresas também são vulneráveis quando compram produtos e contratam serviços como destinatárias finais.

g) Composição dos fornecedores

Cindiu-se a análise dos fornecedores em dois eixos. Um deles engloba todos os fornecedores locais, aqueles em que a administração do estabelecimento é exercida diretamente pelo proprietário, possuindo apenas uma sede física, ou, quando muito, uma ou duas filiais de caráter regional. O outro abarca todos os fornecedores pertencentes a grandes redes empresariais, com uma organização administrativa complexa.

Assim, da tabulação dos dados coletados nos processos no decorrer do estudo, tem-se que são poucos os casos em que as desavenças envol-

vem empresas locais, representando apenas 8% dos fornecedores demandados (50 empresas).

Em contraposição, vislumbra-se que 92% dos fornecedores reclamados são empresas pertencentes a grandes redes, que não mantêm vínculo próximo e familiar com os consumidores (552 empresas).

Acredita-se que tais resultados decorrem do fato de que quando a empresa é de âmbito local, ao ser procurada pelo consumidor insatisfeito, ela de pronto resolve o problema apresentado, evitando que o consumidor precise buscar auxílio externo, em especial do Procon. Isso decorre, em especial, do vínculo próximo existente entre consumidor e fornecedor, bem como da autonomia que a gerência local possui para solucionar tais desavenças.

Em sentido totalmente antagônico, as empresas pertencentes a grandes redes normalmente relutam para sanar as irregularidades existentes, lidando com o consumidor de forma fria e distante, sem se importar em manter o relacionamento com o cliente.

h) Forma como ocorreu a consumação da relação de consumo

Em sintonia com o tópico anterior, examinou-se a forma pela qual foi consumada a relação de consumo, dividindo-se a análise em contratações feitas por internet e/ou telefone e aquelas feitas diretamente no estabelecimento.

Pode-se perceber que, via de regra, as relações que geram desavenças são aquelas efetuadas por telefone e/ou internet, perfazendo 83% dos procedimentos instaurados (500 demandas).

Nessa senda, apenas 17% dos procedimentos instaurados (102 casos) noticiam a contratação de produtos ou serviços diretamente no estabelecimento do fornecedor.

De tais resultados emerge que o consumidor possui mais dificuldades para obter atendimento quando adquire produtos sem ter o contato pes-

soal com o fornecedor, o qual, em regra, possui sede extremamente distante do domicílio do consumidor.

Outro ponto que merece destaque é que quando a compra é feita diretamente no estabelecimento ocorre uma relação corpo a corpo, o que infunde maior confiança e, conseqüentemente, presta na resolução de eventuais problemas.

6 CONCLUSÃO

Os direitos do consumidor surgiram para regular um setor da vida humana que envolve diretamente todas as pessoas, reconhecendo, mediante a constitucionalização do direito contratual, que o contrato deve servir como instrumento de realização do bem-estar social, de inclusão e garantia das expectativas legítimas, preocupando-se com a tutela da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer, inclusive, que a proteção das relações de consumo é uma forma de proteger a própria dignidade da pessoa humana.

Contudo, não basta que o ordenamento jurídico apenas proteja como fundamental os direitos do consumidor, é necessário que sejam criados mecanismos hábeis ao acesso à justiça e à tutela efetiva destes. Também, o direito formal de pleitear a tutela de direitos não é suficiente para garantir sua efetividade, pois, além de se proporcionarem os meios adequados, é necessário garantir a igualdade a todos na acessibilidade dos meios de tutela, além disso, eles devem produzir resultados individual e socialmente justos. Assim, pode-se destacar como principais limitações ao efetivo acesso à justiça as elevadas custas judiciais, as causas módicas, o tempo de duração das demandas processuais e a própria aptidão para conhecer o direito por parte dos cidadãos.

Sem a intervenção de um órgão administrativo, o consumidor encontra dificuldade para formular sua reclamação e acaba por desistir de seu intento, estimulando, indiretamente, a continuidade das transgressões. Tal

constatação indica que deve ser facilitado o acesso do consumidor aos órgãos de defesa do consumidor no próprio município onde ele reside.

Partindo de tais premissas, ao tomarmos os dados coletados durante a pesquisa de campo, inferimos que o Procon de São Miguel do Oeste cumpre o seu objetivo de fornecer efetivo acesso à justiça aos consumidores locais.

Foi feito um recorte temporal de apenas seis meses (primeiro semestre de 2014) para coleta e análise de dados, sendo constatado o registro de 602 atendimentos, número significativo, indicando aproximadamente 100 procedimentos registrados por mês. Mais significativa ainda é a constatação de que, quando da realização da pesquisa de campo, que se findou em 30 de setembro de 2014, apenas 12 demandas iniciadas no primeiro semestre daquele ano ainda estavam em andamento, fato que prova que os consumidores obtiveram respostas céleres do órgão administrativo.

Vale mencionar, por oportuno, que não necessariamente foi reconhecida a procedência do pleito do consumidor em todos os procedimentos. Contudo, é sabido que, em qualquer causa, o que se precisa é de um atendimento adequado e uma resposta em um tempo plausível, de modo que o consumidor não passe meses ou mesmo anos angustiado à espera de uma resposta, pois, ao final, a própria razão de ser da demanda já perdeu o sentido em razão da demora processual.

Destaca-se, também, que foi significativa a procura de consumidores de outros municípios ao órgão de defesa consumerista em pauta, visto que dos 602 procedimentos instaurados, 88 são de consumidores advindos de outros 21 municípios, em especial da região Extremo-Oeste de Santa Catarina, os quais, desamparados, procuraram auxílio no órgão pesquisado.

Observa-se que, para procurar auxílio no Procon de São Miguel do Oeste, os consumidores de outros municípios precisaram se deslocar até esse município, dispor de tempo e custos de transporte. Tais fatores, em regra, são obstáculos de difícil transposição, pois os valores envolvidos nas

relações de consumo, na maioria, são tão módicos que sequer compensam tais transtornos.

Ainda, interessante destacar que a maioria dos procedimentos se refere a problemas com serviços de telefonia, que demandam incansáveis tentativas e ligações para resoluções de problemas com faturas, com atendedores distantes e alheios aos problemas dos consumidores. De igual modo, inviabilizando a solução dos litígios diretamente com os fornecedores, há o fator de que a maioria das contratações é feita por internet e/ou telefone, bem como que as empresas são parte integrante de grandes corporações.

Por fim, não restam dúvidas de que apenas a interiorização da defesa do consumidor tem condições de proporcionar efetivo acesso à justiça nessa área jurídica; assim, resta evidente que a quase totalidade dos municípios da região Extremo-Oeste carece da implementação de órgãos municipais de defesa administrativa do consumidor, haja vista que os consumidores estão à mercê da boa vontade dos fornecedores, em especial de grandes redes e em contratações a distância.

REFERÊNCIAS

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

BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014.

BRASIL. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 mar. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm>. Acesso em: 11 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial União**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 11 out. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. 1. ed. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RÊGO, Lúcia. **A tutela administrativa do consumidor**: regulamentação estadual. São Paulo: RT, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: A VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU DEVER DE MEMÓRIA?

Leonardo Cauê Hickmann*
Mixilini Chemin Pires**

Resumo

Sabe-se que no sistema constitucional vigente no Brasil, os direitos, em sua fase de aplicação, devem respeitar uma ordem hierárquica; a Constituição Federal deve ser respeitada em toda e qualquer situação. Porém, tal comando fica muito difícil quando dois direitos igualmente constitucionais entram em conflito. Assim, no intuito de contextualizar esse conflito e ao mesmo tempo oferecer-lhe respostas e soluções, traçou-se para este artigo o seguinte problema de pesquisa: “a ausência de contemporaneidade de fatos passados poderá ensejar o reconhecimento do direito ao esquecimento em proteção à dignidade da pessoa humana e em detrimento do direito à memória?” Evoca-se, nessa linha, por objetivo verificar o conflito existente entre a liberdade de informação, construtora do direito de memória, e os direitos de personalidade do particular, protetores de sua dignidade. Destacam-se, para tanto, a importância e o alcance dos direitos fundamentais preconizados constitucionalmente, tornando clara a ideia de que um direito somente é aplicável até o momento em que passa a ferir outro, tendo de ser a este estabelecidos limites. Nessa senda, para se alcançar e se permitir o encontro de tais soluções e respostas, estabeleceram-se como meio de pesquisa o estudo bibliográfico e o jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Dever de memória. Dignidade da pessoa humana. Critérios. Tribunais brasileiros.

* Graduando no Curso de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Pinhalzinho; leonardo.c.hickmann@hotmail.com

** Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mixilini@unoesc.edu.br

The interpretation of the right to oblivion by the brazilian courts: is a valuation of the dignity of the human person or memory obligation?

Abstract

Is known that in the current constitutional system in Brazil, the rights, in their application phase, shall respect an hierarchic order; The Federal Constitution must be respected in every situation. Although, this command becomes so difficult when two constitutional rights are in conflict. Thus, in the intention of contextualizing this conflict and in the same time offering answers and solutions, it was drawn for this article the following survey problem: “can the absence of contemporaneity of past facts give the opportunity of recognize the right of the oblivion in protection to the dignity of the human person to the detriment of the right of memory?” It is conjured up, on this way, as goal to verify the existent conflict between the information liberty, right memory builder, and the rights of the private’s personality, protector of your dignity. Thereunto, the importance and the reach of the elemental rights constitutionally preconized are highlighted, making claear having as evident the idea that a right is just applicable till the moment that harms another, having to settle limits to it. In this vein, to reach and allow the encounter of such solutions and answers it was established as research means the literature and jurisprudential studies. Keywords: Right to oblivion. Memory duty. Dignity of the human person. Criterion. Brazilian courts.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo visou-se apresentar de forma relevante e satisfatória a problemática envolta em dois direitos igualmente fundamentais do ordenamento jurídico: o dever de memória, embasado no direito à informação, que preza pela liberdade na publicação de conteúdo, e o direito ao esquecimento, embasado na dignidade da pessoa humana, cujo ideal afirma que nada que ferir a honra de alguém deve ser tornado público, sobretudo se não possuir relevância social. Essa dignidade humana é aqui apresentada como parâmetro

mediador na aplicação correta dos direitos, tendo papel importante na interpretação dos casos em que direitos fundamentais se aplicam, visto que é uma qualidade que todo indivíduo possui e que deve ser respeitada.

Tal problemática pode ser representada pelo seguinte questionamento: a ausência de contemporaneidade de fatos passados poderá ensejar o reconhecimento do direito ao esquecimento em proteção à dignidade da pessoa humana e em detrimento do direito à memória? Traçando-se, assim, por objetivo verificar o conflito existente entre a liberdade de informação, construtora do direito de memória, e os direitos de personalidade do particular, protetores de sua dignidade.

Para tanto, de forma a promover uma análise crítica e jurisprudencial sobre o caso, aborda-se mais detalhadamente o tema do direito ao esquecimento em específico, expressando seus critérios de aplicação e exprimindo a visão que os tribunais brasileiros têm dado ao tema, visto que este é o objeto central da pesquisa de iniciação científica desenvolvida.

2 DIREITO À INFORMAÇÃO: A REPRESENTAÇÃO FÁTICA DO DEVER DE MEMÓRIA

Todo o brasileiro – naturalizado ou nato – e estrangeiro têm o livre acesso à informação, o direito de se manter informado, por meio dos meios de comunicação social, conforme preconiza o artigo 5º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988.

Assim, pode-se entender como meio de comunicação toda e qualquer forma de desenvolvimento de uma informação, seja por meio de sons, imagens, seja por impressos e gestos. A Constituição Federal, por sua vez, aborda a comunicação em um sentido mais restrito: os expressos em jornais, revistas, livros, rádio ou televisão. Contudo, com o avançar das tecnologias, importante que suas interpretações também avancem e que não fiquem estagnadas no tempo (MORAES, 2011).

Isso porque, embora o direito à informação traga tamanhos benefícios aos indivíduos, é de grande valia salientar que elevada porcentagem da população toma partido e forma opiniões sobre temas relevantes se baseando em informações veiculadas por canais de televisão abertos. Assim, a mídia deve, em seu papel comunicativo, saber expressar de maneira transparente o fato noticiado. A corroborar, Moraes destaca que (2011, p. 181, grifo do autor):

O direito de receber *informações verdadeiras* é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos.

Ainda, a influência que a mídia tem sobre a mente humana é indiscutível: aquilo que se vê nos canais televisivos, simplesmente, é o que se passa a acreditar. Portanto, naquilo que se exprime ao noticiar, é importante que, além de coesão e clareza, haja respeito à dignidade da pessoa humana. De acordo com o dito no art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, “[...] é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” (BRASIL, 1988). Este mesmo artigo, apesar de conferir o direito ao pensamento e à expressão, acaba por imprimir o dever de consciência sobre o titular.

Nesse enfoque, é importante que o manifestante tome consciência dos deveres que esse artigo o confere e não cometa nenhuma barbárie, pois, ao afetado – caso se sinta prejudicado (independente de o dano ser caracterizado no momento de sua veiculação ou por sua propagação futura, sem qualquer contemporaneidade e relevância social) –, é garantida a indenização por dano moral, conforme consta no art. 5º, inciso V, da Constituição vigente, e volta a redundar-se no inciso X. A resposta para isso, como menciona Gois Júnior (2002 apud KAMINSKI, 2011, p. 185), “[...] está no fato de que as mudanças históricas causam alterações de princípios e conceitos

que vão além da simples materialidade das transações e ou mesmo de uma mecânica inerente ao processo.”

A sociedade sofreu impactantes mudanças nas últimas quatro décadas, adaptando-se à presença cada vez mais forte das tecnologias da informação, forçando o Direito a se adaptar às novas maneiras de violação dos direitos da personalidade e exigindo novos mecanismos de proteção (MARTINEZ, 2014).

Ao se referir às mudanças sociais, verifica-se que as informações podem se perpetuar no tempo. Óbvio que não será por meio da mente humana, afinal, esta se limita nela mesma. Ninguém escolhe quando lembrar ou não de algum fato, e, por circunstâncias temporais, as lembranças naturais tornam-se cada vez mais superficiais e escassas, fazendo com que os maiores detalhes (aqueles que individualizam o fato) sejam esquecidos. A eternização da informação ocorre pelos novos meios tecnológicos – nos quais não existe esquecimento, limite de dados e, muito menos, limites temporais – dos quais a internet é destaque.

A internet é um meio de informação totalmente democrático: não existe desigualdade ou censura, e o informante pode se conservar anônimo. O tráfego de pessoas na internet cresceu e continua crescendo enormemente (GOUVÊA, 1997). Com ela, aquilo que levava anos para ser de conhecimento público passa a ser disponibilizado em frações de segundos na grande rede (MARTINEZ, 2014).

Hoje, “[...] a todo minuto de cada dia, milhões de usuários de computadores conectam-se à Internet – um megassistema de banco de dados eletrônicos contendo qualquer coisa que você quiser saber a respeito de qualquer assunto.” (MORI, 2010, p. 65). Ela se transformou, em poucos anos, na maior rede de informações de todo o mundo.

A internet conta com algumas características semelhantes a outras mídias, mas se diferencia de todas estas quanto ao nível de controle que os próprios usuários têm sobre o conteúdo (KAMINSKI, 2011). Assim, esta que

tem inúmeras positivities também tem seus pesares: nem sempre aquilo que se lê na internet é relevante e temporal, e sua capacidade de armazenamento não acompanha a mente humana; esta é limitada, aquela não esgota. Muitas vezes, o que se encontra nela são fatos já ultrapassados e consolidados, gerando, assim, prejuízo àquele de quem se tratar a informação.

Naturalmente, é possível que dados privados de pessoas que não desejam que suas informações estejam ao alcance de todos sejam universalmente divulgados durante um prazo indeterminado e ilimitado, podendo afetar os direitos da personalidade e, em suma, a sua dignidade (MARTINEZ, 2014).

Portanto, por meio da internet é possível, ainda que não lícitamente, a intromissão de terceiros na vida privada das pessoas, deturpando informações privadas e destruindo a vida real, tornando possíveis dois mundos: o real e o virtual. Mister afirmar que existe um deslocamento entre a identidade real e a sua representação digital, possibilitando um falso entendimento sobre fatos efetivamente ocorridos e inviabilizando o esquecimento de eventos pretéritos sem contemporaneidade (MARTINEZ, 2014).

Urge lembrar, neste ponto, que cada pessoa tem o poder de se autodeterminar, isto é, postar, publicar, compartilhar na grande rede aquilo que lhe convier em determinado período temporal, tendo plena consciência de que a sua postagem pode ser eternizada pela tecnologia.

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E OS TRIBUNAIS BRASILEIROS: VALORAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA OU DEVER DE MEMÓRIA?

No conflito entre o direito à informação, aqui representado pelo dever de memória, e a dignidade da pessoa humana em lembranças de conteúdo (evidentemente) pretérito, surge o direito ao esquecimento.

Segundo Martinez (2014), o direito ao esquecimento não diz respeito apenas à possibilidade do direito de estar só, mas também de não se obrigar

um indivíduo a conviver com pedaços de seu passado recordados, imprudentemente, por atores sociais interessados apenas na exploração de fatos já consolidados e depositados no fundo da memória e do tempo, sem qualquer tipo de relevância e temporalidade na sua recordação. Pode-se dizer que essa ferramenta (o direito ao esquecimento) é um mecanismo que isola informações intemporais, tornando-as possíveis apenas na memória individual.

A única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. Há possibilidade de que, ao decorrer do tempo, um indivíduo altere voluntariamente, ou não, suas escolhas pessoais de acordo com as experiências vividas. Toda pessoa é titular da liberdade de alterar, mudar seu comportamento e transformar-se, sob pena de amarrar sua história pessoal. Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções (BUCAR, 2012 apud MARTINEZ, 2014).

Feliz nas suas palavras, Martinez (2014, p. 80) conceitua o direito ao esquecimento:

O direito ao esquecimento é a possibilidade de defesa que, como uma redoma, permite a um particular que não autorize a veiculação ou retire desta um fato pretérito que o expõe ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos. Pode-se dizer que esta esfera de proteção funciona como um mecanismo de isolamento direcionado à informação intemporal.

O direito ao esquecimento, apesar de não ter sido positivado, é um direito tratado no mundo todo há muito tempo, e nas últimas décadas adquiriu autonomia pelo advento da internet. Sendo necessária a tutela a esse direito, e em virtude da impossibilidade de positivação de todos os direitos da personalidade, o legislador, no art. 5º, § 2º, da CF, previu que os direitos e garantias já expressos na Constituição brasileira não excluem outros que, em decorrência do regime, pelos princípios adotados e de tratados internacionais possam vir a existir.

Garante-se, assim, que, com o decorrer do tempo, em determinadas épocas possam vir a existir novos direitos da personalidade, assim como o direito ao esquecimento. Pelo dizer de Martinez (2014, p. 80) fica clara a sua soberana existência:

Não há que se confundir o direito ao esquecimento com apenas uma vertente de qualquer um dos direitos da personalidade já previstos no ordenamento nacional. Em realidade, trata-se de um direito independente, cujo objeto está ligado à memória individual, que, tal qual a memória coletiva, é também digna de tutela pelo ordenamento jurídico. O direito ao esquecimento é um direito fundamental que seu titular tem de se resguardar daquilo que não deseja rememorar. Trata-se do direito de não ter sua memória pessoal revirada a todo instante, por força da vontade de terceiros. Como tal, configura-se como um direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana.

Apesar de inicialmente se confundirem, o direito ao esquecimento e o direito à privacidade (ambos direitos de personalidade) têm objetos jurídicos de proteção diferentes. Enquanto esta visa à proteção de dados pessoais íntimos contemporâneos, aquele objetiva a proteção de dados pretéritos, ou seja, de fatos passados e consolidados, que já não tenham qualquer utilidade, interesse público ou atualidade (MARTINEZ, 2014).

Freire (2009 apud MARTINEZ, 2014) confirma a existência de novos direitos provenientes da era da informação, assim como novas formas de violá-los, exigindo do juiz uma participação mais ativa no processo. Assim, é impossível objetivar padrões e critérios decisórios que tenham absoluta eficiência.

Nesse diapasão, com o surgimento da internet é possibilitada a permanência de dados pretéritos sem qualquer limite, extrapolando a capacidade humana de retenção de informação, fazendo com que qualquer dado veiculado a qualquer tempo venha a ser memorado intemporalmente em qualquer lugar do mundo.

Por conseguinte, ainda que se fale em existência, validade e eficiência desse direito, os critérios decisórios utilizados pelos tribunais brasilei-

ros: “pessoa pública”, “local público”, “fato criminoso” e “evento histórico”, praticamente inviabilizam a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil (MARTINEZ, 2014).

Referente ao entendimento jurisprudencial acerca do Direito ao Esquecimento, as opiniões favorecem o esquecimento em casos nos quais inexistem interesse e relevância social. Porém, fica aqui uma crítica, como é possível generalizar o que é e o que não é relevante e importante para a sociedade? É legítimo comentar que cada região brasileira tem seus próprios dogmas, bem como a região Nordeste é totalmente diversa à região Sul nos mais diversos aspectos, por exemplo. E ainda que se consiga generalizar o importante do inexpressivo, é difícil, se não impossível, afirmar que o importante para um buscador informático é o mesmo “importante” do judicial.

Para melhor entendimento do que se discute nas ações que envolvem o direito ao esquecimento, no Recurso Especial n. 1.334.097, RJ (2012/0144910-7), o Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, em sede de ação de reparação de danos morais em face da TV Globo, em decorrência do famoso caso da “Chacina da Candelária”, ocorrido em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro, destaca:

[...] levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por “justiceiros” e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares. (RIO DE JANEIRO, 2012).

Assim, ainda que se objetivem critérios de avaliação (para dar mais segurança às decisões judiciais), o Direito ao Esquecimento é um direito praticamente inefetivo na maior parte do mundo. A internet, rede das redes, contém os mais diversos buscadores, e, uma vez que se impossibilite a che-

gada até a informação por meio de um destes, não se pode afirmar que o mesmo ocorrerá em outro. Ou seja, a informação pode ter sido barrada no Google, mas estar em perfeita circulação por meio do Ask ou qualquer outro. Ou, ainda, impossível afirmar que a informação será totalmente esquecida, uma vez que a mente humana é cega e não avisa quando vai decidir lembrar ou esquecer de um fato. E mais, improvável afirmar que nenhum indivíduo mal-intencionado não tenha salvo a informação (esquecida dos meios informáticos) em um aparelho celular, *pen drive*, HD ou cartão de memória.

Contudo, mesmo que não se consiga em sua totalidade dar efetividade ao Direito ao Esquecimento, ele é um direito (sim) autônomo e de muita importância para a época vivenciada. Assim, cumpre analisar os critérios judiciais atuais em específico.

Sem dúvida o critério mais utilizado nas aplicações é o da Pessoa Pública e pode ser facilmente rebatido, como o fez Carvalho (2003, p. 59 apud MARTINEZ, 2014, p. 163):

Qualquer pessoa, por mais pública que seja, tem o direito a uma esfera de privacidade, de forma que sua intimidade não possa ser devassada pelos órgãos de imprensa. Por exemplo, mesmo para um notório político, sua família, sua vida familiar, seus hábitos íntimos, seu cotidiano dentro de casa, não podem ser divulgados. O que pode ser divulgado é a parte de sua vida – personalidade – de domínio público, como as atividades públicas; não a esfera privada, desconhecida do grande público.

Evidente que as pessoas públicas têm uma diminuição de sua privacidade, mas essa diminuição, de modo algum, pode se transformar em uma supressão de seus direitos da personalidade. Salta aos olhos a necessidade de observância dos direitos da personalidade, pois mesmo que o sujeito seja público não perde nenhum direito fundamental. Desse modo, seria muita ignorância afirmar que, por ser pessoa pública, o sujeito tem o dever de ver a sua vida privada violada pela sociedade.

A exemplificar, Xuxa Meneghel, em sua situação referente ao Direito ao Esquecimento, solicitou que os buscadores da internet não admitissem que o usuário, ao pesquisar pela expressão Xuxa pedófila encontrasse cenas envolvendo sua imagem. O Ministro Celso de Mello (STJ) (Medida Cautelar na Reclamação n. 15.955, Rio de Janeiro), relator do caso, julgou tal pedido improcedente e pronunciou:

Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na 'web', reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. (RIO DE JANEIRO, 2014, p. 2, grifo do autor).

Com certeza, sob o olhar crítico da situação, boa parte da população brasileira decidiria com palavras controversas às ditas pelo Ministro. No art. 220, CF, exposta está a livre comunicação social observando o § 1º, no qual consta a necessidade de tutela dos incisos IV, V, X, XIII e XIV. Desse modo, a honra da pessoa – em hipótese alguma – pode ser afetada quando uma informação é veiculada, o que não parece ter ocorrido, uma vez que a palavra pedófila por si só causa danos à imagem, à reputação e à honra da pessoa a quem se relaciona a informação.

Outro critério utilizado na aplicação do Direito ao Esquecimento *versus* Dever de memória no Brasil é o Local Público em que é divulgada a informação. Porém, podem ser detectadas falhas muito graves em sua apresentação. No que se refere a tal critério, a título de exemplo, uma senhora foi flagrada pelas câmeras com os seios à mostra, e, claro, as imagens foram veiculadas.¹

O objetivo aqui não é escandalizar, mas será correto expor ao ridículo um indivíduo em um meio informativo? É óbvio que nem tudo aquilo flagrado em praça pública pode ter conteúdo estritamente privado. Será correto

gravar e expor na mídia uma frase dita no ouvido de um particular em praça pública e rememorar para sempre? Para Martinez (2014), o fato de qualquer foto, imagem ou dado ter sido obtido em praça pública não é suficiente para sua rememoração dados os inúmeros direitos de personalidade mitigados em relação ao interesse social.

Nem todos os fatos vivenciados em local público dizem respeito àquilo que deve ser lembrado pela sociedade. É preciso que o retratado esteja envolvido com aquilo que a sociedade tem como importante. Referente a isso, Godoy (2001 apud MARTINEZ, 2014, p. 127) também comenta:

Pessoas comuns, desde que em manifestação do cotidiano, não podem ser individualizadas mesmo quando retratadas em locais públicos, devendo estar inseridas no contexto do cenário, ademais concernente a informativo a cujo conteúdo o indivíduo não pode ser relacionado de forma indevida.

Assim, sendo de conteúdo impróprio à divulgação, não há porque memorar aquilo que é pronunciado simplesmente por ter ocorrido em local público. Contudo, quando a rememoração se tornar oportuna pelo motivo de o conteúdo tratar de interesses sociais, não há de se falar em Direito ao Esquecimento. Mitigam-se, assim, os direitos da personalidade em razão da necessidade de informar e de ser informado.

Hoje, o acontecimento de um fato criminoso autonomamente garante que um fato acontecido há muito tempo seja lembrado por uma sociedade. De acordo, Godoy (2001) afirma que os fatos criminosos em si já caracterizam interesse social e, por esse motivo, justificam a atividade de imprensa. Mas é preciso, nesse tipo de caso, que haja análise do acontecido com averiguação do real dano ao bem jurídico tutelado; podendo se tratar de crime grave ou leve.

No caso Aída Curi, o Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, em sede do Recurso Especial n. 1.335.153, RJ (2011/0057428-0) deixa claros o conflito existente entre os direitos e a necessidade da ponderação entre eles,

nos diferentes casos, considerando os critérios utilizados pelos tribunais, e fundamenta a decisão, sob os termos da seguinte ementa:

INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça” [...] Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. [...] A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alertas e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. (RIO DE JANEIRO, 2011, p. 2, grifo do autor).

Uma situação, no dizer de Martinez (2014), são os crimes de maior intensidade que, evidentemente, despertam maior interesse e relevância na memória coletiva. Os crimes de menor intensidade, por sua vez, não despertam um grau de interesse coletivo efetivo, levando sua rememoração a causar prejuízo maior à Dignidade da Pessoa Humana, definida por Sarlet (2009, p. 67) como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação mínima e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com

os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Dessa forma, para que seja digno de rememoração, o crime deve ter comovido e afrontado os sentimentos mais íntimos de paz de uma sociedade. Mas quanto aos crimes de menor relevância, segundo Godoy (2001 apud MARTINEZ, 2014), sobretudo aqueles em que o infrator está em fase de ressocialização, não é conveniente esse tipo de rememoração, mostrando afronta aos direitos da personalidade (honra, imagem), uma vez que estes, mesmo por conta dos eventos passados, de modo algum devem ser restringidos.

Não se pode desconsiderar, mesmo assim, as palavras de Ost (2005, p. 50) ao referir que “[...] só se institui o novo com base no instituído”, de modo que tudo aquilo que é criado tem alguma influência por eventos passados. Por consequência, possível dizer que nem tudo vem daquilo que já foi feito (assim se fala do surgimento do universo pelo entender cristão), mas vero, a Constituição Federal e os direitos nela expressos, por exemplo, são resultado de uma série de fatores, entre eles cita-se a Ditadura Militar. Proveniente dos grandes fatos históricos surge como critério de julgamento do Direito ao Esquecimento o Evento Histórico.

Em virtude da necessidade da rememoração desse tipo de fato, o sistema legislativo brasileiro implantou a Comissão da Verdade, considerando que para se esquecer é preciso antes ter aprendido a conviver com o fato, como fez constar na própria mensagem do então presidente à época, Lula, ao Congresso Nacional em 2010 quando ainda em fase de projeto de lei.²

Pode-se constatar que, costumeiramente, a população atribui o *status* de “interesse social” à divulgação de crimes, fazendo com que se rememorem passados já esquecidos. Referindo-se ao critério em questão, no Rio Grande do Sul, um homem havia furtado um automóvel há 30 anos. Passado o referido tempo, um jornal de circulação no Estado noticiou o acontecido. Resultado: o jornal foi demandado judicialmente em ação indenizatória por

danos morais. No discorrer (Apelação Cível n. 70011892569, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS), o Des. Paulo Roberto Lessa Franz atribui:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPUBLICAÇÃO. FATO NOTICIADO HÁ TRINTA ANOS. INTERESSE PÚBLICO, HISTÓRICO E SOCIAL. DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Demonstrado nos autos que a notícia veiculada pelo jornal demandado limitou-se a narrar fato ocorrido há trinta anos atrás, sem emitir qualquer juízo depreciativo ou desabonatório sobre o autor, não se há de falar em ilícito civil. Intenção meramente comunicativa, consubstanciada no serviço de informar à sociedade acerca de crimes ocorridos no passado, com observância do interesse público, histórico e social, inexistindo qualquer excesso apto a justificar o dever de indenizar. Ausência de provas quanto ao abalo à dignidade, à humilhação ou dor que o autor alega ter suportado em decorrência da notícia publicada. Dano moral que não se reconhece. Sentença reformada. Ação julgada improcedente. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA, POR MAIORIA. APELO DO AUTOR PREJUDICADO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Com muita razão esse é um dos critérios mais aplicados pela jurisprudência atual, trata-se, na grande maioria, dos genocídios que excluem as mais diversas raças do seio planetário, como é o caso do Nazismo (na Alemanha) e do Fascismo (na Itália), sendo estes, no dizer de Godoy (2001 apud MARTINEZ, 2014), casos que não podem ser esquecidos.

4 CONCLUSÃO

O conflito entre os direitos fundamentais da informação (dever de memória) e do esquecimento é evidente; é impossível falar de um sem mencionar o outro, até porque para que se exija o esquecimento algo deve ter sido informado. Todavia, é veementemente indispensável que para que um seja visto como melhor aplicável que outro em determinado caso concreto, o olhar do aplicador do direito deve estar atrelado à dignidade da pessoa humana, qualidade esta inerente a qualquer indivíduo.

Desse modo, ao olhar criticamente ao caso concreto, o juiz tem o dever de verificar qual direito feriria mais a dignidade do ser humano caso desconsiderado. Sobressaindo o direito ao esquecimento nos casos em que não haja qualquer interesse ou relevância social.

Entretanto, o que se percebe atualmente nos tribunais não é exatamente isso. Armando-se dos critérios de aplicação do direito ao esquecimento atualmente existentes, o que vem prevalecendo, infelizmente, é o direito à informação (dever de memória). Conforme verificado nas jurisprudências colhidas neste artigo, mesmo em casos de afronta à honra de alguém – e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana –, o judiciário vem optando pela informação, sob o pretexto de que a mídia – escrita, falada ou televisada – tem o papel de contribuir para alertar e informar a sociedade daquilo que lhe diz respeito, não importando o interesse dos particulares.

Considerando o grau de relevância que tem a dignidade humana, não é conveniente que sejam memorados em qualquer tempo todo e qualquer evento passado, sem importar o interesse coletivo presente nele. Assim, sopesando o Direito ao Esquecimento, a dignidade da pessoa humana teria sua conceituação teórica efetivamente aplicada.

Chega-se, por fim, ao entender que é impossível objetivar critérios de aplicação puramente efetivos, pois, ainda que se enumerem critérios, não se pode afirmar que a informação será de todo esquecida na mente humana ou nos armazenamentos de dados particulares de algum indivíduo que, por algum motivo, os mantêm em sigilo. Porquanto, mister se faz a interpretação judicial caso a caso, em todas as suas peculiaridades, para que se alcance a almejada decisão ideal, que atenda, antes de mais nada, às prerrogativas da dignidade da pessoa humana.

Nota explicativa

¹ Sobre o caso, o Ministro Cesar Asfor Rocha comenta: "DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. TOPLESS PRATICADO EM CENÁRIO PÚBLICO. Não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para

torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem. Se a demandante expõe sua imagem em cenário público, não é lícita ou indevida sua reprodução pela imprensa, uma vez que a proteção à privacidade encontra limite na própria exposição realizada. Recurso especial não conhecido.” (BRASIL, 2004).

²“A criação da Comissão Nacional da Verdade assegurará o resgate da memória e da verdade sobre as graves violações de direitos humanos ocorridas no período anteriormente mencionado [1946-1988], contribuindo para o preenchimento das lacunas existentes na história de nosso país em relação a esse período e, ao mesmo tempo, para o fortalecimento dos valores democráticos.”

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Recurso Especial n. 1.334.097-RJ (2012/0144910-7). Quarta Turma. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. direitos da personalidade. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **JusBrasil**, Brasília, DF, 28 maio 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Recurso Especial n. 1.335.153-RJ (2011/0057428-0). Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **JusBrasil**, Brasília, 24 jun. 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

BRASIL. Recurso Especial n. 595.600-SC (2003/0177033-2). Direito de imagem. Topless praticado em cenário público. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. **JusBrasil**, Brasília, DF, 18 mar. 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19398367/recurso-especial-resp-595600-sc-2003-0177033-2/inteiro-teor-19398368>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

GOUVÊA, Sandra. **O direito na era digital**: crimes praticados por meio da informática. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

KAMINSKI, Omar (Org.). **Internet legal**: o direito na tecnologia da informação. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PARTE I: A Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_pagina_17_a_82.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Medida cautelar na reclamação n. 15.955**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/9/art20140929-02.pdf>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **AC 70011892569**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A OMISSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA COMO ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL: A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO CONHECIMENTO DA ANCESTRALIDADE DO FILHO *VERSUS* O DIREITO À INTIMIDADE DA GENITORA

Marília Kuhn*
Edenilza Gobbo**

Resumo

No presente artigo, de cunho bibliográfico, analisou-se se a circunstância em que a genitora omite a identidade biológica do pai ao filho pode configurar ato de alienação parental. Cabe destacar que se trata de hipótese em que há colisão de direitos fundamentais, qual seja, o direito à intimidade da genitora *versus* o direito do filho em conhecer sua ascendência genética. Para o desenvolvimento do tema, inicialmente, contextualiza-se a alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro. Após, perpassa-se pelo direito à intimidade previsto na Constituição Federal e pelas garantias que tal dispositivo proporciona no que se refere ao sigilo das relações no seio familiar, em especial da genitora. Na sequência, analisa-se o direito do filho em conhecer sua ancestralidade, que decorre do direito ao conhecimento de sua identidade, inerente à personalidade. Para o enfrentamento da colisão entre direitos fundamentais, destaca-se o juízo de ponderação em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Conclui-se que apesar de a Lei n. 12.318/10 não ilustrar como ato de alienação a hipótese de omissão da identidade do pai pela genitora, não se pode negar que tal situação tem o mesmo objetivo que um genitor alienador deseja, qual seja, impossibilitar o

* Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; marilia_862@hotmail.com.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora titular dos cursos de graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; Advogada; edenilzagobbo@unoesc.edu.br

convívio entre pai e filho, motivo pelo qual se estaria diante de circunstância de alienação sujeitando a genitora às consequências legais.

Palavras-chave: Omissão da paternidade biológica. Alienação parental. Colisão de direitos fundamentais.

The omission of biological paternity as act of parental alienation: collision between the fundamental rights to son ancestry knowledge versus the right to privacy of genitor

Abstract

In this article, bibliographic nature, one examines if the circumstances in which the progenitor omits the biological identity of the father to the son may configure act of parental alienation. It should be noted that this is the event in which there is a clash of fundamental rights, namely the right to privacy of the progenitor versus right the child's to know his/her genetic ancestry. For theme development, initially, it is contextualized parental alienation in the Brazilian legal system. After, one permeates by the right to privacy provided in the Constitution, and guarantees that this device provides in relation to the confidentiality of relations within the family, especially the mother's. Following, it is analyzed the child's right to know his/her ancestry that derives from the right to the knowledge of their identity, inherent personality. For coping with the collision between fundamental rights it is highlighted the judgment weighting in line with the principle of human dignity. It is concluded that despite the Law n. 12.318/10 does not illustrate as an alienation act the hypothesis of the father's omission of by the mother, it can not be denied that such situation has the same goal as an alienating parent wants, that is, to make it impossible the conviviality between parent and child, which is why it would be before the alienating circumstance subjecting the genitor to legal consequences.

Keywords: Omission of biological paternity. Parental alienation. Fundamental rights collision.

1 INTRODUÇÃO

A alienação parental, considerada uma forma de abuso no exercício da autoridade familiar sobre os filhos menores de idade, foi regulamentada no Brasil pela Lei n. 12.318/10 e trouxe um rol exemplificativo de atos de alienação parental.

No presente artigo pretendeu-se identificar se a omissão pela genitora, da identidade do genitor biológico ao filho, configura ato de alienação parental e, por consequência, sujeita a mãe às implicações legislativas.

Para responder ao problema proposto, parte-se do princípio de que filho tem o direito ao conhecimento de sua ancestralidade, em decorrência do direito fundamental à identidade. Por outro lado, não se pode negar que a genitora tem o direito fundamental à intimidade, situação que resguardaria seu direito em não revelar com quem manteve relações sexuais.

Desse modo, trata-se de típica situação de colisão de direitos fundamentais, que impõem ao Direito a busca por uma solução justa.

2 CONTEXTUALIZANDO A ALIENAÇÃO PARENTAL

A origem da alienação parental está associada ao rompimento dos elos de convivência familiar. Quando do divórcio dos genitores, em geral, passa a existir uma árdua disputa pela guarda dos filhos, ambiente propício para o desenvolvimento desta (DIAS, 2013).

O primeiro a estudar esse tema foi o psiquiatra norte-americano Richard Gardner. Conforme ele, a alienação parental se traduz em uma campanha que busca denegrir um dos genitores para o filho. Esse processo de desmoralização é feito como forma de vingança, usando o filho como utensílio para que este passe a detestar o genitor alienado (ALMEIDA JÚNIOR, 2010).

No Brasil, o tema é regulamentado pela Lei n. 12.318/10, que conceitua o tema, bem como caracteriza as figuras do alienador e do alienado,

trazendo, também, as medidas judiciais que devem ser tomadas quando se constata sua ocorrência (GUILHERMANO, 2012).

A definição da alienação parental foi descrita pela Lei n. 12.318/10 como:

Art. 2 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).

Conforme se depreende da leitura do Texto Legal, o campo de alcance que determina os sujeitos não se restringe somente aos pais, é extensivo, indicando qualquer pessoa que detenha a guarda da criança como um possível alienador, incluindo, inclusive, avós da dela. (GUILHERMANO, 2012).

Por tal exposição, constata-se que há três personagens basilares nesses casos: o alienador/alienante, o culpado pelos atos de alienação; o alienado, o genitor separado do filho; e a criança, vítima da campanha de descrédito de um dos pais.

A Lei n. 12.318/10 descreve um rol exemplificativo dos métodos utilizados para alienar uma criança. Dessa premissa o artigo 2º da referida Lei:

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:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A atuação do alienador pode ir além; conforme acrescenta Dias (2013, p. 28), as atitudes podem ser ainda “[...] interceptar cartas, emails, telefonemas, recados, desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros, ameaçar, punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge, culpar o outro cônjuge pelo comportamento dos filhos.”

Aqui há que se diferenciar os atos da Síndrome da Alienação Parental, já que nessa última “[...] haverá o distanciamento entre pai/mãe e filho, processo esse às vezes irreversível.” (SILVA et al., 2008)

Averiguando os danos que a alienação parental pode causar às suas vítimas, a legislação procurou descrever medidas coercitivas ao alienador, desde a advertência até a alteração da guarda e a suspensão do poder familiar, cabendo ao julgador decidir quais serão aplicadas ao caso concreto (GUILHERMANO, 2012).

Para a aplicação das sanções basta a ocorrência do ato de alienação, não se exigindo o diagnóstico da Síndrome da Alienação Parental. Assim, diante da existência de empecilhos à convivência do filho com um de seus genitores, poderá o Magistrado, dependendo da amplitude do caso, tomar as medidas cabíveis, a fim de permitir que cessem os atos praticados pelo alienador. Nesse ínterim, os incisos do artigo 6º da Lei n. 12.318/10:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicos-social;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010).

Com a descrição dos incisos do artigo 6º, denota-se que o caráter de tais medidas é de prevenção e proteção à integridade do menor, eis que há a possibilidade da aplicação das referidas medidas de forma independente ou cumulativa. Enfatiza-se, ainda, que a aplicação das sanções especificadas não impedirá uma possível responsabilização civil ou criminal ao alienador (GUILHERMANO, 2012).

O objetivo da lei é a preservação dos filhos por meio da concretização dos princípios constitucionais de respeito ao ser humano, valorizando seus direitos de personalidade, parentalidade digna e a busca do melhor interesse dos filhos menores.

Considerando que os atos de alienação parental descritos pela lei não são exaustivos, importa questionar se a omissão, pela genitora, da identidade do genitor biológico ao filho configura ato de alienação parental e, por consequência, sujeitaria a mãe às implicações legislativas.

Antes de responder ao tema, é preciso considerar dois direitos fundamentais essenciais, quais sejam, o direito à intimidade da genitora e o direito ao conhecimento da ascendência genética pelo filho.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE DA GENITORA

O direito à intimidade começou a se consolidar de forma independente em meados dos anos 1950, sendo impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Com tal documento, percebeu-se que o direito à honra foi alavanco para que os demais direitos à intimidade fossem recepcionados pela Constituição Federal de 1988 (RAMOS, 2006).

Segundo a Declaração, nenhuma pessoa poderia intervir na vida privada de outra, interferindo, ainda, em suas relações familiares, no íntimo de seu domicílio, ou manifestar qualquer gesto que ferisse a reputação dos seres (SAMPAIO, 1998).

Referente ao ordenamento brasileiro, importa destacar que mesmo havendo a descrição em textos constitucionais antigos sobre a proteção aos direitos fundamentais, eles apenas englobavam o direito à intimidade de forma indireta, não fazendo uma menção minuciosa. Os textos tratavam apenas sobre o direito à inviolabilidade de domicílio, sigilo das correspondências e das comunicações. Por essa timidez, constata-se que somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que passou a existir expressa referência à vida privada e à intimidade (RAMOS, 2006).

Assim, o Brasil declarou, precisamente no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, a proteção ao direito à privacidade e intimidade quando estabelece que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

Segundo Rodrigues (2014), o direito à intimidade tem um significado singular, ele pertence ao próprio indivíduo e está fora do alcance do Estado. Complementa, ainda, que a intimidade comporta uma prerrogativa tão particular que o conhecimento sobre acontecimentos da sua própria vida deve permanecer fora do alcance até mesmo de terceiros.

Nesse sentido, a intimidade pode ser entendida como:

O conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Embarca todas as manifestações das esferas íntimas, privadas e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo. (RAMOS, 2006, p. 14).

Diante de tais reflexões, verifica-se que o contexto da Constituição Federal de 1998 busca proteger o modo de vida escolhido pelo indivíduo, e que suas preferências apenas a ele pertencem. Por tal garantia, pode este impedir qualquer intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, podendo, também, repelir qualquer tentativa de acesso a informações sobre a sua intimidade, negando-se, assim, a divulgar informações sobre o âmago de suas vivências (MORAIS, 2011).

Acrescenta Tavares (2009, p. 644): “É a esfera secreta da vida do indivíduo na qual esta tem o poder legal de evitar os demais. Significa a intimidade tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e de agir.”

O âmbito familiar é o mais restrito, sendo indiscutível o direito à intimidade, devendo por tal fato ser interpretado de forma mais cuidadosa, considerando-se as situações sentimentais, razão pela qual deve haver maior zelo em permitir qualquer intromissão externa (MORAIS, 2011).

Assim, no âmbito familiar, o direito à intimidade conduz à aspiração do indivíduo de não ser centro de observação por terceiros e de não ter os seus assuntos, segredos pessoais e características particulares revelados ao público (MENDES, 2007).

O íntimo refere-se aos segredos que o sujeito não dividiria nem mesmo com as pessoas que possui vínculo familiar, mantendo como esconderijo a própria consciência. No que se refere à vida privada, há o compartilhamen-

to dessas informações, visto que não é dividido com um grande número de pessoas, e, sim, com quem possui certa afinidade (RAMOS, 2006).

Por derradeiro, percebe-se que hoje a intimidade é considerada elemento de grande relevo de certas relações humanas, como o casamento, por exemplo. A exposição de dificuldades de relacionamentos de um casal pode contribuir para a destruição dos vínculos. E nesse núcleo de privacidade se mostra útil a higidez da vida em comum, não podendo, assim, haver a necessidade da divulgação do que acontece no íntimo dessas relações (MENDES, 2007).

O fato é que a expressão “vida íntima” cobre um vasto campo e está sujeita a interferências emocionais. Portanto, por tal argumento, algumas de suas informações podem, portanto, ser retidas, para prevenir prejuízo à sua honra e dignidade. Tal proteção se encontra petrificada na Constituição Federal e merece respeito e prioridade quando houver qualquer ameaça à violação de tal direito fundamental (MENDES, 2007).

Assim, sob o prisma do direito fundamental à intimidade, estaria protegido o direito da genitora em não revelar com quem manteve relações sexuais.

Nesse sentido, apenas para exemplificar, ao registrar o filho, a genitora não estaria obrigada a indicar o nome do suposto pai, bem como pode se negar a revelar ao filho a identidade de seu genitor biológico para proteger sua intimidade.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL DO FILHO EM CONHECER SUA ASCENDÊNCIA GENÉTICA

O reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo e pode ser exercido a qualquer tempo, conforme dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado

contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” (BRASIL, 1990).

O Supremo Tribunal Federal, inclusive, redefiniu o direito à identidade biológica como um direito fundamental decorrente da dignidade da pessoa humana e decretou que pode haver a desconstituição da sentença de um processo em que não foi feita a prova do exame de DNA, ainda que tenha transitado em julgado (LUNARDI, 2013).

O Supremo Tribunal Federal deixou evidente que não pode haver a imposição de empecilhos de natureza processual ao exercício do direito fundamental quando se trata da busca da identidade biológica, isso porque tem uma precípua relação com o direito de personalidade, de forma a tornar-se eficaz o direito à igualdade entre os filhos, bem como, o princípio da paternidade responsável (LUNARDI, 2013).

Dessa perspectiva, o direito à identidade biológica passou a ser equiparado ao direito fundamental vinculado ao direito de personalidade. Nesse sentido, explica Dias (2013), passou a ser admitido o reconhecimento da filiação, mesmo que a demanda não gere efeitos jurídicos, desde que ela atenda à necessidade psicológica da parte em conhecer sua ascendência biológica.

Dessa maneira, mesmo que no registro de nascimento conste o nome de alguém como pai, tal registro não impede que se descubra a verdade biológica. Isso não impede o exercício do direito fundamental à busca pela ascendência genética (DIAS, 2013).

Assim, não interessa se o registro é falso ou decorre da adoção à brasileira, se o investigante tem pai registral, foi adotado, ou é fruto de produção assistida. Em nenhuma hipótese pode ser recusado o acesso à justiça. Nada pode impedir a busca da verdade biológica, eis que persiste o direito de investigar a paternidade biológica como direito de personalidade (DIAS, 2013).

Nessa acepção de juízo, o direito à historicidade pessoal, enquanto declaração do direito à identidade pessoal, envolve o impedimento de privação que resulta da tutela constitucional aferida à maternidade e à paterni-

dade que, além de valores sociais notáveis que o Estado tem de propiciar, são fatores de concretização do direito da personalidade e do próprio valor da família como elemento natural e basilar da sociedade, encontrando-se o Estado responsável em garantir um recinto familiar habitual (OTERO, 1999).

Aliás, o direito à identidade biológica é uma manifestação da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil. No âmbito internacional, encontra-se o artigo 18 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê:

Todas as pessoas têm direito a um prenome, e aos nomes de seus pais ou a de um destes. Obviamente, quando se determina que toda pessoa tem o direito ao nome do seu pai, não se está dizendo que é o nome de qualquer pai, senão o verdadeiro pai. Assim, não há como refutar que a identidade biológica é um direito que está na categoria de direitos humanos, inerentes a todo ser humano. (LUNARDI, 2013, p. 83).

Otero (1999, p. 91) pondera que: “Impor a omissão, destruir a possibilidade de reconstituir ou negar a ligação biológica entre dois seres, falseando ou escondendo a verdade biológica, será sempre um meio de lesar a identidade genética a que se refere à Constituição.”

O legislador não admite a permanência de nenhuma norma jurídica que, por qualquer forma, explícita ou implícita, crie embaraços à descoberta da verdadeira paternidade biológica, isso porque o direito de conhecer a própria ascendência genética tem resguardo constitucional, integra um dos direitos de personalidade (DIAS, 2013).

Aliás, no que diz respeito à filiação adotiva, há previsão expressa sobre o direito de o filho adotivo investigar sua ascendência genética no artigo 48 da Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e Adolescente: “Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.” (BRASIL, 1990).

Posto isso, descobrir o seu verdadeiro pai, aquele que o(a) gerou, de quem herda características comportamentais, cor da pele, dos olhos, estatura, compleição física, é um direito indiscutível. Todo ser possui essa perspectiva de conhecer aquele que tem a responsabilidade por sua criação, com quem estará ligado, por um liame de sangue, até o final de seus dias (LUNARDI, 2013).

Por derradeiro, resta pronunciar que a busca da própria identidade biológico-familiar é um direito imutável, e a falta de conhecimento desse vínculo, quando houver interesse do sujeito, torna incompleta a biografia do indivíduo.

5 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO CONHECIMENTO DA ANCESTRALIDADE DO FILHO *VERSUS* O DIREITO À INTIMIDADE DA GENITORA

O progresso que o direito constitucional apresenta hoje é implicação da afirmação dos direitos fundamentais como essência da proteção da dignidade da pessoa humana e a Constituição é o instrumento apropriado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões. Assim, deve-se reconhecer a Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico; nela estão os valores mais caros da existência humana e, por isso, merecem estar protegidos em um documento jurídico com força vinculativa máxima (MENDES, 2007).

Nessa constatação, direitos fundamentais são aqueles direitos que ganharam da Constituição um nível superior de proteção, e sua alteração requer meios mais dificultosos, sendo possível mudá-los apenas sob emenda à Constituição (BONAVIDES, 2004).

É necessário esclarecer que quando o exercício de um direito fundamental entra em choque com outro direito também considerado fundamental ocorre a chamada colisão de direitos fundamentais.

Considera-se o conflito entre direitos fundamentais um dos principais problemas da dogmática constitucional. Por tal dificuldade de resolução, as peculiaridades que definem cada caso devem ser observadas minuciosamente. Para tanto, deve-se dispensar dar atenção e avaliar detidamente os bens que entraram em colisão, fazendo com que haja o menor prejuízo dos direitos em questão. Para alcançar essa eficácia, o princípio da proporcionalidade tem se mostrado apropriado, eis que faz uma ponderação entre direitos fundamentais. Essa ponderação ocorrerá de acordo com a análise dos casos, em que será constatada a ordem de prioridade (RAMOS, 2006).

Cabe lembrar que o direito busca atender a todas as situações fáticas em seu âmbito de regulamentação, mas nem sempre isso é possível, pois a realidade sempre antecede o direito. Os fatos tornam-se jurídicos a partir das ações das pessoas de modo contínuo. Por isso, ainda que a lei tente antever todas as situações dignas de proteção, as relações vivenciadas são muito mais amplas do que é possível conter uma legislação, que, nesse caso, torna-se muito estreita para a riqueza dos fatos concretos (DIAS, 2013).

Por esse motivo, toda vez que o juiz se deparar com uma situação em que não há previsão normativa, como é o caso de alguns dos confrontos de garantias constitucionais, deve atuar dentro de certos limites para minimizar maiores prejuízos às garantias em questão.

Entre os casos comuns de confronto entre direitos fundamentais está o direito à informação, que entra rotineiramente em conflito com o direito à intimidade, à liberdade de imprensa com o direito à privacidade, um enfoque que envolve, também, direitos da personalidade.

Esses conflitos nascem em virtude das funções opostas que cada garantia possui, uma vez que o direito à informação, à liberdade de expressão segue o caminho da transparência, da publicidade; já os direitos da intimidade e da privacidade orientam-se no caminho do sigilo, da não exposição (LOPES, 2010).

Dessa lição, denota-se que nesses conflitos haverá a restrição, total ou parcial, de um dos valores, posto que a análise do caso em concreto deve, sobretudo, considerar os argumentos fornecidos pelas partes envolvidas. Dessa forma, fica clara a importância da ponderação para se chegar a uma solução mais justa (LOPES, 2010).

Assim, cabe observar que diante de um conflito entre o direito à intimidade e o direito à informação, no que se refere a ser relevante para o íntimo do indivíduo, não se pode deixar de enaltecer que deve ser feita a análise da situação concreta, embora caiba dizer que nenhum direito, por mais que represente um importante papel na sociedade, possa ser considerado absoluto. Assim, quando tais direitos vierem a se confrontar, a decisão em favor de um ou de outro somente será feita quando da análise do caso em concreto (RAMOS, 2006).

Nessa dicção, cabe reforçar que, como os direitos fundamentais não são absolutos, fica explícito que a solução do conflito não se trata de avaliar as duas garantias para determinar qual seria a mais importante. O juízo de ponderação deve centrar-se na forma como aqueles direitos estão sendo exercidos, não atribuindo prioridade absoluta a qualquer um dos dois (RAMOS, 2006).

Desse modo, aceitar que os direitos fundamentais possuem caráter relativo é justificar que eles são passíveis de restrições recíprocas. No entanto, considerar sua relatividade não significa dizer que as proteções constitucionais são frágeis e que podem ser restringidas sempre que assim ditar o interesse público. Deve ficar claro que a regra é a observância dos direitos fundamentais e não sua restrição (MENDES, 2007).

Segundo Alexy (2011, p. 93):

Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder, isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determi-

nadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Contribuindo para tal tema, Otero (1999) opina no sentido de que na ocorrência de conflitos entre os valores da dignidade humana e quaisquer outros princípios deve prevalecer a solução dotada de maior conexão com o princípio da dignidade humana.

Por todas essas comprovações, o juízo de ponderação que está interligado ao princípio da proporcionalidade estabelece que o sacrifício de um direito para solucionar o caso concreto não deve propiciar benefícios senão aquele pretendido com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se sua essência (MENDES, 2007).

Portanto, diante do caráter de relatividade do qual são revestidas as garantias fundamentais, torna possível que, em caso de conflito entre elas, haja a ponderação e decida-se pela aplicação do princípio mais adequado ao caso concreto.

Nesse íterim, entrando em confronto o direito fundamental à intimidade da genitora com o direito à personalidade do filho, deverá haver uma interpretação construtiva, seja pela ponderação seja pelo juízo de valores.

É impreterível observar que, mesmo que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, garanta a proteção ao sigilo, abrangendo os segredos e tudo que envolver as relações íntimas do indivíduo, nesse caso, tal prevalência não seria substancial por restringir um valor maior, que é o direito de filiação, vinculado à personalidade do ser.

De outro bordo, não se pode esquecer que esse é um caso complexo, uma hipótese fática cuja solução jurídica não está pronta e descrita no texto da lei, devendo a decisão ser arquitetada e fundamentada pelo juiz. Deve ele considerar os direitos fundamentais em confronto, a realidade social, bem como os resultados que trariam do ponto de vista prático quando se opta por um direito fundamental em detrimento de outro.

Nesse raciocínio, importa enaltecer que o direito não se traduz apenas com as leis escritas, isso porque há situações como esta em que para se chegar ao valor de justiça deve-se buscar uma harmonia entre o princípio razoabilidade, isso tudo para que haja a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Com base nessa discussão teórica é que se deve analisar qual direito deve prevalecer: o direito à intimidade da genitora ou o direito à identidade biológica do filho. Para buscar a solução plausível, como mencionado, o princípio da proporcionalidade se mostra bastante eficaz. Ele faz a medição da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Com esses três elementos é possível checar qual direito tem mais intimidade com o Princípio da Dignidade Humana.

6 A OMISSÃO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA COMO ATO DE ALIENAÇÃO PARENTAL

Verificou-se que a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais têm ocupado grande recinto nos estudos jurídicos acadêmicos e nas discussões práticas no âmbito dos processos judiciais, em especial nos casos difíceis, em que o método do silogismo acaba se mostrando insuficiente. É nesse contexto que surge a controvérsia entre o direito fundamental à identidade biológica do ser, como decorrência da dignidade humana, e a intimidade da genitora, que também possui ligação direta com tal princípio.

Importa mencionar que o objetivo neste artigo foi investigar a possibilidade de caracterizar a omissão da paternidade biológica pela genitora como ato de alienação parental, ou seja, em uma suposta negativa da genitora em revelar ao filho sua ascendência biológica, como hipótese de ato de alienação.

Conclui-se que, no contexto atual, não se pode admitir que se negue à pessoa humana o direito de conhecer sua linhagem paterna sob o funda-

mento de que existe o direito à intimidade, isso porque o direito não pode se prender no tempo e ditar decisões ultrapassadas. Pelo contrário, deve haver consciência de quais são os valores mais caros à sociedade e, com esse alicerce, decidir se deve prevalecer, no caso concreto, o direito à intimidade ou à identidade biológica.

Nessa perspectiva, o direito não pode se mostrar imutável, irreversível no tempo, pois não atenderá aos reclamos do direito Constitucional, devendo a legislação como um todo acompanhar a evolução da sociedade. Portanto, de acordo com uma interpretação construtiva, o direito fundamental à identidade biológica deve prevalecer sobre o interesse da intimidade da mãe, eis que se mostrou valor maior que a própria intimidade.

Ademais, privar um filho de conhecer sua linhagem paterna pode constituir-se em óbice à convivência familiar, impedido que ambos compartilhem experiências e vivências. A omissão da genitora, nesse caso, pode impossibilitar a criação de vínculos de afeto e de companheirismo entre o filho e o genitor, bem como impede que o filho conheça sua historicidade pessoal por completo.

É inconteste que o direito de conhecer a ascendência biológica se mostra essencial ao desenvolvimento social e psíquico do ser humano. Portanto, negar a um filho o nome, as feições físicas, o endereço do próprio pai é colocar a criança em uma situação de constrangimento e frustração que pode surtir consequências para a vida toda.

Desse modo, ceder o direito ao conhecimento à ascendência paterna, ao direito à intimidade da genitora seria um erro, posto que prevaleceria o interesse de alguém que por mero capricho ou insatisfação de um fracasso relacional estaria usando o filho como meio de vingança.

Portanto, conclui-se que, mesmo que a Lei n. 12.318/10 não traga como ato de alienação parental a hipótese de omissão da genitora da identidade do pai biológico, não se pode negar que tal situação tem o mesmo

objetivo que um genitor alienador deseja, qual seja, impossibilitar o convívio entre pai e filho.

Dessa constatação, pode-se concluir que a omissão da paternidade biológica pode ser considerada hipótese de alienação parental, eis que a simples omissão da paternidade pode causar efeitos irreversíveis, assim como qualquer ato de alienação ainda ocasiona nas famílias atuais, sujeitando a genitora alienadora às consequências decorrentes da Lei n. 12.318/10.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo. Comentários à Lei da Alienação Parental – Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Revista Síntese Direito de Família**, v. 12, n. 62, out./nov. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 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 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL. Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUILHERMANO, Juliana Ferla. **Alienação Parental: aspectos jurídicos e psíquicos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/juliana_guilhermano.pdf>. Acesso em: 10 out. 2014.

LOPES, Lorena Duarte Santos. Colisão de Direitos Fundamentais: Visão do Supremo Tribunal Federal. Rio Grande. **Âmbito Jurídico**, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242&revista_caderno=9>. Acesso em: 27 set. 2014.

LUNARDI, Fabrício Castagna. O direito fundamental à identidade genética: Realidade ou Ficção? **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v. 15, n. 33, abr./maio 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética**. São Paulo: Almedina, 1999.

RAMOS, Cristina de Mello. **O direito Fundamental à Intimidade e à vida Privada**. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)– Universidade do Grande Rio, Rio de Janeiro, 2006.

RODRIGUES, Alexandre. A privacidade na “ICP-Brasil”. **Migalhas**, 17 nov. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articulas.aspx?cod=8233>. Acesso em: 27 set. 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à intimidade e à vida privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, dias 2009.

A POLÍTICA DE RECONHECIMENTO E O MULTICULTURALISMO POR CHARLES TAYLOR

Alexandra Vanessa Klein Perico*

Resumo

O multiculturalismo nasceu por intermédio de lutas de grupos sociais excluídos. Hodiernamente a diversidade das culturas apresenta-se de forma intensa, sendo necessário compreender os fenômenos culturais para que se possa articular a igualdade e a diferença como questão fundamental. A partir de tais concepções, o presente trabalho aborda o desafio do multiculturalismo e a política de reconhecimento por Charles Taylor, levantando controvérsias políticas e a criação da identidade humana, na compressão que as instituições públicas não podem ignorar a necessidade de reconhecimento. Tece considerações sobre as teorias multiculturais, diferenciando os comunitaristas dos liberalistas. Por derradeiro, o trabalho enfatiza a relevância do multiculturalismo como ferramenta para o reconhecimento político.

Palavras-chave: Charles Taylor. Política de reconhecimento. Multiculturalismo.

The politics of recognition and multiculturalismo by Charles Taylor

Abstract

Multiculturalism was born through the struggles of excluded social groups. The diversity of cultures in our times has become so intense that it is necessary to understand the cultural phenomena that can articulate equality and difference as a key issue. From these concepts, this paper addresses the challenge of multiculturalism and the politics of recognition by Charles Taylor, raising

* Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade de Passo Fundo e Universidade do Oeste de Santa Catarina; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Bolsista do Programa FUMDES; alexandra.perico@unoesc.edu.br

political controversy and the creation of human identity, in the compression that public institutions cannot ignore the need for recognition. It reflects on the multicultural theories, differentiating the communitarian liberalist. A last, the paper emphasizes the importance of multiculturalism as a tool for political recognition.

Keywords: Charles Taylor. Recognition policy. Multiculturalism.

1 INTRODUÇÃO

O multiculturalismo levanta várias discussões no campo das relações sociais. Assim, no presente artigo tem-se como objetivo principal introduzir uma compreensão geral da temática e explicar o seu sentido e como se diferenciam as teorias comunitaristas e liberalistas.

Quando se travam debates sobre o multiculturalismo, faz-se imprescindível a análise sobre seus componentes históricos que influenciaram a construção teórica de como atualmente se conhece o instituto. Assim, no artigo trata-se de evidenciar aspectos e contornos históricos apontados como fundamentais para o entendimento do multiculturalismo. Também se aproveita para enfatizar a visão do filósofo Charles Taylor e sua contribuição para a questão multicultural.

2 O MULTICULTURALISMO COMO MOVIMENTO SOCIAL E PROGRAMÁTICO DE REFORMA: AS RAÍZES HISTÓRICAS E DIFERENÇAS TERMINOLÓGICAS

Qualquer teoria política que não reconheça as diferenças do
viver humano
está fadada a cair nas ilusões do intelectualismo ingênuo,
fechado em si mesmo. (TAYLOR, 1994).

Como movimento social, o multiculturalismo surge a partir de orientação filosófica e política que aborda o tema das relações de raça, sexo e classe na sociedade. Como movimento programático, visa garantir a igual-

dade de segmentos para o desenvolvimento de uma ideia de tolerância multicultural. A priori, é mister compreender a versatilidade do termo multiculturalismo e as formas precisas de sua utilização, distinguindo-o do sentido lato de cultura.

Habermas (2003) leciona que cultura, no sentido lato, é aquela que não precisa ser partilhada por todos os cidadãos. Ao revés, a cultura política é a que se caracteriza pelo respeito mútuo aos direitos, sendo garantida pela democracia constitucional, a qual visa garantir aos membros das culturas minoritárias direitos iguais de coexistência em face das culturas majoritárias. Assim, entende-se que as democracias constitucionais respeitam as identidades culturais, mas não conseguem assegurar a sua sobrevivência.

O surgimento do multiculturalismo é atrelado de forma vigorosa aos Estados Unidos e Canadá, nos anos 1980 a 1990. No entanto, o tema é tão velho quanto a tentativa dos países em criar movimentos sociais com visão homogênea. Desse modo, é oportuno dizer que a noção de multiculturalismo não pode se encerrar na representação do vasto universo da política de identidade cultural, nem, tampouco, confundir-se com uma filosofia antirracista. Clarividente se torna o fato de que a política do reconhecimento passa por uma democracia constitucional baseada, não na classe, na raça, na etnia, no sexo, ou na nacionalidade, mas em uma cidadania de liberdades, oportunidades e responsabilidades para os indivíduos (GUTMANN, 1994).

Para Semprini (1999), a discussão do multiculturalismo nos Estados Unidos está vinculada a aspectos principais e específicos de colonização, quais sejam: a questão indígena, a escravidão e o *apartheid* e, por fim, a imigração religiosa.

O primeiro aspecto – a questão indígena no território norte-americano e os imigrantes no século XVII – ressalta o massacre físico dos indígenas ocorrido em dois séculos de assimilação forçada e de desenraizamento cultural. Somente nos anos 1930 que essa política de eliminação de identidade começou a ser abandonada, e apenas algumas décadas mais tarde o País

compreende a necessidade de reconhecer aos indígenas um estatuto oficial, com direitos próprios.

O segundo aspecto diz respeito à escravidão, a qual se caracterizou pela captura, transporte e tratamento cruel ocorrido até a Guerra da Secesão. Por dois séculos, os escravos africanos constituíram a principal fonte de mão de obra na América do Norte. Assim, privados de qualquer forma tradicional, os escravos foram isolados da cultura branca que dominava. Inclusive, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e a própria Constituição americana toleravam a exploração da mão de obra escrava. A política escravagista originou a convicção de inferioridade permeada pelo *apartheid*.

Ainda, em um terceiro prisma, a questão das imigrações religiosas ocorrida entre os séculos XVIII e XIX foi caracterizada pela fuga de diversos grupos de perseguições ocorridas na Europa. Os grupos religiosos professavam subdivisões do cristianismo e enxergavam nos Estados Unidos uma oportunidade de colocar em prática suas utopias, formando pequenas comunidades dispersas.

Foi com base na herança anglo-saxônica que as instituições estadunidenses criaram as elites políticas e culturais do País, caracterizando uma concepção liberal de sociedade e economia, por meio de uma visão pragmática do governo. Assim, primava-se pelo indivíduo e pelas liberdades individuais. Essa tradição baseia-se em um modelo operatório, cujo objetivo é levar indivíduos à realização de fins particulares.

Diga-se que o modelo operatório costuma ser criticado por possuir caráter ideológico e carência de realismo diante das desigualdades que se mascararam em prol de um projeto de sociedade positiva. Nesse sentido, Semprini (1999, p. 23) leciona que “[...] a autonomia concedida aos indivíduos atribui uma prioridade à sociedade civil. As instituições devem evoluir para garantir aos indivíduos a igualdade de oportunidades e a liberdade de escolha que constituem o fundamento do modelo operatório.” A aceitação liberal foi ampliada após o ataque comunitarista, que critica a sociedade mo-

derna pela sua dinâmica abstrata e homogeneizante, a qual seria capaz de provocar o desrespeito às tradições e valores.

Retomando o viés histórico, é oportuno mencionar que no Canadá a compreensão de uma sociedade multicultural ocorre a partir do século XVI, quando os colonizadores ingleses e franceses se integram com as comunidades aborígenes, criando um espaço de múltiplos reconhecimentos, reforçado pelo sistema de estudo dos canadenses, que busca se adaptar à diversidade de sua população, especialmente com o financiamento governamental para a criação de projetos voltados às línguas e heranças, dos quais se destaca o *Canadian Multiculturalism Act*, criado em 1971.

O debate sobre o multiculturalismo no Canadá destaca-se como uma exceção às tendências internacionais dos últimos 10 anos, uma vez que em grande parte da Europa, há amplo consenso acadêmico e popular de que o multiculturalismo está enraizado em uma percepção de fracasso. Assim, atacar o multiculturalismo tem-se mostrado uma estratégia política eficaz utilizada pelos partidos políticos em todos os pontos do espectro político.

A partir da década de 1980 a Europa inicia, ainda que com menos expressão, os debates acadêmicos sobre o multiculturalismo, importando noções estadunidenses. Na Alemanha o tema se desenvolveu vinculado, especialmente, a questões como migração, cidadania e nacionalidade. (DAMÁZIO, 2008).

Assim, mais uma vez se percebe que o reconhecimento do multiculturalismo é um desafio próprio das democracias liberais, porque estas são empenhadas na representação igualitária de todos. Gutmann (1994, p. 23) lembra que “[...] os estados democráticos liberais são obrigados a ajudar os grupos com problemas sociais a preservarem as suas culturas contra intrusões por parte das culturas majoritárias ou de massa.”

No que atine a conceituação do termo multiculturalismo, deve-se tomar cuidado com eventuais polissemias. Hall (2003, p. 52) elucida:

Multicultural é um termo qualificativo. Descreve as características sociais e os problemas de governabilidade apresentados por qualquer sociedade na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade “original”. Em contrapartida, o termo “multiculturalismo” é substantivo. Refere-se às estratégias e políticas adotadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade gerados pelas sociedades multiculturais.

Percebe-se que o multiculturalismo é um conceito não linear, tão diverso quanto as distintas sociedades multiculturais. O certo é que, enquanto projeto político, celebra o reconhecimento de diferenças.

Nesse ínterim, também relevante é a distinção apontada entre os termos sociedade multicultural e multiculturalismo. Damázio (2008) aponta que sociedade multicultural é uma realidade. Ao revés, a terminologia multiculturalismo visa à interpretação daquilo que se considera sociedade multicultural, como um modelo do que se deve fazer, em um modelo normativo.

Também não se pode confundir multiculturalismo com o que se considera sendo interculturalismo. Ensina Damázio (2008) que o interculturalismo remete à coexistência de culturas em um plano de igualdade, dizendo respeito à exigência de um tratamento igual que deve ser dispensado às diversidades. Assim:

A interculturalidade alude a um tipo de sociedade em que as comunidades étnicas, os grupos sociais se reconhecem em suas diferenças e buscam uma mútua compreensão e valorização. O prefixo “inter” expressaria uma interação positiva que concretamente se expressa na busca da supressão das barreiras entre os povos, as comunidades étnicas e os grupos humanos. (ASTRAIN apud DAMÁZIO, 2008, p. 16).

Percebe-se que o respeito e a tolerância estão estabelecidos no contexto do multiculturalismo enquanto a interculturalidade aponta para a comunicação e a interação de culturas.

3 AS CORRENTES INTELLECTUAIS DO MULTICULTURALISMO: OS COMUNITARISTAS E OS LIBERAIS

As teorias do multiculturalismo surgiram, de acordo com Torres (2001, p. 15): “[...] como uma resposta particular não apenas à constituição do tema pedagógico nas escolas, ou à interação entre os assuntos pedagógicos e políticos nas sociedades democráticas, mas também como uma maneira de identificar a importância de identidades múltiplas.”

Percebe-se que apesar de existirem duas correntes distintas sobre o multiculturalismo, ambas convergem no sentido de enfatizar a importância do pertencimento cultural e da necessidade que o Estado preserve os vínculos dos indivíduos com suas mais diversas culturas.

Para os multiculturalistas liberais, as diferenças culturais não têm valor intrínseco, pois somente são estimadas porque trazem referências para escolhas individuais. Destacam-se como defensores do multiculturalismo liberal o canadense Will Kymlicka e o norte-americano John Rawls (DAMÁZIO, 2008).

Kymlicka (2012) apresenta três argumentos específicos sobre o multiculturalismo. Primeiramente critica a visão caricaturada de que o multiculturalismo se preza apenas a solucionar problemas sociais como o desemprego e o isolamento social, demonstrando que, na verdade, busca relações entre a democracia e a cidadania. Por segundo, prova o crescimento das políticas de multiculturalismo. Por fim, contesta a visão de que as políticas de integração tornaram o multiculturalismo obsoleto.

Já os multiculturalistas comunitaristas, a exemplo de Charles Taylor, defendem que os valores e fins desejados pelos indivíduos somente podem ser concebidos quando tratados a partir do contexto cultural em que estão inseridos. De forma geral os comunitaristas defendem:

Uma precedência ontológica da comunidade cultural com relação ao indivíduo. Segundo tal concepção, os valores e fins reconhecidos e perseguidos por indivíduos somente podem ser compreendidos adequadamente quando são tratados como

produto do contexto cultural no qual estão inseridos. (DAMÁZIO, 2008, p. 7).

Taylor (1994, p. 24) critica o modelo liberal apresentando uma perspectiva original em relação ao modo de reconhecimento político dos grupos culturais nos programas governamentais de sociedades atuais. “Só com o fim das hierarquias sociais estáveis é que a reivindicação de reconhecimento público se tornou um lugar comum, juntamente com a noção de dignidade de cada indivíduo.”

Na senda do objetivo perquirido, no presente trabalho limitou-se a analisar o entendimento do multiculturalismo por Charles Taylor.

4 A POLÍTICA DE RECONHECIMENTO POR CHARLES TAYLOR

A filosofia política busca fundamentar teorias que possibilitem novas práticas racionais no que atine às instituições políticas, visando compreender e apontar soluções para conflitos contemporâneos. Assim, Taylor busca superar as formas racionais homogêneas que nivelam as diferenças entre os grupos humanos, para alcançar o reconhecimento das identidades culturais.

Deve-se esclarecer que Taylor não se preocupa em estigmatizar as teorias liberais. Pode-se inclusive dizer que “[...] a teoria política de autores liberais como Rawls, deve ser considerada de forma valiosa para o esclarecimento das questões ontológicas da ação moral humana no sentido de verificar as suas contribuições, bem como as suas falhas.” (ARAÚJO, 2004, p. 13).

Gutmann (1994, p. 25) elucida que “[...] para Taylor a identidade humana é criada dialogicamente, como reação às nossas relações, incluindo os próprios diálogos com os outros.” Assim, se a identidade humana é criada, então o seu reconhecimento exige uma política de espaço para decisões sobre os aspectos de identidade. Em outras palavras, as instituições públicas não podem ignorar a necessidade de reconhecimento por parte dos cidadãos.

Nas palavras de Taylor (1994, p. 45):

Alguns aspectos da política atual estimulam a necessidade, ou, por vezes, a exigência, de reconhecimento. Pode-se dizer que a necessidade é, no âmbito da política, uma das forças motrizes dos movimentos nacionalistas. E a exigência faz-se sentir, na política de hoje, de determinadas formas, em nome dos grupos minoritários ou subalternos, em algumas manifestações de feminismo e naquilo que agora, na política, se designa por multiculturalismo.

As acusações de que o multiculturalismo possa anular o indivíduo no interior do grupo e na decisão desse grupo interferindo na democracia são contestadas por Taylor. Tanto é que Semprini (1999) elucida que o autor em comento adota a teoria do reconhecimento como sendo um liame entre o desenvolvimento do indivíduo e a própria reivindicação cultural.

Assim, faz-se necessário abordar a relação existente entre individualismo e multiculturalismo na construção de um espaço social. Semprini (1999, p. 98-99) aponta para o fato de que “[...] a filosofia [...] tem elaborado desde Locke até a filosofia analítica contemporânea, uma visão bem diferente de indivíduo.” Desse modo, concebe-se o indivíduo como um ser eminentemente racional e responsável.

Se a teoria política admite que, eventualmente, um indivíduo pode ser influenciado em suas escolhas e julgamentos por esses fatores, estes não passam de pressões ou laços tradicionais dos quais o indivíduo deve ir se liberando progressivamente, de modo a corresponder ao modelo estabelecido pela teoria política. (SEMPRINI, 1999, p. 99).

Taylor retoma a ideia de dialogismo para mostrar como a identidade de um indivíduo vai se constituindo pelo contato com o outro, por intermédio de uma troca que permite ao meu eu (o qual chamou de *self*) se estruturar e se definir, comparando-se com os outros. Nesse sentido, esclarece Araújo (2004, p. 135) que Taylor demonstra de forma contundente a relação entre o bem e o *self*, pois a filosofia moral contemporânea, por vezes, limita-se a investigações de normas que validem seus conteúdos. “Para ele, é preciso

que o indivíduo reconheça o que funda os seus desejos e gostos para que possa se posicionar no espaço público em relação às questões que afligem as pessoas em suas dignidades.”

Das próprias palavras de Taylor (1994, p. 45) extrai-se que a exigência do reconhecimento adquire premência em razão da suposta relação entre reconhecimento e identidade. “A tese consiste no fato de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros [...]”. Nessa senda, presume-se que o não reconhecimento pode afetar negativamente o indivíduo, restringindo-o. Taylor utiliza como exemplo de não reconhecimento ou de reconhecimento incorreto o caso de algumas feministas que afirmaram que nas sociedades patriarcalmente hierarquizadas as mulheres eram conduzidas a adotar sentimentos depreciativos a sua própria condição. Assim, compreende-se que a autodepreciação é um instrumento de opressão, marcando as vítimas para as subjugar em um “[...] sentimento incapacitante de ódio contra elas mesmas.” (TAYLOR, 1994, p. 46).

O discurso do reconhecimento tem suas origens em Hegel, na dialética entre o senhor e o escravo. Em seguida, aponta-se o desaparecimento das hierarquias sociais, que fundamentavam o sentimento de honra. Contra a noção de honra, modernamente se fala em dignidade, em um sentido universalista e igualitário, na premissa de que esta é comum a todas as pessoas. Elucida Taylor (1994, p. 48) que “[...] a democracia introduziu a política de reconhecimento igualitário, que tem assumido várias formas ao longo dos anos, e que regressou agora sob a forma de exigências de um estatuto igual para as diversas culturas e para os sexos.” Contudo, há que se ressaltar que o reconhecimento é compreendido pela identidade individual a partir do século XVIII.

Tal modificação no entendimento do reconhecimento é fruto da noção de que os seres humanos possuem inerentes a si um sentimento moral, intuitivo de bem e de mal. Contudo, em uma escala de evolução, percebe-se

que a autenticidade se desenvolveu a partir de uma mudança da ênfase moral. “O que eu chamo de mudança da ênfase moral surge quando a atenção que damos aos nossos sentimentos assume uma importância moral independente e essencial”, comenta Taylor (1994, p. 49).

Taylor (1994) aponta existirem dois níveis de debates sobre o discurso do reconhecimento. O primeiro nível preocupa-se com a esfera íntima, em que se fala na formação da identidade e do ser como parte da luta permanente por reconhecimento. O segundo se refere a uma esfera pública na qual ganha espaço a política de reconhecimento.

Especificamente sobre o segundo nível, a política de reconhecimento – objetivo central no presente trabalho – é tratada por Taylor pela já mencionada mudança da honra para a dignidade, a qual visa garantir igualdade dos direitos e privilégios e ao desenvolvimento da noção moderna de identidade que origina a política da diferença, sob a qual Taylor (1994, p. 59) esclarece:

O que agora subjaz à exigência de reconhecimento é um princípio de igualdade universal. A política da diferença implica inúmeras denúncias de discriminação e recusa da cidadania de segunda categoria. É aqui que o princípio da igualdade universal coincide com a política de dignidade. Todavia, as exigências daquela dificilmente são assimiladas nesta, pois tal implica que reconheçamos a importância e o estatuto de algo que não é universalmente comum.

Compreende-se assim, que o reconhecimento depende daquilo que existe universalmente, como, por exemplo, o fato de que todos possuem uma identidade. Com tais argumentos, Taylor compreende que a política do igual respeito pode ser ilibada da acusação de pretender homogeneizar a diferença, especialmente quando se formula a exigência do reconhecimento, lembrando que o pressuposto do valor igual é uma posição assumida pelos indivíduos quando se dedicam ao estudo do outro.

Wolf (1994, p. 95) conclui que “Charles Taylor nota corretamente as raízes históricas e teóricas comuns da exigência pelo reconhecimento e de

uma apreciação de sua importância que são evidentes tanto na política feminista como na multicultural.”

Nas palavras de Rockefeller (1994, p. 105), Taylor “[...] tornou claro o modo como o multiculturalismo e a política da diferença e do reconhecimento igual estão correntemente a influenciar o processo de transformação.” Percebe-se que a política e a ética de igual dignidade deve ser estendida para alcançar o respeito pelo indivíduo como valor intrínseco das diferentes formas culturais. Assim, a política do reconhecimento exige esforços para reconhecer ativamente as pessoas e as culturas e, também, para olhar as composições culturais a que fazem parte.

5 CONCLUSÃO

A filosofia jurídica busca a resolução de questões teóricas relacionadas às instituições jurídicas e políticas, que sejam aplicáveis aos conflitos da sociedade contemporânea. O que se quer é o reconhecimento das identidades culturais como formas distintas de vivência no mundo.

Tais discussões se acirram entre as correntes da filosofia chamadas de liberais e comunitárias. Charles Taylor, representante da corrente dos comunitaristas, discute a questão da identidade, desenvolvendo concepções em relação à problemática das ações humanas no convívio de diversos grupos distintos. Também anuncia concepções hermenêuticas da cultura na construção da sociedade, a fim de compreender as suas influências na estrutura social e política.

Assim, conclui-se que a construção da identidade corresponde às ações morais afirmadas no mundo, bem como que a necessidade de reconhecimento político deve ser encarada como uma forma de rever a importância social que é herdada das identidades. Em outras palavras, Taylor descreve que as instituições públicas não devem ignorar a necessidade de reconhecimento por parte dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Paulo Roberto M. de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento. São Paulo: Loyola, 2004.

DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. Multiculturalismo versus interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito. **Desenvolvimento em Questão**, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul Ijuí, v. 6, n. 12, p. 63-86, 2008.

GUTMANN, Amy. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. [S.l.]: [s.n.], 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALL, Stuart. **A questão multicultural**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

KYMLICLA, Will. **Multiculturalism**: success, failure, and the future. Queen's University, 2012.

ROCKEFELLER, Steven C. **Multiculturalismo**. Tradução Marta Machado. Princeton University Press, 1994.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Tradução Marta Machado. Princeton University Press, 1994.

TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, educação e multiculturalismo**: dilemas da cidadania em um mundo globalizado. Tradução Carlos Almeida Pereira. Petrópolis: Vozes, 2001.

WOLF, Susan. **Multiculturalismo**. Tradução Marta Machado. Princeton University Press, 1994.

AS IATROGENIAS NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Lucíola Fabrete Nerillo*

Resumo

O ato iatrogênico é aquele que, inexoravelmente, causará um dano ao paciente, enquadrando-se no conceito de serviço de periculosidade inerente. Sendo um princípio fundamental do direito do consumidor, o dever de transparência e do consentimento informado é a linha divisória entre a existência, ou não, de defeito no serviço médico. Outrossim, há situações em que a iatrogenia ocorrer como intercorrência em que não há propriamente uma previsão a respeito, mas há um prévio conhecimento ditado pelo estado da arte, que obriga o facultativo a uma postura proativa e solerte no intuito de minimizar os danos que dela advêm. Nesse caso, o ato iatrogênico se aproxima do instituto do fortuito interno, que se caracteriza pelo dever de previsão daquele que se dedica a uma atividade, e traz responsabilidade civil. Se assim não fizer, poderá responder pelo prejuízo ou pela perda da chance de evitar um dano. Já a iatrogenia absolutamente imprevisível não gerará responsabilidade civil, posto amoldar-se à categoria do fortuito externo. Palavras-chave: Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Ato iatrogênico. Excludentes da responsabilidade.

Iatrogenies in the context of liability medical and consumer law

Abstract

The iatrogenic act is the one that, inexorably, will cause damage to the patient, framing on the concept of inherent dangerousness service. Being a fundamental principle of consumer right, the obligation of transparency and informed consent is the dividing line between the existence or not of defective

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina ; luciola.nerilo@unoesc.edu.br

medical service. Moreover, there are situations when the iatrogenic can occur as complications in which there is not exactly a prediction about, but there is a prior knowledge dictated by the state of art, which requires the optional proactive and solerte posture in order to minimize damage that they entail. In this case, the iatrogenic act approaches the internal fortuitous institute, which is characterized by predicting that duty that is dedicated to an activity, and brings liability. If one does not, may account for the damage or the loss of chance of avoiding injury. The absolutely unpredictable iatrogenic will not generate liability, since is shaped to the category of external fortuitous.

Keywords: Consumer right. Civil responsibility. Iatrogenic act. Responsibility excluding.

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo teve-se por objetivo analisar o ato iatrogênico no bojo da responsabilidade civil médica. O interesse pelo tema ocorreu por ser uma situação recorrente e pouco explorada pela doutrina. Para tanto, após algumas considerações gerais, inicia-se com uma explanação do que é o ato iatrogênico e sua subsunção à disciplina do fato do serviço, abordando a necessidade de se obter o consentimento informado. Após, o trabalho é dividido para se analisar a iatrogenia previsível e a imprevisível, bem como se estarão presentes excludentes da responsabilidade civil aplicáveis ao caso.

2 O ATO IATROGÊNICO

O ato iatrogênico é o dano que deve ser causado ao paciente. Causa estranheza esta afirmação, porque a palavra dano, em geral, remete a uma ilicitude ou a um inexorável dever de reparar. Porém, no caso do ato iatrogênico não há necessariamente antijuridicidade. Explica-se. Ao se submeter a uma intervenção cirúrgica ou a um exame invasivo, inevitavelmente, o paciente terá uma iatrogenia, pois esta é qualquer lesão provocada por ato médico durante os procedimentos cirúrgicos ou outros tratamentos.

Assim, o ato iatrogênico é inerente às cirurgias e a alguns exames ou tratamentos médicos. No entanto, a iatrogenia pode ser prevista, previsível ou imprevisível. No primeiro caso já está ínsita ao tipo de intervenção, como ocorre com as incisões necessárias ao acesso a uma cavidade do paciente. No segundo caso, embora já catalogada pela doutrina médica, não foi prevista, porque não será uma consequência usual e imperativa do procedimento. Por fim, há as iatrogenias totalmente imprevisíveis. Adiante são analisadas as três situações e as implicações no campo da responsabilidade civil.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O DIREITO DO CONSUMIDOR

As bases legais para a responsabilização médica estão no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. Na qualidade de profissional liberal, o médico somente responde quando laborar com culpa. Isso decorre de previsão expressa no § 4º do art. 14¹ da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), bem como do dispositivo do art. 951² do Código Civil.

Mesmo quando há a intermediação de uma empresa (clínica ou hospital) na prestação do serviço, a contratação ocorrendo entre esta e o consumidor, mantém-se a exigência da prova da culpa do profissional liberal que esteja laborando em regime de subordinação àquela empresa.

É a hipótese em que o consumidor contrata com a pessoa jurídica, cujo serviço é prestado diretamente por um profissional liberal – o médico. Se houver um defeito no serviço prestado, como será a responsabilidade civil? Objetiva ou subjetiva? Instala-se aqui uma situação *sui generis*, que a doutrina tem apelidado de responsabilidade heterogênea, imprópria ou híbrida (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2015). É imprópria porque há mixagem dos dois tipos de responsabilidade. A empresa responde objetivamente, mas, para tanto, é necessário detectar a culpa do médico que atuou

diretamente com o paciente. Faz-se a discussão de culpa no antecedente – ato do médico – para responsabilizar objetivamente a clínica ou hospital.

Assim, embora a empresa prestadora de serviços a qual o consumidor contratou responda objetivamente – conforme prevê o art. 14 *caput* do CDC –, é necessário perpassar pela prova da culpa do profissional liberal que prestou o serviço ao paciente. Nesse sentido, são dois os arestos paradigmáticos do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1 - *A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. [...] 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (BRASIL, 2005, grifo nosso)*

E ainda:

RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL -RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - *RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL*; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDA-

DE REAPRECIÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ. 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. 2.- *A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.* 3.- *A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII).* 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ). 5.- Recurso Especial do hospital improvido. (BRASIL, 2005, grifo nosso)

Malgrado haja quem defenda a objetivação excepcional da responsabilidade civil médica (BENACCHIO, 2009); a culpa é necessária e indispensável, assim como o nexo de causalidade e o dano.

Para a apreciação da culpa devem ser verificados dois elementos importantíssimos: a previsibilidade do resultado danoso e a comparação com o “tipo padrão”.

É um ritual que se inicia com a premissa de que o indigitado – aquele a quem se aponta como responsável – não quer o resultado danoso, mas responderá por ele porque há um dever geral de previsão imposto a todos. Esse dever de prever determina que é necessário fazer um prognóstico dos resultados das ações e omissões, para evitar os que causem prejuízos a outrem. Se o resultado danoso era previsível e não foi previsto, haverá indícios de que se tenha agido com culpa. Se não for previsível, estar-se-á diante de um caso fortuito.

Após a certificação de que o resultado poderia ter sido antevisto e não foi, verifica-se como teria agido, naquela situação e nas mesmas condições, o homem médio, ou homem padrão.

Em se tratando de atividade médica, o tipo padrão a que se recorrerá para cotejar com a atuação do indigitado é a de um “bom médico”. Este é

chamado de tipo padrão porque é um ser fictício em que se espelha para determinar a conduta ideal. Essa comparação com o tipo padrão, nos dizeres de Dias (1995, p. 116), é chamada de apreciação da culpa em abstrato.

Nessa fase da investigação, pergunta-se como teria agido, na mesma situação, o “bom médico”. Se a resposta indicar discrepância entre a atitude deste e do indigitado, haverá culpa por parte do facultativo.

Por óbvio que, no mais das vezes, a análise comparativa do indigitado com a do “tipo padrão” não pode ser feita senão por um outro médico, aquele que, normalmente, funcionará como perito em uma ação judicial.

Assim, há que se contextualizar a iatrogenia nesse cenário de danos previstos, previsíveis e imprevisos, iniciando-se pela análise da segurança do serviço.

3.1 O SERVIÇO DEFEITUOSO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O ATO IATROGÊNICO

O Código de Defesa do Consumidor garante, como um direito básico, a proteção da saúde e patrimônio dos consumidores, dispondo, nos arts. 6º I³, e 8º⁴, que os produtos e serviços não acarretarão riscos à saúde ou à segurança do consumidor, *exceto os considerados normais e previsíveis* em decorrência de sua natureza e fruição.

Os serviços que ocasionam ou podem trazer danos à saúde dos consumidores são classificados como perigosos. Porém, *nem todos os serviços perigosos serão defeituosos*. Nesse ponto é necessário fazer uma divisão para a compreensão do tema.

Há dois tipos de periculosidade nos produtos e serviços: a inerente e a adquirida. A periculosidade inerente é a que faz parte da natureza do produto ou serviço; não há como torná-lo inofensivo, sob pena de não serem adequados aos fins a que se destinam. Esses produtos ou serviços precisam

ser perigosos para serem funcionais. Basta pensar nos medicamentos, inseticidas, utilitários cortantes, cirurgias, etc.

Todavia, o simples fato de ser perigoso não significa ser defeituoso. Por esse motivo, se alguém se corta com uma faca de cozinha não pode responsabilizar o fabricante. O art. 8º do CDC expõe que os produtos ou serviços não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, mas ressalva: “[...] exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição [...]” (BRASIL, 1990).

A hipótese de responsabilização do fornecedor de produtos ou serviços de periculosidade inerente é bastante restrita, mas existe. Haverá responsabilidade civil quando for constatado um *defeito* no fornecimento. Esse defeito ocorre quando o grau de periculosidade supera a previsibilidade⁵ e por falta ou insuficiência de informações necessárias ao consumidor que os maneará.

O Código de Defesa do Consumidor enfatiza ao máximo o dever de informar. No art. 8º faz-se referência à obrigação de “[...] dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.” Mas não se contenta, e frisa-se no art. 9º: “[...] deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.” (BRASIL, 1990).

A falta, insuficiência, ou inadequação de informações sobre a periculosidade tornam o produto ou serviço defeituosos. O alto grau de nocividade, aquele que supera a previsibilidade do perigo, também evidenciará um defeito. Se houver um acidente de consumo cuja causa tenha sido esse defeito, o fornecedor responderá.

Cumpra agora estudarmos a periculosidade adquirida. Trata-se de produtos ou serviços que não poderiam ser nocivos ou apresentar riscos ao consumidor. Deveriam ser inofensivos. Todavia, em razão de um defeito, adquirem periculosidade. Por exemplo: não se espera que os alimentos, os brinquedos, os veículos possam trazer riscos à saúde ou à segurança

do consumidor. Ocorre que, por um problema de fabricação, projeto, construção, montagem, fórmula, manipulação, apresentação, acabam causando danos a quem deles se utiliza. É para casos assim que o Código de Defesa do Consumidor impõe a realização do *recall*.⁶ O fornecedor deverá comunicar o fato às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

Quando um consumidor sofrer danos ocasionados por um defeito, ocorrerá um acidente de consumo – também chamado de fato do produto ou serviço –, que abre ensanचा à responsabilização do fornecedor.

Vale lembrar que o defeito pode decorrer da falta ou insuficiência de informações, da periculosidade exacerbada, ou de uma inadequação em seu processo de produção/fornecimento.

Como já visto anteriormente, se o fornecedor for profissional liberal, a responsabilidade pelos defeitos do serviço é subjetiva.

O serviço médico amolda-se à categoria de periculosidade inerente. É impossível dissociar o perigo da cirurgia e de certos exames invasivos. Por mais simples que seja o procedimento, implica riscos que são ínsitos ao serviço.

3.2 A IATROGENIA PREVISTA

As iatrogenias são vistas pela medicina como risco inseparável de todo e qualquer procedimento. Desde a administração de um medicamento até a mais descomplicada cirurgia pode resultar em lesão iatrogênica. O risco existe, e não há como contorná-lo, porque não fazer o procedimento é mais perigoso do que se submeter a ele.

Em princípio, nenhum médico responderá pelo ato iatrogênico previsível e necessário, pois sua conformação se amolda à excludente do estado de necessidade. Agir em estado de necessidade é sacrificar um interesse para salvar outro de igual ou superior valor jurídico. No entanto, para que lhe

valha a escusa é necessário que o perigo a que foi exposto o bem tutelado não tenha sido provocado pelo agente.

Assim, aplicando-se tais elementos ao ato iatrogênico previsto, pode-se afirmar que o médico precisa causar um dano para salvaguardar um bem maior, que é a vida, a integridade e a saúde do paciente.

Despiciendo dizer que não foi o médico o causador do perigo que ensejou a lesão iatrogênica. O risco não é imposto pelo profissional, mas é decorrente do estado de saúde do enfermo. Cabe ao médico tão somente avaliar os riscos da intervenção na contextura das informações clínicas do seu paciente.

Sobre a lesão iatrogênica, Gonçalves (2010, p. 261) expõe o seguinte entendimento: “[...] não acarreta a responsabilidade civil do médico a “iatrogenia”, expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis ou inesperados.”

Na mesma esteira é Benacchio (2009, p. 336) pontua:

[...] as consequências danosas oriundas do próprio tratamento preconizado pela ciência médica, apesar da causalidade com a atuação do médico, não podem ser compreendidas como erro médico em virtude de serem decorrências das vicissitudes do próprio corpo humano e dos limites da ciência que persegue seu tratamento, assim as reações ao tratamento, cicatrizes, diminuição ou perda de funções, advindas do ato médico propedêutico ou terapêutico visando ao benefício do paciente, são denominadas lesões iatrogênicas, não gerando responsabilidade civil do médico por serem causadas pela atuação correta do médico do ponto de vista da ciência.

Daí a natural aplicação da excludente de responsabilidade civil do estado de necessidade. Nesse passo, a iatrogenia somente poderia trazer responsabilidade civil ao médico se este não tivesse cumprido o seu dever de informar o paciente acerca dos riscos próprios a toda cirurgia.

3.3 A NECESSIDADE DA TRANSPARÊNCIA E DO CONSENTIMENTO INFORMADO DO PACIENTE

Um dos princípios fundantes do sistema protetivo consumerista é o da transparência. Com espeque na Constituição Federal – matriz do direito do consumidor –, somente se obtém a transparência com a ampla informação. A Constituição Federal cuidou de prever o direito fundamental à informação no inciso XIV⁷ do art. 5º e, também, no § 5º do art. 150. Qualquer estudioso que já tenha se dedicado a uma simples leitura do Código de Defesa do Consumidor deve ter percebido a imensa preocupação com a transparência e informação que devem ser garantidas aos consumidores.

No caso do serviço perigoso, já se abordou neste trabalho que a informação é o marco divisório entre a existência ou não de defeito. Ou seja, para os serviços naturalmente perigosos, exige-se que sejam prestadas as informações suficientes e adequadas sobre sua fruição e riscos.

Nesse traçado, a atividade médica também passa pelo crivo da informação como garantia da transparência. Tanto assim que Kfoury Neto (2010, p. 40) observou que têm assumido grande importância as causas associadas ao consentimento informado. O autor define o consentimento informado como: “[...] o comportamento mediante o qual se autoriza a alguém determinada atuação. No caso do consentimento para o ato médico, uma atuação na esfera físico-psíquica do paciente, com o propósito de melhoria da saúde do próprio enfermo ou de terceiro.” (KFOURI NETO, 2010, p. 41).

Assim, especialmente nos casos em que há alternativas diferenciadas ao paciente, como, por exemplo, um tratamento não cirúrgico, é de suma importância a informação e a coleta de seu assentimento.

Lorenzetti (apud KFOURI NETO, 2010, p. 43) afirma que a ausência do consentimento pode se constituir lesão autônoma. Porém, é necessário estabelecer-se o liame entre a omissão no dever de informar e o dano sofrido pelo paciente.⁸

Quanto aonexo causal, a vítima deve demonstrar que o dano provém de um risco acerca do qual deveria ter sido avisada, a fim de deliberar sobre a aceitação ou não do tratamento. Porém, caso o prejuízo que o paciente sofreria, recusando o tratamento, fosse maior que o dano decorrente da intervenção, a questão da falta de informação resultaria sem importância.

Por mais que a alguns pareça óbvia a consequência iatrogênica, é importante que o paciente ou seu responsável seja cientificado dos efeitos já conhecidos do procedimento, pois, em última análise, cabe ao paciente, quando possível, exercer autonomamente o direito de submeter-se ou não aos danos iatrogênicos ínsitos ao tratamento proposto.

Com isso, o que se conclui é que o ato iatrogênico previsto e cientificado ao paciente não trará responsabilidade civil ao médico, por se amoldar a um fato de estado de necessidade.

Para prosseguir com os estudos, vejamos o posicionamento jurisprudencial. No julgado a seguir, do Superior Tribunal de Justiça, a paciente teve rompimento da bexiga durante a cesariana. Extrai-se do Relatório que a perícia constatou a previsibilidade desse tipo de dano, em razão da proximidade do útero e da bexiga. No entanto, aquela Corte Superior, em suas decisões, parte do pressuposto genérico de que nenhum médico responderá pelo dano iatrogênico.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CESARIANA. ROMPIMENTO DA BEXIGA. ERRO MÉDICO NÃO CARACTERIZADO. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.7/STJ. [...] 2. A instância de origem, com esteio nas circunstâncias fático-probatórias da causa e nas conclusões da perícia realizada nos autos, entendeu que "nada há nos autos que indique atendimento inadequado ou tardio, ou mesmo falha da equipe médica, seja no diagnóstico, seja no tratamento fornecido. O caso é chamado dano iatrogênico". Acrescentou que o apelante não logrou êxito em caracterizar qualquer erro no tratamento, além de que o resultado da prova pericial lhe é inteiramente desfavorável. A

alteração de tal conclusão encontra óbice na Súmula 07/STJ.
3. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

No item que segue, veremos que nem sempre o ato iatrogênico foi previsto, mas era previsível. A diferença entre o previsto e o previsível é que o primeiro já é certo que ocorrerá, pois é próprio do ato cirúrgico. O segundo é possível que ocorra, mas não há certeza e não é inerente ao procedimento. Utilizando como exemplo o julgado anteriormente compilado, podemos dizer que a incisão para a cesariana é prevista, e o rompimento da bexiga é previsível, conforme pontuou a perícia. Havendo previsibilidade, a iatrogenia somente será excludente da responsabilidade civil do facultativo se ele for solerte o bastante para evitar outros danos que dela decorrerão.

3.4 O ATO IATROGÊNICO INTERCORRENTE NÃO PREVISTO, MAS PREVISÍVEL

Agora cabe enfrentar situação ainda mais complexa relacionada à iatrogenia, conjugando-a com os institutos da responsabilidade civil.

Na carona do caso antes ementado, proveniente de julgado do STJ, não podemos ignorar que há casos em que a iatrogenia se ajusta a uma intercorrência, ou seja, um acontecimento variante, mas não necessariamente imprevisível. Em situações como essa, que podem ocorrer durante uma cirurgia ou um exame invasivo, costuma-se apontar o médico como culpado pelo fato.

Para contextualizar melhor esse acontecimento, é forçoso pensar em atos iatrogênicos previsíveis, mas não previstos pelo médico: lesões na área examinada quando é necessário explorar com cânulas e câmeras dentro de cavidades (colonoscopia, endoscopia, cateterismo, etc.), danos a órgãos vizinhos ao que está sendo operado, em razão de sua proximidade, de rompimento acidental de artérias e assim por diante.

São eventos em que a iatrogenia não é inerente ao procedimento. Mas se a probabilidade de se provocar o ato iatrogênico já está catalogada pela literatura médica, será considerado previsível. É o que ocorreu no excerto antes citado. Há prévia orientação literária a respeito da proximidade dos órgãos envolvidos, com a possibilidade de se provocarem danos na bexiga, quando de procedimento cirúrgico no útero.

Nem todos os pacientes têm a mesma conformação morfológica, o que alerta para o maior risco de lesão iatrogênica descrito na literatura. Então, o que deve fazer o cirurgião quando percebe a presença de iatrogenia? Da obra de Isac Filho (2001, p. 342) de literatura médica extrai-se:

O cirurgião deve estar continuamente atento à possibilidade de que as coisas não ocorram exatamente como o planejado. Complicações podem ocorrer a qualquer momento, sejam ligadas ao procedimento anestésico, ao acesso à cavidade abdominal [...]; o importante é que sejam reconhecidas imediatamente e tratadas com eficiência. [...] Se o diagnóstico for estabelecido no intra-operatório, o tratamento será imediatamente realizado e o prognóstico será melhor. Infelizmente, não é o que ocorre na maioria das vezes, sendo o diagnóstico feito dentro das duas primeiras semanas após a operação.

É importante frisar que, por vezes, mesmo previsível, ainda é inevitável. Contudo, embora a lesão seja inevitável, é possível – e por isso exigível – que se tomem providências rápidas para reduzir ou, até mesmo, aniquilar suas conseqüências danosas. O médico poderá ser responsabilizado por não ter tomado as medidas necessárias à *minimização de seu dano*. Se é possível detectar durante o procedimento, cabe ao profissional adotar, imediatamente, providências para evitar ou abrandar o dano já efetivado. Se assim não proceder, poderá responder pela perda da chance de evitar um prejuízo maior.

No julgado ementado a seguir, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o facultativo respondeu civilmente por dois motivos: pela orientação insuficiente anterior à cirurgia e por não tomar providências logo que verificou a

existência de uma estenose de faringe, possivelmente provocada por retirada excessiva de tecido do palato pelo próprio cirurgião.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. IMPRUDÊNCIA CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE ORIENTAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DE REDUÇÃO DE PESO NO ATO DA PRIMEIRA INTERVENÇÃO. ADEMAIS, MÉDICO QUE DEIXOU DE DOCUMENTAR SUFICIENTEMENTE O PRONTUÁRIO DA REQUERENTE REFERENTE AO PRIMEIRO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO EFETUADO, QUE PODERIA ELUCIDAR QUAL FOI A CAUSA DA ESTENOSE DE FARINGE – (ORGÂNICA OU RETIRADA EXCESSIVA DE TECIDO DO PALATO) – AUTORA QUE APRESENTA SEQUELAS CONSISTENTES EM INSUFICIÊNCIA VELOFARÍNGEA (FIBROSE NA PAREDE LATERAL DO PALATO QUE DIFICULTA O FECHAMENTO COMPLETO DA FARINGE, IMPEDINDO DRASTICAMENTE A DEGLUTIÇÃO DE ALIMENTO E PROVOCANDO REFLUXO DE LÍQUIDOS). SENTENÇA MANTIDA. APLICAÇÃO DO ART. 252 DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO, 2013).

Colhe-se da ementa que há dúvidas sobre a causa do dano posterior à cirurgia – se morfológico e próprio da paciente ou por imprudência do médico que excedeu na retirada de tecido do palato. Mas, não há dúvidas de que houve negligência médica a partir do surgimento da estenose.

Conclui-se que há duas chaves para a responsabilização ou não diante da intercorrência de uma iatrogenia: a previsibilidade, que é a possibilidade de prever um evento, e as atitudes empreendidas e hábeis à aniquilação ou redução dos danos.

Se o fato lesivo é previsível, porque amplamente discutido e catalogado na área médica, conforma-se ao conceito de caso fortuito interno, o qual não exclui responsabilidade. Nesse contexto, o ato iatrogênico em si não é antijurídico, mas a reação e as providências do profissional diante desse acontecimento é que deverá passar pelo crivo da culpabilidade.

O caso fortuito, malgrado não ser previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, é aceito pela jurisprudência como uma exclu-

dente aplicável ao fornecedor de serviços perigosos.⁹ Assim, analisar-se-á a excludente do caso fortuito, que é amplamente aplicada nas decisões jurisprudenciais, perpassando pela sua bifurcação criada pela doutrina.

3.4.1 Fortuito interno para fatos previsíveis

Tradicionalmente, o caso fortuito é entendido como um fato imprevisível, surpreendente e, por isso mesmo, inevitável. Contudo, no decorrer da evolução jurisprudencial, tornou-se comum subdividi-lo em dois: *fortuito interno* e *fortuito externo*. Segundo Sanseverino (2002, p. 293), o fortuito interno não rompe o nexo causal entre o fato e o dano, por isso não é considerado excludente da responsabilidade civil.

E por que não rompe o nexo? Porque o fornecedor deve dominar todas as especificidades inerentes à sua atividade. Os fatos, classificados como fortuito interno, sempre fazem parte de um *pool* de acontecimentos já conhecidos e predeterminados para os *experts* daquele labor. O fornecedor, dentro de sua organização, deve dominar todas as variáveis para evitar a produção de danos. Dominada a *expertise* da área de atuação, os diversos eventos passam a ser previsíveis a quem se dedica a certa atividade, posto serem inerentes.

O fortuito interno ganhou expressão na jurisprudência brasileira nas decisões relacionadas a acidentes com meios de transporte, em que a responsabilidade é objetiva. Os tribunais pacificaram o entendimento de que a especialidade na atividade exige mais atenção – mormente com os equipamentos – por parte do prestador de serviço.

Para coroar a utilização do fortuito interno como fato que não isenta a responsabilidade civil, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 479,¹⁰ que trata da responsabilidade das instituições bancárias por fraude ou delito praticado por terceiro e que tenha gerado dano ao consumidor.

Por esse caminho, o fortuito interno seria intrínseco à atividade exercida pelo indigitado e perde o qualificativo de imprevisível,¹¹ posto que se exige dele um conhecimento prévio tendente a evitar tal situação. Vale dizer que, mesmo em sede de responsabilidade subjetiva, é possível ter-se fato em que, para outros, o ocorrido seria totalmente imponderável, mas, para o profissional, dominador das técnicas, não é imprevisível.

Em alguns casos de iatrogenia, de tão recorrentes, já encontram relatos massivos na literatura médica. É, por exemplo, o que ocorre quando é feita uma histerectomia (retirada do útero) com lesão à bexiga, por serem órgãos próximos ou até grudados.

Se já houver estudos que apontem a probabilidade de acontecimentos daquela natureza, exige-se do facultativo que, antes mesmo de encerrar seu procedimento, faça um *checklist* para averiguar se houve uma intercorrência iatrogênica já catalogada. Se não for possível evitar o dano, cabe-lhe fazer tudo o que estiver ao seu alcance para reduzir seus efeitos (um *duty to mitigate* aplicado ao ofensor),¹² sob pena de ser responsabilizado pela incidência do fortuito interno.

De acordo com Highton et al. (1997, p. 689):

[...] cuando se meritúa un caso, es fundamental tener em cuenta para juzgar cómo se procedió em materia de responsabilidad médica, que el tribunal debecolocarse ex ante y no ex post facto. [...] Quien pretende formarse um juicio debe colocarse em el día y hora em que el médico debió tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuáles eran los elementos con que contaba o podía contar el médico, cuáles los caminos posibles.

É possível responsabilizar o médico pelo ato iatrogênico intercorrente se reunidos estes três elementos: se o caso já é conhecido, catalogado e relatado na literatura médica, configurando-se evento previsível naquela área de *expertise*; se havia a possibilidade de constatar o ato iatrogênico intercorrente *antes* de finalizar o procedimento; se, sendo positivas as duas

situações anteriores, não foram empreendidas medidas de minimização dos danos ocorridos pela iatrogenia. Essas premissas de responsabilização podem ser averiguadas por um perito que responderá como o tipo padrão (o “bom médico”) teria agido na situação específica.

Todavia, não se pode olvidar que essa iatrogenia intercorrente, embora previsível, é inevitável, pois nem todos os pacientes apresentam a mesma morfologia. Por isso, entendemos ser cabível a responsabilidade pela perda da chance de evitar um dano, cujo valor indenizatório é sempre inferior ao montante do dano total. Aqui, é válida a lição de Noronha (2005, p. 41): “[...] o profissional terá de responder, ainda que a responsabilidade em regra não seja pelo total do dano sofrido pelo paciente: é que nestes casos haverá que descontar a parcela de dano que seja atribuível à própria doença preexistente.”

Então, havendo culpa caracterizada pela negligência em não se verificar rapidamente sua ocorrência, com as medidas eficazes para evitar ou reduzir o dano, o profissional responderá por ter usurpado a chance de evitar o prejuízo que somente foi a cabo em decorrência de sua inércia.

3.4.2 Fortuito externo para fatos imprevisíveis

Há ainda essa hipótese que deve ser examinada no estudo. Deve-se considerar que a Medicina, assim como o Direito, não é uma ciência exata e, por mais que algumas iatrogenias já estejam catalogadas pela literatura médica, podem ocorrer outras que escapam totalmente ao cuidado e ao estudo do médico. Não é novidade para ninguém que as pessoas podem apresentar morfologias diferenciadas em seus órgãos internos ou outras especificidades que não são verificáveis com antecedência.

Por mais que, pelo senso comum, o paciente poderia ter feito um ultrassom ou outro exame que apontasse as idiosincrasias, a Ciência Médica não trabalha com tal premissa. É pacífico, na Medicina, que os exames

somente são realizados quando estritamente necessários. Se as evidências não indicam que aquele paciente pode ter conformação morfológica diferenciada, não haverá investigação específica para isso. Por isso, algumas iatrogenias somente são detectadas posteriormente.

Também é importante pontuar que o risco a que se sujeita o paciente não é imposto pelo médico, mas é atributo da própria enfermidade.

Nesses casos, não se poderia exigir do médico que previsse e informasse o paciente, tampouco que descobrisse a lesão a tempo de evitar maiores danos. Para tanto, há que ficar provada a absoluta imprevisibilidade e inevitabilidade, aqui entendidas como a impossibilidade de se prever e agir para evitar o mal maior.

Assim, não se pode dizer que o fato esteja no domínio do fornecedor de serviços e que é inerente à sua atividade. É totalmente estranho. Em hipóteses tais, ajusta-se à excludente do fortuito externo, pois não haverá propriamente um defeito na prestação do serviço.

O fortuito externo fortemente pontuado pela imprevisibilidade, que também é fator de afastamento da culpa e do nexo de causalidade, isenta o facultativo do dever de indenizar.

Para ilustrar, vejamos o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que, valendo-se de perícia médica específica, concluiu pela imprevisibilidade do resultado danoso e isentou o cirurgião da responsabilidade.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. LESÃO IATROGÊNICA. PERFURAÇÃO INTESTINAL DECORRENTE DE EXTRAÇÃO DE MIOMAS. Não obstante os males sofridos pela autora tenham decorrido do ato cirúrgico, o perito esclareceu que a condição clínica da autora (relativa à localização dos miomas) favoreceu a ocorrência do aquecimento da parede intestinal, o que causou infecção grave no intestino e, por consequência, os danos referidos na petição inicial. Dano decorrente de acidente imprevisível, que rompeu o nexo de causalidade. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido. (SÃO PAULO, 2015).

4 CONCLUSÃO

Deste estudo, é certo, surgem muitas outras problemáticas que poderiam ser atacadas. Pelo que se desenvolveu é possível concluir que o ato iatrogênico é inerente à maior parte do serviço médico, posto ser impossível dissociar-se o risco da atividade. É um dano que decorre da periculosidade inerente ao serviço. O prejuízo em si não resultará em responsabilidade civil se não presente à espécie o defeito, que se configura com a falta de informação e da obtenção do consentimento informado por parte do profissional. Sendo ínsita a iatrogenia, deve o médico informar previamente seu paciente sobre os danos que ele, necessariamente, sofrerá para que o procedimento seja feito. A falta no dever de transparência induz à responsabilização civil, não pelo ato iatrogênico em si, mas pela desinformação. A iatrogenia, prevista e informada, amolda-se à excludente de responsabilidade civil denominada estado de necessidade, pois se sacrifica um direito (o da integridade física) para salvaguardar outro de maior valor (a vida sadia).

Em outro momento, foi estudado o ato iatrogênico intercorrente, que seria um fato previsível, mas não necessário para aquele procedimento. Previsível porque já está catalogado na literatura médica, mas que não ocorre em todos os pacientes. Entende-se que se aplica o instituto do fortuito interno, cuja tônica é justamente a previsibilidade para quem detém o domínio da técnica. No entanto, em se tratando de iatrogenia, em que o risco não é imposto pelo médico, mas, sim, trazido pelo paciente, o profissional somente responderá quando ficar patente que os resultados danosos poderiam ter sido previstos e minimizados ou até evitados, com a devida diligência antes de finalizar sua intervenção. Os danos advindos do ato iatrogênico intercorrente podem levar à responsabilidade civil quando: são previsíveis para aquele procedimento; se havia a possibilidade de identificá-los ainda durante o procedimento cirúrgico; e se positivas as duas hipóteses anteriores, se o médico negligenciou em adotar medidas imediatas para mitigar ou

evitar o dano decorrente da iatrogenia. Concluiu-se, ainda, que, nesses casos, haverá responsabilidade pela perda da chance de se evitar o mal maior.

Por fim, haverá a iatrogenia totalmente imprevisível, decorrente de alguma conformação morfológica absolutamente diferenciada de um paciente ou outra especificidade ímpar. Nesse caso, não haverá prévia descrição na literatura médica, e será inexigível do médico que preveja e que evite os resultados danosos da iatrogenia. A excludente da responsabilidade civil será a do fortuito externo, por se tratar de imprevisibilidade absoluta.

Como visto durante o trabalho, embora a figura do fortuito não esteja expressamente descrita no Código de Defesa do Consumidor, é admitida jurisprudencial e doutrinariamente como excludente da responsabilidade civil.

Notas explicativas

¹ “Art. 14. [...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.” (BRASIL, 1990).

² “Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.” (BRASIL, 2002).

³ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.” (BRASIL, 1990)

⁴ “Art. 8º. Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.” (BRASIL, 1990).

⁵ É o que se extrai do texto do art. 8º que faz referência aos riscos considerados normais e previsíveis.

⁶ Previsto nos §§ 1º e 2º do art. 10 do CDC.

⁷ “Art. 5º [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” (BRASIL, 1988).

⁸ Sobre esse assunto, Kfourri Neto (2010, p. 42) cita decisão da Corte de Cassação francesa (1ª Cam., 25 de fevereiro de 1997) que condenou médico por ter realizado colonoscopia para retirada de um pólipó com resultado danoso à paciente, em razão de perfuração intestinal. Segundo narra, a condenação ocorreu com fundamento na ausência de informações prévias à paciente.

⁹ RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam

verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em “termo de consentimento informado”, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. (BRASIL, 2010).

¹⁰ Súmula 479: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias.”

¹¹ Nem tudo que é imprevisível é imprevisível.

¹² Pablo Stolze (2010) explica o surgimento dessa figura que em simples tradução significa o dever de mitigar, desenvolvida no Direito Norte-Americano e que é resultado do dever de a vítima agir com boa-fé objetiva. A vítima de um dano indenizável torna-se credora do ofensor e deve atuar de modo a não agravar ainda mais seu dano.

REFERÊNCIAS

BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil do médico: algumas reflexões. In: NERY, Rosa Maria; DONNINI, Rogério (Org.). **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 set. 1990.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1323913/ES. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgamento em: 20 nov. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 258389/SP. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. Julgamento em: 16 jun. 2005. **Diário da Justiça**, 22 ago. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 696284/RJ. Relator: Min. Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgamento em: 03 dez. 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18 dez. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1180815. MGRECURSO ESPECIAL 2010/0025531-0. Relatora: Min. Nancy Andrighi (1118). Terceira Turma. **Diário da Justiça**, 19 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 479**, de 01 de agosto de 2012.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIGHTON, Elena I. Responsabilidade medica: em pro de la teoria de la culpa. In: BUERES, Alberto Jesús; CARLUCCI, Aida Kemelmajer (Org.). **Responsabilidad por daños en el tercer milenio** – homenaje ao professor doctor Atílio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ISAC FILHO, Jorge. (2001). Tratamento cirúrgico da colecistite crônica. In: PETROIANU, Andy (Org.). **Terapêutica Cirúrgica**: Indicações - Decisões - Tática - Técnica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade por perda de chances. **Revista de Direito Privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 28-46, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Carlos Alberto Garbi. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em: 30 jun. 2015. São Vicente, 01 jul. 2015.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Coelho Mendes. Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em: 19 fev. 2013. São Carlos, 19 fev. 2013. Outros números: 5550904700.

SILVA, Rafael Pettefi. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**: uma análise do direito comparado e brasileiro. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STOLZE, Pablo. Duty to mitigate. **Novo Direito Civil**. [S.l.]: Editorial 13, 2010. Disponível em: <www.pablostolze.com.br>. Acesso em: 23 out. 2010.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO DE PROPRIEDADE¹ E A FUNÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA

Ariel Alba*

Resumo

A questão da colisão de direitos fundamentais reiteradamente surge nos gabinetes de magistrados das mais diversas instâncias do Poder Judiciário Brasileiro, bem como exige refinada técnica de argumentação para advogados e operadores do direito em geral. Desse modo, em virtude da sua indiscutível relevância e constante presença no atual contexto social, o direito fundamental de propriedade, o qual se pretende abordar, é tratado perante o igual direito fundamental que exige expressamente que a propriedade cumpra sua função social. Assim, em que pese a idealização de coexistência e entrelace de referidas regras, em alguns casos específicos existe confronto destas, de modo que o julgador, sem ter a possibilidade de invocar lacuna na legislação, terá que decidir, sempre de maneira fundamentada, da melhor maneira possível. Sob à luz de tal situação, para o presente artigo, traçou-se estudo acerca da resolução da problemática em questão, qual seja, verificar acerca do confronto de dois direitos fundamentais de suma importância: o direito de propriedade e a sua função social, e, sob esse aparato, delinear qual deve prevalecer, considerando os argumentos trazidos pela doutrina e com base em julgados oriundos de Tribunais de Justiça Brasileiros, bem como do Supremo Tribunal Federal, sem desconsiderar, da imperiosa observação dos elementos de cada caso concreto, a razoabilidade e a ponderação de valores, bem como as valiosas lições da hermenêutica jurídica, todas indispensáveis para que uma decisão coerente seja proferida. Para tanto,

* Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; aryy_17@hotmail.com

utilizou-se o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial apoiada em decisões destacadas dos Tribunais brasileiros. Palavras-chave: Direito de propriedade. Função social. Colisão de direitos fundamentais.

Fundamental rights of collision: the property rights and social function in jurisprudence

Abstract

The matter of collision of fundamental rights of collision arises repeatedly in the offices of judges from different instances of the Brazilian Judiciary, and requires refined technique argument for lawyers and operators of law in general. Thus, due to its indisputable relevance and constant presence in the current social context, the fundamental right to property, which is intended to be addressed, is treated before the same fundamental right which expressly requires that the property fulfills its social function. Thus, despite the idealization of coexistence and intertwining of these rules, in some specific cases there is confrontation of them, so that the judge, without having the possibility of invoking gap in legislation, will have to decide, always in a reasonable way, the best possible way. Under the light of to this situation, this article, it was presented study on the issue of resolution in question, which is, to check about the confrontation of two fundamental rights of paramount importance: the right of ownership and its social function, and, in this apparatus, outline which should prevail, considering the arguments brought by the doctrine and based on trials coming from Brazilian Courts of Justice and the Supreme Court, without disregarding, from the overriding observation of the elements of each case, the reasonableness and the weighting values as well as the valuable lessons of legal interpretation, all indispensable to a coherent decision be taken. Therefore, was be used the deductive method and methodology as bibliographic and jurisprudential research supported by outstanding decisions of the Brazilian courts.

Keywords: Right to property. Social function. Collision of fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico deve ser analisado como um todo e, desse modo, deve coexistir harmonicamente, de maneira que as regras e princípios se complementem entre si. Contudo, existem casos nos quais as regras são colidentes, e o julgador deverá ponderar acerca de qual se sobressairá no contexto apresentado pelos litigantes. Referida colisão ganha importância ainda maior quando se cuida de direitos fundamentais, notadamente de grande relevância e sobreposição no ordenamento pátrio. Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, em que dois direitos fundamentais se confrontam, a problemática resulta em descobrir qual deverá prevalecer naquela situação.

Diante disso, no presente estudo, do ponto de vista doutrinário ou do jurisprudencial, pretendeu-se verificar acerca do confronto de dois direitos fundamentais de suma importância: o direito de propriedade e a sua função social, e, sob esse aparato, qual deve prevalecer. Embora ambos possam coexistir, existem algumas situações que resultam em evidente contraposição de aludidos direitos, de modo que o magistrado terá que perquirir qual prevalece na situação sob judice.

Sob a luz de tal situação, para o presente artigo, traçou-se estudo acerca da resolução da problemática em questão, considerando-se os argumentos trazidos pela doutrina e julgados oriundos de Tribunais de Justiça Brasileiros, bem como do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, resultou necessária a observância detida de cada caso em apreço, bem como da técnica de ponderação de valores, que sugere a prevalência de determinado direito fundamental quando existe confronto em si, de maneira que o juiz deverá, após considerar as peculiaridades expostas, decidir qual terá maior importância naquela situação.

Não se olvida que a hermenêutica jurídica dispõe de outros métodos de interpretação que devem ser usados, os quais também são abordados,

tudo com a finalidade de desenvolver argumentação no sentido de enfrentar a problemática de colisão de normas de direito fundamental.

2 DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são fruto de uma construção histórica, política e social que atravessou diversos séculos de história da humanidade. Desde os primórdios, o ser humano luta incessantemente pela concretização de tais direitos, porquanto são revestidos das necessidades mais básicas e inerentes à própria dignidade da pessoa humana. Até porque, embora as pessoas sejam dotadas das mais diversas características e modos diversos de se comportarem em determinada sociedade, indubitavelmente são dotadas de necessidades em comum, posto que são as formas mais primordiais que garantem razoáveis condições de vida. A ilustrar, citam-se os direitos à vida e à liberdade, que são indispensáveis para todos, por mais diferentes que sejam os costumes de cada um.

Assim, em decorrência da premente necessidade de que aludidos direitos sejam garantidos e respeitados entre as pessoas, o legislador constitucional previu um extenso rol destes, além de suas respectivas garantias fundamentais, que nada mais são do que as ferramentas jurídicas por meio das quais são exercitados os direitos fundamentais. Em outras palavras, tanto o direito quanto o seu instrumento de busca foram expressamente previstos na Carta de Outubro, com a nítida finalidade de que sejam postos em prática, evitando violações, uma vez que a história demonstra inúmeras situações em que foram cabalmente desrespeitados.

Da detida análise de tais circunstâncias, não teve dúvidas o legislador ao elencar os direitos fundamentais na Constituição da República, diante de sua indubitável força normativa. Conforme assevera Barroso (2010), a Constituição tem força hierárquica sobre as demais normas do ordenamento jurídico, e, como consequência lógica, qualquer ato jurídico incompatível

com seus comandos não poderá subsistir, nem que seja necessário acionar a via judicial para que ela prevaleça, pelo caminho do controle de constitucionalidade, previsão encontrada na própria Carta Política.

Nesse ápice, elevar os direitos fundamentais ao nível constitucional, positivando tais direitos, permitirá a qualquer cidadão acionar o Judiciário para que estes sejam garantidos, tornando-se indispensável a proteção judicial para garantir a efetivação dos direitos fundamentais no cotidiano (MORAES, 2013).

No entanto, em que pese os direitos fundamentais serem indispensáveis e indisponíveis, isso não significa que não poderão sofrer mitigação, desde que o caso assim o exija. Assevera Zavascki (1996, p. 144-145), ao dar conta que

[...] os direitos fundamentais não são absolutos, dado que sofrem, além de restrições escritas na própria Constituição, também restrições não escritas, mas imanentes ao sistema, já que inevitavelmente impostas pela necessidade prática de harmonizar a convivência entre direitos fundamentais eventualmente em conflito.

Desse modo, em face da necessidade de coexistência e harmonia dentro da sociedade, os direitos fundamentais podem ser relativizados ante o caso concreto, desde que o contexto assim o determine.

Logo, os direitos e garantias fundamentais não se revestem de caráter absoluto, posto que razões relevantes, desde que adequadas e com a devida ponderação, podem restringir aludidas prerrogativas fundamentais, seja por razões de convivência em sociedade, seja por conveniência do interesse público. Portanto, deve haver uma relativização dos direitos fundamentais, de modo que o julgador, diante das circunstâncias do caso, sopesa as questões e decida da forma mais razoável dentro dos parâmetros de interpretação de que fizer uso. No entanto, é necessário ressaltar que a aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro em determinado caso não o torna inválido. Por outro lado, é vedado expressamente que o julgador

deixe de apreciar temas de determinado caso em razão de obscuridade da legislação. Dessa maneira, é indispensável que fundamente sua sentença relativizando algum dos direitos fundamentais que colidem entre si, desde que observadas as peculiaridades da situação dos litigantes.

Ademais, “[...] a partir do momento em que se admite a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, o jurista obriga-se a sempre buscar argumentos na própria Constituição.” (MARMELESTEIN, 2011, p. 392).

Acerca dos casos cuja solução não está expressa na legislação, tal qual a colisão de direitos fundamentais, vale mencionar importante excerto do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Roberto Barroso, na Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 32.326/DF:

A moderna teoria jurídica tem dividido as questões judiciais, de acordo com o grau de dificuldade que elas abriguem, em casos fáceis e casos difíceis. Casos fáceis são aqueles para os quais existe um resultado explícito no ordenamento jurídico, uma solução pré-pronta, cabendo ao intérprete, tão somente, o papel de fazê-la incidir no caso concreto. Por exemplo: aos 70 anos, o servidor público deve passar compulsoriamente para a inatividade; ou: vendido o imóvel, deve ser pago o respectivo imposto de transmissão. Casos difíceis, ao revés, são aqueles para os quais não existe uma solução pré-pronta no ordenamento jurídico. Para resolver o problema, o juiz terá de elaborar argumentativamente a resposta correta, considerando inúmeras variáveis, algumas delas metajurídicas. (BRASIL, 2013).

É certo que a real intenção do legislador constitucional foi a de que os direitos fundamentais pudessem ser interpretados de forma harmônica, havendo uma estreita ligação e complementação entre eles. Entretanto, há determinados casos em que dois direitos fundamentais inevitavelmente colidirão, e o magistrado precisará interpretar o caso para fundamentar devidamente sua decisão.

Nesse caso, de acordo com Alexy (2011), o juiz deve buscar a decisão mais adequada para o caso concreto, sopesando os valores envolvidos no litígio. Tal deliberação deve ser encontrada por meio da interpretação en-

tre um princípio fundamental e outro, prevalecendo no caso concreto aquele que possuir o maior peso diante das circunstâncias.

Ademais, resulta indispensável a citação de excerto de julgado do Decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, voto proferido no RMS n. 23.452/RJ, julgado no ano 2000:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (BRASIL, 2000).

Conforme a lição desse julgado, não existe na Carta Magna qualquer direito ou garantia fundamental que seja absoluto, posto que sua restrição pode ocorrer diante de determinadas circunstâncias. Aliás, vale mencionar que sequer o direito à vida, preceito mais elevado garantido pela Constituição da República, é absoluto. Embora seja vedada pelo ordenamento jurídico a pena de morte, tal situação encontra exceção prevista pelo próprio Texto Constitucional ao permitir a aplicação daquela em caso de guerra declarada pelo Presidente da República, especialmente por crimes contidos no Código Penal Militar.

De tal modo, não se pode olvidar que até o direito à vida é restringido para assegurar a soberania estatal e os seus interesses, aliados à moralidade da administração militar. Então, se é certo que se até aludida garantia é

mitigada em face das peculiaridades vividas pela nação, tal regra é aplicada também e com maior afinco em relação aos demais direitos fundamentais de “menor porte”, embora de indiscutível relevância. Assim, o direito à liberdade é restringido em face de uma sentença condenatória com trânsito em julgado que condene o acusado a uma pena privativa de liberdade. Do mesmo modo, o direito à liberdade de expressão será restringido em caso de ofensas pessoais deliberadas e sem justa causa aparente.

Contudo, o julgador deve interpretar a norma constitucional usando os meios adequados para tal, ou incidirá no risco de proferir decisão que não pontue razoavelmente as circunstâncias do caso. Logo, a boa hermenêutica jurídica exige mais do que a utilização da simples solução adotada pelo conflito aparente de normas, até porque os direitos fundamentais em colisão exigem técnica refinada, a dispensar maior cuidado do intérprete, sempre com fundamentação que analise o contexto do caso, bem como argumentos que justifiquem a sua escolha.

Daí porque, nos dizeres de Marmelstein (2011), os casos envolvendo a colisão de direitos fundamentais são de elevada dificuldade, uma vez que somente com a ponderação poderá se resolver o conflito, considerando os argumentos das partes e as informações encontradas no processo.

Considerando tais dificuldades, um método a ser utilizado, conforme preceitua Barroso (2010, p. 320), é o da eficácia interpretativa, conforme a citação a seguir delineada:

A eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixadas tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais. Funcionam eles, assim, como vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação das normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa. Entre duas soluções plausíveis, deve-se prestigiar a que mais adequadamente realize o princípio federativo, ou a que melhor promova igualdade ou a que resguarde mais intensamente a liberdade de expressão.

Por outro lado, não se pode ignorar os tradicionais métodos interpretativos utilizados na solução de casos de maior complexidade, os quatro elementos amplamente empregados na interpretação da norma: o gramatical, o histórico, o teleológico e o sistemático. Sem desmerecer os demais, apenas os dois últimos são abordados de forma mais profunda no presente artigo, diante da problemática exposta e visando à resolução do conflito.

A interpretação teleológica visa encontrar os fins previstos na própria norma, de modo a colocar em prática os ditames previstos na Constituição Federal. Como dito alhures, o fim visado pelo legislador ao posicionar o direito de propriedade próximo a de sua função social teve como fim o entrelace de tais normas, de modo que possam se conjugar de maneira harmoniosa e complementar. Logo, usando tal método de interpretação se terá o acerto da medida imposta pelo legislador em atribuir um direito fundamental a complementar o outro. No entanto, não se chegará à solução almejada para resolver a colisão dos direitos fundamentais.

Desse modo, a resolução da questão encontrará amparo na interpretação sistemática do conjunto de normas constitucionais, bem como na técnica de ponderação de valores proposta por Alexy, esta a ser abordada novamente mais adiante. Conforme destaca Barroso (2010, p. 295) acerca da interpretação sistemática, “[...] um sistema pressupõe unidade e harmonia. A interpretação sistemática situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias.”

No mesmo norte, para Branco e Mendes (2013), o princípio da unidade da Constituição exige uma leitura da norma constituinte dentro do sistema que pertence, concluindo que as resoluções dos conflitos constitucionais devem ser condizentes com as deliberações do constituinte. Ademais, haverá a imperiosa necessidade de encontro de soluções que harmonizem as tensões existentes entre as normas, porquanto a Constituição deverá ser considerada um todo unitário, um sistema que possui plena integração.

Da leitura de diversos preceitos da Carta Magna, não se pode deixar de notar que a função social tem relevante importância dentro do contexto normativo e social. A citar, como título figurativo, a desapropriação a propriedade do Estado em caso de descumprimento de sua função social. E, também, a mitigação do direito de propriedade nos casos de usucapião fundada na premissa de diminuição do lapso temporal do possuidor quando a propriedade atinge sua função social. Ora, se por um lado o direito de propriedade de um é garantido quando cumprida a função social do imóvel, o de outrem resta diminuído quando não atingido referido preceito.

Por tal raciocínio, a interpretação da Constituição Federal como uma unidade, um conjunto harmônico de normas que se entrelaçam e se completam tende a ser eficaz, pois nos dizeres de Bonavides (2004, p. 445), “[...] é a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas.”

Logo, na esteira da interpretação sistemática das normas constitucionais, o legislador deu ligeira prevalência ao cumprimento da função social da propriedade. No entanto, a posição adotada por Alexy (2011), qual seja da técnica de ponderação de valores, parece a mais razoável e adequada na colisão dos direitos fundamentais, porquanto os fatos de cada caso devem ser analisados e sopesados, para que, então, um direito fundamental se relativize diante do outro, este prevalecendo no caso analisado.

Não se pode deixar de olvidar, contudo, que em muitas hipóteses, o sopesamento será uma atividade extremamente complexa, envolvendo critérios pouco objetivos de decisão, a depender bastante do perfil ideológico do sujeito que realizará a ponderação (MARMELSTEIN, 2011).

Portanto, realizadas as considerações básicas decorrentes da estruturação proposta no presente artigo, o caso é de analisar a colisão dos direitos fundamentais propriamente dita e abordada no tema, qual seja, do direito de propriedade e a sua função social.

3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUA FUNÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA

Realizadas as considerações de métodos de interpretação constitucional, além da evidente necessidade de o julgador analisar as circunstâncias do caso para analisar qual direito fundamental deve prevalecer, passa-se a analisar dois direitos fundamentais insculpidos: o direito de propriedade e a necessidade que esse cumpra sua função social. Para digressão do tema, são invocados alguns casos reais, provenientes de julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal e de Tribunais de Justiça, em que questões análogas foram enfrentadas pelos magistrados. No entanto, é necessário que sejam feitas considerações acerca dos direitos fundamentais trazidos à baila para que possam merecer melhor avaliação diante de um litígio.

Embora de difícil conceituação, Bulos (2010) assevera que a função social da propriedade é atingida quando lhe é destinada, em nome do interesse público, utilidade econômica, vedada sua utilização em confronto com o progresso e a satisfação da comunidade.

O direito à propriedade encontra amparo na Carta Magna, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXII. Note-se que no inciso imediatamente posterior se encontra a previsão da função social da propriedade, de modo que a doutrina, de maneira geral, assenta que somente terá o direito de propriedade aquele que lhe atribuir a devida função social, de modo que ambos coexistam harmonicamente, em verdadeira interpretação sistemática das normas.

Tal argumento não encontra como única fonte o artigo 5º. Nova previsão, desta vez no artigo 170 da Carta Política, leva à mesma conclusão. Conquanto haja nova menção à garantia da propriedade privada no inciso II, logo em seguida, no inciso III, outra vez há previsão expressa da função social da propriedade. Desse modo, verifica-se que o legislador constitucional teve a intenção de entrelaçar o direito à propriedade com sua respectiva fun-

ção social. Então, tais direitos fundamentais devem ser exercidos em conjunto para que não sejam suprimidos ou, melhor, que não colidam, levando-se a uma interpretação sistemática da Constituição da República.

Assim, para que seja garantido o direito de propriedade, esta deve atender a sua função social, em nítido caráter complementar. No entanto, caso não ocorra tal situação, haverá colisão entre dois direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, devendo o julgador adotar a solução diante das circunstâncias do caso concreto, conforme ressaltado anteriormente.

Consoante os dizeres de Marmelstein (2011, p. 165):

Há quem defenda, a meu ver com razão, que o direito de propriedade só faz sentido se conjugado com o princípio da função social. Cumprindo a sua função social, o direito de propriedade merece atenção estatal, já que a Constituição o consagra como direito fundamental. Por outro lado, não cumprindo a função social, esse direito deixa de merecer qualquer proteção por parte do poder público, já que a Constituição exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral. O proprietário obriga-se a dar ao seu bem uma função social, sob pena de ver limitado – ou até suprimido – esse direito. Em outras palavras: a função social está de tal modo ligada ao direito de propriedade, que passa a ser um pressuposto deste direito. Sem função social, não mais existe propriedade legalmente protegida.

Por derradeiro, a ratificar o já exposto, nenhum direito fundamental é absoluto. Logo, o direito de propriedade, quando não conjugado com sua devida função social, é mitigado em face dos interesses públicos e sociais. Nesse norte, extrai-se o excerto de voto do Ministro Celso de Mello, decano do Supremo Tribunal Federal, na ADIn n. 2.213-MC, julgada em 2004, em que também fica evidente o que o Mestre entende como elementos que compõem a função social da propriedade:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e

os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. (BRASIL, 2004).

Como destacado no excerto desse voto, existe a necessidade constante de bom aproveitamento do imóvel, aproveitando seu espaço de maneira racional, respeitados os interesses coletivos, especialmente a preservação do meio ambiente.

Segundo Moraes (2013, p. 212), é indispensável a conjugação entre a propriedade privada e sua função social:

A referência constitucional à função social como elemento estrutural da definição do direito à propriedade privada e da limitação legal de seu conteúdo demonstra a substituição de uma concepção abstrata de âmbito meramente subjetivo de livre domínio e disposição da propriedade por uma concepção social de propriedade privada, reforçada pela existência de um conjunto de obrigações para com os interesses da coletividade, visando também à finalidade ou utilidade social que cada categoria de bens objeto de domínio deve cumprir.

É claro que o conceito de exercício equilibrado e capaz de satisfazer a função social da propriedade é deveras subjetivo, variando conforme as regiões do país e de acordo com a localização do imóvel, ou seja, se está na zona rural ou urbana. Assim, deve-se ponderar acerca da efetiva realização da função social dentro da propriedade privada, de modo que não se resulte nenhuma exigência absurda e que se analise acerca das possibilidades do local. Desse modo, descabe exigir que um imóvel localizado em uma região cujas condições climáticas são desfavoráveis tenha a mesma produtividade que outro situado em clima mais propício para o plantio de certo alimento, por exemplo. Até por essa questão, o argumento de análise do caso concreto é reforçado, uma vez que o juiz deve ponderar diante das circunstâncias que são demonstradas nas provas produzidas acerca do efetivo cumpri-

mento da função social naquele imóvel, considerando suas peculiaridades, extensão e localização. Ademais, verificará diante das peculiaridades que são avistadas qual direito fundamental deve prevalecer e qual será mitigado, sempre justificando a sua escolha e equilibrando seus argumentos conforme o caso exigir.

Por derradeiro, e com base no aqui exposto, destacam-se a seguir, casos oriundos dos Tribunais brasileiros, nos quais situações que envolvem a colisão do direito de propriedade com sua função social foram decididas pelos magistrados.

De início, transcreve-se ementa do Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG 103430700015510011 MG 1.0343.07.000155-1/001(1)), de relatoria do Desembargador Moreira Muniz, julgado em 12 de março de 2009, que envolve a função social da propriedade referente ao meio ambiente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGISTRO DE IMÓVEL RURAL. RESERVA LEGAL. INEXISTÊNCIA DE FLORESTA OU VEGETAÇÃO NATIVA. NECESSIDADE DE AVERBAÇÃO. DIREITO DE PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL. MEIO AMBIENTE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE COLETIVO. A exigência de destinação de reserva legal gera constrictão ao direito de propriedade, reduzindo, no imóvel rural, a área de produção agrícola. Contudo, o que se deve preconizar, na análise da matéria, e a função sócio-ambiental da propriedade, fazendo-se uma releitura da Lei nº 4.771/64 à luz da CR/88, devendo-se interpretar as normas de proteção ao meio ambiente da forma mais abrangente possível, não restringindo onde o legislador não o fez expressamente. Não há se falar em destinação da reserva legal apenas em imóveis rurais nos quais ainda haja floresta ou vegetação nativa, visto que, a instituição da reserva legal busca ampliar as áreas de uso sustentável dos recursos naturais, a conservação e reabilitação dos processos ecológicos, a conservação da biodiversidade e a proteção da fauna e flora nativas, pouco importando se há, na área, vegetação original ou não. (MINAS GERAIS, 2009).

Na ementa transcrita, o Desembargador Moreira Diniz, embora tenha reconhecido o direito de propriedade do particular, entendeu que naquele caso concreto ficou evidenciada a prevalência da função social da propriedade, especialmente no que diz respeito à preservação do meio ambiente. Embora a reserva legal cause alguma restrição ao direito de propriedade assegurado constitucionalmente, o interesse coletivo na preservação da vegetação merece guarida, porquanto seu escopo visa direito que abrange um número indeterminado de pessoas, enquanto o direito de propriedade visa à satisfação do interesse particular. Outrossim, não se pode fugir da interpretação sistemática da função social da propriedade na Constituição Federal, realizando uma leitura conjunta dos seus artigos 5º, XXIII e 225.

Nesse contexto, colaciona-se trecho da ementa do julgado da Décima Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR 8162870 PR 816287-0 – Acórdão), de relatoria de Francisco Jorge, julgado em 02 de maio de 2012:

A Constituição Federal assegura o direito de propriedade como direito fundamental (art. 5º, XXII), desde que jungido à sua função social (art. 5º, XXIII), admitindo a possibilidade de sua limitação por competência comum ou concorrente do Município, para a proteção do meio ambiente e combate a poluição, preservação das florestas, fauna e flora (art. 23, VI, VII e 24, VI), justamente porque considera o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (art. 225). (PARANÁ, 2012).

Em outro acórdão, dessa vez relatado pelo ilustre Desembargador Francisco Jorge, o Tribunal de Justiça do Paraná adotou decisão semelhante ao argumento utilizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, asseverando que a proteção constitucional do direito de propriedade pode ser limitada pelo município, considerando a sua função social e a indispensável necessidade de preservação do meio ambiente para as futuras gerações. Dessa

feita, fica evidente a preocupação do juiz com a coletividade, inclusive com as gerações que ainda estão por usufruir do Planeta Terra.

Desse modo, sob a luz dos julgados anteriormente transcritos, os magistrados demonstraram que a função social da propriedade deve coexistir com o direito de propriedade do particular. Entretanto, este fica mitigado perante o interesse coletivo, especialmente no que diz respeito à preservação do meio ambiente. Assim, importante salientar que nos últimos tempos existe uma evidente preocupação acerca da necessidade de maiores cuidados com a natureza, denotando-se que a função da propriedade, entre outros requisitos, precisa necessariamente atender a um conceito de respeito com o meio ambiente, efetivando ações e cuidados que resultem na garantia do direito de propriedade próprio, porém com responsabilidade no que se refere ao interesse coletivo e indispensável para a manutenção de uma qualidade de vida digna para todos.

Por último, cita-se o julgado do Tribunal de Justiça Gaúcho, de relatoria de Bernadete Coutinho Friedrich, julgado em 02 de maio de 2013, que bem demonstra e arremata a argumentação esposada no presente artigo. Antes de adentrar ao próprio mérito do caso, necessário se faz a transcrição da elucidativa ementa:

RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. POSSE. BENS IMÓVEIS. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA DESTINADA AO ASSENTAMENTO AGRÁRIO, CUJO USO FOI CEDIDO PELO ASSENTADO SEM A ANUÊNCIA DO PODER PÚBLICO, CONTRARIANDO O CONTRATO COM ELE FIRMADO. ESBULHO POSSESSÓRIO CARACTERIZADO. **IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DO POSTULADO DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE EM DETRIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, TENDO EM VISTA QUE A OCUPAÇÃO TEM ORIGEM CONTRÁRIA AO DIREITO. AUSÊNCIA DE CARÁTER ABSOLUTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.** SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO REINTEGRATÓRIA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. APELO NÃO PROVIDO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL, 2013, grifo nosso).

No caso em tela, a magistrada Bernadete Coutinho Friedrich ponderou que, conforme as circunstâncias do caso concreto, a função social da propriedade não poderia prevalecer, uma vez que a ocupação contrariou o próprio direito. Restou configurado que, ponderando os direitos fundamentais expostos nessa situação, o direito de propriedade teve maior relevância, relativizando sua função social. Ademais, consignou-se, como já amplamente argumentado, que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto. Desse modo, diante das peculiaridades apresentadas, agiu com acerto a magistrada, porquanto considerou a necessidade de dar prevalectimento a um direito fundamental ante a sua colisão na situação exposta.

Portanto, em conformidade com as lições da doutrina, a jurisprudência vem aplicando a técnica de ponderação de valores, bem como outros meios permitidos pela hermenêutica jurídica para decidir casos de colisão entre direitos fundamentais, especialmente referente ao direito de propriedade e a sua função social, o que não garante, embora prepondere, que sempre a função social prevalecerá diante de uma situação de colisão com o direito de propriedade, pois isso dependerá, necessariamente, da ponderação de valores exaurida em cada caso concreto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a argumentação desenvolvida no presente artigo, inexistente na Constituição Federal qualquer direito fundamental que tenha caráter absoluto, porquanto sua relativização pode ocorrer em face da colisão com outro direito do mesmo grau, diante das circunstâncias do caso concreto, especialmente em virtude de um interesse público maior.

Ainda, embora haja uma preponderância na doutrina e jurisprudência pátrias que a função social da propriedade tem prevalência em relação ao direito de propriedade, é necessário que o julgador interprete a colisão

dos direitos fundamentais à luz do caso concreto, sopesando o contexto que o norteia. Assim, mesmo que o julgador se depare com um caso difícil, adotará uma postura razoável, relativizando um direito fundamental em face de outro, contudo sem o invalidar.

Ora, se há colisão entre direitos fundamentais, um deverá prevalecer sobre o outro, devendo o magistrado atribuir mais peso àquele que se fizer necessário de acordo com as peculiaridades do litígio, sempre fundamentando de maneira adequada sua sentença ou acórdão. Contudo, é viável que os direitos fundamentais debatidos se complementem e se entrelacem, de modo que o direito de propriedade esteja diretamente ligado a sua função social, garantindo, ao mesmo tempo, a satisfação dos interesses público e privado, em verdadeira interpretação sistemática do ordenamento jurídico, especialmente referente à Constituição Federal.

O direito à propriedade encontra amparo na Carta Magna, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXII. Note-se que no inciso imediatamente posterior se encontra a previsão da função social da propriedade, de modo que a doutrina, de modo geral, assenta que somente terá o direito de propriedade aquele que lhe atribuir a devida função social, de modo que ambos coexistam harmonicamente. Desse modo, é possível aferir que os direitos fundamentais foram garantidos pelo constituinte originário de modo que se compatibilizem e possam ganhar relevância ainda maior perante a sociedade como um todo.

Em que pese a intenção de que eles coexistam, há casos em que ocorre sua colisão, conforme relatado neste artigo. Nesse contexto, não pode o magistrado deixar de decidir invocando lacuna no ordenamento jurídico. A técnica recomendada pela doutrina, especialmente por Robert Alexy, impõe a necessidade de avaliar os fatos do caso concreto, ponderando qual direito fundamental deve prevalecer. Sem embargo dessa posição, na interpretação sistemática surge uma maneira alternativa na tentativa de solucionar o conflito de direitos fundamentais.

Portanto, quando colidirem normas do importe dos direitos fundamentais, o juiz deverá ponderar diante da realidade do caso posto em julgamento, sopesando todas as circunstâncias para decidir qual direito possui maior peso nessa situação, sempre justificando sua escolha de maneira devidamente fundamentada, sob pena de nulidade da sua decisão.

Nota explicativa

¹ Opta-se para este artigo pela utilização da expressão propriedade em sua forma singular, eis que abrangerá tão somente sua problematização ao que tange a propriedade imóvel.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.213-MC. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 04 abr. 2004. **Diário de Justiça**, 23 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 32.326. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgamento em 02 set. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**, 04 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso no Mandado de Segurança n. 23.452. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em 16 set. 1999. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 maio 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 103430700015510011 MG 1.0343.07.000155-1/001(1). Relator: Des. Moreira Muniz. Julgamento em 12 mar. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça. Décima Oitava Câmara Cível. Acórdão TJ-PR 8162870 PR 816287-0. Relator: Des. Francisco Jorge. Julgamento em 02 maio 2012.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. AC 70049807308. Relator: Des. Bernadete Coutinho Friedrich. Julgamento em 02 maio 2013. Décima Sétima Câmara Cível. **Diário da Justiça**, 09 maio 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA E ANTECEDÊNCIA

Camila Suélen Marca*
Guilherme Luiz Guerini**
Igor Cesar Gonçalves Pereira***

Resumo

O presente artigo tem por tema o *Direito ao Esquecimento no Instituto da Reincidência e Antecedência*. Tal escolha se motivou pelo fato de o direito ao esquecimento nesse sentido, muitas vezes, aparecer como forma de censura ao direito da memória da opinião pública e coletiva e, em outras, como um direito fundamentado em um assento legal e constitucional, que está intimamente ligado ao direito à vida privada, à intimidade e à honra, que decorrem da dignidade da pessoa humana. Diante desse conflito é que se pode estabelecer a problemática: Reincidência como perpetuidade ou Direito ao esquecimento como direito de personalidade? Permite-se, assim, por objetivo dialogar a respeito do assunto e analisar a diferença entre reincidência e maus antecedentes, além de ter por base o Direito ao esquecimento, o princípio da dignidade da pessoa humana na ressocialização, por meio do método dedutivo e pesquisa bibliográfica, apoiando-se em decisões dos Superiores Tribunais.

Palavras-chave: Reincidência. Maus antecedentes. Direito de personalidade. Direito ao esquecimento. Dignidade da pessoa humana.

* Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; camila.marca@hotmail.com

** Graduando do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; guilhermeguerini@hotmail.com

*** Graduando do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; igorcesar48@hotmail.com

Forgetting the right in the institute recurrence and history

Abstract

This article has the theme Right to Oblivion at the Institute of Recidivism and Advance. Such choice was motivated by the fact that the right to oblivion in this sense often appears as a form of censorship to the right of public and collective opinion memory, and, in other times, as a right based on in a legal and constitutional seat, which is closely linked to the right to privacy, intimacy and honor, which stem from the dignity of the human person. Before this conflict it is possible to establish the problem: Recidivism as perpetuity or Right to oblivion as personality right? One is allowed, thus, as objective, to dialogue on the subject and analyze the difference between relapse and bad history, and be based on the right to oblivion, the principle of human dignity in the resocialization, through the deductive method and literature, getting support from by decisions of the Superior Courts.

Keywords: Recidivism. Bad record. Personality right. Right to oblivion. Dignity of the human person.

1 INTRODUÇÃO

Ao abordar sobre o Direito ao Esquecimento, torna-se necessária a busca de informações e conhecimento a respeito do assunto, considerando o fato de que tal matéria envolve várias searas do direito, como o direito Constitucional, Civil, Penal, Direitos Humanos e Filosofia do Direito.

O assunto em pauta, chamado de Direito ao Esquecimento, tem sido um tema polêmico e recente na tomada de decisões dos Tribunais em diversos países, o que não difere no Brasil. Dessa forma, ele possui diversas nomenclaturas como “direito de ser deixado em paz” ou, ainda, “direito de estar só”. De forma genérica é o direito que uma pessoa tem de não permitir que um fato público ou conhecido, verdadeiro ou não, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público causando seu sofrimento e situações constrangedoras.

Nesse contexto, o Direito ao Esquecimento aparece como uma espécie de defesa ao indivíduo, como se este possuísse o direito de ser esquecido, o que mudaria completamente a ideia de reincidência ou antecedentes criminais, já que estes seriam substituídos por um direito fundamentado.

Assim, busca-se no presente artigo dialogar a respeito, trazendo como tema principal o Direito ao Esquecimento no Instituto da Reincidência e Antecedência, destacando-se e, ao mesmo tempo, porque não, questionando-se, se a vontade do legislador, nesse caso, era preventiva ou punitiva, estabelecendo-se a partir disso a problemática a ser desenvolvida com o tema, qual seja, se a reincidência, nos moldes legais fixados, aparece como perpetuidade ao indivíduo e assim deve ser, ou se ele possui o Direito ao esquecimento como direito de personalidade, estando contido subjetivamente como um direito fundamental e que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo-lhe não ser lembrado “nunca mais”.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se dizer que os direitos de personalidade tiveram grande importância após a Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, depois de o mundo se recompor diante da lembrança das inúmeras atrocidades cometidas contra seres humanos pelos governos totalitários e suas ditaduras. No mundo jurídico, essa proteção aos direitos de personalidade e privacidade surtiu efeitos com a Assembleia Geral da ONU, com a Convenção Europeia e com o Pacto Internacional das Nações Unidas. Conforme aponta Lima (2015, p. 4):

Após a Segunda Guerra Mundial, diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando sua proteção na Assembleia Geral

da ONU de 1948, na Convenção Europeia de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas. Foi, portanto, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, de fato, os direitos da personalidade tiveram destaque. No entanto, compartilhamos do entendimento de que a personalidade está intimamente ligada à dignidade, trata-se de atributo do ser humano e não apenas um direito, pois é inerente à própria condição de pessoa, motivo pelo qual deve ser protegida pelo Estado de Direito.

Dessa forma, as pessoas têm o direito de serem esquecidas tanto pela opinião pública quanto pela imprensa, sem que tal fato seja entendido como uma censura, pois há, na realidade, um direito fundamentado em assento legal e constitucional, que está intimamente ligado ao direito à vida privada, à intimidade e à honra, que decorrem da dignidade da pessoa humana.

A previsão legal da Constituição Federal do Brasil expõe no inciso X, do artigo 5º, que as pessoas possuem o direito fundamental à inviolabilidade da sua intimidade, vida privada, honra e imagem, nos seguintes moldes: “[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

Já o artigo 21 do Código Civil determina que “[...] a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.” (BRASIL, 2002).

Ao se interpretar o artigo supracitado, fica clarividente que se houver algum ato que despreze a privacidade, ferindo a honra e a imagem da pessoa, poderá esta buscar, via judicial, o impedimento do conteúdo que está para ser publicado, que venha a se tornar público ou se faça cessar o conteúdo ofensivo que já foi publicado e está em circulação, retirando-o de circulação.

No Brasil, em março de 2013, na VI Jornada de Direito Civil do CFJ/STJ, foi aprovado o Enunciado n. 531, defendendo a existência do direito ao esquecimento, a teor “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”

Contudo, salienta-se que, apesar de tal enunciado defender o direito ao esquecimento com base no princípio da dignidade da pessoa humana, ele não tem força cogente, sendo apenas uma orientação na tentativa de uniformização da interpretação do Texto Legal vinculado aos casos concretos. E quando se adentra essa seara de aplicação em cada caso concreto, o arcabouço jurídico é falho em seguir as bases principiológicas que a Constituição Federal brasileira traz e toma como supedâneo para qualquer tipo de interpretação ou aplicação do Texto Legislativo.

3 ANÁLISE DE REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES: O CAMPO DAS DIFERENÇAS

Para adentrar a análise das diferenças que o ordenamento jurídico brasileiro traz para a reincidência e os maus antecedentes, nada melhor que conceituar com famosos doutrinadores. Para Capez (2015, p. 500), reincidência é “[...] a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgado.” Já antecedentes, na visão de Delmanto (2002, p. 110), “[...] são os fatos anteriores de sua vida, incluindo-se tanto os antecedentes bons como os maus. Serve este componente especialmente para verificar se o delito foi um episódio esporádico na vida do sujeito ou se ele, com frequência ou mesmo habitualmente, infringe a lei. ”

No Brasil, há a prescrição da reincidência, afastando a perpetuidade desta. No artigo 64, inciso I, do Código Penal, estabelece-se que no prazo de cinco anos após a extinção da pena anterior não se usa mais o efeito da reincidência para a majoração da pena em caso de novo delito. O problema está que no artigo 59 do Código Penal, em seu *caput*, “[...] o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem

como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” (BRASIL, 1940).

A grande questão é identificar quais fatos anteriores possuem relevância jurídica para caracterização da antecedência. Autores como Capez (2015) e Bittencourt (2004) apontam que quaisquer envolvimento na seara criminal que não geram reincidência fazem parte do conceito de maus antecedentes. Dessa forma, inquéritos e processos criminais em andamento ou absolvições por insuficiência de provas teriam relevância jurídica no sentido de comprometer os antecedentes do réu, sob o argumento de que o ordenamento jurídico, com essa intenção, refere-se aos antecedentes em vez de se referir às condenações anteriores irrecorríveis.

Há que se discordar frontalmente desse posicionamento por ferir o princípio constitucional da presunção de inocência, consagrado no art. 5º, LVII, da Constituição. O entendimento majoritário consagrado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, aponta que o término dos efeitos da reincidência não afastaria a possibilidade de reconhecimento dos maus antecedentes, ou seja, mesmo decorrido o prazo de cinco anos da extinção ou cumprimento da pena, o cidadão em nova condenação poderá ter sua pena exacerbada em razão dos maus antecedentes. Não se perpetua a reincidência, mas, sim, os antecedentes.

Nada no ordenamento jurídico brasileiro explicita que deslizes criminais, após cinco anos contados da extinção da pena anterior imposta, devem ser usados pelo magistrado para análise do caso, visto que impetra em uma perpetuidade velada, assim, infringindo princípios constitucionais explícitos, como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, retirando o caráter socializador da reprimenda penal e os princípios implícitos abordados no presente artigo, como o Direito ao esquecimento.

Em que pese a Constituição vedar o caráter perpétuo da pena, os efeitos da condenação criminal são infundáveis. No jargão popular, “a ferida sara, mas a cicatriz permanece”.

Emblemático o posicionamento de Bittencourt (2004) ao referir que, apesar de desaparecer a condição de reincidente, o agente não readquire a condição de primário, que é como um estado de virgem, que, violado, não se refaz. A reincidência é como o pecado original: desaparece, mas deixa sua mancha, servindo, por exemplo, como antecedente criminal.

O Tribunal de Justiça de Rondônia, no ano 2010, reconheceu a capacidade de tomar posse em cargo de agente penitenciário e socioeducador candidato condenado por crime de tráfico de drogas depois de cumprida integralmente a pena há mais de cinco anos. O Desembargador Relator Walter Waltenberg Silva Junior argumentou que:

Tão logo seja declarada extinta a punibilidade pelo cumprimento da pena, a reabilitação do cidadão deve ser automática, cabendo ao Estado-Juiz reconhecê-la ex officio, uma vez que seu objetivo é fazer cessar, os efeitos, já sofridos pelo cidadão, do citado poder estatal, de punir, entregue, com exclusividade ao Estado, e com isso, os efeitos decorrentes da sentença criminal, devem desaparecer, bem como impor sigilo sobre os seus registros. (RONDÔNIA, 2010).

Como é sabido, órgãos de segurança pública geralmente obstaculizam com regras expressas em editais de concurso público o ingresso de candidatos com histórico de prática de ato tipificado como infração penal.

Em julgamento do Habeas Corpus n. 240.022/SP, o Superior Tribunal de Justiça, em março de 2014, posicionou-se adotando a mesma tese, porém fez uma ressalva importante:

Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 119.200/PR (julgado em 11.2.2014, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes

as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal. (SÃO PAULO, 2014).

A ressalva feita pela Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura faz referência ao RE n. 593.818, no julgamento do Habeas Corpus de n. 119200, apreciado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2014. O Supremo Tribunal Federal, que até então não tinha se manifestado sobre o assunto, reconheceu a possibilidade de superar os antigos critérios que davam efeitos perpétuos aos maus antecedentes. O Ministro Relator Dias Toffoli sabiamente retira a majoração da pena de um réu condenado por tráfico de drogas, o qual teve o aumento de sua pena em 1/6 por maus antecedentes, sendo que a reincidência havia se extinguido, pois já era superior a cinco anos. Em seu voto, o Ministro explica que:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado 'direito ao esquecimento', não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Para tanto delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos necessário ao desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que é o menos. (BRASIL, 2014).

Não obstante este julgado não ter sido apreciado pelo pleno do STF, visto que o debate ainda está na fila do referido Tribunal para melhor elucidação do tema, não deixa de constituir um importante marco que pode dar início ao efetivo reconhecimento do direito ao esquecimento em âmbito penal. O relatório do Ministro Dias Toffoli considerou que não apenas os efeitos da reincidência cessam em cinco anos, mas também os maus antecedentes. Dessa forma, o indivíduo não pode ser eternamente penalizado por erros e

deslizes cometidos no passado. Assim como na reincidência, reconhece-se a temporariedade dos maus antecedentes.

4 CONCLUSÃO

Estes, entre vários julgados, tiveram papel importante para construir um entendimento de temporariedade dos efeitos da reincidência e dos maus antecedentes, entendimento que foi ratificado, ainda que de maneira não definitiva, pelo STF no ano 2014. Se o Estado fecha as portas para o indivíduo sob o argumento que sua conduta pregressa compromete sua idoneidade moral para ingresso em um cargo público ou para efeitos de majoração de seu poder punitivo na seara penal, sem fixar um intervalo temporal minimamente aceitável, estará indo de encontro à função ressocializadora da pena preconizada pela criminologia moderna.

Porquanto, reconhecer o direito ao esquecimento, saindo da esfera civil-constitucional e adentrando o âmbito penal, significa respeitar preceitos básicos e fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, entre os quais estão a dignidade da pessoa humana, as liberdades individuais, os direitos da personalidade e a dimensão do tempo.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, César. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 119.200/PR. Relator: Min. Dias Toffoli. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em 11 fev. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, 12 mar. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Pedro. **Direito ao Esquecimento em âmbito penal? Analisando a diferença entre reincidência e maus antecedentes**. Disponível em: <<http://blog.ebeji.com.br/direito-ao-esquecimento-em-ambito-penal-analisando-a-diferenca-entre-reincidencia-e-maus-antecedentes/>>. Acesso em: 08 out. 2015.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil**. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2013/abril/enunciado-trata-do-direito-ao-esquecimento-na-sociedade-da-informacao/?searchterm=enunciado%20531>>. Acesso em: 08 out. 2015.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIREITO AO esquecimento é garantido por Turma do STJ. **Consultor Jurídico**, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/direito-esquecimento-garantido-turma-stj-enunciado-cjf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

LIMA, Aline Aparecida Novais Silva; AMARAL Sérgio Tibiriçá. **O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo**. Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3140/2891>>. Acesso: 08 out. 2015.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça de Rondônia. **AC I 0120085-14.2009.8.22.0001**. Apelação Origem: 01200851420098220001. Porto Velho/RO (Primeira Vara da Fazenda Pública). Segunda Câmara Especial. Relator: Des. Walter Waltenberg Silva Junior. Julgamento em 18 fev. 2010.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Habeas Corpus n. 240.022/SP**. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento em 11 mar. 2014.

TOSCANO DE BRITO PEREIRA, Nayara. **Direito ao Esquecimento**: o exercício de (re)pensar o direito na sociedade da informação contemporânea e as peculiaridades do debate entre o direito civil e a Constituição. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad5db5924e3e-97ed>>. Acesso em: 10 out. 2015.

IDENTIDADE ON-LINE: UMA BREVE REFLEXÃO

Taiza Gabriela Zanatta Crestani*

Paulo Ricardo Bavaresco**

Resumo

No presente ensaio bibliográfico refletimos sobre a experiência da identidade no ciberespaço, considerando que a revolução tecnológica das comunicações, tal qual evidencia a literatura, representa o *Zeitgeist* da contemporaneidade. Inicialmente, com o objetivo de esclarecer sucintamente os conceitos que o termo pós-modernidade envolve, fora realizado um apanhado geral acerca do tema, cujas referências básicas são Zygmunt Bauman, Stuart Hall e Anthony Giddens. Após essa etapa, foram mapeados os efeitos da digitalização do mundo, associando as contribuições de Manuel Castells à proposta de Jean Baudrillard e à tese de Pierre Lévy – teóricos que apresentam pontos de vista dissonantes a respeito do fenômeno virtual. Por fim, como resultado da junção das ideias apresentadas nessas duas categorias iniciais, a identidade, situada em rede, tornou-se foco de atenção. Palavras-chave: Pós-modernidade. Identidade. Ciberespaço. Redes sociais. Mundo virtual.

On-line identity: a reflection brief

Abstract

In this article we reflect on the experience of identity into cyberspace, considering the technological revolution of communications, as shows the

* Pós-graduanda em Antropologia Cultural pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná de Curitiba; mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná de Toledo; taizagzcrestani@hotmail.com

** Doutor em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos de São Leopoldo; Professor titular da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; paulo.bavaresco@edu.com.br

literature, is the Zeitgeist of contemporaneity. Initially, with the goal of briefly explain the concepts that postmodernity term involves, we performed an overview of the subject, whose basic references are Zygmunt Bauman, Stuart Hall and Anthony Giddens. After this step, the effects of the world's digitalization were mapped, linking the contributions of Manuel Castells to the proposed by Jean Baudrillard and Pierre Lévy's thesis – theorists which present dissenting views about the virtual phenomenon. Finally, the result of combining the ideas presented in these first two categories, the identity, located in the network becomes a focus of attention.

Keywords: Postmodernism. Identity. Cyberspace. Social networks. Virtual world.

1 INTRODUÇÃO

Face à crise de parâmetros consistentes, somos condenados a navegar sem âncoras em um mar de informações que se atualizam e desatualizam rapidamente. A nova bússola é o computador e suas versões simplificadas e portáteis, e os novos ventos – de velocidade intensa – estilhaçam a solidez das instituições, compelindo os indivíduos a adentrar em um espaço que não pode ser geograficamente localizado. Tal fenômeno provoca ondas de amplitude extraordinária no oceano do imaginário. Não raras vezes, não resistimos e naufragamos, ou seja, somos atingidos pela enxurrada de significados que ora afundam ora boiam em nossa subjetividade.

Impossibilitados de digerir os acontecimentos em consequência da compressão espaço-temporal, é imprescindível analisarmos a relação existente entre as tendências fragmentadoras características da pós-modernidade e a experiência da identidade no âmbito virtual. Será que os computadores, celulares e *tablets* conectados via internet condicionam ou determinam os relacionamentos sociais? Seria a tecnologia digital capaz de criar um novo tipo de relação social? (LÉVY, 1999; CÉBRIAN, 1999; HALL, 2006).

Antes de fornecer respostas precisas, o presente ensaio bibliográfico fora desenvolvido justamente com o propósito de contribuir para nor-

tear a elaboração de questionamentos congêneres. Com essa finalidade, primeiramente buscamos conceituar a pós-modernidade seguindo os vieses apresentados por Zygmunt Bauman, Stuart Hall e Anthony Giddens. Em um segundo momento, os efeitos da digitalização do mundo foram mapeados, intuindo apresentar a proposta de Jean Baudrillard em contraposição à tese de Pierre Lévy – teóricos que apresentam pontos de vista dissonantes acerca do fenômeno virtual. Por fim, como resultado da junção das ideias apresentadas nessas duas categorias iniciais, a identidade, situada em rede, tornou-se foco de atenção.

2 OS HORIZONTES DA PÓS-MODERNIDADE

De acordo com Castells (2007), o final do século XX é caracterizado por um emaranhado de acontecimentos importantes que vêm remodelando a estrutura da sociedade em um ritmo cada vez mais acelerado. Ao contrário de outras épocas, em que a sabedoria recaía sobre os religiosos, filósofos e políticos, hoje a voz mais alta é da mídia, e a luz mais brilhante é da tecnologia digital (MARTINS, 2000; CASTELLS, 2003). Todavia, não se pode dizer que houve uma rejeição total à modernidade, mas, sim, a inserção de suas tendências a outras tendências atuais. Por esse motivo, seria errôneo afirmar que houve um abandono aos ideais modernos ou se dizer de sua perfeita e acabada substituição: a crise vivenciada na contemporaneidade é resultado da tensão entre a queda de uma ordem não totalmente superada e a emergência de outra ainda não sedimentada (CARNEIRO, 2013; MAFFESOLI, 2003; HALL, 2006).

Nessa vertente, Esperandio (2007) e Costa Freitas (2012) alertam que não há verdade capaz de definir com precisão o conceito de pós-modernidade, entretanto, podemos colocar em evidência o processo de ressignificação subjacente, que, por se fazer presente na recomposição de diversos elementos – políticos, culturais, entre outros –, leva à emergência do termo

e justifica a sua função. Contudo, tomados em conjunto, os processos de mudanças são tão fundamentais e abrangentes que nos incitam a questionar o que, afinal, está sendo transformado. Ao descrevermos um mundo pós-moderno, estamos, ao mesmo tempo, definindo-nos para além de nós mesmos (HALL, 2006).

A partir disso, nota-se que a crise convida-nos a falar sobre pós-modernidade (CHEVITARESE, 2001). Não surpreende, pois, a utilização desses termos como indicativos um do outro. O termo crise vem do latim – *krisis* – e significa decisão, ato que compele o indivíduo a posicionar-se frente à conjuntura ou situação a qual apresenta risco iminente, pressionando o indivíduo a recompor-se ou demitir-se (FERREIRA, 2010). Em tempos passados, em que os valores e crenças eram dominados pelas instituições, ao indivíduo não cabia escolher, somente aceitar as regras e normas impostas. Se outrora o caráter coercivo das organizações de poder amedrontava o sujeito, obrigando-o a respeitar a lógica do *dever-ser*, agora, a angústia frente à gama de possibilidades o tortura. Diante de inúmeras opções de contemplação e consumo, surge a dúvida que nos leva a refletir se queremos mesmo aquilo que desejamos (FORBES, 2010).

Na pós-modernidade, os quereres são voláteis e a quantidade de objetos sedutores à disposição é infinita. Assim, a ideia de fazer dos luxos de hoje as necessidades de amanhã parece ser um método eficaz na redução da distância existente entre o tempo presente e o tempo futuro. Assim, o consumidor se torna um acumulador de sensações que está sob a tormenta de desejos insaciáveis (BAUMAN, 1999; SANTOS, 2011).

Conforme explica a psicanálise, a satisfação do desejo nunca é completa: tendo a si mesmo como objeto, o desejo está fadado a pulsar eternamente. Logo, no momento em que eu passo a desejar o desejo do Outro, e, esse Outro deseja aquilo que lhe falta, o sujeito emerge como “[...] uma falta de inteireza que tenta ser preenchida a partir de nosso exterior, pelas formas através das quais nós imaginamos ser vistos.” (HALL, 2006, p. 39).

Essa construção da imagem de si no olhar do Outro, considerando o último como um grande espelho refletor (LACAN, 1949), explica que o consumo exacerbado mascara a insegurança. É como se pudéssemos compensar – ou até mesmo substituir – a incerteza que carregamos a respeito daquilo que somos, pela certeza de que por meio do consumo obteremos – também – o amor do amado. Com efeito:

Quando a espera é retirada do querer e o querer da espera, a capacidade de consumo dos consumidores pode ser esticada muito além dos limites estabelecidos por quaisquer necessidades naturais ou adquiridas; também a durabilidade física dos objetos do desejo não é mais exigida. A relação tradicional entre necessidades e sua satisfação é revertida: a promessa e a esperança de satisfação precedem a necessidade que se promete satisfazer e serão sempre mais intensas e atraentes que as necessidades efetivas. (BAUMAN, 1999, p. 90).

Ao ingressar na era do imediatismo, o indivíduo encontra dificuldade em definir qualquer período posterior que o converta em um passado; dessa maneira, o tempo se desprende das amarras do espaço e se torna independente (ANDERSON, 1999; COSTA FREITAS, 2012; GIDDENS, 2002). A tecnologia da informação tem contribuído significativamente para essa compressão espaço-temporal, pois permite a informação circular livremente por meio dos veículos comunicacionais; depois de lançadas no ciberespaço, as notícias adquirem velocidade, força e amplitude universal e se desvinculam materialmente da fonte originária (MORAES, 1997).

A fragmentação das paisagens de classe, gênero, etnia, sexualidade, que anteriormente nos forneciam bases sólidas de localização enquanto indivíduos sociais, cederam espaço para o avanço tecnológico, responsável pela instauração de mudanças radicais diante da convergência de circuitos digitais. Desse modo, em um contexto de economia globalizada e de cultura mundializada que caracteriza o capitalismo tardio, as tecnologias propiciam à esfera comunicacional um dinamismo sem precedentes (HALL, 2006; GIDDENS, 2002; MORAES, 1997).

3 CIBERCIVILIZAÇÃO

Com a digitalização do mundo, os *bits* substituem os átomos, isto é, perde-se o contato físico (o tato), e a imagem ganha um novo *status* no momento em que se torna um modelo dinâmico de construção de um novo real. Assim, derivamos de uma realidade para outra, mediante um movimento de desrealização que comporta duas fases principais: uma fase de simulação da realidade relativa ao campo das representações e uma fase de substituição na qual o real da geração anterior cede lugar para o da nova (LEMOS, 2000; SANTOS, 2000).

Segundo Baudrillard (1992, 1997), as diferenças entre simulação e dissimulação devem ser enaltecidas. Nas palavras do autor, dissimular é esconder o que se tem, enquanto simular é fingir ter o que não se tem. O primeiro verbo refere-se a uma presença, e o segundo, a uma pura ausência. Porém, devemos esclarecer que simulação não é sinônimo de fingimento, pois aquele que simula determina a si próprio certas características. A dissimulação apenas disfarça a realidade, enquanto a simulação põe em causa a diferença do “verdadeiro” e do “falso”, do “real” e do “imaginário” (FREITAS, 2010).

Sob o entendimento de Coelho (2001) acerca das ideias do autor mencionado no início do parágrafo anterior, observamos que tudo aquilo que se limita ao físico e ao geográfico começou a tomar sua dimensão no campo eletrônico com a abolição das distâncias mentais. Entretanto, o anseio pela proximidade por meio do acesso às redes de relacionamento virtuais possui um “lado B”, contribuindo para o fenômeno da desertificação. Esse processo, também denominado feudalismo tecnológico, é caracterizado por um tipo de informação que opera apenas por simulação virtual sem ancoragem real, gerando uma cultura de crença e de credibilidade (AIUB, 2005).

Nesse sentido, Baudrillard (1992, p. 19) afirma que, inserido no ambiente virtual, o indivíduo jamais poderá deixar de crer que as pessoas acre-

ditam, o mínimo que seja, na informação que repassa. Isto é, tem de existir uma probabilidade de que “[...] a mensagem alcance seu objetivo e seja decodificada segundo o seu sentido.” Ao verificar a possibilidade de que o impacto da mensagem sob o seu destinatário é nulo, a cultura da informação digital e a publicidade não têm razão de existir. Elas (sobre)vivem desse crédito postulado. Tal síntese evidencia, sobretudo, a importância do *primum relationis*, ou seja, o princípio de relação que me une ao outro (MAFFESOLI, 2003). Em Lacan (1949), vemos que somente pelo fato de viver com outros homens, os seres humanos ficam presos, irreversivelmente, em um jogo de identificações. Da inserção do indivíduo ao registro simbólico, surge o *ideal do ego*, que deseja alcançar um estágio de totalidade perfeita. Todavia, por ser impossível extinguir o sentimento da falta, o que lhe resta, de acordo com Hall (2006), é criar um discurso satisfatório e aliado aos seus anseios e perspectivas de mundo. Desse modo, a comunicação torna-se a reencarnação de um antigo sonho da humanidade: construir um mundo paralelo a este (LEMOS, 2000, 2004).

Ademais, a digitalização do mundo possibilita a manipulação dos conteúdos e das imagens, fato que nos desacostumou a pensar. É como se a profusão de informações, a volatilidade com que estão e não estão ao alcance do sujeito, tornasse-o volúvel, acrítico (BAUDRILLARD, 2000). O trecho de um poema brasileiro chamado *Hálito Mestiço*, de Melamed (2008, grifo do autor), exemplifica de modo colossal o pensamento de Baudrillard (1992), de que “[...] não nos preocupamos com as cáries cerebrais. Cultivamos os nossos hábitos alimentares principalmente através do consumo de enlatados americanos, novelas açucaradas e caixas de conceitos embutidos. Sequer utilizamos escova de mentes ou fio mental.”

Um liame de significados flutuantes cai como uma avalanche sobre nossas cabeças e somos arrastados e lançados a uma nova galáxia. Por ser fluido, o mundo contemporâneo produz identidades que se solidificam e se liquefazem. Com isso, na contemporaneidade dinâmica, o sentido da rea-

lidade, da verdade e também da identidade pode ser problematizado com maior evidência na relação cotidiana do sujeito com a rede (GIOIELLI, 2005; LEMOS, 2010; MONTIEL, 2003; CASTELLS, 2003, 2007; MAFFESOLI, 2003).

Pierre Lévy, que possui uma linha de raciocínio acerca do fenômeno virtual, contrapõe a de Jean Baudrillard, vê na mediação tecnológica uma possibilidade de reaproximação entre os homens. Coelho (2001), ao refletir sobre o conceito de virtualização, mostra-nos que enquanto o primeiro autor ilustra o dualismo real-virtual para fundar a sua teoria, o segundo rejeita esse paradoxo. Antes de o virtual opor-se ao real, ele contrasta com o atual:

Lévy interpreta o virtual como o exercício da criatividade e a garantia da permanência dos processos comunicacionais. Para Baudrillard, o virtual significa o fim do sentido, para Lévy é a criação de novos sentidos: a virtualização seria uma característica da própria comunicação (da linguagem), estando presente desde o momento em que a humanidade passou a produzir textos. (COELHO, 2001, p. 5).

Dessa forma, o ciberespaço designa o universo das redes digitais como um espaço fluídico que não ocupa lugar no mundo físico, mas constitui um campo vasto, aberto, ainda parcialmente indeterminado, que não se deve reduzir a somente um de seus componentes e tem vocação para se interconectar e se combinar com todos os dispositivos de criação, gravação, comunicação e simulação. Assim, a sociedade encontra-se condicionada, mas não determinada pela tecnologia, que se torna uma intermediária das práticas de aprendizagem (COELHO, 2001; LÉVY, 1999; FIGUEIRÔA, 2006).

Porém, é preciso reconhecer que o avanço tecnológico pode contribuir para a exclusão social, pois torna cada vez mais nítidas as clivagens sociais e diferenciais de poder, já que: “[...] numa margem localizam-se os agentes emissores que dispõem de linguagens eletrônicas de longo alcance, e, de outro, os que persistem nas vias tradicionais da comunicação interpessoal não eletrônica” (p. 23). Tal processo, segundo o autor, evidencia

que a tecnologia da informação simultaneamente aproxima e soma, afasta e exclui (CASTELLS, 2003; FREITAS, 2004; HALL, 2006).

Lévy (1999) aprofunda ainda mais essa questão ao supor que, até mesmo se os pontos de acesso às redes, bem como os equipamentos e instrumentos necessários para efetuar esse acesso estivessem disponíveis, restaria-nos, ainda, superar os desafios impostos pelos homens. Qualquer sistema de informação fabrica os seus excluídos. Apenas não se trata mais de adesão ao sentido, mas, sim, de conexão. O excluído, interneticamente falando, é o desconectado – conforme adverte o autor. Contudo, um computador com internet jamais será suficiente para superar uma situação de exclusão acompanhada de um forte sentimento chamado inferioridade. Antes de mais nada, é preciso que o próprio indivíduo esteja em condições de participar e interagir na rede, sem que seja abduzido por ela, sem que se torne um dependente (LÉVY, 1999).

4 REDE DE IDENTIDADES

Na galáxia cibernética, o compartilhamento de informações e conhecimentos evidencia que a sociedade pós-moderna se organiza em cédulas independentes as quais ampliam e intensificam o fluxo do conteúdo imaterial. Logo, no momento em que integra as mensagens que dão sentido à ação e estão no centro das redes, o indivíduo ultrapassa os limites impostos pelo endereço geográfico e pela filiação institucional (TAPSCOTT, 1999; SANTOS, 2002; ROSNAY, 2000; LÉVY, 2000).

A profusão da internet dá continuidade ao processo de desreferencialização e fragmentação característico da pós-modernidade, fomentando o processo de deslocamento contínuo de identidades possíveis (SANTOS, 2003; HALL, 2006; DALL BELLO, 2007; GIDDENS, 2002). Como consequência de um processo amplo e complexo de transformação social e cultural chamado globalização, a sociedade líquido-moderna não permite que as re-

alizações individuais se solidifiquem em posses permanentes, pois “[...] em um piscar de olhos, os capacitados tornam-se incapacitados.” (BAUMAN, 2007, p. 7). Esse fenômeno é, também, o reflexo do avanço tecnológico, que incessantemente nos apresenta informações cujo conteúdo é facilmente transformado ou substituído. Assim, ao mesmo tempo que o acesso a inúmeras culturas é facilitado pela tecnologia digital, sem exigir do indivíduo nenhum esforço a mais do que o movimento dos seus dedos no teclado, o ambiente virtual inaugura a produção desenfreada de simulacros (LÉVY, 2000; DALL BELLO, 2007).

A nova maneira de ser e de pensar perpassada pela imagem faz do novo estilo comunicacional um espetáculo sem roteiros predefinidos (MAFFESOLI, 2000; MORIN, 2011). A troca, o intercâmbio, a socialização e a discussão de ideias em um âmbito intercultural ocorrem de forma extremamente rápida, e essa compressão espaço-temporal ocasionada pela avalanche tecnológica por certo intensifica o fenômeno da *desterritorialização* e *descentramento* – profundamente analisado por Giddens (2002). Frente à escassez de pontos referenciais consistentes, o sujeito pós-moderno busca incessantemente identificar-se por meio da interconexão (MONTIEL, 2003).

Esse estilo de comunicação que ultrapassa as fronteiras do corpo, as extremidades locais e as fronteiras regionais, nacionais e continentais robustece a concepção de que o futuro tem curtíssimo prazo, visto que as atualizações das redes sociais no âmbito virtual rompem com a noção do distante; tudo parece próximo e acessível. As linhas divisórias entre o aqui e o além são demarcadas em razão dos horários das programações da TV e do tráfego eletrônico. O tempo que se materializava em calendários anuais adquire outra dimensão (MORAES, 1997; VIRILIO, 1999).

Giddens (2002) nos mostra que a própria constituição das comunidades virtuais é reforçada, ainda, pela noção de desencaixe. Em uma sociedade pré-moderna o sistema de parentesco proporcionava um modo relativamente estável e seguro: todos se conheciam e protegiam uns aos outros.

A comunidade local era o lugar primeiro em que formavam as relações sociais, dentro de um espaço geográfico pequeno e conhecido. Na sociedade atual as relações de parentesco não mais estão em primeiro lugar na escala social, assim como a comunidade local já não tem a mesma força anterior, porque o local e o global se tornaram inextricavelmente entrelaçados. Essas premissas acabam por estabelecer as condições da pós-modernidade e as situações de desencaixe social pelas quais passa o homem pós-moderno (CAMARGO, 2005).

Nota-se, ao analisar as contribuições de Giddens (2002), que o indivíduo se definia a partir do grupo, pois se sentia integrante e integrado pela comunidade. Hoje, o indivíduo faz das comunidades virtuais uma oportunidade de se colocar em evidência, é como se pensasse: “não preciso me sentir integrante: basta ser popular, conhecido e admirado”. Assim, os interesses manifestados pelos usuários de uma comunidade servem de traje para o narcisismo.

Já afirmava Freud, no ano 1921, que a cultura, por meio de leis, regulamentos e normas, tem interferido na formação de aliança entre seus membros, com o objetivo de manter a sociedade em ordem. No ambiente virtual o indivíduo se realiza, de certo modo, uma vez que não existem regras e padrões de socialização. A recompensa, nesse sentido, seria a sensação de triunfo que ocorre quando algo no ego coincide com o ideal do ego, pois no momento em que nos identificamos com o que queremos ser estamos, de certa forma, evitando a ameaça que o objeto de identificação representa (MOSCOVICI, 1978).

Na mesma vertente, o perfil social compartilhado em rede passa a ser definido em decorrência da afiliação do sujeito com grupos aos quais julga pertencer. Representar uma coisa é reconstruí-la, retocá-la e modificá-la tão diversas vezes como as opiniões e instrumentos de onde nasçam (CORREA, 2007; PEREIRA, 2002). Em consonância, o sujeito pós-moderno está imerso em um processo de desconfiguração ou reconfiguração de

identidades efêmeras, e realiza esses movimentos de acordo com os laços comunicativos que estabelece nos grupos e comunidades *on-line*. Portanto, tem-se que o sujeito tal qual era conceituado na Idade Moderna, tendo uma identidade unificada e estável, agora é *multi*, ou seja, é composto não de uma única, mas de várias identidades, algumas vezes contraditórias ou não resolvidas (HALL, 2006; ROVER; CARVALHO 2010).

A necessidade de expor um perfil que enquadre as características daquilo que eu penso que sou (ou quero ser), faz com que o indivíduo, de certa forma, dizia como quer ser visto. Se eu exponho um conjunto de características, torna-se difícil ao outro formar um conceito sobre mim, que não tenha nenhum tipo de ligação com isso. Em outras palavras, quando estou delimitando, por meio de postagens e compartilhamentos de fotos, mensagens e músicas, a ideia que eu tenho acerca da minha pessoa, estou dizendo ao outro como ele deve pensar a meu respeito. Dito ainda de outro modo, a representação do meu universo particular em *pixels* parece ter por finalidade condicionar o outro a crer que tudo o que eu exponho na rede virtual se reproduz de forma idêntica quando eu estou *off-line*.

Com a crise dos Grandes Relatos, tal qual evidencia Lyotard (1988) em sua obra *O Pós-moderno*, o indivíduo cria acerca de si pequenas narrativas. Como a concepção do falso parece ter se desassociado do conceito de errado, e a concepção do verdadeiro parece ter se desvinculado do conceito de correto, igualmente os conceitos de falsidade e de verdade parecem ter deixado de ser considerados antônimos completos. Não se recomenda, portanto, dizer que existam identidades falsas, pois assim estaríamos supondo que existe uma identidade verdadeira e legítima; conforme Bauman (2007), na pós-modernidade nada pode ser considerado intocado ou intocável.

5 CONCLUSÃO

Conforme evidenciamos neste este breve resgate bibliográfico, as perspectivas que teorizam a pós-modernidade têm enfatizado a existência de um “eu” performativo, em contraposição à Idade Média, ou à Idade Moderna, em que sujeito fora definido por aspectos externos a si. Anteriormente, o sujeito era identificado pela rua onde morava, filiação, emprego, religião, sendo esses fatores todos constituídos e mantidos pela ação do sujeito, que assumia a identidade institucionalizada. Hoje, com a queda do poder e controle institucionais, e com o advento da internet, a qual deixou para trás a localização geográfica, os sujeitos têm de decidir por algo intrínseco. Porém, isso gera crise. Sem parâmetros fixos que ditem maneiras de ser e de agir, o indivíduo tende a descrever e a caracterizar a si próprio em comparação aos outros. Há duas questões interessantes que podem ser observadas nessa síntese: a questão da igualdade e a questão da diferença.

No ciberespaço, no qual as comunidades *on-line* são diversas, a afinidade transforma-se em critério de aceitação. A lei da reciprocidade impera e suborna o indivíduo com o preço do *status*. O sujeito tende a compartilhar algo que seja popular, sem que precise concordar com a ideia central. O importante é o “*like*” – famoso “curtir”.

Nessa vertente, nota-se que a crise vivenciada na contemporaneidade ilustra a angústia da comparação. Absorvemos o outro, pois nos encontramos comparando-nos a ele, e, como se relacionar com o diferente é sempre estranho (ou seria o contrário?), então, que utilizemos dos artifícios tecnológicos para nos igualarmos, uns aos outros, nem que para isso tenhamos de acessar infinitos catálogos de máscaras. Angustiante é, no entanto, quando os papéis se confundem, quando o diretor interpreta, o ator escreve, e o roteirista dirige... mas, como diria o próprio Maffesoli: o espetáculo tem de continuar.

REFERÊNCIAS

- AIUB, Tania Flores. **A navegação e o novo status do sujeito leitor: a tecnologia como determinante ou condicionante de produção de sentido**. 2005. Disponível em: <<http://anaisdosead.com.br/3SEAD/Comunicacoes/TaniaFloresAiub.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.
- ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUDRILLARD, Jean. **A Arte da Desaparição**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, 1997.
- BAUDRILLARD, Jean. A conjuração dos imbecis. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000.
- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacros e Simulações**. Lisboa: Relógio D'Água, 1992.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- CAMARGO, Keila Márcia; BARBOSA, Luiz Alberto. A condição pós-moderna: os desencaixes. **Centro de Estudos Anglicanos**. 2010. Disponível em: <http://www.centroestudosanglicanos.com.br/bancodetextos/diversos/a_condicao_pos_moder_na_os_desencaixes.pdf>. Acesso em: 21 maio 2015.
- CARNEIRO, Wagner Buture. **A influência dos meios de comunicação no processo seletivo de criminalização**. 2013. Monografia (Graduação em Direito)–(Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31406/M1290JU.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

CARVALHO, João Henrique Dourado. Publicidade nas redes sociais e a geração Y: a emergência de novas formas de comunicação publicitária. **Ipea**. 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/panam/pdf/GT2_Art8_Joao.pdf>. Acesso em: 14 jna. 2014.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CEBRIÁN, Juan Luís. A rede. São Paulo: Summus, 1999.

CHEVITARESE, L. As razões da pós-modernidade. In: ANALÓGOS – SAF-PUC, 1., 2001, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Booklink, 2001.

COELHO, Claudio Novaes Pinto. A comunicação virtual segundo Lévy e Baudrillard: uma visão crítica. **Tecnologia e Informação**, v. 2, n. 1, 2001. Disponível em: <<http://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/07/A-comunica%C3%A7%C3%A3o-virtual-Segundo-L%C3%A9vy-e-Baudrillard.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014.

CORREA, Cynthia. A socialidade no ciberespaço a partir da lógica da identificação. **Razon y Palabra**, 2008. Disponível em: <<http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n49/bienal/Mesa%209/CORREACynthia.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

CORREA, Cynthia. Uma abordagem teórica sobre a formação de tribos virtuais: do banal ao intelectual. **Gepicc**. 2006. Disponível em: <<http://www.gepicc.ufba.br/enlepicc/pdf/CynthiaCorrea.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

COSTA FREITAS, Suzy Elaine. As características da pós-modernidade como influência estética da videoarte contemporânea. **Texto Digital**, v. 8, n. 2, 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/textodigital/article/viewFile/1807-9288.2012v8n2p68/23628>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

DALL BELLO, Cíntia. Espectros virtuais: A construção de corpos-sígnicos em comunidades virtuais de relacionamento. **Compós**. 2007. Disponível em: <<http://www.compos.org.br/seer/index.php/e-compos/article/viewFile/208/209>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ESPERANDIO, Mary Rute Gomes. **Para entender pós-modernidade**. São Leopoldo: Sinodal, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIRÔA, Isabele Sarmiento. **Fotolog.net**: perfil e motivações dos usuários brasileiros – uma abordagem pós-moderna. 2005. Monografia (Graduação em Jornalismo)–Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2006.

FORBES, Jorge. **Você quer o que deseja?** 8. ed. Rio de Janeiro: Bestseller, 2010.

FREITAS, Giovanina Gomes de. **O esquema corporal, a imagem corporal, a consciência corporal e a corporeidade**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004.

FREITAS, Klix. Representação, simulação, simulacro e imagem na sociedade contemporânea. **Questões Contemporâneas**, v. 12. n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/6435/4861>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

FREUD, Sigmund. Psicologia das massas e análise do eu. In: FREUD, Sigmund. **Obras completas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1921.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GIOIELLI, Rafael Luís Pompéia. **A identidade líquida**: a experiência identitária na contemporaneidade dinâmica. 2005. 127 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

LACAN, Jacques. O Estádio do espelho. In: LACAN, Jacques. **Escritos**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1949.

LE MOS, André. Arte eletrônica e cibercultura. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI**: tecnologias do imaginário e cibercultura. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000.

LE MOS, André. **Cibercultura**: tecnologia e vida social na cultura contemporânea. Porto Alegre: Sulina, 2010.

LÉVY, Pierre. A revolução contemporânea em matéria de comunicação. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI**: tecnologias do imaginário e cibercultura. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999.

LYOTARD, Jean-François. **O Pós-moderno**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

MAFFESOLI, Michel. **A comunicação sem fim**: teoria pós-moderna da comunicação. FAMECOS, Porto Alegre, n. 20, 2003. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewFile/3198/63>>. Acesso em: 03 set. 2012.

MAFFESOLI, Michel. Mediações simbólicas: a imagem como vínculo social. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000.

MARTINS, Francisco Menezes. O pensamento filosófico como rede virtual. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000.

MELAMED, Michel. Hábito Mestiço. **Jornal de poesia**, 2008. Disponível em: <<http://www.jornaldepoesia.jor.br/michelmelamed.html>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUN, Antônio. **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003.

MORAES, Dênis de (Org.). **Globalização, Mídia e Cultura Contemporânea**. Campo Grande: Letra Livre, 1997.

MORIN, Edgar. **Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo 1: Neurose**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

MOSCOVICI, Serge. **A Representação Social Da Psicanálise**. Rio De Janeiro: Zahar, 1978.

PEREIRA, Marcos Emanuel. **Psicologia social dos estereótipos**. São Paulo: EPU, 2002.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009. (Coleção Cibercultura).

ROSNAY, Joël de. O salto do milênio. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000.

ROVER, Aires José; CARVALHO, Maria. **O Sujeito de conhecimento na sociedade em rede**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

SANTOS, Francisco Coelho. Sob o brilho frio dos raios catódicos. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. **Para navegar no século XXI: tecnologias do imaginário e cibercultura**. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2000.

SANTOS, Jucélia Bispo. Bauman: modernidade e consequências da globalização. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, 2011. Disponível em: <http://www.reid.org.br/arquivos/00000286-11-jucelia_reid-11.pdf>. Acesso em: 24 set. 2014.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

TAPSCOTT, Don. **Geração digital: a crescente e irreversível ascensão da geração net**. São Paulo: Makron Books, 1999.

VIRILIO, Paul. O resto do tempo. **Famecos**, Porto Alegre, n. 10, 1999. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/viewFile/3029/2307>>. Acesso em: 21 maio 2015.

MULTIPARENTALIDADE: O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL

Felipe José Ternus*
Edenilza Gobbo**

Resumo

No presente artigo teve-se como escopo conceituar o fenômeno hodierno da multiparentalidade como nova manifestação de estrutura familiar, considerando o reconhecimento da filiação socioafetiva e a possibilidade de alteração do registro civil. Destarte, inicialmente, neste texto dedicou-se à apresentação dos critérios determinantes de filiação no Direito de Família brasileiro, elucidando-se os três critérios determinantes, quais sejam: jurídico, biológico e socioafetivo. Ultrapassadas as conceituações iniciais, com esta produção buscou-se detalhar as relações de multiparentalidade e sua ligação com a Teoria Tridimensional do Direito de Família. Nessa conceituação, a ingerência do afeto nas relações familiares é considerada figura capaz de criar novos modelos familiares. Isso posto, ao final, foram sinalizados a abordagem e o entendimento de julgados recentes na jurisprudência pátria a respeito da possibilidade de alteração do registro civil de nascimento pelo reconhecimento das relações de multiparentalidade.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Filiação socioafetiva. Teoria Tridimensional do Direito de Família. Registro civil.

* Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; felipeternus@hotmail.com

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora titular dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; Advogada; edenilza.gobbo@unoesc.edu.br

Multiparentalidade: the membership recognition socioafetiva and amendment of the possibility of civil registry

Abstract

In this article the aim was to conceptualize the current phenomenon of multiple parenthood as a new manifestation of family structure, considering recognizing the socio-affective affiliation and the possibility of changing the civil registry. Thus, initially, this text it was devoted to the presentation of the determining membership criteria in the Brazilian Family Law, elucidating the three determining criteria which are: legal, biological and socio-affective. Exceeded the initial concepts, with this production it was sought to detail the relations of multiple parenthood and its connection to the Three-dimensional Theory of Family Law. In this concept, the interference of affection in family relationships is considered figure able to create new family models. That said, in the end, one indicated the approach and understanding of recent sentences in the country about the possibility of changing the birth records for the recognition of multiple parenthood relations.

Keywords: Multiple parenthood. Socio-affective affiliation. Three-dimensional Theory of Family Law. Civil registry.

1 INTRODUÇÃO

Assumindo os traços da contemporaneidade, o Direito de Família vem sofrendo constantes mutações. A grande mudança social força, também, a mudança familiar, com a criação de novos paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro.

A família enquanto instituto vem amoldando-se às novas tendências de formação. A queda de antigos modelos fundados em aspectos patriarcais já não possui fundamento. O conceito de família fundado pela união civil já não é exclusivamente o único modelo. A pluralidade de formas e manifestações familiares funda-se na necessidade do ser humano em unir-se e manifestar seus interesses.

Não diminuindo seu grau de importância, entretanto, a família deixou de ser uma construção apenas biológica, tornando-se a filiação uma construção cultural, mais ainda, afetiva, pautada no convívio e no que dele é produzido.

Por conseguinte, o afeto empregado na construção familiar passou a ganhar importância na condição e estruturação familiar, destacando-se não apenas por seu alcance, mas também por sua maior importância e aplicação.

Nesse sentido, inicialmente surge a apresentação dos critérios determinantes de filiação. O critério jurídico é vinculado e caracterizado pelo registro civil de nascimento. Esse critério surge com a busca da verdade legal. Já o critério biológico é definido por sua existência não somente como a busca da verdade legal, mas da verdade biológica, fundada nos avanços e inovações tecnológicas.

Com maior relevância a este estudo, a filiação afetiva e o critério socioafetivo surgem como propulsores capazes de facilitar a resolução de uma lide, ao ponto que, nos casos de multiparentalidade, determinam a possibilidade de inclusão de uma dupla filiação.

Nascem as relações de multiparentalidade, definidas como aquelas em que coexiste a presença de duas maternidades ou paternidades, sejam biológicas sejam afetivas. Atuam como uma alternativa de garantia e tutela jurídica a manifestações já muito presentes no mundo contemporâneo.

Com a valorização do afeto nas relações familiares, busca-se o reconhecimento das relações multiparentais, capaz de fazer surgir um novo modelo familiar, fundado na presença de mais de um genitor ou genitora. O que se busca juridicamente é o reconhecimento dessas figuras parentais e a promoção da alteração do registro civil de nascimento.

Por fim, passa-se à análise do entendimento jurisprudencial a respeito da matéria, bem como às decisões que fundamentam a ideia do reconhecimento da multiparentalidade fundada nas relações de afeto e na filiação

socioafetiva e à possibilidade de inserção do nome do genitor ou genitora afetivo, alterando o registro civil.

2 OS CRITÉRIOS DETERMINANTES DE FILIAÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA

A evolução humana trouxe consigo inúmeras mudanças na vida social. Em especial, novas conotações e estruturas familiares que desestimularam a existência de um modelo único familiar, instituído sob parâmetros patriarcais, acarretando o surgimento de modelos muito mais independentes e, conseqüentemente, muito menos preocupados com sua origem ou forma.

Dessa maneira, a filiação passa atualmente por uma análise que transcende o liame biológico e se atenta muito mais ao aspecto cotidiano e às relações familiares.

Assim, essas mutações pelas quais as famílias foram impostas revelou uma nova realidade, que fez transformar também os critérios capazes de determinar a filiação. Surge, então, a necessária apresentação e diferenciação dos critérios determinantes de filiação no Direito de Família.

No que diz respeito aos critérios de determinação da filiação, destacam-se três, quais sejam: jurídico, biológico e socioafetivo.

2.1 CRITÉRIO JURÍDICO

O critério jurídico de filiação tem origem destacada na condição e presunção *pater is est*, advindo, ainda, do antigo Código Civil de 1916. Tal condição determinava ser impossível a ocorrência de filiação diversa daquela que não fosse estabelecida pelo casamento, vez que se considerava presumido o fator biológico da mulher casada e de seu cônjuge.

Atualmente, ainda muito relacionado com essa presunção, o Código Civil de 2002 trouxe, em seu artigo 1.597 e incisos,³ as inovações científicas e o reconhecimento das novas técnicas de reprodução humanas (FUJITA, 2011).

Amoldando-se, ainda, esse critério abarca os avanços científicos na reprodução humana assistida, seja no processo de fertilização homóloga, com a utilização do material genético próprio dos genitores, seja heteróloga, com a possibilidade de utilização do material genético de um terceiro doador.

O critério jurídico é então caracterizado pela apresentação de documento hábil e oficial, qual seja, a certidão de nascimento (GOULART, 2013). Este, por sua vez, aproxima-se consideravelmente de uma verdade legal (DELINSKI, 1997 apud NOGUEIRA, 2001), vez que, por se tratar de documento público, possui presunção de veracidade.

Por essa presunção, o registro de nascimento gera direitos e deveres imediatos que a lei determina e considera, por meio do critério jurídico, como prova irrefutável de filiação e como verdade legal, sua presunção de veracidade e publicidade (DIAS, 2009).

Como um garantidor da segurança jurídica das instituições familiares, por meio desse critério, ainda que distante da paternidade biológica, sistematicamente é garantida a condição de filiação. Este surge mais como uma forma direta de garantia jurídica. Entretanto, os avanços científicos já o tornam subjetivo.

A filiação jurídica, atribuída pelo critério jurídico, busca a garantia da identificação pessoal mediante o registro civil. Entretanto, ao buscar a identidade biológica frente à identidade jurídica, estas nem sempre poderão amoldar-se equanimente. Juridicamente, alcança-se efetividade ao assegurar-se filiação. Contudo, não é assegurada filiação biológica.

Mas, ao observarem-se as inovações tecnológicas e científicas, mais uma vez pode-se dizer que o critério jurídico, analisado unicamente, torna-se subjetivo e, por vezes, questionável.

Desse modo, a análise pura desse critério pode nem sempre ser a mais adequada, quando se tornará necessária a utilização e a análise pormenorizada de outros critérios determinantes de filiação, entre eles, o critério biológico.

2.2 CRITÉRIO BIOLÓGICO

Faz-se entender, o critério biológico busca em sua amplitude a verdade biológica.

Tal conhecimento nem sempre se traduz pela utilização única do critério jurídico. Assim, a evolução científica, mais uma vez, atua diretamente nesse cenário na busca não somente da verdade real, mas da verdade biológica, que é estabelecida por um vínculo de consanguinidade.

A relação de filiação biológica é decorrente dos laços de consanguinidade (DIAS, 2009). Esse vínculo, por sua vez, materializa-se pela reprodução humana natural ou por técnicas de reprodução assistidas (FUJITA, 2011).

As mencionadas técnicas atuam com a finalidade de provocar a gestação, por meio de uma necessária substituição de material genético ou pela facilitação de etapas deficientes no processo reprodutivo humano.

Sistematicamente, por meio do critério de filiação biológica, com o emprego de modernas técnicas de estudo e identificação dos genes humanos, a verdade biológica surge com alto grau de certeza e vem em substituição à verdade jurídica, que antes era definida apenas com uma presunção da verdade (DIAS, 2009).

A caracterização da filiação biológica tem relação com o vínculo consanguíneo presente entre pais e filhos. Esse vínculo pode ser comprovado com significativa e quase absoluta precisão frente à utilização de modernas técnicas de análise genéticas. Em caso de dúvidas quanto à filiação, por exemplo, um exame de DNA poderá definir e assegurar com propriedade a filiação.

Obtém-se com a utilização de um exame de DNA uma verdade técnica, com a apresentação de um código genético único, que identifica o homem por meio da ciência (DIAS, 2009).

Muito além de outra maneira de determinação da filiação, a evolução científica trazida e utilizada como embasamento para o critério biológico fomenta a pluralidade de formas na determinação da filiação.

A filiação biológica reduz a importância do critério jurídico quando utilizado individualmente. Essa redução ocorre pela legitimidade na busca pela verdade biológica, pela verdade real, que se fundamenta inquestionavelmente por provas científicas (NOGUEIRA, 2001).

Essa certeza que prioriza o critério biológico cientificamente seguro e comprovado, no entanto, não pode ser analisada unicamente como forma de caracterização do estado de filiação.

A filiação não pode ser considerada mera ligação de consanguinidade. Importante salientar, ainda, que a própria Constituição da República⁴ determina a proibição de qualquer mecanismo ou forma de discriminação referente à filiação (GAMA, 2003).

Assim, se puramente se aceitasse o critério biológico, estaríamos restringindo consideravelmente outra forma de reconhecimento, talvez a que devesse ser considerada, por sua natureza, a mais importante e mais expressiva declaração de filiação, qual seja, a oportunidade para a aplicação do critério socioafetivo de filiação.

Por essa análise, o critério biológico não poderá ser o exclusivo determinante. É preciso apreciação e ponderação da situação fática apresentada, com o emprego de dois possíveis determinantes, a filiação biológica e a filiação socioafetiva, para que, somente depois de analisadas, possa-se estabelecer o verdadeiro estado de filiação (FUJITA, 2011).

Cumprido salientar que na disputa pela aplicação do melhor critério para a definição do estado de filiação, seja verdade jurídica seja real, o que deve ser realmente considerado é o melhor interesse de todos os envolvidos. Nesse sentido, atendendo à necessidade e à garantia desse direito, passa-se a examinar o critério socioafetivo de filiação.

2.3 CRITÉRIO SOCIOAFETIVO

Atualmente, representa o critério mais adequado na determinação do estado de filiação.

É fato que o critério socioafetivo se apresenta em inúmeras dimensões e caracterizações. Está presente nas adoções, nas diversas técnicas de reprodução humana assistida, em especial nas heterólogas, na posse de estado de filho, e até mesmo nas manifestações de adoção à brasileira e naquelas definidas pelo jargão popular como o “filho de criação” (FUJITA, 2011).

O elemento socioafetivo surge no Direito de Família como um novo marco apresentado na caracterização das relações de filiação. Mais que isso, a identificação da presença do vínculo paterno-filial amplia o conceito de filiação, criando-se o entendimento de que o parentesco psicológico criado pela relação afetiva mútua prepondera sobre a verdade biológica e a realidade legal (DIAS, 2009).

A afetividade estabelecida entre pai, mãe e filho é tão preponderante que acaba motivando a formação de um vínculo muito forte entre os envolvidos, em que mesmo não havendo qualquer ligação sanguínea, torna-se sólido e duradouro e implica o reconhecimento da filiação socioafetiva, independentemente de qualquer outra condição (FUJITA, 2011).

Mais uma vez, o vínculo socioafetivo constrói-se no afeto e na consideração e, incondicionalmente, ultrapassa qualquer outro estado, seja biológico seja juridicamente instituído.

Não obstante, o reconhecimento da filiação socioafetiva funda-se em um novo modelo familiar, que em grande aceitação traduz o verdadeiro sentido e amplitude do termo família (CARVALHO, 2013).

O afeto se apresenta como um elemento aglutinador, capaz de unir e fortalecer relações ou mesmo criá-las, quando inexistentes. É algo da natureza humana, que nasce sem desejo ou planejamento. Instintivamente, surge como um componente quase inexplicável que acomete as pessoas.

É por ele e pelas relações que dele se estabelecem que o afeto faz criar novos conceitos para o Direito de Família.

São frutos dele, por exemplo, as relações de multiparentalidade.

Uma relação de multiparentalidade é aquela que se estabelece de alguma forma e em algum momento, sobre determinada família, quando um terceiro, que por força do afeto que emprega na relação familiar, seja por qualquer motivo, passa a ter o *status* de genitor, sem mesmo nenhuma ligação legal ou biológica.

Entretanto, esse vínculo estabelecido por força da afetividade passa a ter um papel definido, assim igualmente considerado genitor ou genitora.

3 AS RELAÇÕES MULTIPARENTAIS E A LIGAÇÃO COM A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE FAMÍLIA NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

A multiparentalidade enquanto uma nova instituição surge como um mecanismo de regulação e legitimação de impasses determinados pelo reconhecimento da filiação socioafetiva no Direito de Família Brasileiro.

Esse novo conceito tem como elemento de composição o afeto que permeia as relações familiares. Nesse ínterim, o afeto passa a ser o que une as pessoas, um componente que, cultivado dia a dia e alimentado reciprocamente, engrandece os fatos familiares, emergindo os verdadeiros valores que fundam os conceitos familiares. O afeto pode ser assim traduzido como a relação de carinho disposta a alguém especial, um exercício psicológico que determina ao ser humano sua capacidade de demonstrar sentimentos por outrem.

Mais que isso, uma força psíquica que dá movimento aos prazeres e desprazeres do ser humano, e que diretamente envolve suas relações, transforma-o e dá sentido às manifestações familiares (GROENINGA, 2010).

Passamos a entender o afeto como um “[...] aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.” (PÓVAS, 2012, p. 25-26) E, muito além, ainda é caracterizado por atos habituais e pela manifestação de sentimentos de cuidado e zelo (PÓVAS, 2012).

Por essa análise a filiação é algo que emerge não somente do vínculo biológico entre as pessoas, mas principalmente do cuidado, apreço, dedicação e atenção empenhados e dedicados à formação de outrem, em especial de uma criança (FELL, 2013).

Assim, a filiação não é determinada por um laço genético, e ainda que fosse, não impede de emergir um laço afetivo que, por sua força e importância, determina também uma nova filiação. Despontam, dessa forma, as relações de multiparentalidade.

Seu surgimento ocorre como um fato contemporâneo, muitas vezes em famílias recompostas, quando, por exemplo, a madrasta ou padrasto passa a atuar como figura parental, não excluindo a ligação biológica, preliminarmente existente, mas criando outra, complementarmente conexa (TEIXEIRA, 2007).

A multiparentalidade é decorrência da liberdade de constituição e desconstituição das famílias, como uma alternativa de tutela jurídica (TEIXEIRA, 2007). Essa tutela surge como forma de garantir a liberdade familiar, determinando não somente a possibilidade de criação de um novo parâmetro familiar, mas também como forma de reconhecimento do genitor ou afetivo (a).

Em sua definição, a multiparentalidade se apresenta como a convivência de um ser humano com mais de uma figura parental, visto que os efeitos jurídicos, bem como a tutela desses efeitos, garantem-se em ambas as vinculações, biológicas e afetivas (PÓVAS, 2012).

Com maior grau de importância, a maternidade ou paternidade não se fundam somente na verdade biológica, mas na verdade afetiva. A exteriorização do instituto familiar que, em muitas vezes, não se origina na clássica

concepção familiar, mas no verdadeiro envolvimento e dispêndio de um ser para com outro (CASSETTARI, 2015).

São os genitores aqueles que diretamente empregam os maiores e inesgotáveis esforços no desenvolvimento ético e sadio da criança ou do adolescente. São dois pais, duas mães, mães e avós, são quem são ou precisam ser. Para a criança, jovem, adolescente ou adulto, tornam-se o modelo de referência, seja qual ele for.

É fato que se oferecem duas situações pertinentes às partes envolvidas.

De um lado, o reconhecimento do direito do genitor afetivo de ser reconhecido como figura materna ou paterna, por ter oferecido a alguém afeto, então, serem, assim, considerados genitores. Por outro lado, aquele recebido como filho, que possui o direito de ver constar em seu registro civil a figura de seus pais socioafetivos (PÓVAS, 2012).

O que passa a identificar a família não é a união civil representada pelo casamento ou mesmo o sexo dos pares. O que se define como componente familiar, e sobre ele se garante o direito e a proteção jurídica, é o vínculo afetivo capaz de unir as pessoas com interesses mútuos e verdadeiros de constituir uma família; e sobre ela a garantia eficaz de sua definição e preservação.

O fato reside no sentido de respeitar a diferença à luz da igualdade, não podendo, assim, tutelar as diversas formas de entidades familiares de maneira igualitária (GUAZELLI, 2004).

Trata-se da identidade humana pela valorização das diversas manifestações familiares. A identidade humana garantida por uma relação de filiação é o que determina toda a formação de uma criança, e mesmo adulta, determina o acontecimento de uma história, de um passado.

Saber quem são e o que representam nossos genitores garante-nos nossas definições. O que somos e de onde viemos, o que seremos, ainda, de que forma nos tornamos o que somos hoje.

A possibilidade de coexistência harmoniosa de duplas maternidades ou paternidades, diversas e independentes em sua origem, é fundada no afeto empregado na formação dessa filiação, que destaca a possibilidade de reversão de clássicas versões familiares. Sabe-se que, reconhecidamente, a família não surge exclusivamente de uma união civil ou de um laço biológico; logo, a paternidade ou maternidade também não podem estar limitadas a essas condições.

De qualquer forma, uma relação multiparental se manifesta com o desejo da quebra de paradigmas, motivados, não exclusivamente, mas com a máxima importância e relevância, de uma convivência afetiva duradoura e saudável.

Pode-se afirmar, com relevância jurídica, que a multiparentalidade é uma alternativa de garantia e tutela jurídica a algo que em muitas formas e manifestações já é presente na sociedade e vida contemporâneas (TEIXEIRA, 2007).

Trata-se, portanto, de acolhermos o afeto e reconhecermos a pluralidade de formas, entre elas, a multiparentalidade, que, em sua origem e formação, é prova que o ser humano não é unicamente genético, mas também ser humano, em igual ou maior importância, afetivo, podendo ser caracterizado como um ser tridimensional.

Esse aspecto tridimensional é explicado pela Teoria Tridimensional do Direito de Família, obra do escritor Belmiro Pedro Welter, segundo a qual o ser humano compartilha e vive três aspectos nos mundos genético, ontológico e afetivo, que mesmo difusos, são condicionantes entre si, e assim fundamentalmente aplicados em família (WELTER, 2009).

A tridimensionalidade da família intensifica a prerrogativa do ser humano em tornar-se integrante de um grupo que dele se assemelha e o torna capaz de estabelecer a convivência.

Biologicamente, em todos os seres vivos e em todas as ações e ciclos humanos e naturais. Afetivamente, o ser humano destaca-se na família

e na sociedade, fruto de suas relações. É nesse sentido que o ser vivo deixa de ser apenas vivo e passa a ser efetivamente humano. Ontologicamente, é a percepção de quem se é e todos os significados que o próprio ser tem para si e não para com os demais. É a percepção do “ser” (WELTER, 2009).

Nesse sentido, avança o entendimento de que o ser humano não é, e não deve ser, considerado apenas um ser de ligações biológicas ou da compreensão que tem de si para si mesmo. O ser humano passa a ser um ser completo quando se unem as dimensões necessárias para o seu desenvolvimento.

O afeto surge como força motriz. O mundo afetivo é considerado o mundo de relacionamentos humanos capazes de garantir identidade ao ser humano. É dele, e com ele, que é definido quem somos e com quem mantemos nossos laços.

Em análise do aspecto afetivo, qualquer outro aspecto tem sua importância mitigada. Se formos seres capazes de entender quem somos biologicamente, somos, então, igualmente capazes de entender e definir nossas relações de afeto.

O afeto, mais uma vez, passa a estender a ligação do ser humano com o mundo, ultrapassando a condição de um direito para algo capaz de construir as relações do ser humano em família.

Ao definir-se por força da afetividade quem aceitamos como genitores, somos capazes igualmente de reconhecê-los juridicamente.

Para tanto, seria um erro analisarmos, no direito de família, a filiação com uma visão parcialmente definida, embasada com critério unicamente genético, e definir o ser apenas por sua ligação biológica, desprezando seu aspecto ontológico, e, especialmente importante, seu aspecto afetivo (WELTER, 2009).

Assim, o reconhecimento da multiparentalidade é também o reconhecimento do direito não sendo somente um conjunto de institutos e regras a serem aplicadas. Mas, em relação à pluralidade familiar, ter-se o reconheci-

mento da multiparentalidade é forma, também, de se garantir a modificação do registro civil de nascimento. O reconhecimento do afeto como garantia capaz de modificação de um *status* familiar é, também, razão para a alteração da identidade civil e a possibilidade de ter-se mais de um genitor ou genitora registrais.

Essa conduta não é somente o reconhecimento pessoal da multiparentalidade, mas, também, o reconhecimento pela sociedade civil da criação dessa família peculiar pela alteração do registro de nascimento.

4 A MULTIPARENTALIDADE E O REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO NA LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (LEI N. 6.015/73)

A multiparentalidade é, de fato, o surgimento de um novo paradigma para o ordenamento jurídico brasileiro.

Para além de sua existência, seu reconhecimento é feito por meio da alteração do registro civil de nascimento. Entretanto, não pode se tornar empecilho para a sua efetivação, vez que a busca, nesse caso, perfaz-se na verdade real e não exclusivamente na verdade jurídica.

Em verdade, o registro civil de nascimento deve ser adaptado a essa nova realidade, situação que considera a existência de mais de um genitor ou genitora, biológicos ou afetivos, com isso a garantia de todos os direitos e deveres sobrevivendo à filiação.

A Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, Lei dos Registros Públicos, dispõe sobre os registros públicos em geral, em especial do registro civil de nascimento.

A Lei determina o procedimento para o registro civil da pessoa natural, orientando quem poderá fazê-lo e de que maneira poderá ser feito. Em específico, o artigo 54⁵ dispõe o que deverá ser declarado no momento do registro de nascimento para a expedição da Certidão de Nascimento. Espe-

cialmente, faz referência à condição dos pais. Nele destacam-se seus nomes, naturalidade, profissão, local e em qual cartório de registro foi realizado o casamento civil, idade dos genitores e domicílio ou residência do casal.

Ao analisar essa formalidade, não se vê na atual redação da Lei a possibilidade do acréscimo do nome de um genitor ou genitora socioafetivo(a) no registro de nascimento, autorizando a dupla filiação.

Atualmente, em apreciação do novo panorama familiar e das novas manifestações familiares, não se vê a possibilidade de adimplir a condição de filiação com a determinação única dos critérios estabelecidos em lei. O que se faz necessário é a valorização das peculiaridades presentes em cada família.

Alguns entendimentos vêm corroborando a criação de novos paradigmas familiares. Um exemplo dessa manifestação é a Lei n. 11.924/09, que operou uma alteração na Lei dos Registros Públicos ao determinar a modificação de seu artigo 57, § 8º⁶, quando da possibilidade de inclusão do patronímico do padrasto ou da madrasta, a pedido do enteado ou enteada, que pela convivência familiar tem nestes a figura parental reconhecida. Portanto, mais que a alteração do registro civil é o reconhecimento da realidade familiar existente.

Em relação às manifestações multiparentais, a Lei dos Registros Públicos não define a possibilidade de reconhecimento desse estado de filiação.

Em breve análise, observa-se a necessidade da busca desse reconhecimento por meio da provocação do Judiciário, que definirá pela possibilidade do assentimento de uma dupla filiação, biológica e socioafetiva, concomitantemente existentes, manifestas pelo surgimento da figura de mais de um genitor ou genitora afetivos e biológicos. Por consequência, a alteração do registro civil é a contemplação e o reconhecimento de uma nova condição familiar.

5 A ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PELO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No que se refere ao fenômeno da multiparentalidade, importante ressaltar alguns julgados que trouxeram a discussão do tema e neles o reconhecimento da filiação socioafetiva enquanto causa para a modificação do registro civil.

Em primeira análise, uma decisão prolatada em 14 de agosto de 2012, pela Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgando procedente o pedido reconheceu o surgimento da multiparentalidade quando declarou a maternidade socioafetiva, com a inclusão do patronímico materno, paralelamente ao da mãe biológica, no registro de nascimento do filho.

Tratava-se de uma Ação Declaratória de Maternidade Socioafetiva com pedido de retificação do registro civil de nascimento, ajuizada na Comarca de Itu, interior de São Paulo. Com parcial procedência do pedido, o magistrado determinou o reconhecimento apenas da maternidade biológica, declarando não ser possível o reconhecimento da filiação socioafetiva por falta de determinação legal que permitisse a alteração do registro de nascimento. Interposta a apelação se buscava tal reconhecimento.

Nesse sentido, a ementa apresenta:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família – Enteadado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes – A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2012).

No caso em tela, o filho perdeu sua mãe com dois anos de idade. Na época, seu genitor reconstituiu sua família ao novamente se casar. Nessa nova união civil, a então madrasta passou a exercer o papel de genitora afetiva, dedicando-se à criação e formação da criança recentemente órfã de mãe.

Na época do pedido, a autora, em respeito à genitora biológica e seus familiares, não optou pela adoção da criança, mas buscou o reconhecimento da multiparentalidade e modificação do registro civil com a inclusão de seu nome. O motivo, mais uma vez, foi a existência da dupla filiação, fundamentado o pedido no caráter complementar da filiação, não podendo ser considerada substituta a memória da genitora biológica já falecida.

O que se buscava é ter o reconhecimento da multiparentalidade, quando de fato os genitores são e representam as figuras parentais para a criança ou adulto.

Na mesma esteira, a Justiça de Rondônia decidiu pelo deferimento de um pedido em uma ação de adoção que tramitou na Comarca de Cacoal, RO e reconheceu o aspecto da multiparentalidade. A decisão é do juiz Audarzean Santana da Silva, da 2ª Vara Cível. A sentença reconheceu o pedido de uma genitora e autorizou a modificação do registro civil de nascimento de seu filho com a inclusão dos nomes dos genitores socioafetivos com os nomes dos genitores biológicos, mantendo, assim, as duas definições sem distinções (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2014b).

Outro julgamento ocorreu no Estado do Acre. A decisão proferida no dia 27 de junho de 2014, pelo juiz Fernando Nóbrega, da 2ª Vara de Família da Comarca de Rio Branco, reconheceu que o vínculo familiar não pode ser definido apenas pelo critério biológico. Com o atual panorama, uma nova realidade familiar se cria, com multiplicidade de vínculos formados pelo afeto. O juiz fundamentou sua decisão na capacidade que os laços de afeto e de solidariedade têm na convivência familiar e em sua capacidade de reconhecer juridicamente o afeto, com o objetivo de garantir felicidade plena a todos, e com a garantia desse direito, determinando a inclusão do patronímico do

pai biológico e socioafetivo no registro de nascimento da adolescente. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2014a).

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou a respeito da possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade:

[...]

2.3. Em atenção às novas estruturas familiares, baseadas no princípio da afetividade jurídica (a permitir, em última análise, a realização do indivíduo como consectário da dignidade da pessoa humana), a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social, não pode passar despercebida pelo direito. Desse modo, há que se conferir à parte o direito de produzir as provas destinadas a comprovar o estabelecimento das alegadas relações socioafetivas, que pressupõem, como assinalado, a observância dos requisitos acima referidos. (BRASIL, 2014).

Manifestando-se nesses termos, o STJ fomentou a existência e possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade.

As decisões apresentadas são, de fato, importantes passos nesse reconhecimento, fundado no verdadeiro interesse em garantir a identidade humana, quando da importância do critério socioafetivo de filiação, que determina a criação da verdadeira entidade familiar. Além disso, apresentam a possibilidade de modificação do registro de nascimento com a inclusão dos patronímicos maternos ou paternos, dependendo do caso, e mantendo a filiação biológica já reconhecida pelo registro.

6 CONCLUSÃO

A multiparentalidade é defendida em sua forma e surgimento frente ao ordenamento jurídico como uma nova forma de tutelar relações familiares recompostas, ou mesmo as criadas com peculiares condições que as individualizam. No contexto geral, seu reconhecimento é um importante e significativo passo na valorização do aspecto afetivo das relações familiares,

quando as coloca como critério determinante, capaz de modificar o registro civil de nascimento.

A família, como já exposto, mantém importantes modificações em sua história. Contemporaneamente, vem se apresentando nas mais diversas modalidades e formas de manifestação. Sua antiga estrutura patriarcal vem sendo amoldada para um novo conceito.

Esse novo conceito está muito mais interessado na condição das pessoas e no que elas produzem no contexto familiar do que qual a figura que cada um representa internamente. O que se quer dizer é que mesmo havendo papéis definidos em uma relação familiar, isso não impedirá que esses papéis sofram mutações, multipliquem-se ou invertam-se.

A sociedade vive a modernização das técnicas reprodutivas humanas, assim como vive a modernização da própria estrutura familiar. O conceito de socioafetividade, em suas diversas amostragens, vem desvinculando antigos modelos, especialmente ligados à filiação, surgindo entre eles as relações de multiparentalidade.

Oportunamente, ter a prerrogativa de manter uma dupla filiação registral é algo que demonstra não somente a capacidade de mudança das manifestações familiares, mas o reconhecimento do ordenamento jurídico em garantir essa premissa. Essa medida ainda surge como forma de resolução dos conflitos familiares, uma vez que não prioriza um critério de filiação em detrimento de outro. Jurídico, biológico ou afetivo, os três passam a ter a mesma importância e, conseqüentemente, o mesmo reconhecimento.

Essa criação jurídica é a maneira mais interessante de se regulamentar uma situação que há muito tempo já se tornou presente de fato em nossa sociedade.

O reconhecimento da multiparentalidade e a modificação do registro com a inclusão dos genitores socioafetivos é também um reconhecimento da identidade familiar. Dizer que um filho passou a ter mais de um pai ou

mãe, e até mais de um avô ou avó, é o reconhecimento de um passado, de uma história e a garantia de um futuro peculiar.

A falta do ordenamento jurídico brasileiro em não tutelar essa condição pode ser considerada uma afronta ao melhor interesse dos envolvidos, uma vez que, na grande maioria dos casos, o fato de não haver uma tutela que garanta o reconhecimento da multiparentalidade prescindirá da convivência sadia e salutar com todas essas figuras.

Novamente, a multiparentalidade surge como forma de tutelar a liberdade de constituição e desconstituição familiar.

O panorama atual pugna pela quebra dos antigos paradigmas para a formação de novos, e a multiparentalidade é de fato a formação de uma nova maneira de vermos a família como instituto.

Faz-se necessário acolher a multiparentalidade como um novo fato jurídico, como uma nova forma de tutela ao ordenamento jurídico brasileiro, uma alternativa às famílias reconstituídas e às famílias peculiarmente constituídas. É uma forma de garantir a quem precisa o direito de ter seu nome modificado, sua filiação distintamente reconhecida e de propiciar as verdadeiras referências parentais, quando não exclusivamente biológicas. Mais que isso, garantir com o reconhecimento da multiparentalidade e a alteração do registro civil de nascimento o direito à verdadeira identidade.

Notas explicativas

¹ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.” (BRASIL, 2002).

² “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.

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[...]” (BRASIL, 1988).

³ “Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

[...]

7º) Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal.” (BRASIL, 1973).

⁴“Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

[...]

§8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.” (BRASIL, 2009).

REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões de. Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento. **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <<http://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>>. Acesso em: 27 out. 2015.

ALMEIDA, Priscilla Araújo de. **Efeitos da paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro**. 2012. Disponível em: <http://www.serjus.com.br/on-line/artigo_efeitos_paternidade_socioafetiva_11_12_2012.htm>. Acesso em: 02 nov. 2015.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2012. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.senado.org.br>>. Acesso em: 27 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 abr. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1328380/MS, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Órgão Julgador: Terceira turma. Julgamento em 21 out. 2014. **JusBrasil**, 03 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/28/22>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Filiação e Socioafetividade**. Porto Alegre: IBDFAM, 2013.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COHEN, Ana Carolina Trindade Soares; FELIX, Jéssica Mendonça. Multiparentalidade e entidade familiar: fundamento constitucional e reflexos jurídicos. **FITS**: Cadernos de Graduação, v. 1, n. 3, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/fitshumanas/article/view/1215/595>>. Acesso em: 28 out. 2015.

DELISNKI, Julie Cristine. **O novo direito de filiação**. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIREITO DE FAMÍLIA. TJRS entende que afeto se sobrepõe à lei em ação declaratória de maternidade socioafetiva. **Jus Brasil**, 2014. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100649651/tjrs-entende-que-a-feto-se-sobrepoe-a-leiem-acao-declaratoria-de-maternidade-socioafetiva>>. Acesso em: 28 out. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FELL, Elisângela Tremá; KUNZLER, Michelle Cristina. A dupla filiação registral como solução para os conflitos entre o biológico e socioafetivo e a sua repercussão nos direitos patrimoniais e não patrimoniais inerentes à filiação. **Revista da AJURIS**, v. 40, n. 132, 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/251/186>>. Acesso em: 29 out. 2015.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOULART, Fabiane Aline Teles. O Reconhecimento da Filiação Socioafetiva com seus Efeitos Sucessórios. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 32, fev./mar. 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “Contratos” familiares. In: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliana Ferreira; MORAIS, Naime Márcia Martins (Coord.). **Afeto e Estruturas Familiares**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUAZELLI, Mônica. O princípio da igualdade aplicado à família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). **Direitos fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Em decisão inédita, Justiça acreana reconhece o direito à multiparentalidade.**

2014a. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5387/Em+-decis%C3%A3o+in%C3%A9dita%2C+Justi%C3%A7a+acreana+reconhece+o+direito+%C3%A0+multiparentalidade>>. Acesso em 03 nov. 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Tribunal de Justiça de Rondônia reconhece multiparentalidade em ação de adoção.** 2014b.

Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5234/+Tribunal+de+Justi%C3%A7a+de+Rond%C3%B4nia+reconhece+multiparentalidade+em+a%C3%A7%C3%A3o+de+ado%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

LIMA, Adriana Karlla de. Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280>. Acesso em: 28 out. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 24, jun./jul. 2004.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói**: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PÓVAS, Mauricio Cavallazzi. **Multiparentalidade**: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. AC n. 64222620118260286 SP 0006422-26.2011.8.26.0286. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado. Julgamento em 14 ago. 2012. **JusBrasil**, 14 ago. 2012. Disponível em: <<http://tjsp.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

STRIEDER, Roque. **Diretrizes para elaboração de projetos de pesquisa**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como Fenômeno Jurídico Contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, v. 14, 2007.

TREVISOL, Joviles Vitório. **Diretrizes para elaboração de artigos científicos**. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2009.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA E OS DEVERES DE SOLIDARIEDADE DA PROPRIEDADE PRIVADA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO ESTATUTO DA CIDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL¹

Alyson Henrique Becker*
Mixilini Chemin Pires**

Resumo

Este artigo é resultado de pesquisa de iniciação científica realizada na Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste, SC, pelo Curso de Direito. Trata-se de uma pesquisa teórica para fins de identificação e reconhecimento da problematização do tema proposto pela doutrina e pela legislação vigente, considerando-se a necessidade de comprovação jurídica de que o direito social à moradia, como direito fundamental de prestação positiva do Estado, pode ser instrumentalizado e projetado em sua máxima efetividade pelos instrumentos de política urbana dispostos pelo Estatuto da Cidade e passíveis de inserção nos planos diretores dos municípios executores. Nesse ímpeto, com o tema que envolve o presente artigo, buscou-se analisar o direito social à moradia, compreendendo os deveres de solidariedade da propriedade urbana, partindo de um ideal constitucional, observando as diretrizes do Estatuto da Cidade, sob a ótica da função social, assim como as possibilidades de sua implementação. Desse modo, ao aprofundar-se no tema, é de se observar que o direito fundamental social à moradia, hodiernamente, assume primordial relevância, sendo tal prerrogativa assegurada no Texto Constitucional, bem como nas diretrizes do Estatuto da Cidade, o qual possui papel essencial na implementação do direito à moradia, principalmente pelo instrumento do plano diretor, que

* Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; alybecker1@yahoo.com.br

** Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mixilini@unoesc.edu.br

detém a prerrogativa de aplicar políticas públicas para garantir referido direito fundamental. Adotam-se para tal desiderato a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo.

Palavras-chave: Direito à moradia. Função social. Constituição Federal. Estatuto da Cidade.

Social law fundamental to housing and property of social duties of private sector: an analysis of the city status from and social function

Abstract

This article is the result of scientific research survey conducted in Universidade do Oeste de Santa Catarina of São Miguel do Oeste, SC at Law school. This is a theoretical research for identification and recognition of the theme of questioning proposed by the doctrine and by law, in view of the need for legal proof that the social right to housing as a fundamental right in a positive state provision, can be exploited and designed for maximum effectiveness by urban policy instruments arranged by the City Statute and possible inclusion in the master plans of performers Municipalities. In this sense, the issue involving this paper analyzes the social right to housing, including the duties of solidarity of urban property, from a constitutional ideal, noting the City Statute guidelines, from the perspective of the social function as well as the possibilities of its implementation. Thus, the deeper into the theme is to be observed that the fundamental social right to housing, in our times, is of paramount importance, and these powers provided in the Constitution and the City Statute guidelines, which has an important role in implementation of the right to housing, particularly, by the law of the instrument, which has the prerogative to implement public policies to ensure that fundamental right. Is adopted for this aim the literature and the deductive method.

Keywords: Right to housing. Social function. Federal Constitution. City Statute.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem com o título *O direito social fundamental à moradia e os deveres de solidariedade da propriedade privada: uma análise a partir do Estatuto da Cidade e da função social*.

A escolha desse tema deve-se, essencialmente, aos problemas urbanos de falta de moradia, comuns em qualquer “tamanho” de cidade, entre eles o da segregação espacial urbana que revela a cidade em “dois lotes”: a cidade legal e a cidade informal (as periferias), e todos os problemas de ordem social decorrentes disso.

É na tentativa de apontar uma possível solução ou, talvez, uma possível prevenção que se almejou a escolha do presente tema. Em outros termos, buscar nas próprias diretrizes constitucionalmente previstas para as cidades, como as que normatizam o Estatuto da Cidade, instrumentos capazes e efetivos de contribuir para a solução dessas mazelas e concretude do direito social e fundamental à moradia. Nada mais do que o cumprimento de um direito de efetivação positiva do Estado com mecanismos à disposição dos Entes Públicos.

Ainda, há que se ressaltar que os municípios, nos últimos anos, vêm se preocupando de forma mais incisiva com a problemática urbana. Tal preocupação pode ser muito bem ilustrada quando da elaboração dos planos diretores. Entretanto, verifica-se que a sociedade civil, de certa forma, mantém-se afastada da elaboração dessas diretrizes que são essenciais para a qualidade de vida urbana, “da sua qualidade de vida”, e, muitas vezes, acabam por não conhecer instrumentos de política urbana que poderiam “resolver suas vidas” e de “toda a sociedade”.

Porquanto, o presente artigo corporifica-se como um instrumento jurídico que visa contribuir para a consecução de uma política urbana que privilegie políticas públicas urbanas de fomento ao direito social e fundamental

à moradia, em contribuição à formação e concretude do direito fundamental à cidade sustentável.

Assim, o problema a ser desenvolvido pode ser representado pela seguinte pergunta: diante do dever de solidariedade que decorre da funcionalização da propriedade privada e do direito fundamental e social à moradia, possui o Estatuto da Cidade diretrizes possíveis para sua implementação? Em outros termos, objetivou-se verificar a possibilidade de implementação do direito social à moradia a partir das diretrizes estabelecidas pelo Estatuto da Cidade, especialmente referente aos deveres de solidariedade decorrentes da propriedade urbana funcionalizada.

2 A OCUPAÇÃO DOS ESPAÇOS URBANOS E O DIREITO SOCIAL À MORADIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA NORMATIVA CONSTITUCIONAL E URBANA

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito à cidade sustentável e o direito social à moradia como direitos fundamentais. Cumpre destacar que a identificação de um direito fundamental fora do Título II é possível em razão da regra inscrita no artigo 5º, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988, que reconhece a existência de direitos implícitos, ou seja, direitos subentendidos de um direito ou princípio expressamente positivado.

Dessa forma, o direito de viver em uma cidade sustentável é um direito de terceira geração, caracterizado pela titularidade indeterminada e indivisibilidade do objeto. Isso porque a cidade se incorpora no meio ambiente construído, alcançando previsão normativa não somente no Texto Constitucional, mas também na Lei Federal n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que veio a fomentar a criação de políticas urbanas específicas por meio de planos diretores em cada município, de acordo com sua realidade social, política, geográfica e econômica.

Por derradeiro, embora haja legislação a regulamentar e disciplinar a ocupação e utilização dos espaços urbanos, a existência de problemas dessa ordem é visível e concreta e não permeia apenas grandes centros urbanos, mas centros menores e ainda em desenvolvimento. Muitos dos problemas centrais urbanos provêm do seu processo de urbanização, de um método descompassado de ocupação dos espaços físicos do território municipal, como são os clássicos problemas de moradia urbana.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico prevê o direito a uma cidade sustentável, que venha a promover qualidade de vida às pessoas, nas funções mínimas de moradia, trabalho, circulação e lazer.

Nesse aspecto, destaca Saule Junior (1999, p. 160):

[...] o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio têm como vínculo o desenvolvimento sustentável [...] O princípio do desenvolvimento sustentável fundamenta o atendimento das necessidades e aspirações do presente, sem comprometer a habilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades [...] a política de desenvolvimento urbano deve ser destinada para promover o desenvolvimento sustentável, de modo a atender às necessidades essenciais das gerações presentes e futuras. O atendimento dessas necessidades significa compreender o desenvolvimento urbano como uma política pública que torna efetivo os direitos humanos, de modo a garantir à pessoa humana uma qualidade de vida digna.

Para tanto, a garantia do direito à cidade sustentável estabelecida pelo artigo 2, inciso I, do Estatuto da Cidade como direito fundamental, dispõe que o meio ambiente urbano, para ser considerado adequado à qualidade de vida dos habitantes deve, essencialmente, cumprir com os objetivos da política urbana, como atender ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A cidade sustentável constitui um dos principais meios essenciais para garantir a convivência humana e uma sadia qualidade de vida, caracterizando-se pelo desenvolvimento sustentável, ou seja, pelo desenvolvimento dos meios necessários para a proteção dos direitos humanos. Ademais,

hodiernamente, uma cidade sustentável possui enorme importância para o bem-estar da população, pois busca a valorização do meio natural mediante a preservação ambiental.

Dessa forma, a efetividade do direito à cidade sustentável depende que o Estado providencie meios necessários para a concretude dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionalmente assegurados, essenciais para uma qualidade de vida adequada em sociedade, entre os quais se pode destacar o direito social à moradia digna – o de fomentar o bem-estar da população.

Nesse ápice, é notório que as cidades crescem de forma desigual e excludente, e que, em relação às populações carentes, pela valorização da terra urbana, a ocupação do solo ocorre pelo princípio da segregação residencial, ou seja, são acolhidas pela periferia. O enfrentamento da pobreza e da falta de moradia somente passou a ser considerado e valorado a partir do momento em que a cidade legal (longe das periferias) passou a sentir os efeitos sociais dessa exclusão urbana, como a violência (GAZOLA, 2008). É por esse e tantos motivos que o planejamento “[...] não é uma faculdade do administrador – é um dever constitucional.” (SILVA apud GAZOLA, 2008, p. 75).

E sob esse enredo, é importante frisar que “[...] o direito à moradia significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação.” (SILVA apud GAZOLA, 2008, p. 113).

Porquanto, para se analisar o direito à moradia é necessário considerar diversos fatores que podem impedir ou viabilizar o seu tão fundamental acesso, entre eles a possibilidade de acesso à terra urbana por famílias de baixa renda.

Por certo, a Constituição Federal de 1988 fez a opção pelo Estado Social Democrático de Direito, apesar de todas as suas críticas e angústias, somando valores de liberdade e igualdade, com redução das desigualda-

des sociais. Um exemplo a ser trazido em prol desse modelo e resultado interpretativo é a propriedade privada, em que a grande diferença na regulamentação da propriedade pelo Texto Constitucional recepciona que antes a propriedade privada e a função social eram tidas como princípios da ordem econômica e, hodiernamente, são tidas como princípios fundamentais, como garantias individuais.

Analisando essa função social juridicamente, significa que todo aquele que possuir um direito subjetivo na satisfação de interesse próprio não pode transportar a sua satisfação individual na lesão de expectativas legítimas de uma coletividade. Os limites à atuação desse direito subjetivo são estabelecidos pela própria sociedade, isso porque somente com a harmonização da autonomia privada da pessoa e o princípio da solidariedade é que se poderá conceber a conciliação entre a liberdade e a igualdade material e concreta (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Tangenciando tal preocupação ao direito de propriedade, um dos mais significativos resultados do processo de constitucionalização, observa-se de que a inserção da função social como conteúdo e não mais como limitação objetiva valorizar e legitimar os atos do indivíduo e não inibir ou excluir seu direito subjetivo, o que não significa a supremacia do social sobre o individual, mas a plena realização do bem comum (pessoa e coletividade).

A afirmar, a lei e as decisões que nela se baseiam em um processo de subsunção devem promover, antes de tudo, a organização social da vida privada e a efetivação de direitos fundamentais no melhor interesse do ser humano e resgatar direitos fundamentais, sufragados “no plano abstrato de sua efetividade”, desde 1988, a partir de um processo necessário de constitucionalização de direitos, como o direito social à moradia.

Corroborando, com o intenso crescimento econômico, a urbanização vinculou-se a um crescimento desordenado e desigual, gerando dois lados, ou seja, um altamente desenvolvido, e outro de inúmera pobreza e marginalidade (MALUF, 2010). Ou seja, com a industrialização, a necessidade de mão

de obra se tornou efetiva, e o sonho de uma vida melhor atraiu brasileiros e estrangeiros de todas as partes; contudo, as cidades passaram a crescer sem o devido planejamento. Tal expansão desordenada gerou a criação de moradias irregulares, como, por exemplo, os cortiços. Tentando solucionar o problema, na época foi instituída a Lei n. 6.766/79, que proibiu as moradias irregulares, todavia sem êxito, contribuindo tão somente para que a massa humana se deslocasse para a periferia da cidade, ainda se urbanizando de forma incipiente, criando-se, assim, as famosas favelas (ERENBERG, 2008).

Por tais motivos é que a Constituição Federal de 1988 se preocupou com o tema, havendo uma relevância maior na caracterização do plano diretor, mencionando-o de forma expressa no artigo 182 da Constituição Federal de 1988, o qual estabeleceu a base de seu regime jurídico e seus contornos. Assim, a planificação urbana, em especial o próprio plano diretor, foram considerados instrumentos jurídicos fundamentais para o desenvolvimento do País, no que se refere às suas políticas urbanas (ERENBERG, 2008).

A previsão constitucional sobre o plano diretor foi aparelhada pela edição do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), em que se agregaram elementos ao conceito jurídico abstrato de plano diretor, fornecido pelo artigo 182 da Constituição Federal de 1988, fato que atribuiu contornos práticos. O Estatuto da Cidade disciplinou o plano diretor em seu capítulo III, mais especificadamente nos artigos 39 a 42 (ERENBERG, 2008).

Decorridos cerca de 12 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi positivada a Emenda Constitucional n. 26/2001, que expressamente tratou sobre o direito à moradia. Hodiernamente não há dúvidas do caráter fundamental do direito à moradia, considerado por alguns como direito de personalidade, pelo menos naquilo que se vincula à dignidade da pessoa humana agregada às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

O direito social à moradia, igualmente aos demais direitos fundamentais, abrange várias disposições jurídicas objetivas e subjetivas, com

natureza positiva e negativa. No que se refere ao direito de defesa, caracterizado pela natureza negativa, o direito fundamental à moradia impede que as pessoas se privem arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, em razão de atos estatais e de particulares. Cita-se, como exemplo, a impenhorabilidade do bem de família, consubstanciada na Lei n. 8.009/1990, artigo 3º, protegendo-se, assim, o direito à moradia (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Guarda relação com a dimensão positiva do direito à moradia a previsão constitucional da usucapião especial urbana, na qual o que está em pauta é o direito à obtenção do título de propriedade por parte do detentor da posse para fins de moradia, conforme nota-se no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, bem como na legislação infraconstitucional do instituto, em especial no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), nos artigos 4º, V, j, e 9º a 14, e no Código Civil (Lei n. 10.406/2002), artigo 1.240. Quanto à regulamentação da usucapião no Código Civil de 2002, importante é destacar, também, em termos similares ao da usucapião especial ou constitucional urbana, da usucapião especial rural, nos moldes do artigo 1.239. Ainda, recentemente, no ano 2011, com a positivação da Lei n. 12.424/2011, também foi assegurado o direito à moradia no que se refere à família, esculpido no artigo 1.240-A do Código Civil de 2002. Por tais motivos, nota-se que as usucapiões especiais têm por objetivo assegurar diretamente o direito à moradia (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Pois bem, traduz-se o direito de moradia na construção de um local digno para se viver; tal premissa deve ser observada pelo Poder Público ou, alternativamente, devem ser fornecidos recursos para a realização de obras que assegurem uma moradia em condições de habitualidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Cumprе esclarecer que o acesso a um mínimo existencial se encontra impregnado no direito fundamental à propriedade, bem como no direito social de moradia. A Declaração dos Direitos do Homem prevê o direito à

propriedade a toda pessoa. Assim, a dignidade da pessoa humana possui como papel primordial a defesa da integridade humana, por meio da tutela das situações jurídicas da personalidade, de modo a preservar os bens jurídicos intrínsecos e essenciais, como também situar a missão de parte do patrimônio, justamente na preservação das condições materiais mínimas de humanidade, o chamado patrimônio mínimo. Diz-se isso pelo ser humano ser o fim da ordem jurídica e não o meio de afirmação de interesses patrimoniais alheios. Por derradeiro, salienta-se que a terminologia “existencial”, empregada por Fachin, deve ser utilizada quando da discussão da presente matéria, considerando-se que o objetivo é afirmar que a ordem civil de um Estado Democrático de Direito é agente de transformação social (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Desse modo, o mínimo existencial, em relação ao mínimo vital, é algo quantitativa e qualitativamente superior, identifica-se com uma frente ativa na manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano. Contudo, o ser humano, como todos sabem, possui demandas que não são compartilhadas pelas outras formas de vida. Ou seja, busca-se uma vida digna além daquilo que seja orgânico e fisiológico, inspirando-se ir além da mera sobrevivência (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Registra-se que o artigo 6º da Constituição Federal de 1988, com redação conferida pela Emenda Constitucional n. 26/2000, acrescentou o direito social fundamental de moradia. Nessa seara, os direitos sociais são dotados de dimensões, as quais se pode dividir em positivas e negativas. Assim, a esfera positiva demanda prestações estatais jurídicas e materiais como garantia do acesso ao direito social de moradia. Ainda, a dimensão positiva consiste em uma política agressiva de conversão de excluídos em autônomos cidadãos proprietários, com a aptidão plena de usufruir e dispor de bens jurídicos. A dimensão negativa, por sua vez, impede agressões à esfera de liberdade e a outros bens jurídicos fundamentais, por meio de

abstenção de comportamentos que podem ferir o direito social de moradia (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Assim, a ideia central é proteger o direito fundamental à propriedade e proporcionar o direito social fundamental à propriedade, ou seja, à moradia, sempre conciliando a defesa da liberdade daquele que é proprietário com a valorização do princípio da igualdade substancial pela mão da democratização em favor dos não proprietários. Ora o desempenho econômico de uma nação é intrinsecamente ligado aos valores aceitos consensualmente pela sociedade e à capacidade de cada pessoa desempenhar sua competição no mercado; se assim o fosse teríamos saído dos programas assistenciais, calcados na viabilização do mínimo orgânico, para o ingresso no plano do mínimo existencial (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Hodiernamente, as construções irregulares contribuem com uma série de problemas, consequências negativas para a coletividade, como, por exemplo, a violência urbana, a degradação sistemática do interesse turístico e paisagístico, a dificuldade do Estado em proporcionar serviços públicos, além dos problemas de ordem urbanística e ambiental (ERENBERG, 2008).

3 O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito do instituto de propriedade pode ser econômico-social, metajurídico ou a partir de qualquer enfoque pessoal que se lhe queira atribuir. Contudo, o direito de propriedade deve ser considerado como algo traçado pelo ordenamento jurídico constitucional, cuja conotação será fornecida pelas normas infraconstitucionais, a par das interpretações jurisprudenciais e doutrinárias, fato que paulatinamente vai lhe enriquecendo o conteúdo (ERENBERG, 2008).

A constitucionalização do direito de propriedade fez com que houvesse o elastecimento do conceito de propriedade apresentado pelo Código

Civil da época, de modo que a variedade e a relatividade da noção de propriedade, conquistadas mediante longo processo evolutivo, vêm para ajudar a rejeição da propriedade como noção abstrata, constituindo-se, dessa forma, sua noção pluralista (TEPEDINO, 2008).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 passou a disciplinar a propriedade em âmbitos mais amplos, sempre de acordo com a sua potencialidade econômica e destinação. O direito de propriedade, na órbita de direito humano constitucionalmente reconhecido, expandiu-se, bem como o conceito constitucional de propriedade privada, além da parte funcional de tal instituto (TEPEDINO, 2008). Foi com o advento do Código Civil de 2002, em vigor, que se reproduziu a ideia que norteia hodiernamente a propriedade (FARIAS; ROSENVLAD, 2011). A ideia mestra repousa no sentido de enumerar as faculdades essenciais que integram o domínio. Contudo, o Código Civil de 2002 omitiu-se em trazer o conceito de propriedade, guiando-se menos por um critério científico do que descritivo, impedindo, assim, soluções exatas (FREITAS apud FARIAS; ROSENVLAD, 2011).

Nesse sentido, “[...] o direito de propriedade é a expressão juridicamente reconhecida à propriedade. É o perfil jurídico da propriedade. É a propriedade tal como configurada em dada orientação normativa. É, em suma, a dimensão ou o âmbito de expressão legítima da propriedade: aquilo que o direito considera como tal.” (MELLO, 1987, p. 39 apud ERENBURG, 2008, p. 101).

O direito de propriedade se firma como o mais extenso de todos os direitos subjetivos patrimoniais. É visto como um direito fundamental, encontrando-se ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, conforme demonstrado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal (FARIAS; ROSENVLAD, 2011).

No âmbito do Texto Constitucional, a propriedade é trabalhada como um direito fundamental, ao mesmo tempo que atribui a esta uma função social, conforme artigo 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal de

1988, passando a ser marcada pelo cunho social. Tal publicização do direito de propriedade é resultado da impossibilidade de plena satisfação das liberdades individuais, se desconsideradas as liberdades sociais (CAVEDON, 2003).

Desse modo, arrisca-se dizer que o direito à propriedade é uma observância modificada do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, o qual garante o acesso ao direito de propriedade, com a promoção do princípio de igualdade substancial pela democratização em prol dos não proprietários, ou, em outras palavras, a propriedade como acesso a um mínimo existencial (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Referente ao caráter absoluto do direito de propriedade, é de se mencionar que ele possui algumas situações que o relativizam. Desse modo, o direito de propriedade, quando tratado em caráter *erga omnes*, fornece a prerrogativa de desfrutar a coisa como bem entender. Porém, quando se trata de direitos coletivos, há claras limitações ao direito de propriedade, aparecendo, assim, a figura da função social, econômica e ambiental da propriedade, bem como outras previstas no próprio Código Civil. Assim, o direito de propriedade consubstancia-se como fundamental, já que constante na Constituição Federal, nos moldes do artigo 5º, XXII e XXIII, fazendo com que o direito de propriedade, bem como sua função social, sejam aplicados de forma imediata na relação entre os particulares, o que é reforçado pelos demais direitos fundamentais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, ainda mais nos casos de difícil solução (TARTUCE, 2011).

Antes a propriedade era encarada como um dos mais importantes direitos fundamentais, visto como absoluto e oponível a todas as demais pessoas que não respeitassem o domínio do proprietário. Hodiernamente a propriedade não é mais entendida como um direito absoluto, pois deve atender aos ditames da função social (PAULO; ALEXANDRINO, 2012).

Assim, diante de uma visão histórica, do aumento populacional nos últimos tempos e de uma conscientização aprofundada dos direitos naturais

fundamentais do homem, em prol de uma vida digna, é que foram afastados os diplomas de rigorismo individualista que imperava em outros tempos sobre a propriedade privada, constituindo, assim, uma preponderância ao homem, relativamente aos bens (RIZZARDO, 2011).

Desse modo, o individualismo exacerbado dos dois últimos séculos corrompeu o sentido do direito subjetivo, sendo necessária a inserção do princípio da função social nos ordenamentos atuais, resgatando o valor social camuflado pela ideologia então dominante (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Nessa seara, a função social surgiu como marco importante para garantir certos direitos. Assim, entende-se como função social o dever de satisfazer aos interesses da sociedade, vinculando-se a um poder em que seu exercício é condicionado ao cumprimento do referido dever de solidariedade, ao mesmo tempo que são fornecidos meios para atingir tal fim (CAVEDON, 2003).

A função social limita os institutos individualistas, em prol dos ditames do interesse coletivo, uma vez que possuem característica de superioridade em relação aos interesses particulares, concedendo igualdade e liberdade entre os sujeitos de direito, buscando proteger a liberdade de cada um deles, em seu aspecto material (MELO, 2013).

Aquela carga absolutista do direito de propriedade, atribuída ao puro direito subjetivo, utilizada, muitas vezes, como instrumento de exclusão social, sofreu e tem sofrido enormes/graves mudanças de paradigma no momento em que provocou a necessária conciliação entre poderes e deveres do proprietário, tutelando a propriedade e os próprios poderes econômicos e jurídicos, ao adimplemento de deveres sociais. Diante disso, o direito de propriedade vinculou-se a três princípios: o bem comum, a participação e a solidariedade, não havendo a incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma relação obrigatória de complementaridade (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Assim, parafraseando, a propriedade experimentou um giro ideológico com o advento da Constituição Federal de 1988, passando de direito subjetivo absoluto a um direito com viés social, devendo ser exercido em prol dos interesses da coletividade. À medida que o direito de propriedade é consagrado como de nível constitucional, denota-se a proteção de funcionalidade da utilização, ou seja, a aptidão natural da coisa, fundida com a destinação social, nos moldes do contexto em que ela é inserida. É de se mencionar que a propriedade que merece a plena proteção constitucional é a propriedade qualificada. Nota-se, assim, que a propriedade é, na verdade, função social (ERENBERG, 2008).

O conteúdo da função social da propriedade pode ser entendido como um dever e o poder que o proprietário possui sobre o bem para realizar suas satisfações e necessidades pessoais, visando sempre, e concomitantemente, à satisfação das necessidades comuns da coletividade. Por tal razão, a sociedade, no decorrer do tempo, veio sendo submetida a diversas limitações impostas pela legislação no exercício do poder que o proprietário detém sobre a coisa (MALUF, 2010).

Nesse contexto, a função social da propriedade possui uma gama de limitações ou restrições legais que regulamentam o uso da propriedade, visando impedir o mau uso e evitar o individualismo, buscando não lhe alterar a substância e perquirindo o bem-estar da coletividade, valorizando o ideal do ser humano e disponibilizando a sua sobrevivência com dignidade (MALUF, 2010, p. 61).

A função social da propriedade encontra-se impregnada no Código Civil como uma cláusula geral, intencionalmente redigida, para possibilitar a aplicação e a interpretação ao ajuste dos valores sociais. Nesse sentido, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.228, § 1º, é entendido como cláusula geral, servindo de intermédio entre a Constituição Federal e os microsistemas, podendo-se implementar tal princípio constitucional em qualquer relação privada (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Em que pese à abordagem constitucional da propriedade, como alhures demonstrado, é impreciso crer que o seu regramento foi suprido pelo direito público. Desse modo, a propriedade ainda é formalmente privada, contudo materialmente social. Diz-se isso pois é privada em razão de sua forma, em que o domínio é exclusivo, porém é social no que se refere à sua destinação e controle de legitimidade e merecimento (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

Destaca-se que “[...] o princípio não visa à negação do direito de propriedade, ‘mas de somar racionalmente as vantagens existentes nos sistemas socialistas e liberais, condicionando o uso das riquezas ao bem-estar coletivo.’” (OLIVEIRA, 1982 apud TORRES, 2010).

Assim, destaca-se que o fenômeno de propriedade possui vinculação direta com os direitos fundamentais, prendendo-se a um maior ou menor grau de liberdade, igualdade e solidariedade. Nesse compasso, garante-se a liberdade de quem é titular, promovendo a igualdade material em favor daqueles que guiam a titularidade, mediando a solidariedade na tensão encontrada entre proprietários e não proprietários, com o intuito de que seja possível extrair dos bens o melhor em proveito próprio e coletivo/social (FARIAS; ROSENVALD, 2011).

O artigo 182 da Constituição Federal de 1988, em seu § 2º, determina a função social da propriedade urbana, a qual deverá atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. É de se dizer que tal princípio é norma em branco, o qual necessita ser complementado pelo plano diretor, que traz força ao dispositivo constitucional (ERENBERG, 2008).

Por fim, cumpre depreender-se que a propriedade urbana deve ser exercida em observância das circunstâncias socioeconômicas-urbanístico-ambientais que lhe impõem as normas limitadoras, sempre visando à conciliação dos interesses privados e dos sociais, abandonando o caráter ab-

soluto que forneceu lugar aos abusos prejudiciais aos recursos naturais e culturais, ocasionando seu esgotamento e destruição (MALUF, 2010).

4 A PROPRIEDADE URBANA E OS DEVERES DE SOLIDARIEDADE SOCIAL: DISCUSSÕES ACERCA DO DIREITO SOCIAL À MORADIA EM UMA LEITURA DO ESTATUTO DA CIDADE – POSSIBILIDADES DE IMPLEMENTAÇÃO

Quanto à efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia, na condição de direito positivo, esta abrange prestações fáticas e normativas, traduzidas em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental. É em razão disso que o Estatuto da Cidade, apesar de ter sido implementado em um lapso temporal razoavelmente longo, cerca de 13 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe o dever (prestacional) de legislar sobre a matéria, ou seja, sobre o direito à moradia (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

É de se destacar que o direito à moradia foi incluído no Texto Constitucional por força da EC n. 26/2000, que alterou a redação original do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sendo atribuído a tal direito *status* de direito social. A Lei n. 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade, com o fito de assegurar formas de garantir o direito à moradia, fez surgir prerrogativas de intervenção do Poder Público sobre o patrimônio particular, bem como sobre as próprias cidades, caracterizando-se, assim, como uma Lei inovadora que abre possibilidades no desenvolvimento de uma política urbana a qual considera a cidade em suas dimensões urbanas e sociais (HOLZ; MONTEIRO, 2008).

Nessa seara, o Estatuto da Cidade regulamenta uma série de instrumentos jurídicos e urbanísticos, sempre parafraseando e reafirmando a intenção do Plano Diretor, reconhecido como eixo primordial na regulamentação urbanística das cidades. A garantia do pleno desenvolvimento das ci-

dades e a função social da propriedade urbana são o objetivo do Estatuto da Cidade, permitindo que os municípios adotem instrumentos para a política de urbanização e a legalização dos assentamentos, combatendo a especulação imobiliária e promovendo uma distribuição mais justa dos serviços públicos, buscando soluções planejadas e articuladas para os problemas das cidades com a participação popular (HOLZ; MONTEIRO, 2008).

Nesse sentido, com a edição do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01), que tem por principal meta efetivar as diretrizes constitucionais da política urbana, contribuindo para a difusão de um verdadeiro direito das cidades, foi alcançado um ponto positivo para buscar fornecer efetivação do direito a uma moradia e, conseqüentemente, proporcionar uma vida digna àqueles que habitam o País (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Por ser o Estatuto da Cidade também rico em instrumentos que objetivam a realização prática do direito à moradia, cabe destacar os seguintes:

a) operações urbanas consorciadas, em que o Poder Público e os próprios particulares atuam conjuntamente, objetivando alcançar melhorias sociais e valorização ambiental nas áreas urbanas;

b) estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), verificando aspectos positivos e negativos do empreendimento ou atividade que se pretenda implementar sobre a qualidade de vida da população residente na área afetada e em suas proximidades, conforme artigo 37 do Estatuto;

c) possibilidade de usucapião coletiva das áreas urbanas ocupadas por população de baixa renda e nas quais não seja possível a individualização dos terrenos, constituindo condomínio indivisível, com estabelecimento da propriedade com fração para cada indivíduo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

Corroborando, o Estatuto da Cidade, instituído pela Lei Federal n. 10.257/01, tem por objetivo implementar diretrizes urbanas destinadas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e da cidade, nos moldes do artigo 182 da Constituição Federal de 1988. Uma

de suas finalidades principais é o estabelecimento de diretrizes de planejamento para desenvolvimento das cidades, distribuição da população, das atividades econômicas do município, entre outros meios essenciais para o crescimento correto do espaço urbano, sendo importante ressaltar que tais diretrizes são regidas pelo poder de polícia da municipalidade, fato que leva à edição de leis para ordenação e controle, com o intento de sua efetiva aplicação (FIGUEIREDO, 2010).

Dessa forma, o Estatuto da Cidade surgiu para instituir uma nova ordem urbanística no sistema jurídico brasileiro. Na qualidade de legislação federal, o seu conteúdo está abrangido pelo interesse social e de ordem pública, no qual as normas versam sobre o uso da propriedade urbana particular em prol da coletividade. Nesse sentido, nota-se que o poder atribuído aos municípios quanto à competência de instituir políticas urbanas se tornou uma ferramenta primordial para garantir o direito transindividual e fundamental social da moradia (TEIXEIRA, 2013).

5 CONCLUSÃO

No presente artigo teve-se como fator primordial analisar o direito social à moradia, sob a ótica da função social, compreendida dentro da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Cidade, bem como métodos de implementação do referido direito fundamental, dentro das prerrogativas que a legislação oferta.

A importância deste estudo revestiu-se em razão da necessidade de se perceber que as cidades crescem de maneira exacerbada, sem qualquer respeito ao direito social fundamental à moradia, existindo e aumentando locais de moradias irregulares, fazendo com que não apenas seja tolhido tal direito a alguns, mas também por influenciar problemas refletivos diversos, como, por exemplo, o aumento da criminalidade.

Pelos argumentos, mesmo que breves esposados neste artigo, verificou-se que tal situação deve ser erradicada para que se garanta o direito social de moradia e, ao mesmo passo, sejam extintos vários outros problemas sociais. É de se deixar claro que o direito fundamental social à moradia se encontra impregnado na Constituição Federal de 1988, arremetida pela Emenda Constitucional n. 26/2001.

Atrelada a tal direito se encontra a função social da propriedade, a qual sofreu grandes mudanças no decorrer da história. Antes entendida como absoluta, agora deve a propriedade respeitar a função social, prerrogativa dada, inclusive, pela Constituição Federal de 1988 e atribuída à propriedade urbana em todos os seus *status*. Por derradeiro, relativizou-se o direito de propriedade, para que se buscasse o bem-estar coletivo.

Dessa forma, com o intuito de efetivar a implementação do direito fundamental social à moradia e de empregar dar funcionalidade à propriedade urbana em prol dos deveres de solidariedade que lhe são devidos, o Estatuto da Cidade tratou sobre o plano diretor, ferramenta capaz de criar condições e de efetivar o direito à moradia, eis que possui poder para aplicar políticas públicas, ou seja, para apresentar e executar programas sociais, dentro de cada municipalidade, como, por exemplo, sistemas habitacionais para aqueles que não possuem moradia ou que se encontram em moradias irregulares ou mesmo ilegais.

Nota explicativa

¹ Este artigo é resultado de pesquisa de iniciação científica realizada na Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste, pelo curso de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 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. **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: 12 dez. 2014.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visual Books, 2003.

ERENBERG, Jean Jacques. **Função social da propriedade urbana**: municípios sem plano diretor. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Direito imobiliário**. 1. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2010.

GAZOLA, Patricia Marques. **Concretização do direito à moradia digna – teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HOLZ, Sheila; MONTEIRO, Tatiana Villela de Andrade. Política de habitação social e o direito à moradia no Brasil. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA, 10., 2008, Barcelona. **Anais...** Barcelona, 2008. Disponível em: <<http://www.ub.edu/geocrit/-xcol/158.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações urbanas ao direito de propriedade**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MELO, José Mário Delaiti de. A função social da propriedade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12660>. Acesso em: 10 nov. 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional**: descomplicado. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAULE JUNIOR, Nelson (Coord.). **Direito à cidade**: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SOUZA, Raquel Dias de. **Alcance normativo do princípio da função social da propriedade no Estado Democrático de Direito**. 2009. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Discentes/Alcance%20Normativo%20do%20Principio%20da%20Func%20Soc.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Humberto Gustavo Drummond da Silva. O direito transindividual à moradia e o estatuto da cidade enquanto norma ambiental. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 16, n. 108, jan. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12637>. Acesso em: 20 dez. 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse**: um confronto em torno da função social. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR: REINTEGRAÇÃO À FAMÍLIA NATURAL

Vívian Carla Lamberti Pasini*

Fernanda Trentin**

Resumo

Diante da possibilidade de os pais perderem o poder familiar de seus filhos, necessária se faz a análise acerca do restabelecimento de tal vínculo. Assim, no presente artigo teve-se por objetivo analisar a possibilidade do restabelecimento do poder familiar nos casos cujos pais consigam comprovar a superação da situação que ensejou o processo judicial de destituição. A ação de destituição do poder familiar somente é aplicada em situações excepcionais, contudo, em alguns casos, a família consegue adquirir condições para recuperar a prole e pretende a revisão do julgado. Apesar da falta de previsão legal e dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes sobre o assunto, do estudo realizado conclui-se pela possibilidade do restabelecimento do poder familiar, desde que os pais demonstrem que foram cessadas as causas as quais levaram à destituição, que a criança ou adolescente não tenha sido adotada, e que a medida atenda ao melhor interesse dos filhos, de modo a garantir-lhes o direito de serem criados e educados na sua família biológica.

Palavras-chave: Poder familiar. Destituição. Restabelecimento.

* Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina; Pós-graduada, em Direitos Fundamentais da Família, Criança e Adolescente na Universidade do Oeste de Santa Catarina. Técnica Judiciária Auxiliar do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professora no Curso de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina de São Miguel do Oeste.

Restoration of family power: return to natural family

Abstract

In this article the aim was to analyze the possible re-establishment of family power in cases whose parents are able to prove the resilience of the situation giving rise to the judicial impeachment. The action of removal from family power is applied only in exceptional situations, however, in some cases, the family manages to acquire conditions to recover the offspring and wishes to review the ruling. Despite the lack of legal provision and differing doctrinal and jurisprudential positions on the subject, the study is concluded by possible re-establishment of family power, since the parents show that the causes which led to the dismissal was quit, the child or teen has not been adopted, and the measure meets the children's best interests, in order to guarantee the right to be raised and educated in their biological family.

Keywords: Family power. Dismissal. Restoration.

1 INTRODUÇÃO

Frente às inúmeras possibilidades dos pais, pela razão que for, de perderem o poder familiar em relação aos filhos, é que se buscou analisar a eventual possibilidade de se restabelecer esse vínculo, desde que solucionados os motivos que ensejaram a medida judicial em questão.

Os relacionamentos familiares são permeados de inúmeros direitos e deveres que constantemente sofrem abusos ou omissões, mais comumente nas relações entre pais e filhos quando do exercício do poder familiar.

Em algumas situações, principalmente quando ocorre o descumprimento dos deveres parentais, o Estado necessita intervir nas relações familiares, podendo suspender, e até destituir, o poder familiar dos pais faltosos.

Ocorre que, em alguns casos, os pais conseguem superar os motivos que ensejaram a destituição do poder familiar e pretendem recuperar a prole.

Para atender ao objetivo do presente artigo, serão abordadas questões atinentes ao exercício, conceito e características do poder familiar, seguindo com o estudo da intervenção estatal, mais precisamente com os casos de suspensão e perda judicial do poder familiar.

Na sequência, o enfoque será dado para alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade do restabelecimento do poder familiar, bem como a previsão legal estrangeira sobre o assunto para posterior conclusão, com a realização de análise da aplicação dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e do direito à convivência familiar aos casos de restabelecimento do poder familiar.

2 PODER FAMILIAR

No início da vida, principalmente nos períodos da infância e da adolescência, todo o ser humano necessita de alguém responsável por sua criação, educação e proteção, cabendo, por natureza, aos pais realizar essa incumbência e, na sua falta, a algum adulto responsável.

A esse conjunto de direitos e deveres dos pais na criação dos filhos enquanto menores, encontra-se no ordenamento jurídico a figura do poder familiar.

A expressão poder familiar corresponde ao que era anteriormente denominado pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas* e significava o direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar, que era o pai, sobre a pessoa dos filhos (DIAS, 2005).

Com a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, prevista no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal, a expressão pátrio poder tornou-se inapropriada, ocasionando a alteração da denominação pelo Código Civil de 2002 para poder familiar, muito mais adequada ao Texto Constitucional e à realidade social. A esse respeito, Elias (2004, p. 22) afirma

que “[...] a troca de ‘pátrio’ por ‘familiar’ quer, sem dúvida, enfatizar que referido poder deve ser exercido tanto pelo pai como pela mãe.”

Trilhando a mesma senda, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu artigo 21, que o poder familiar será exercido em igualdade de condições entre pai e mãe, assegurando-lhes o direito de buscarem na autoridade judiciária a solução da divergência.

Desenvolveu-se, de acordo com Gomes (2000), uma tendência pela consagração do princípio da paridade conjugal, de forma que ambos os pais devem ter o mesmo grau de autoridade em relação ao filho.

Definido a quem cabe o exercício do poder familiar, cumpre citar alguns conceitos, visto que coube à doutrina conceituar o instituto, porquanto o ordenamento positivo ateu-se mais à sua regulamentação do que à sua definição.

Entre os inúmeros conceitos existentes, Maciel (2007) define o poder familiar como um complexo de direitos e deveres pessoais e patrimoniais em relação ao filho menor, não podendo os genitores renunciarem tampouco transferi-lo gratuita ou onerosamente a terceiros.

Corroborando, Dias (2005, p. 381) dispõe que:

Tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja físico, mental, moral, espiritual ou socialmente. A autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva.

Como visto, aos pais incumbe a importante tarefa de preparar seus filhos para a vida e, em razão disso, preocupou-se o legislador em traçar normas e meios para auxiliá-los nessa missão.

As funções do poder familiar estão regulamentadas basicamente em três dispositivos legais: o artigo 229 da Constituição Federal, o artigo 1.634 do Código Civil e o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O caráter de dever do poder familiar está expresso no artigo 229 da Constituição Federal, cujo texto dispõe que “[...] os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores.” (BRASIL, 1988).

O Código Civil tratou de elencar os direitos e deveres incumbidos aos pais durante o exercício do poder familiar, estabelecendo no artigo 1.634 as funções de direção da criação e educação, companhia, guarda, representação, exigência de obediência, entre outros.

Por sua vez, o artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê: “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações.” (BRASIL, 2012e).

Por fim, ainda cabe mencionar que o poder familiar apresenta algumas características próprias, que, segundo Comel (2003), são a irrenunciabilidade, porque os pais não podem abrir mão do seu exercício segundo conveniências ou em proveito próprio; a intransmissibilidade, porque é inerente aos que ostentam a condição de pai ou mãe; e a imprescritibilidade, porque não se extingue pelo desuso.

De todo o exposto, verifica-se que o poder familiar compreende a função irrenunciável, inalienável e indelegável dos pais de criar e educar os filhos durante a menoridade, visando ao seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual.

3 DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Considerando que a família constitui o alicerce da sociedade e que o poder familiar deve ser exercido no interesse dos filhos menores, compete

ao Estado auxiliar e fiscalizar o cumprimento de tais deveres, a teor do que prevê o artigo 227, *caput*, da Constituição Federal:

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. (BRASIL, 1988)

Tais deveres também são reafirmados no artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, sempre que se constatar a existência de algum fato incompatível com o exercício do poder familiar, poderá o Estado intervir, a fim de preservar o desenvolvimento saudável dos infantes. A esse respeito, Akel (2009) afirma que a ingerência do Estado tem por objetivo salvaguardar os interesses pessoais e patrimoniais dos menores, de modo a coibir arbitrariedades por parte dos pais.

Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seus artigos 129 e 249, algumas medidas de auxílio, obrigacionais e sancionatórias. Entre elas estão os casos em que o titular do poder familiar pode ser privado do seu exercício, temporária ou definitivamente, que são a suspensão e a perda ou destituição do poder familiar.

A suspensão está prevista no artigo 1.637 do Código Civil e está relacionada ao abuso de autoridade, à falta aos deveres inerentes ao poder familiar, à ruína dos bens dos filhos e, ainda, à condenação por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Sobre a suspensão do poder familiar, Comel (2003, p. 264) afirma:

Consiste numa restrição imposta judicialmente àquele que exerce o poder familiar e que vier ou a abusar de sua função em prejuízo do filho, ou a estar impedido temporariamente de exercê-la, pela qual se retira parcela de sua autoridade. E disso, também, conclui-se que a suspensão não tem o caráter de

definitividade, pois consiste em medida provisória, com duração determinada, destinada a ter vigência enquanto perdurar a situação que ensejou, ou seja, enquanto necessária e útil aos interesses do filho.

Venosa (2001, p. 298) afirma que “[...] a suspensão é medida menos grave do que a destituição ou perda porque, cessados os motivos, extinta a causa que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal.”

Corroborando, Maciel (2007, p. 113) sustenta:

A distinção entre os dois institutos estabelece-se pela graduação da gravidade das causas que as motivam e pela duração de seus efeitos. Se, por um lado, a suspensão é provisória e fixada ao criterioso arbítrio do juiz, dependendo do caso concreto e no interesse dos menores, a perda do poder familiar pode revestir-se de caráter irrevogável, como na situação de transferência do poder familiar pela adoção.

Não obstante, para este estudo, importa discorrer com mais profundidade sobre a situação da perda ou destituição do poder familiar, em razão de ser considerada a medida mais grave, e uma vez destituídos do encargo, não há previsão legal para os pais promoverem o seu restabelecimento.

A perda ou destituição do poder familiar está prevista no artigo 1.638 do Código Civil:

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. (BRASIL, 2012a).

Sobre as causas previstas no dispositivo legal, Akel (2009, p. 51) comenta:

[...] que a perda do poder familiar está estribada em motivos mais gravosos do que aqueles que ensejam sua suspensão. As causas elencadas no texto da lei são exaustivas, não permitindo

interpretação extensiva, uma vez que a sanção da destituição é medida excepcional, devendo sempre visar aos interesses do menor e ao bem-estar incondicional da prole.

A decisão judicial que decreta a destituição do poder familiar também está colocada como uma das formas de extinção do poder familiar, pelo artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar;
I – pela morte dos pais ou do filho;
II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III – pela maioridade;
IV – pela adoção;
V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638. (BRASIL, 2012a).

Comel (2003, p. 296) afirma que a colocação desse último inciso como causa de extinção do poder familiar “[...] acabou por não permitir, de regra, que o pai afastado fosse reconduzido à função”, ensejando, assim, posicionamentos diversos sobre a possibilidade do restabelecimento do poder familiar.

Ressalte-se, ainda, que a falta de recursos materiais na família não enseja a suspensão ou a perda do poder familiar, consoante o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, competindo ao Estado incluir a família carente em programas de auxílio.

Verificadas as situações que ensejam a perda do poder familiar, cabe discorrer sobre o rito processual a ser observado, uma vez que tanto a suspensão quanto a destituição do poder familiar somente podem ser decretadas judicialmente, em procedimento que assegure a ampla defesa dos interessados, a teor do contido no artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para tratar sobre o rito processual, o Estatuto da Criança e do Adolescente reservou no capítulo que versa sobre os procedimentos os artigos 155 a 163, que tratam da perda e da suspensão do poder familiar.

A autoridade competente será o Juiz da Infância e Juventude ou o Juiz de Família, conforme o menor esteja ou não em situação de risco, a teor do contido no artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A legitimidade ativa é do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, nos termos do artigo 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A esse respeito, Azevedo (apud COMEL, 2003, p. 279) dispõe:

É o ECA, no art. 155, que estende a legitimidade ativa a quem tenha lídimo interesse, restrita que está no Código Civil a qualquer parente. Com isso, não apenas os parentes do menor podem propor a suspensão ou modificação, mas, também, qualquer terceiro que se ache investido de legitimidade e interesse para agir, assim se qualificando qualquer pessoa que reúna condições para o exercício da ação, como por exemplo, pretendentes à tutela ou adoção.

Por fim, o prazo máximo previsto para a conclusão do procedimento será de 120 dias, e a sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente, a teor do contido no artigo 163 e parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Uma vez decretada a destituição do poder familiar, a relação jurídica existente entre pai e filho é extinta, e conseqüentemente as crianças permanecerão em abrigos até atingirem a maioridade, salvo se forem colocadas em família substituta, nas formas de guarda ou adoção.

Desse modo, observa-se que a legislação brasileira é repleta de dispositivos que visam à observância dos deveres parentais, desde medidas de auxílio até sancionatórias, a exemplo da destituição do poder familiar, sem, contudo, prever a possibilidade da sua restauração, nos casos cujas circunstâncias da perda foram superadas pelos pais.

4 RESTABELECIMENTO DO PODER FAMILIAR

Tanto o Código Civil de 1916 quanto o Código Civil de 2002 silenciaram a respeito da possibilidade do restabelecimento do poder familiar. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente não prevê formas de recuperação do poder familiar pelos pais que foram destituídos em processo judicial.

Não havendo previsão legal sobre o assunto, uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial se torna necessária para melhor discorrer sobre a possibilidade da recuperação do poder familiar, visto que os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre o tema não são uníssomos.

Entre os doutrinadores que entendem ser a medida definitiva, Comel (2003) cita o posicionamento de Fonseca (2004), que, na defesa da sua tese na obra *A ação de destituição do pátrio poder*, sustentou que a destituição era definitiva porque se tratava da mais grave sanção prevista em lei, e o juiz, vendo que o pai podia emendar-se, não devia decretá-la, mas, sim, suspender ou adotar outra medida. Também, acrescentou que na sua vida funcional nunca viu pais destituídos se emendarem ou buscarem reintegração da potestade perdida.

Nesse sentido, a jurisprudência catarinense já proferiu julgamento:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. APELANTES QUE ALEGAM NÃO MAIS PERSISTIREM OS FATOS QUE GERARAM A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR, REQUERENDO A RETIRADA DAS MENORES DO ABRIGO ONDE SE ENCONTRAM. AMPLA ANÁLISE DE PROVAS NA AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR TRANSITADA EM JULGADO. SENTENÇA EXTINGUINDO A AÇÃO PELA OCORRÊNCIA DA COISA JULGADA. ART. 267, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. DEMAIS PEDIDOS PREJUDICADOS. 1. Não se cogita de retorno da guarda aos pais biológicos ou de estabelecer direito de visitas, quando estes já foram destituídos do poder *familiar* em relação à filha, já tendo a ação transitado em julgado. 2. É consabido que a destituição do poder *familiar* rompe os liames jurídicos entre pais e filhos. 3. Descabe à parte postular o *restabelecimento da guarda da filha pois essa*

questão está implícita com a destituição do poder familiar e que já foi alvo de decisão judicial, sendo atacada pelo recurso próprio e no momento oportuno, mas que restou desprovido. Recurso desprovido. (SANTA CATARINA, 2013, grifo nosso).

Da análise de tais posicionamentos depreende-se que a medida de destituição do poder familiar ainda é tida por muitos como irrevogável, definitiva e de efeitos permanentes, o que afasta por completo a possibilidade de os pais recuperarem a prole.

De outro norte, existem aqueles que defendem a revogação da medida, desde que cessadas as causas que ensejaram a destituição do poder familiar e seja a medida benéfica ao menor. Entre eles, citam-se Viana, Gomes (2000) e Santos Neto.

Viana (apud VENOSA, 2001, p. 299) afirma “[...] que o que foi destituído do pátrio poder pode ser nele reinvestido, provando judicialmente que as razões que determinaram a medida cessaram.”

Para Gomes (2000, p. 399), “[...] o pátrio poder perdido pode ser restabelecido, provada a regeneração do pai ou desaparecida a causa que determinou. A reintegração no exercício do múnus, de que o pai foi privado, deve ser pleiteada judicialmente pelo interessado.”

Contribuindo com o entendimento, Santos Neto (apud COMEL, 2003, p. 296) argumenta que, “[...] se o Estado podia investir terceiros idôneos na função paterna, por que não poderia restituir o filho ao próprio pai, desde que recuperada a idoneidade? Não como direito dos pais à recuperação, mas tão-somente como direito do menor.”

Comel (2003) ainda esclarece que alguns doutrinadores que defendem o caráter revogável da medida fundamentam o entendimento no antigo Código de Menores de 1927, que admitia a reintegração mediante o preenchimento de requisitos, entre os quais a prova da regeneração ou o desaparecimento da causa de inibição e não haver inconveniência na volta do menor ao poder familiar.

No direito comparado, a maioria das legislações admite o restabelecimento do poder familiar, desde que cessadas as causas que ensejaram a destituição e a recondução seja favorável ao menor. Entre as quais, cita-se o Código Civil espanhol (artigo 170-1, CCE), a legislação civil de Portugal (artigo 1.916, CC) e o direito civil argentino (artigo 308, CC) (AKEL, 2009).

Nesse sentido, a jurisprudência paulista proferiu o seguinte acórdão:

Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação de restituição do poder familiar exercido por pai sobre quatro filhos menores – Genitora que se encontra em local incerto e não sabido – Sentença que julgou extinto o processo em relação a três crianças, tendo em vista a falta de interesse de agir do requerente e a impossibilidade jurídica do pedido, vez que elas se encontram em estágio de convivência com família substituta, determinando ainda o MM. Juiz, excepcionalmente, no que diz respeito a um dos menores, informações sobre eventual existência de casais interessados em sua adoção – Ausência de dispositivo legal que vete o requerimento de restituição do poder familiar por genitores destituídos do poder familiar através de sentença definitiva – Possibilidade de o pai biológico reaver seus filhos, desde que comprovada a alteração na situação fática que autorizou a destituição de tal poder – E não há nos autos informação acerca de sentença judicial que concedeu a adoção dos petizes – Apelação provida a fim de determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para a prossecução do feito até a prolação da sentença de mérito. (SÃO PAULO, 2011).

Por fim, além dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, é oportuno consignar que, atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 2.285/2007, da autoria do Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), que dispõe sobre o Estatuto das Famílias, cujo artigo 95 dispõe: “É possível, no melhor interesse do filho, o restabelecimento da autoridade parental por meio de decisão judicial.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007).

Ainda sobre o pedido, Maciel (2007) afirma que o postulante deverá demonstrar os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram a perda do po-

der familiar, bem como os fatos novos que demonstrem a capacidade de voltar a exercer o encargo, na forma do artigo 471, I, do Código de Processo Civil.

Sob essa ótica, o que a lei permite é a possibilidade de ser proferido um novo julgamento sobre fatos novos, que constituem uma nova causa de pedir, ensejando uma nova coisa julgada.

Além de os pais comprovarem que foram cessadas as causas que os destituíram do poder familiar, também terão que provar que o restabelecimento atende ao interesse do filho menor, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao adotar a doutrina da proteção integral (artigo 1º), reconhece a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, direcionando todas as medidas ao seu melhor interesse.

Além da proteção integral, o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, cujo artigo 19, *caput* e § 3º dispõe:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

[...]

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único 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. (BRASIL, 2012e).

Entre as medidas de proteção previstas no Estatuto, está no artigo 100, inciso X, a de prevalência da família natural:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aqueles que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

[...]

X – prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência

às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família substituta;
[...] (BRASIL, 2012e).

Oportuno também mencionar que cabe no pedido de restabelecimento do poder familiar a oitiva da parte mais interessada, que são os filhos, pois se na colocação em família substituta o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 28, § 1º, permite tal possibilidade, por que não nos pedidos de reintegração à família natural.

Por fim, sobre a forma procedimental para a confecção do pedido de restabelecimento do poder familiar, parece mais acertada a disposta na tese apresentada pelo Promotor de Justiça Epaminondas da Costa, no XXIV Congresso da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude, realizado em Natal, RN, que orienta para a formulação de um requerimento de “restauração” do registro (artigo 109 da LRP) a ser feito por curador especial nomeado pelo juiz, nos termos do artigo 141, § 1º do ECA, atuando o Ministério Público no processo como fiscal da lei, não sendo necessária a propositura de nova ação por inexistir pretensão resistida entre pais e filhos que almejam a manutenção do vínculo biológico. Acrescenta:

Afora isto, averba-se no registro público apenas a destituição ou a suspensão do poder familiar, sem o cancelamento do registro. Noutros termos, cuida-se de uma simples anotação (averbação), podendo ser cancelada posteriormente, contanto que sejam cumpridas as formalidades legais próprias, assim como ocorre com as anotações no registro imobiliário, passíveis expressamente de cancelamento (cf. art. 250 da Lei n. 6.015 de 1973). Outrossim, é inconcebível que a presente situação seja resolvida por meio do instituto da adoção, o qual se destina a estabelecer a relação de parentesco entre pessoas desvinculadas biologicamente.

Por todo o exposto, não havendo adoção do infante após a destituição do poder familiar e verificado que a família biológica superou as causas

que ensejaram a perda da prole e a medida atende aos interesses do menor, nada mais justo do que reconduzir o filho aos pais, promovendo o restabelecimento do poder familiar.

5 CONCLUSÃO

Existem vários posicionamentos doutrinários sobre a revogabilidade da medida de destituição do poder familiar. Alguns juristas entendem que uma vez decidido pela destituição, opera-se a coisa julgada material e não mais se discute a possibilidade do restabelecimento, dando à medida o caráter definitivo e irrevogável.

Embora a legislação seja enfática ao afirmar a importância da função dos pais na criação dos filhos, poucas são as medidas efetivas no sentido de restabelecer o poder familiar perdido.

Para os casos de violações e/ou omissões dos deveres dos pais em relação à prole, existem também inúmeras medidas e penalidades aplicáveis, desde a aplicação de medidas de auxílio até a suspensão ou perda do poder familiar.

A partir disso, observa-se que o pedido de restabelecimento do poder familiar formulado pelos pais destituídos deve ser recebido pelo Judiciário com a atenção que o caso merece, não podendo ser simplesmente rejeitado com base nas normas do processo civil ou na ausência de previsão legal sobre o assunto, o que poderia tirar dos filhos a oportunidade de crescer em um ambiente familiar, garantido constitucionalmente.

Além do mais, o Estatuto da Criança e do Adolescente destaca como medidas de proteção o fortalecimento dos vínculos familiares e a reintegração à família natural, sendo a colocação em família substituta uma exceção à regra estatutária.

Por fim, havendo qualquer possibilidade de uma criança ou adolescente ficar na sua família natural, todos os esforços devem ser empreendi-

dos, uma vez que a família é considerada o lugar ideal e necessário para o pleno desenvolvimento de seus integrantes.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada**: um avanço para a família. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. **Código Civil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012a.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012b.

BRASIL. **Código Penal**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012c.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012d.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012e.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 2.285**, de 25 de outubro de 2007. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias. Disponível em: <<http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373935>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

CASTRO, Lúcia Maria Xavier. Das medidas específicas de proteção. In: CURY, Munir; AMARAL E SILVA, Antônio Fernando da; MENDEZ, Emílio Garcia. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COMEL, Denise Damo. **Do Poder Familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Epaminondas da. Destituição do poder familiar frustrada: restabelecimento jurídico do vínculo deontológico da filiação biológica. In: CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E JUVENTUDE, 24., 2012, Natal. **Anais...** Natal, 2012. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-61.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ELIAS, Roberto João. **Direitos fundamentais da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar de Lima da. O poder familiar e o novo Código Civil. In: AZAMBUJA, Maria Regina Fay de; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte. **Infância em família: um compromisso de todos**. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2013.039744-6**. Relator: Juiz Artur Jenichen Filho. Câmara Especial Regional de Chapecó, Concórdia, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível n. 0533009-47.2010**. Relator: Desembargador Reis Kuntz. Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Capão Bonito, 28 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. São Paulo: Atlas, 2001.

SOLO CRIADO: A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE EM PROL DO INTERESSE DA COLETIVIDADE¹

Caroline Farinon*
Mixilini Chemin Pires**

Resumo

O instrumento *solo criado* é um dos tantos instrumentos que regulam o direito de propriedade, pois na atualidade o espaço urbano apresenta-se com inúmeros problemas, quanto à ocupação do solo, ao crescimento desordenado das cidades e à poluição do meio ambiente. O tema em questão contempla a aplicação do referente instituto no âmbito do direito de propriedade, em benefício dos interesses coletivos. Assim, apresenta-se o seguinte problema: a aplicação e instituição do solo criado como instrumento de política urbana pelos municípios relativiza o direito de propriedade do particular em favor do interesse coletivo? Em outros termos, sacrificaria esse instrumento o direito fundamental de propriedade? Isso porque o direito de propriedade trata-se do mais complexo dos direitos subjetivos, que atribui ao titular do bem o poder de usar, gozar e dispor sobre o bem, de modo normalmente absoluto e exclusivo. No entanto, com o passar dos séculos, a propriedade deixou de externar um caráter individualista e passou a salientar o seu caráter social, constituindo-se em um direito em contínua mudança, que se deve modelar sobre as necessidades sociais, caracterizado pela função social que o atinge. Para atribuir a devida efetividade à função social, o Poder Público dispõe de mecanismos e instrumentos que regulam a política urbana, em especial a outorga onerosa do direito de construir, chamada também de solo criado, que pode ser definida como a criação de

* Pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; carolf90@yahoo.com.br

** Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; mixilini@unoesc.edu.br

áreas adicionais de piso utilizável não apoiada diretamente sobre o solo. Nesse contexto, retrata-se que os instrumentos e normas que regulam a propriedade compõem as limitações, as quais atingem seu caráter absoluto, em conformidade com a função social da propriedade, as funções sociais da cidade (trabalhar, circular, habitar e recrear) e os interesses coletivos. O tema é abordado na perspectiva do método hipotético-científico, com base em pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Função social. Solo criado. Interesse coletivo.

Created soil: property rights in relativization collectivity interest improve

Abstract

The instrument created soil is one of many instruments that regulate the right to property, because, currently, the urban space presents many problems, in relation to the occupation of land, to the uncontrolled growth of cities and to the environmental pollution. The issue at hand involves the application of the referent institute under the property right, to the benefit of collective interests. So, following problem is presented: do the application and soil institution created as urban policy instrument by the municipalities relativize the individual's property right in favor of collective interest? In other words, would this instrument sacrifice the fundamental right to property? This is because the rights to property it is the most complex of the legal rights, which gives the holder the right the power to use, enjoy and dispose of the good, in an absolute and exclusive way. However, over the centuries the property ceased to express an individualist character and started to emphasize its social character, being in a law continuously changing that should model on the social needs, characterized by the social function that affects it. To give due effectiveness to the social function, the Government has mechanisms and instruments governing urban policy, particularly the onerous grant of the right to build, also called soil created, which can be defined as the creation of additional areas of usable floor not resting directly on the ground. In this context, it is portrayed that the instruments and rules governing the property compose the limitations, that reach their absolute character, in accordance with the social function of property, the social functions of the city (work, circulate,

live and recreate) and the collective interests. The issue will be addressed in the context of the hypothetical-scientific method based on literature.

Keywords: Right to property. Social role. Created soil. Collective interest.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema o solo criado: a relativização do direito de propriedade em prol do interesse da coletividade. A ratificar, o instituto do solo criado e sua efetivação, o qual contempla a problemática da instituição do solo criado, que com a aplicação deste ocorreria a relativização/sacrifício do direito de propriedade em prol do interesse da coletividade, sem pretender esgotar demais discussões que possam surgir.

Nesse contexto, o instrumento jurídico do solo criado, intitulado no Estatuto da Cidade como outorga onerosa do direito de construir, apresenta-se aparentemente simples em sua atuação, mas há alguns pontos controvertidos a serem abordados, principalmente no que se refere à sua aplicação e à limitação/relativização do direito de propriedade.

Ainda, é de significativa importância o tema na atualidade, em que o espaço urbano se apresenta com inúmeros problemas, quanto à ocupação do solo, ao crescimento desordenado das cidades e à poluição ao meio ambiente, exigindo uma emergente solução para proporcionar melhor qualidade de vida aos habitantes, possibilitando atender às funções sociais da cidade – habitar, trabalhar, circular e recrear.

2 INSTITUIÇÃO DO SOLO CRIADO: A (IM)POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE DO PARTICULAR EM PROL DO INTERESSE COLETIVO

Com o Estatuto da Cidade, que disciplinou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, conferiu-se ao Poder Público mecanismos/instrumentos que lhe permitem desmistificar o caráter absoluto do direito de proprie-

dade, sujeitando o interesse particular ao público e efetivando a sua função social em benefício de uma real política urbana (SÉGUIN, 2005).

A fim de fundamentar o objetivo proposto neste artigo, elencam-se os tópicos a serem abordados: supremacia do interesse público sobre o interesse privado, relativização do direito de propriedade limitações urbanas ao direito de propriedade; e solo criado *versus* direito de propriedade.

2.1 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INTERESSE PRIVADO

A chamada supremacia do interesse público ou da finalidade pública, com o nome de interesse público, dado pela Lei n. 9.784/99, constitui um dos princípios basilares e de observância obrigatória pela Administração Pública, e está previsto no artigo 2º, parágrafo único, inciso II, da referida Lei, o qual corresponde ao “[...] atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei.” (MEIRELLES, 2008).

O princípio do interesse público está estreitamente ligado ao da finalidade, pois a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na proporção em que a existência do Estado justifica-se pela procura do interesse geral. Em decorrência dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares (MEIRELLES, 2008).

Esse princípio está presente tanto na elaboração da lei quanto no momento da sua execução no caso concreto pela Administração Pública, inspirando o legislador e vinculando a última. Quanto à legislação, é importante ressaltar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito público e o privado considera o interesse que se busca proteger, advindo desde o Direito Romano, visto que o direito privado contém normas de interesse individual, e o direito público normas de interesse público (DI PIETRO, 2009).

Com efeito, a partir do fim do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico originadas das transformações ocorridas nas áreas econômica, social e política, em que o Estado teve que deixar de lado a sua posição passiva e iniciar a atuação na atividade exclusivamente privada, pois “[...] o direito deixou de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem coletivo.” (DI PIETRO, 2009, p. 65).

Em nome do interesse público, ocorreram inúmeras transformações, pois houve um crescimento das atividades assumidas pelo Estado para atender às demandas coletivas, entre as quais se citam: o Poder de Polícia do Estado deixou de impor apenas obrigações negativas (não fazer) e passou a exigir obrigações positivas, abrangendo na sua atuação, além da ordem pública, a ordem econômica e social; no âmbito constitucional surgiram novos preceitos que revelam a interferência do Estado na vida econômica e no direito de propriedade. Assim, compõem as normas que autorizam a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade e, as que aumentam a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional (DI PIETRO, 2009).

Ainda, a supremacia do interesse público sobre o privado “[...] proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento desse último.” (MELLO, 2013, p. 70). Nesse sentido, torna-se pressuposto de uma ordem social e estável, em que todos possam se sentir garantidos e resguardados (MELLO, 2013).

Desse princípio surgem demais consequências ou princípios que se subordinam:

- a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;
- b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações;
- c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública (MELLO, 2013).

A posição privilegiada diz respeito aos benefícios que a ordem jurídica confere ao Poder Público a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentalizando os órgãos que os representam para um bom, fácil, hábil e resguardado desempenho de seu papel. Isso significa privilégios que lhes são atribuídos, como, por exemplo: a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos; os benefícios de prazos maiores para intervenção ao longo do processo judicial; posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público, e outros privilégios (MELLO, 2013).

Dessas prerrogativas que autorizam a Administração Pública, apoiada na supremacia do interesse público sobre o interesse particular, em atuar com autonomia e liberdade, compõe o exercício da função: a função administrativa. No entanto, quem exerce “função administrativa” está subsequentemente a satisfazer interesses públicos, interesses de outrem: da coletividade, por isso se justifica o uso das prerrogativas da Administração, o qual é legítimo quando e na dimensão essencial ao atendimento dos interesses públicos; “[...] vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.” (MELLO, 2013, p. 72).

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado decorre o princípio da indisponibilidade, manifestando-se em que a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe confere para resguardar, justificando-se porque a lei

não é titular do interesse público, e sim o Estado, que, portanto, mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia (MEIRELLES, 2008).

O princípio da indisponibilidade, previsto no artigo 2º, parágrafo único, inciso II, transcrito anteriormente, “[...] significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos do setor público –, não se encontra a livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis” (MELLO, 2013, p. 76), pois por não dispor desses interesses, os poderes atribuídos à Administração constituem-se de poder-dever; são poderes que a Administração não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão (DI PIETRO, 2009).

Nesse sentido, passa-se a tratar da relativização e das limitações impostas à propriedade, que constituem e buscam a prevalência dos interesses da coletividade, do bem-estar social, que é o que o Poder Público deve pleitear em suas atuações.

2.2 A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

No decorrer dos tempos, a propriedade abandonou a ideia de absolutismo que vigorava sobre ela, de que o titular desse direito devia se preocupar somente com os seus interesses particulares, mas começou a ter maior preocupação com o meio social, o exercício do direito de propriedade passou a ser observado com as atividades de um conjunto, da coletividade, do bem-estar da população, especialmente após a promulgação da Constituição de 1988, que conferiu à propriedade a missão de ser exercida em cumprimento do princípio da função social.

O Poder Público, na sua atuação, deve sempre atender aos fins que lhe são conferidos, ou seja, os interesses da coletividade, da população em geral jamais atuarão em benefício de algum particular somente, pois os interesses de toda a comunidade devem prevalecer sobre os particulares. Essa atribuição conferida ao Poder Público revela a preocupação em resolver os

problemas sociais de ordem econômica, social, cultural e ao que mais se refere aos problemas de ordem urbana em geral, como habitação, saneamento básico e infraestrutura.

Nesse sentido, a Administração Pública não tem como objetivo apenas garantir a propriedade, mas também limitar e condicioná-la fazendo valer o bem-estar coletivo em detrimento dos interesses individuais, compondo um novo elemento à propriedade, qual seja, o cumprimento da função social (SIQUEIRA, 2012). Assim, a função social “[...] é uma atividade do proprietário do bem, que expressa no dever de exercitar o seu direito segundo uma diretriz ou finalidade social a ser perseguida em benefício de outrem, isto é, da coletividade.” (CAMARGO, 2008, p. 36).

A efetividade da função social da propriedade e, conseqüentemente, das funções sociais da cidade “[...] dependem de um amplo processo de planejamento, resultando na elaboração de instrumento básico de política urbana: o Plano Diretor.” (MACRUZ; MACRUZ; MOREIRA, 2002, p. 96).

Nessa ordem, a propriedade urbana cumprirá sua função social desde que atenda às exigências fundamentais expressas no Plano Diretor, conforme artigo 182, § 2º, da Carta Magna, sob pena de ser imposta ao proprietário a obrigação de parcelar ou edificar compulsoriamente seu imóvel, suportar a incidência do IPTU progressivo no tempo e ter seu imóvel desapropriado; o pagamento da indenização ocorrerá com títulos da dívida pública (MACRUZ; MACRUZ; MOREIRA, 2002).

Destarte, verifica-se que no caso de o proprietário não efetuar a devida destinação social e econômica que lhe é imposta sobre o bem, isso poderá incorrer em alguma das sanções previstas na esfera constitucional, regulamentadas pelo Estatuto da Cidade e contempladas no Plano Diretor (MACRUZ; MACRUZ; MOREIRA, 2002).

Dessa forma, constata-se que o proprietário poderá dar a destinação que lhe convém sobre o imóvel, no entanto, deve respeitar as relações de vizinhança e os regulamentos administrativos, pois o caráter absoluto que

pertencia ao titular do bem passou a ser descaracterizado ao passo que o caráter social começou a ser considerado.

Ademais, as normas que regulam o direito de propriedade, que limitam esse direito têm por objetivo estabelecer melhores condições de vida à sociedade, em que as funções sociais da cidade possam se desenvolver para ofertar, também, uma melhor qualidade de vida aos habitantes e, principalmente, ao cumprir a função social, restabelecer o convívio social, em que a preocupação com todos os elementos que compõem a sociedade esteja em harmonia.

2.3 LIMITAÇÕES URBANAS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Segundo Cunha Gonçalves (1936 apud MALUF, 2010), as limitações do direito de propriedade podem ser classificadas quanto às suas origens ou quanto aos interesses que desejam tutela, podendo ser divididas em limitações de interesse público ou geral – limitações de utilidade pública – e limitações de interesse privado, que se subdividem em limitações de mero interesse privado e limitações de interesse semipúblico (GONÇALVES, 1936 apud MALUF, 2010).

No entendimento de Meirelles (2011, p. 89), “[...] limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social.” Ainda nas palavras do autor, são preceitos de ordem pública, que decorrem do poder de polícia inerente e indissociável da Administração, as quais se exteriorizam em imposições unilaterais e imperativas, sob três divisões: positiva – de fazer; negativa – de não fazer; ou permissiva – deixar fazer.

Quanto às limitações urbanísticas, são espécies do gênero limitação administrativa, que segundo Meirelles (2008, p. 107-108), definem-se como “[...] todas as imposições do Poder Público destinadas a organizar os espa-

ços habitáveis, de modo a propiciar ao homem as melhores condições de vida na comunidade.”

Nesse sentido, define-se que as imposições urbanísticas são preceitos de ordem pública que surgem como limitações ao exercício indiscriminado do direito de propriedade em desacordo com as normas urbanísticas estabelecidas em lei, fundam-se pela necessidade de adequar o exercício dos direitos ao bem-estar social ou à utilidade pública (MATTOS, 2001 apud MALUF, 2010).

As inúmeras limitações que se impõem aos proprietários encontram-se elencadas em leis especiais, em regulamentos administrativos e no próprio Código Civil. Inicialmente, em 2002, com o novo Código Civil, foram trazidas inúmeras inovações no campo dos direitos reais e, em especial, diversas limitações urbanas ao direito de propriedade, as quais mencionam-se as elencadas nos artigos 1.228 a 1.230 (MALUF, 2010).

O artigo 1.228 *caput* contempla as diversas formas de uso da propriedade, no entanto, as inovações encontram-se nos seus cinco parágrafos, por meio dos quais a lei civil buscou provocar no homem comum a prática da cidadania, impondo limitações de caráter social ao direito de propriedade, no aspecto em que se pode constatar a preocupação com a função social da propriedade, com a preservação do meio ambiente, da flora e da fauna, a preservação do patrimônio histórico por meio do tombamento – §1^o –, retirando “[...] o individualismo, coibindo o uso abusivo da propriedade, que deve ser utilizada para o bem comum” (DINIZ, 2002 apud MALUF, 2002, p. 131); desaprovando o abuso de direito daquele que, fazendo mal uso de sua propriedade, venha a prejudicar seu vizinho – § 2^o–; a possibilidade da perda da propriedade por meio da desapropriação, por necessidade, utilidade pública, interesses sociais ou perigo público iminente – § 3^o (MALUF, 2010).

Do mesmo modo, trouxe importante inovação com o parágrafo 4^o, em que poderá o proprietário ser privado da coisa quando o imóvel for reivindicado por inúmeras pessoas, ao tamanho consistir extensa área, na posse

ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, e essas pessoas houverem realizado, em coletivo ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante; ainda, no parágrafo 5º, o juiz fixará a justa indenização ao proprietário, o quando pago o devido valor, a sentença valerá como título para registro do imóvel em nome dos possuidores (MALUF, 2002).

Por sua vez, o artigo 1.229 menciona uma limitação ao direito de propriedade quando determina o alcance da utilização dessa propriedade em relação à sua extensão, de acordo com a sua utilização, proibindo o proprietário se opor à realização de obras em um espaço tal que não lhe confira interesse em se opor; já o artigo 1.230⁵ do Código Civil preconiza a limitação da extensão da propriedade, referente ao subsolo (MALUF, 2010).

Quanto às limitações em leis especiais, cita-se o Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 –, o qual regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais para a política urbana (MALUF, 2010).

O Estatuto da Cidade fornece uma gama instrumental a serem aplicados em matéria urbanística, em especial em nível municipal, objetivando o melhor ordenamento do espaço urbano, estabelecendo normas de ordem pública e social, em que as principais limitações ao direito de propriedade são encontradas a partir do artigo 39,⁶ que dizem respeito ao Plano Diretor, o qual ratifica as funções constitucionais destes, fazendo referência às suas diretrizes gerais e interesses recíprocos (MALUF, 2010).

Desse modo, destacam-se as seguintes limitações: o tombamento, a desapropriação administrativa, as limitações impostas pela lei de parcelamento e uso do solo urbano, e outro importante instituto é o zoneamento.

Por conseguinte, há as limitações de proteção ao meio ambiente, trazidas pela Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o respectivo Sistema Nacional do Meio

Ambiente Sisnama, composto por órgãos da União, dos Estados e dos Municípios (MEIRELLES, 2011).

Quanto à competência executiva do município na proteção ambiental, está expressa na Constituição Federal de 1988, entre as matérias de interesse comum a todas as entidades estatais – artigo 23, inciso VI. Para tanto, sua atuação nessa área deve promover a proteção ambiental nos seus três aspectos fundamentais: controle da poluição, preservação dos recursos naturais e restauração dos elementos destruídos (MEIRELLES, 2008).

2.4 SOLO CRIADO *VERSUS* DIREITO DE PROPRIEDADE: O INTERESSE PRIVADO EM PROL DA COLETIVIDADE – UMA QUESTÃO DE FUNÇÃO SOCIAL

O direito de propriedade na nova ordem constitucional encontra-se moldurado na função social da propriedade, em que o proprietário deve dar destinação social e econômica ao bem, em atendimento aos preceitos exigidos no Plano Diretor, quando se refere ao âmbito urbano.

Para tanto, esse direito fundamental à propriedade não foi eliminado/sacrificado do titular, mas as suas faculdades de uso, gozo e disposição não mais podem ser interpretadas como absolutas na origem, estando, desde seu surgimento, condicionadas à realização de uma utilidade em favor da coletividade, situação esta que será fiscalizada pela polícia administrativa manifestada na tríplice modalidade de imposições: positiva, negativa e permissiva (CAMARGO, 2008).

Desse modo, nota-se que a função social “[...] se configura como instrumento que fornece ao Poder Público uma gama de possibilidades para atuação cogente e neutralizadora dos problemas decorrentes do fenômeno da urbanização desordenada.” (CAMARGO, 2008, p. 39).

Por derradeiro, observa-se que para dar efetividade à função social da propriedade o Poder Público dispõe de instrumentos e limitações legais e

especiais que regulam o uso da propriedade, visando proibir o seu mau uso e evitar o seu individualismo, “[...] sem, no entanto alterar-lhe a substância, visando ao bem-estar da coletividade valorizando a essência do seu humano e possibilitando a sua sobrevivência com dignidade.” (MALUF, 2010, p. 61).

Assim, verifica-se que as limitações, em especial o solo criado, instrumento que tem por objetivo a ordenação e o controle do espaço urbano, decorrem da supremacia geral da Administração sobre os administrados, portanto externas ao direito de propriedade, e evidenciam comandos de ordem pública, de caráter geral e unilateral, que condicionam a atividade particular (CAMARGO, 2008).

Nesse contexto, a Constituição Federal assegurou aos municípios a autonomia em questão de competência em promover a adequada ordenação de seu território, no que for cabível, mediante planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, pois dessa ordenação busca-se uma estrutura mais orgânica para as cidades, por meio da aplicação de instrumentos urbanísticos que procuram uma adequada densidade populacional e edificações em aglomerados urbanos (MACRUZ; MACRUZ; MOREIRA, 2002).

Por conseguinte, com a aplicação do instrumento do solo criado, que tem a finalidade de neutralizar ou equilibrar a sobrecarga sobre o equipamento urbano, gerado pela construção/edificação acima de um coeficiente único de aproveitamento, interpreta-se que não atinge nem restringe o conteúdo do direito de propriedade, pois por meio das normas urbanísticas de controle do uso e da ocupação do solo fixam-se limitações que “[...] não atingem ou restringem o conteúdo do direito de propriedade, apenas definem o seu perfil, condicionando e regulando o exercício da propriedade, comprimindo o próprio direito de propriedade quanto ao uso, gozo e disposição [...]” (MACRUZ; MACRUZ; MOREIRA, 2002, p. 97).

O solo criado, em viés de entendimento à sua aplicação, deve basear-se não somente no uso individual de uma área/lote, deve ir além, ao pre-

ocupar-se com os reflexos desse uso individualmente tomado, relacionando seu impacto em certa zona no Plano Diretor, pois seus reflexos atingem todo o aparato urbano de determinada zona em que está localizada essa área a qual fará uso do solo criado. O eixo norteador desse ordenamento será o controle do equilíbrio entre áreas públicas (e dos equipamentos e benefícios urbanos) e as áreas privadas, que serão criadas com o ato de construir, assim, não se deve considerar somente o proprietário singular, mas o impacto de tal ato em determinada zona do Plano Diretor (ALCHIO, 2005).

Esses aspectos e respostas sobre o solo criado têm como base o Estatuto da Cidade, conforme seu artigo 2º,⁷ que destaca como objetivo da política urbana ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, de acordo com algumas diretrizes gerais, observadas em seus incisos.

Assim, entende-se que a limitação imposta com a instituição do solo criado, mediante a prerrogativa do município em instituir potenciais construtivos, não deve ser vista como mera restrição de uso individual do direito de construir, mas sob um aspecto maior, “[...] devendo ingressar neste discurso a legitimação sob as vestes do Poder Público Administrativo Ordenador.” (ALCHIO, 2005, p. 69).

Nesse sentido, o Poder Público revestido desse ideal de ordenador do espaço urbano possui um aparato legislativo municipal de mecanismos/instrumentos que compõem as limitações à propriedade, atingindo seu caráter absoluto e condicionando-a ao cumprimento de determinadas regras, as quais objetivam a realização das funções sociais da cidade e da propriedade, em conformidade com os interesses da coletividade (MACRUZ; MACRUZ; MOREIRA, 2002).

Por derradeiro, sob entendimento do princípio da função social da propriedade, os interesses coletivos que, via de regra, devem prevalecer sobre os interesses individuais, e com a mudança de interpretação do direito de propriedade, atribuindo-se a este deveres, em que o proprietário também passa

a cumprir o seu papel social, “[...] surge a certeza de que é inadmissível um direito individual que afronte os coletivos e difusos.” (SÉGUIN, 2005, p. 182).

Enfim, verifica-se que ao se aplicar o instituto do solo criado, não se está sacrificando/relativizando o direito de propriedade, pois como se observa, a propriedade deve cumprir sua função social e, em especial, suas funções sociais como cidade (habitar, trabalhar, circular, recrear), em que o Poder Público, com suas atribuições que lhe competem, deve sempre buscar realizar suas finalidades públicas, de ordem coletiva e social, e tais instrumentos urbanísticos, os quais compõem as limitações, como o solo criado, estão à disposição para dar efetividade a essas funções. O solo criado é aplicado em áreas delimitadas no Plano Diretor, o qual tem o objetivo de equilibrar a sobrecarga urbana, criada por esse adicional construtivo, e ao impor certa contraprestação por este, busca-se suportar e ofertar equipamentos, transportes, serviços públicos adequados à satisfação do bem-estar coletivo e social, harmonizando, dessa forma e como deve ser, os interesses públicos e privados na concretude de cidades mais sustentáveis.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final, constatou-se, diante da importância do tema na atualidade, que a propriedade sofreu inúmeras transformações, e no novo cenário que se encontra, vem sendo moldada de acordo com as exigências sociais e legais, principalmente ao que se refere ao cumprimento da função social, a qual regula o adequado aproveitamento econômico e social desta.

Assim, a propriedade não é um instituto intangível e sagrado, pois está em contínua mudança e vem sofrendo adaptações, tanto de ordem social quanto de ordem econômica. Desse modo, o princípio da função social, em substituição ao entendimento individualista e absoluto desse instituto, vem proporcionando que, com a funcionalização do direito subjetivo de propriedade, construa-se uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Nessa ordem, o Estatuto da Cidade conferiu ao Poder Público mecanismos/instrumentos que lhe permitem desmistificar o caráter absoluto do direito de propriedade, sujeitando o interesse particular ao público e dando efetividade à sua função social em benefício de uma real política urbana, em especial com a aplicação do instituto do solo criado.

Assim, nesse meio de atuação em que o Poder Público dispunha de ferramentas ordenadoras do espaço urbano, retrata-se a importância da supremacia do interesse público sobre o privado, pois se torna até mesmo condição de sobrevivência e segurança sobre o particular. Assim, o Poder Público deve sempre atuar no atendimento aos fins que lhe são conferidos, aos interesses da coletividade e do bem-estar comum, o qual revela a preocupação em resolver os problemas sociais, tanto de ordem econômica quanto social ou cultural, e ao que se refere aos problemas de ordem urbana em geral, como habitação, saneamento básico e infraestrutura.

Desse modo, todas essas limitações constituem um caráter ordenador da cidade, fazendo com que o ser humano possa viver e conviver com o meio ambiente urbano de forma harmônica, em que ele se realize dignamente e a cidade possa propiciar mecanismos efetivos a essa realização.

Portanto, ao se aplicar o instituto do solo criado, não se está sacrificando/relativizando o direito de propriedade, eis que a propriedade deve cumprir sua função social e, em especial, suas funções sociais como cidade: habitar, trabalhar, circular e recrear, em que o Poder Público, com as atribuições que lhe competem, deve sempre buscar a realização de tais preceitos essenciais à vida em sociedade e à qualidade de bem-estar social devida em um conceito de cidade sustentável.

Notas explicativas

¹ Artigo apresentado como conclusão de Curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

² “§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio

histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.” (BRASIL, 2002).

³ “§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.” (BRASIL, 2002)

⁴ “§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.” (BRASIL, 2002).

⁵ “Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.” (BRASIL, 2002).

⁶ “Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.” (BRASIL, 2001).

⁷ “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:

[...]

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

[...]

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso *excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana*;

[...]

IX – *justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.*” (BRASIL, 2001, grifo nosso)

REFERÊNCIAS

ALOCHIO, Luiz Henrique Antunes. **Do solo criado**. Outorga onerosa do direito de construir: instrumento de tributação para a ordenação do ambiente urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CAMARGO, Juliana Wernek de. **O IPTU como instrumento de atuação urbanística**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; MOREIRA, Mariana. **O estatuto da cidade, e seus instrumentos urbanísticos**. São Paulo: LTr, 2002.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações urbanas ao direito de propriedade**. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 10. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da cidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. **Direito de construir**. Perfil constitucional e restrições. A função social em conflito com o direito de propriedade. Curitiba: Juruá, 2012.