

# FAMÍLIA, DIREITO PRIVADO E SEGURANÇA PÚBLICA

(Organizadores)

Carlos José Pacheco

Claudia Maria Gil Silva

Úrsula Adriane Fraga Amorim

Pablo Jiménez Serrano



(Organizadores)  
Carlos José Pacheco  
Claudia Maria Gil Silva  
Úrsula Adriane Fraga Amorim  
Pablo Jiménez Serrano

# FAMÍLIA, DIREITO PRIVADO E SEGURANÇA PÚBLICA

2017



## **FOA**

### **PRESIDENTE**

Dauro Peixoto Aragão

### **VICE-PRESIDENTE**

Eduardo Guimarães Prado

### **DIRETOR ADMINISTRATIVO - FINANCEIRO**

Iram Natividade Pinto

### **DIRETOR DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS**

José Tarcísio Cavaliere

### **SUPERINTENDENTE EXECUTIVO**

Jairo Conde Jogaib

### **SUPERINTENDÊNCIA GERAL**

José Ivo de Souza

### **RELAÇÕES PÚBLICAS**

Maria Amélia Chagas Silva

## **UniFOA**

### **REITORA**

Claudia Yamada Utagawa

### **PRÓ-REITOR ACADÊMICO**

Carlos José Pacheco

### **PRÓ-REITOR DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**

Alden dos Santos Neves

### **PRÓ-REITOR DE EXTENSÃO**

Otávio Barreiros Mithidieri

## **Conselho Editorial**

Adilson Pereira

Aurélio Wander Chaves Bastos

Dario Aragão Neto

Flávia Lages de Castro

Ivan Simões Garcia

Pablo Jiménez Serrano

## **EDITORA FOA**

### **EDITOR CHEFE**

Laert dos Santos Andrade

### **DIAGRAMAÇÃO E CAPA**

Elton de Oliveira Rodrigues

## **Centro Universitário de Volta Redonda**

### **- UniFOA - Campus Três Poços**

Av. Paulo Erlei Alves Abrantes, nº 1325

Três Poços, Volta Redonda /RJ / CEP:  
27240-560

Tel.: (24) 3340-8400 - FAX: 3340-8404

www.unifoa.edu.br

### **Editora FOA**

www.unifoa.edu.br/editorafoa

## **Ficha Catalográfica**

**Bibliotecária: Alice Tacão Wagner - CRB 7/RJ 4316**

P116f Pacheco, José Carlos. Família, direito privado e segurança pública. [recurso eletrônico] / José Carlos Pacheco; Claudia Maria Gil Silva; Úrsula Adriane Fraga Amorim; Pablo Jiménez Serrano. FOA / UniFOA, 2017

154 p.

ISBN: 978-85-5964-090-8

1. Direito privado. 2. Segurança pública. 3. Direito de família. I. Fundação Oswaldo Aranha. II. Centro Universitário de Volta Redonda. III. Título.

CDD 346

## SUMÁRIO

Apresentação.....	4
<i>Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano</i>	
A Indústria do Dano Moral: Favorecimento ou Inibição ao Pequeno Consumidor.....	5
<i>Bruna Peixoto Guimarães Dreij, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila</i>	
A mobilidade urbana como um direito social: por uma interpretação constitucional do direito à cidade .....	14
<i>Marcelo Polegario Lima, Maria Cristina Alves Delgado de Ávila</i>	
A (in)eficácia da usucapião extrajudicial: reflexões sobre o art. 216-a da lei de registros públicos.....	27
<i>Bernardo Monteiro de Souza Araujo Porto, Gabriela Quinhones de Souza</i>	
Alienação Parental e sua síndrome: guarda compartilhada como possível solução.....	37
<i>Danielle da Silva Costa, Gabriela Quinhones de Souza</i>	
Parto anônimo e o direito à vida: uma possibilidade de diminuir os casos de abandono de recém-nascidos. ....	50
<i>Isabela Gomes da Conceição, Gabriela Quinhones de Souza</i>	
Gestação no sistema prisional: a realidade das mães e seus filhos negligenciados pelo Estado . ....	62
<i>Andresa Paula Leal Antônio, Letícia de Sousa Alves</i>	
As cidades sustentáveis e sua tutela jurídica à luz do Estatuto da Cidade..	70
<i>Luiz Claudio Gonçalves Junior</i>	
A interferência do Estado brasileiro na ordem econômica e seus reflexos na esfera do Direito Concorrencial.....	80
<i>Flávio Edmundo Novaes Hegenberg, Luiz César Martins Loques</i>	
Crime organizado – evolução histórica e inovações legislativas.....	97
<i>Ana Liége Dornelas Reis Gama de Magalhães</i>	
Direito de personalidade post mortem à luz do Direito Civil Pátrio e da Doutrina Lusitana .....	111
<i>Isabella Cristina Moreira Zelutini</i>	
Propriedade intelectual é ou não um direito fundamental?.....	125
<i>Matheus Almeida Pereira</i>	
A sustentabilidade nas empresas como fator de manutenção dos empregos.....	134
<i>Maria Cristina Alves Delgado de Ávila, Rosângela Maria Pereira</i>	
Homicídio causado por motorista embriagado: dolo ou culpa? .....	146
<i>Drielly Oliveira, Matheus de Souza Solano Borges</i>	

# Apresentação

O presente livro destina-se à publicação de capítulos que objetivam colocar em discussão diversos problemas jurídicos que afetam às sociedades brasileiras e contemporâneas. A obra tem por finalidade a divulgação dos resultados das pesquisas desenvolvidas pelo corpo docente, discentes do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA, e por destacados docentes, discentes e pesquisadores convidados.

Trata-se de um espaço para a discussão e a produção acadêmica sobre temas importantes para a comunidade jurídica, regional, nacional e internacional. A respeito dos temas abordados os autores demonstram a capacidade para o tratamento metodológico de diversos assuntos relacionados aos Direitos Humanos, ao Estado e à Tutela Ambiental em face da necessidade de caracterizar os problemas sociais, que se sabem consequentes da dinâmica social, esperando, assim, apontar e discutir as diversas causas ou motivos do aumento da desobediência social e da ineficácia social do direito.

Nesta obra demonstra-se a transversalidade e interdisciplinaridade das pesquisas jurídicas que têm como desafio discutir criticamente os assuntos e temas polêmicos e contribuir para a resolução dos problemas que repercutem negativamente na concretização da justiça e da cidadania.

## ***Prof. Dr. Pablo Jiménez Serrano***

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Oriente, Cuba. Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo- UNISAL. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Volta Redonda, UniFOA. Professor e pesquisador do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM.

# A Indústria do Dano Moral: Favorecimento ou Inibição ao Pequeno Consumidor

## **Bruna Peixoto Guimarães Drei**

Discente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM). Pesquisa visando levantamento de material para o TCC.

## **Maria Cristina Alves Delgado de Ávila**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano (Unisal); Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM); Pesquisadora do NUPED - Núcleo de Pesquisa do Direito - na linha de pesquisa "Direito, desenvolvimento e cidadania". Orientadora do trabalho.

## **RESUMO**

A presente pesquisa objetiva proceder à análise de como o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando os valores deferidos a título de danos morais nas relações jurídicas consumeristas de pequena monta, de forma a demonstrar se há ou não condenação em danos morais que realmente representem a efetividade da aplicação da justiça, especialmente em caráter pedagógico-punitivo pela má prestação de serviço. A pesquisa dar-se-á de forma documental e por meio de consulta a material bibliográfico. O tema se torna relevante a partir do momento em que se percebe que, de uma forma geral, devido à banalização da condenação em danos morais, esta se tornou pano de fundo para sentenças com condenações ínfimas que, na realidade, não serviriam para atender à efetividade que o consumidor de menor poder aquisitivo espera do Poder Judiciário, acabando, assim, por fragilizar a visão por parte desses atores sociais relativamente à prestação jurisdicional.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor. Dano moral. Efetividade da justiça. Prestação jurisdicional.

## **ABSTRACT**

*This paper intends to make a critical exam about the way that the Judiciary leads with the amount that is used for the judges on their sentences to reward people who look for justice on the Tribunals, when they suffer moral damages, mainly on the small consumer relations. It looks for demonstrating if the moral damages award really represents an effective justice, especially if these sentences have an educational and punitive character for when suppliers or service provider don't work as they should do, or when they don't care if the customer is fulfilled with their work. The research uses documents and legal literature. This paper theme is significant from the moment you realize that, generally, due to minimal moral damages award, the small condemnation of the judges don't bring the effectiveness the lower acquisitive power people expect from the Judiciary, so that they, sometimes, don't even trust they will have their problem solved with a satisfactory legal assistance.*

**Keywords:** Consumer law. Non-material damage. Justice effectiveness. Judicial provision.

## **SUMÁRIO**

1. Introdução; 2. Aspectos e reflexos do dano moral; 2.1. Dano moral ou à pessoa; 2.2. Árdua tarefa de mensuração do dano; 2.3. Natureza jurídica: ressarcitória e punitiva; 3. A Constituição Federal e o direito à reparação por dano moral; 4. Conclusão.

## 1. Introdução

A presente pesquisa visa analisar a efetividade da prestação jurisdicional, especialmente no que se refere às indenizações por danos morais em processos judiciais de matéria consumerista.

É sabido que o termo “Indústria do Dano Moral” tem sido bastante difundido na área jurídica de forma pejorativa, ou seja, faz-se acreditar que qualquer pequeno aborrecimento que o consumidor tenha o motiva a dar entrada em processo judicial única e exclusivamente visando alcançar uma indenização compensatória. As críticas sobre a referida indenização são no sentido de que o consumidor estaria, em verdade, buscando seu próprio enriquecimento à custa de um equívoco, ou mesmo da má prestação de serviço da parte adversa.

Porém, por outro lado aqueles pequenos consumidores que realmente necessitam ver seu dano ressarcido, até em decorrência de sua vulnerabilidade em relação ao mercado consumidor, acabam sendo constrangidos por reparações ínfimas que não atendem ao real dano que lhes fora imposto, dada a disparidade que ocorre quando das sentenças que são proferidas.

Portanto, aqui se pretende analisar as intenções do consumidor quando buscam a prestação jurisdicional, e se essa prestação se dá de forma eficaz, com a aplicação efetiva da prestação jurisdicional, de forma a atender aos princípios basilares da justiça.

## 2. Aspectos e reflexos do dano moral

Atualmente é comum verificar nas ações de natureza consumerista que em sua maioria – quiçá em sua totalidade – há requerimento de indenização por danos morais. Difícil vislumbrar que todos os problemas que acometem esses consumidores em suas relações de consumo dariam ensejo à referida indenização. Isso porque há de se verificar a efetiva ocorrência do dano, avaliar a profundidade com que esse dano atingiu a pessoa do consumidor, bem como ter em mente a finalidade da indenização por danos morais.

Conforme afirma Pereira (1998, p. 54) o dano moral é: “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo o atentado à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, à suas afeições, etc.”

Tem-se assim que a lesão por danos morais é aquela que afeta os sentimentos, que rompe o equilíbrio e a paz espiritual da pessoa, que produz angústia e humilhação, que vulnera as afeições legítimas. É diferente do dano material, que atinge a espera patrimonial e que é facilmente indenizável com dinheiro, uma vez que o dano fora causado na esfera econômica da pessoa. Aqui o liame é mais tênue. É preciso analisar se o consumidor teve a sua honra atingida pelo dano, se sofreu, se doeu, se chorou, se foi acometido de um dano extrapatrimonial.

Em reforço a essa colocação, vale a referência a Cavalieri Filho (1988, p. 121) quando o mesmo aborda a dificuldade que se tem em avaliar essa quantificação, assim afirmando:

O que configura e o que não configura o dano moral? Na falta de critérios objetivos, essa questão vem-se tornando tormentosa na doutrina e na jurisprudência, levando o julgador à situação de perplexidade. Ultrapassadas as fases da irreparabilidade do dano moral e da sua inacumulabilidade com o dano material, corremos, agora, o risco de ingressar na fase de sua industrialização, onde o aborrecimento banal ou mera sensibilidade são apresentados como dano moral, em busca de indenizações milionárias.

Este é um dos domínios onde mais necessários se tornam às regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da percepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extrema sensibilidade.

Assim, não se deve perder de vista que o que configura o dano moral é a alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo, que causa dor profunda. Desse modo é necessário avaliar que nem todo mal-estar configura o dano moral. Não se trata de mera sugestibilidade, de aborrecimento trivial, mas do verdadeiro aborrecimento que causa modificação no estado anímico da pessoa, levando-a à dor, à humilhação. O ofendido deve receber reparação não somente pelas perdas pecuniárias, mas também pelas restrições causadas ao seu bem-estar ou às suas conveniências, pelos desgostos, agitações de espírito, vexações, etc.

Justamente pela amplitude e, ao mesmo tempo, pela complexidade que envolve o mesmo se torna necessário ressaltar algumas situações, as quais pas-sam a ser discutidas abaixo.

## **2.1. Dano moral ou dano à pessoa**

No contexto social, “moral” se refere a bom procedimento, bom costume proceder conforme a justiça e a honestidade, de forma proba (NADER, 2003). Entretanto, essa conceituação em nada auxilia a explicitar o significado da expressão dano moral. A infração às normas éticas não tem qualquer similitude com o conceito da expressão em estudo. Por esse motivo é que se percebe um movimento de tentativa de inserção da expressão “dano à pessoa” para designar o dano que sofre a pessoa, o que atualmente se conhece como sendo o dano moral.

No direito italiano, dano moral se restringe ao dano biológico ou à saúde, taxativamente previsto em lei. Dessa forma, naquele país, a expressão utilizada para tratar do brasileiro dano moral é dano à pessoa.

Entretanto, no atual viver jurídico nacional, assim como na própria sociedade leiga, a expressão “dano moral” já está tão arraigada, e dotada de sentido diverso do literal que não valeria a pena, nesse momento, modificá-la por mero capricho semântico, uma vez que sua sedimentação já se encontra fortemente inserida na linguagem de foro, constituindo-se verdadeira tradição brasileira nas peças processuais e na linguagem jurídica brasileira.

## **2.2. Árdua tarefa de mensuração do dano**

Talvez mais difícil que tratar a semântica da expressão seja quantificar essa indenização ou compensação à pessoa que o sofreu. Isso porque não se trata de caráter patrimonial ou econômico. Faz-se necessário analisar caso a caso para entender o quão sofrível a situação se desenhou para a parte que pleiteia indenização por dano moral.

Em cada caso concreto, o julgador deverá tentar separar o que é vitimização – ou mesmo provocação – e o que efetivamente trouxe um aborrecimento que seja capaz de ensejar indenização por danos extrapatrimoniais. Faz-se necessário muito cuidado nessa análise, uma vez que o que separa a vitimização do consumidor e o verdadeiro dano moral é uma linha bastante tênue, que precisa ser analisada com cautela quando da análise da motivação do pedido de compensação por danos morais. É nessa linha tênue que os magistrados precisam ter bastante cautela e atenção para não punir a parte errada.

Durante muito tempo o dano moral deixou de ser reconhecido como entidade jurídica e muitos juízes deixavam de fixar indenizações extrapatrimoniais afirmando que não seria possível encontrar valor real para a devida indenização. Ademais, percebe-se que as audiências de conciliação realizadas nos juizados especiais cíveis são, em sua abrupta maioria, infrutíferas. Se o juiz, que possui formação para arbitrar valores, tem dificuldade, as partes a têm mais ainda. Na verdade, não se vêem muitas transações em sede de audiência de conciliação porque ora o autor pede quantias fora dos padrões normais e convencionais, ora o réu entende que não praticou qualquer ilícito e, por considerar o valor bastante superior ao menoscabo sofrido pela vítima, prefere deixar ao arbítrio do magistrado – que também terá dificuldades na fixação do “quantum” indenizatório.

Não há uma tabela incutida no cérebro dos julgadores ou dos advogados para acertadamente palpitar no “quantum” indenizatório; não há um critério estabelecido para sanar essa dificuldade. Não é como no Direito Penal, em que a cada crime corresponde uma pena, cujo trabalho do magistrado é o de avaliar as condições em que o crime foi praticado e dosar a pena entre os patamares mínimo e máximo previamente e taxativamente estabelecidos pela legislação penal.

Quando, então, o juiz fixa um valor para a indenização por danos morais, ambas as partes parecem insatisfeitas: o autor, por considerar que a quantia estabelecida é mínima, e o réu por entender que o magistrado fora extremamente generoso com o autor, arbitrando vultosa quantia. Por isso, não raras vezes há recursos de ambos os lados para discutir a referida indenização, cada um sob o seu ponto de vista.

A verdade é que o sofrimento humano é insuscetível de avaliação por outrem. Como não foi o operador do direito que sofreu aquele dano, ele sente dificuldades em estabelecer uma quantia razoável, que seja capaz de amenizar o sofrimento sofrido. Desse modo, a fluidez e o caráter nebuloso e relativo da subjetividade do sofrimento impedem a existência de pautas universais que estabeleçam quantum indenizatório que possa ser aplicado a qualquer pessoa, independentemente de análise subjetiva do caso concreto.

### **2.3. Natureza jurídica: ressarcitória e punitiva**

Por mais complexo que seja o estabelecimento de um valor indenizatório, é necessário não se perder de vista a finalidade – ou a natureza jurídica – dessa indenização. Em verdade, essa finalidade se subdivide em dois objetivos principais: caráter de ressarcimento do sofrimento anímico da parte autora, bem como caráter de punição pela má prestação de serviço pelo réu.

Dois grandes romancistas alemães, mais conhecidos pela acesa polêmica relativa à natureza jurídica da posse, Ihering e Savigny, também discutiram acerca da possibilidade ou não de indenização por dano extrapatrimonial. Enquanto Savigny desdenhava e não reconhecia a possibilidade dessa indenização, Von Ihering pronunciou-se pela possibilidade de indenização, sobretudo afirmando que a possibilidade de não se poder medir em dinheiro o sofrimento moral não seria razão para deixar sem reparação o titular do direito afetado. Considerou, ainda, que o dinheiro nem sempre cumpre um papel meramente satisfatório, mas também possibilitaria ao titular do direito afetado a obtenção de outros prazeres ou sensações agradáveis, que o fizessem esquecer – ao menos momentaneamente – o prejuízo sofrido.

Países com ordenamento jurídico originário do “Common Law”, como os Estados Unidos da América, defendem a aplicação dos “danos punitivos”, ou seja, defendem a aplicação do caráter punitivo pelos danos provocados na vítima, de forma que o réu não venha novamente, a praticar o dano anteriormente praticado. Entretanto no Brasil essa posição sofre críticas, principalmente por juristas que defendem que a responsabilidade civil não deve ter uma função penal. (SANTOS, 2015). Tais defensores ainda afirmam que a ausência de tipificação ou de legislação nesse sentido impediria essa prática no Brasil, uma vez que afronta diretamente o princípio constitucional da legalidade.

Por outro lado, a indenização por danos morais ainda possui uma função ressarcitória, em que o foco se dá sobre a vítima, ou seja, ela é colocada no centro das atenções para chamar a atenção à gravidade objetiva dos danos que ela padeceu.

Conforme comentários de Santos acerca da obra de Eduardo Zannoni, magistrado argentino e autor de “El daño em la responsabilidad civil”, a reparação por danos morais cumpre uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, que une a natureza ressarcitória da indenização para a vítima, que teve seu bem jurídico lesionado, à natureza punitiva ou sancionatória da reparação para aquele que provocou o dano, de forma a analisar seu dever de prever o dano e as consequên-

cias a isso cominadas, juntamente com o fator de atribuição de responsabilidade pelo injusto provocado por ele. (SANTOS, 2015, p. 125).

O caminho a ser trilhado pelo magistrado em comento para determinar o “quantum” indenizatório deve considerar a gravidade do dano, a personalidade do ofendido, a gravidade da falta cometida pelo ofensor e, ainda a personalidade do ofensor (SANTOS, 2015). Isso porque se levado em consideração que cada caso concreto deve ser especialmente analisado, tais fatores, por serem diferentes em cada situação, ensejarão respostas judiciais e, portanto, indenizações diversas. Entretanto, desse modo, estar-se-ia desviando o foco e analisando como se na esfera penal o processo tramitasse.

Desse modo, por se tratar de processo cível, Santos ainda comenta sobre Mosset Iturraspe, professor e escritor argentino, que defende que somente deve-se analisar a gravidade objetiva do dano e o poder aquisitivo desse dinheiro para buscar prazeres compensatórios, uma vez que o foco deve estar voltado à vítima, e não ao seu ofensor (SANTOS, 2015, p. 126). Assim pode-se falar que no Brasil o valor arbitrado a título de indenização por danos morais vem sendo utilizado com um caráter pedagógico, buscando alertar ao ofensor para que não incorra no mesmo erro com outros consumidores e, de certa forma, tentando obstaculizar práticas reiteradas de lesão aos direitos consumeristas.

### **3. A Constituição Federal e o direito à reparação por dano moral**

Em seu primeiro artigo, a Constituição Federal faz referência aos princípios fundamentais que regem o ordenamento jurídico brasileiro. O referido artigo elenca como princípios a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Dentre esses, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se intimamente ligado ao tema em comento, uma vez que quando a dignidade é ofendida, o agredido pode fazer jus à reparação por danos morais.

A dignidade da pessoa humana é um princípio normativo fundamental, razão pela qual, negar o reconhecimento desses direitos é o mesmo que negar a própria dignidade. Sarlet, (2006, p. 34) ao se manifestar sobre o tema conclui que:

[...] o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

A dignidade deve ser considerada como virtude, honestidade, decoro, ética, bem proceder, boa-fé. Chega a ser mais que um mero atributo social, mas também espiritual. É importante salientar que a dignidade pressupõe a existência

de diversos outros direitos para a pessoa humana, direitos esses que vivem em interação durante toda a vida do cidadão em sociedade.

Considera-se que a dignidade seja o alicerce para o exercício dos demais direitos, pois ela está presente também no direito à intimidade, na honra, na personalidade, na proibição de tortura, de penas cruéis, dentre outros.

Ocorre que quando esse direito maior não é respeitado, o agredido faz jus a uma indenização, que é o caso da indenização por danos morais, uma vez que todos esses direitos não são materiais. A disseminação de informações falsas sobre a pessoa, maculando a sua imagem frente à sociedade, a agressão a um direito de personalidade, a intromissão no direito de intimidade de uma pessoa são fatores que fazem com que o agressor seja obrigado a reparar os danos morais.

Ainda em análise à Carta Magna, e em correlação à dignidade da pessoa humana, encontra-se inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, no artigo 5º, inciso X do texto constitucional, o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Tal dispositivo ainda assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Percebe-se, então, que o Texto Maior de nosso país preocupou-se não somente com a proteção dos direitos das pessoas, mas também esclareceu que qualquer aviltamento a um direito importaria na obrigatoriedade de ressarcimento, mesmo que não fosse possível quantificar esse dano, ou expressá-lo em pecúnia. Assim percebe-se que o Brasil deixou para trás uma cultura – que vigorou por longos anos – cujo foco era somente o patrimonialismo, ou seja, somente importavam os bens materiais que o indivíduo possuía, e não a sua essência.

Atualmente, desde o advento da Constituição Federal de 1988, o foco passou a ser o indivíduo, ou seja, o personalismo, em contraposição ao patrimonialismo. Essa movimentação de alteração cultural ficou evidente quando da edição, em 1988 da Carta Magna, que não mediu esforços para assegurar os fundamentos constitucionais do país e os direitos dos indivíduos que nele se encontram. Valioso verificar que em 1998 a emenda constitucional número 18 inseriu em seu bojo o princípio da eficiência. Tal princípio visa implementar melhorias na administração pública como um todo e, na área objeto do debate, é de grande valia para a prestação jurisdicional, pois objetiva deixar as partes satisfeitas com a solução oferecida nas questões conflituosas.

Cabe ressaltar que o referido princípio veio agregar celeridade, presteza na realização do serviço público, visando melhores resultados, sendo um importante instrumento para se exigir mais qualidade dos serviços estatais, como a prestação jurisdicional.

Desse modo, percebe-se a importância da utilização da razoabilidade e do bom senso judicial quando da mensuração dos danos morais sofridos pelo jurisdicionado, de forma a aplicar uma condenação que vá realmente cumprir seu duplo papel de punir e prevenir a reiteração da conduta.

Por mais que se procure encontrar uma formula de se aplicar o direito, em cada caso concreto é que o julgador colherá elementos capazes de formarem seu convencimento acerca do fato narrado e aplicar o direito de forma a efetivamente recompensar aquele que sofreu qualquer interferência negativa em sua rotina, provocando dano.

#### **4. Conclusão**

Com a análise pretendida, verificou-se que a efetividade da prestação jurisdicional é bastante prejudicada quando os juízes impõem pífias indenizações por danos morais em processos judiciais de matéria consumerista.

Isso se dá porque o advento da “Indústria do Dano Moral” fez com que os magistrados tentassem frear o ingresso dos pequenos consumidores na justiça para buscar seus direitos em questões de menor complexidade, muitas vezes visando algum tipo de enriquecimento com base em suposto sofrimento de danos morais.

É sabido que não é qualquer aborrecimento que pressupõe a referida indenização. Entretanto, se o consumidor hipossuficiente deixa sua inércia e busca a efetivação de seus direitos – nem que seja por meio de uma compensação pecuniária – aquele que está investido da função jurisdicional deve observar os motivos que levaram aquele cidadão a pleitear a referida indenização e, pautado na razoabilidade, aplicar o direito sem se esquecer da existência do princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade do poder judiciário, pressupostos basilares do direito brasileiro.

Portanto, cabe ao juiz utilizar-se de todo o seu cabedal de conhecimentos para perceber que aquilo que se enquadra no conceito de mero aborrecimento para alguém pode se tornar um fardo e provocar grandes problemas na vida de uma pessoa.

## REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

NADER, Paulo, **Introdução ao Estudo do Direito**, 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 4 ed., São Paulo: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998

# A mobilidade urbana como um direito social: por uma interpretação constitucional do direito à cidade<sup>1</sup>

## **Marcelo Polegario Lima**

Especializando em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio; Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Barra Mansa (UBM) e pesquisador colaborador, pela mesma instituição, do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa “Direito, desenvolvimento e cidadania”; Discente do curso de Administração Pública da Universidade Federal Fluminense (UFF).

## **Maria Cristina Alves Delgado de Ávila**

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Salesiano (Unisal); Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa (UBM); Pesquisadora e orientadora do NUPED – Núcleo de Pesquisa do Direito – na linha de pesquisa “Direito, desenvolvimento e cidadania”.

## **RESUMO**

O trabalho objetiva fomentar o debate acerca do reconhecimento da mobilidade urbana como um direito social a partir de uma interpretação constitucional do direito à cidade, principalmente após a Lei nº 12.587/2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU). No desenvolvimento do trabalho, utilizou-se pesquisa teórica, por meio de fontes primárias (investigação da legislação e da jurisprudência) e secundárias (revisão bibliográfica).

**Palavras-chave:** Mobilidade urbana. Direitos sociais. Direito à cidade.

## **ABSTRACT**

*The paper aims to instigate the discussion about recognition of the urban mobility social like a social right, mainly afterward Law n. 12.587/2012 that instituted the National Policy on Urban Mobility (NPUM), based on constitutional interpretation of the law of the city. In the development paper used theoretical research, through primary sources (research legislation and jurisprudence) and secondary (literature review).*

**Keywords:** Urban mobility. Social rights. Law of the city.

## **SUMÁRIO**

1. Introdução; 2. Os direitos fundamentais como cláusulas abertas: um processo de construção plural; 3. A constitucionalização do direito à cidade; 4. A mobilidade urbana como um direito social fundamental: o direito à cidade sob a perspectiva constitucional; 5. Conclusão.

---

1 O presente artigo constitui desdobramento do trabalho intitulado “Participação popular: Plano de Mobilidade Urbana e a Lei nº 12.587/12 em Volta Redonda”, desenvolvido no âmbito do Núcleo de Pesquisa do Direito – NUPED – do Centro Universitário de Barra Mansa, campus Cicuta, e apresentado no III Congresso Internacional de Direito (CONIDIR) do UBM, realizado nos dias 26, 27 e 28 de agosto de 2015, na cidade de Volta Redonda.

## 1. Introdução

Há muito se discute a importância do direito à cidade, ou direito da cidade, no contexto social.<sup>2</sup> <sup>3</sup> A discussão, longe de ser infundada, encontra lastro, ainda que não exaustivamente, em dois pontos.

O primeiro é o tratamento dispensado pela Constituição Federal de 1988 à política urbana, inaugurando, pela primeira vez, uma “política constitucional para as cidades” (MILARÉ, 2009, p. 542), além de assegurar o direito de propriedade (art. 5º, XXII) e preconizar que esta deverá atender à função social (art. 5º, XXIII), verdadeiro dever fundamental. Com efeito, ao incluir o município na organização político-administrativa brasileira, o legislador constituinte lhe dedicou um rol de competências e atribuições como mecanismo de fomentar sua participação na Federação.<sup>4</sup>

Além disso, disciplinou-se ao longo de seu texto constitucional, e em caráter mais específico nos artigos 182 e 183, diretrizes relacionadas à política urbana, permitindo afirmar que as cidades<sup>5</sup> saem de uma posição passiva, ou seja, lugares onde as pessoas (sobre) vivem, para assumirem o *status* de espaços de desenvolvimento e consolidação dos direitos do cidadão.

O segundo aspecto que merece registro é a própria autonomia do direito à cidade como ramo das ciências jurídicas.<sup>6</sup> Ainda que seja uma disciplina forte-

---

2 Toshio Mukai (2002, p. 9) aponta que o chamado “direito do urbanismo”, conceito mais restrito, mas que dialoga com o Direito à Cidade, encontra origem nas discussões suscitadas a partir da década de 1960, quando profissionais de diversas áreas – daí o caráter multidisciplinar da matéria – começaram a se debruçar acerca da crescente urbanização no Brasil. Segundo o autor, “técnicos, sociólogos, geógrafos, engenheiros etc. [...] sentiram a necessidade de disciplinar de modo racional o desenvolvimento caótico das cidades, em especial das grandes capitais, onde o fenômeno da conurbação urbana denunciou caminhos indesejáveis para a qualidade de vida das nossas comunidades. Daí a crescente necessidade de especialização nesta área que se verifica no País” (MUKAI, 2002, p. 9).

3 Roborando tal entendimento, Coutinho (2006, p. 5) destaca que “[a] importância crescentemente atribuída às intervenções do conhecimento jurídico nas relações sociais do espaço urbano brasileiro – importância esta reconhecida até pelos próprios juristas, e que pode ser corroborada pela produção acadêmica da área, principalmente na última década [...] e a experiência da participação recente de pesquisadores e operadores do Direito na formulação de legislação urbanística municipal (Planos diretores, Orçamento participativo etc.) determina a necessidade de examinar como essas demandas da chamada ‘sociedade urbana’ também foram direcionadas ao campo Jurídico e quais seriam as principais tarefas impostas, neste caso, à reflexão dos juristas.”

4 Interessante citar a crítica de José Afonso da Silva (2005, pp. 474-475) sobre a inclusão dos municípios como integrantes da federação brasileira, **verbis**: “A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é ‘entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo’. **Data venia**, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. [...]. Não restam dúvidas de que ficamos com uma federação muito complexa, com entidades superpostas.”

5 Após apontar as dificuldades de apresentar um conceito de cidade, indicando que a palavra comporta três concepções – demográfica, econômica e de subsistemas – José Afonso da Silva (2008, p. 26) esclarece que, no Brasil, a cidade “é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico, com sede do governo municipal, qualquer que seja sua população. A característica marcante da cidade no Brasil consiste no fato de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal.”

6 É de se notar que a Universidade do estado do Rio de Janeiro (UERJ) conta com programa de pós-graduação

mente influenciada pelo direito constitucional e ambiental,<sup>7</sup> não se afasta que sua consolidação como ramo específico e autônomo torna necessários a construção e o debate acerca de institutos que lhe são próprios, bem como aqueles que, assim não os sendo, carecem de uma (re)aplicação voltada às características específicas da matéria, cujas discussões transitam por assuntos de diversas ordens, a exemplo do processo de urbanização, sustentabilidade, inclusão social, moradia, saneamento, violência, criminalidade, gestão democrática, entre outros.

Ao encontro do quanto até aqui sustentado, não se pode olvidar que o legislador ordinário tem agregado, sobremaneira, o *Ius Civitas*. Podem ser citados, em caráter não taxativo, importantes diplomas legais que, ora atendendo às prescrições estabelecidas pelo Texto Magno, ora tutelando situações jurídicas que se apresentam, erigiram uma sistematização do Direito à Cidade, como a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012 (Lei da Mobilidade Urbana) e a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole).

Em decorrência dessa sistematização, surge a necessidade de se repensar, a partir de uma leitura constitucional, os institutos que fazem parte do arcabouço jurídico-normativo do direito à cidade, sobretudo a existência de direitos fundamentais não expressamente previstos no Texto Magno, mas que dele possuem extração – tendo em vista a adoção de um rol em *numerus apertus* de direitos fundamentais – a fim de que as políticas públicas adotadas “dialoguem” com a Carta de 1988 e sejam efetivamente alinhadas às demandas sociais, presentes e futuras.

Numa conjuntura em que a dinâmica e complexidade sociais comportam o reconhecimento material de “novos” direitos – como o acesso à internet (HARTMANN, 2007, s.p.), o saneamento básico (RIBEIRO, 2015), a participação social na Administração Pública (SANTOS, 2014; SCHIER, 2002), à cidade sustentável (PINHEIRO; RODRIGUES, 2012) – surgem vozes defendendo o reconhecimento da mobilidade urbana como um direito fundamental de índole social<sup>8</sup> (FERRO; FONSECA, s.d.; OLIVEIRA JÚNIOR, 2011).

Em apoio a esses posicionamentos, acrescenta-se, ainda, a inclusão do transporte como um dos direitos sociais, consoante redação dada pela Emenda

---

(mestrado e doutorado) dedicado ao Direito à Cidade, bem como publicação, de notória qualidade, qual seja, a Revista do Direito da Cidade, voltada exclusivamente ao debate social e acadêmico da matéria, reforçando, portanto, a autonomia do ramo.

7 José Afonso da Silva (2004, pp. 218-219) expõe com propriedade a inter-relação entre os Direitos Constitucional, Ambiental e à Cidade, ao dissertar que: “Sai dos textos constitucionais [...] que a Política Urbana busca realizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, sendo que o § 1º do art. 182 define o Plano Diretor como instrumento básico desta Política. Tudo isso, em última análise, quer dizer que a Política Urbana tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável. É que a qualidade do meio ambiente urbano constitui, mesmo, um ponto de convergência da qualidade do meio ambiente natural [...] e da qualidade do meio ambiente artificial [...], pois a ‘qualidade de vida das pessoas que se reúnem nas comunidades urbanas está claramente influenciada por quanto suceda nos meios natural e obra do Homem, que se acham diretamente inter-relacionados’ [PERLOFF, 1973, p. 9].”

8 “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal” (MORAES, 2008, p. 192).

Constitucional nº 90/2015 ao artigo 6º da Carta Federal, o que demonstra a busca pela efetivação e consolidação dos “direitos urbanos”.

Fixadas tais premissas, o artigo apresenta, tendo como norte a leitura constitucional do direito à cidade, uma breve contribuição para o enquadramento da mobilidade urbana como um direito social fundamental.<sup>9</sup> Para esse mister, utilizou-se a pesquisa teórica, por meio de fontes primárias (investigação da legislação e da jurisprudência) e secundárias (revisão bibliográfica).

## 2. Os direitos fundamentais como cláusulas abertas: um processo de construção plural

Partindo do pressuposto de que a Constituição de 1988 adotou um sistema aberto de direitos fundamentais (art. 5º, §§ 2º e 3º), verifica-se que tal opção político-constitucional permitiu que a fundamentalidade de determinados direitos – nos quais se incluem os direitos sociais<sup>10</sup> – não se vincule a um aspecto estanque, admitindo-se, pois, que o enquadramento de um direito como fundamental decorra da conjuntura social, histórica, cultural, econômica e política, observados, contudo, os requisitos formais estabelecidos (SANTOS, 2013, pp. 15-31).

A abertura dada aos direitos fundamentais pela Constituição Federal vigente encontra guarida, com certa gradação entre materialidade e formalidade, no artigo 5º, §§ 2º e 3º.

A primeira disposição (art. 5º, § 2º) estatui que os direitos e garantias previstos na Carta Cidadã não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como admite o intercâmbio com os tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. Na lição do professor José Afonso da Silva (2009, p. 179)

O regime adotado é o democrático representativo, com participação direta e pluralista. Os princípios adotados são também os democráticos, os republicanos, os federalistas, os da realização dos direitos fundamentais do homem, o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, o da cidadania plena, entre outros.

[...] [Tem-se também] uma hipótese de incorporação de normas internacionais de direitos humanos no ordenamento constitucional interno [...]. Essa incorporação tem amplas consequências. A primeira é a de alargar o campo constitucional desses direitos. A Constituição, assim, se alarga, apanhando todos os direitos humanos declarados e os que

9 “Mobilidade urbana é um apanágio das cidades, um predicativo que serve de atributo à urbe. Em concepção sumária, é a facilidade real ou efetiva das condições de deslocamento, realizada por qualquer modo em via pública, que leva em conta as necessidades dos cidadãos. Deve ser tratada como política pública prioritária, buscando-se promover por todos os meios, sistemas, planejamentos, intervenções e escolhas a mitigação dos efeitos e impactos negativos que as ações contrárias aos deslocamentos conferem à vida da *pólis*” (GUIMARÃES, 2012, p. 91, *grifo no original*).

10 Ainda que existam posicionamentos doutrinários, com premissas bem fundamentadas, que excluem do rol dos direitos fundamentais os chamados direitos sociais, como registra BRANDÃO (2010, pp. 451-483) e PULIDO (2010, pp. 137-175).

vierem a ser declarados [...]. A segunda consiste na adoção da concepção monista no que tange ao direito internacional dos direitos humanos, pela qual se define a unidade, neste campo, entre o direito internacional e o direito interconstitucional [...].

Em igual sentido, Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 304) escrevem que o

“[...] parágrafo em questão dá ensejo a que se afirme que se adotou um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição. [...]. É legítimo, portanto, cogitar de direitos previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista.”<sup>11</sup>

A previsão do § 2º do artigo 5º condensa, expressamente, a influência que a disciplina internacional dos direitos humanos exerceu sobre a elaboração da Constituição de 1988 (PIOVESAN, 2000, pp. 104-107), o que se justifica na transição de um Estado caracterizado por constantes e graves violações aos direitos humanos para um Estado Democrático de Direito.

Embora o Supremo Tribunal Federal possuísse uma leitura conservadora sobre o alcance do artigo 5º, § 2º, parcialmente superada no julgamento do RE nº 466.343-1/SP, no qual se firmou o caráter supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos,<sup>12</sup> a disposição constitucional abre margem para que, independentemente de eventuais discussões, ateste-se que a fundamentalidade dos direitos seja entendida como um processo de construção plural.

Nesse viés, o dispositivo se aproxima da ideia de Häberle acerca da democratização da interpretação constitucional, consubstanciada na “legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade” de participar do processo hermenêutico (HÄBERLE, 1997, p. 33), já que o reconhecimento de direitos fundamentais, ainda que intermediado por diplomas legais ou pelas instituições do Estado, detém forte inter-relação com as demandas sociais.

Com a inclusão do § 3º ao artigo 5º, fruto da Emenda Constitucional 45/2004, estabeleceu-se um *plus* formal mais rígido que, em certa medida, restringiu o comando do parágrafo 2º do mesmo artigo (SANTOS, 2013, p. 35), cuja dicção permitia, em tese, por meio de mutação constitucional,<sup>13</sup> ampliar o espec-

11 Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, pp. 118-119), tal previsão constitucional seria desnecessária, porquanto “se um direito implícito [e fundamental] o é por sua natureza [...], já o seria mesmo que fosse possível deduzir de tratado internacional.”

12 Ferrajoli (2011, p. 30) fala de uma “internacionalização dos direitos fundamentais”, superando, assim, a dicotomia entre direitos humanos e fundamentais, declarando-os, portanto, como “direitos supraestatais”, vinculando os Estados interna e externamente.

13 Citando magistério de Luís Roberto Barroso (2011, pp. 145-146): “As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiores eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. [...]. Com efeito, a modificação da Constituição pode dar-se por via formal e por via informal. A via formal se manifesta por meio da reforma constitucional, procedimento previsto na própria Carta disciplinando o modo pelo qual se deve dar sua alteração. [...] Já a alteração por via informal se dá pela denominada

tro de sua aplicabilidade sem a necessidade de se empregar o processo legislativo prescrito para as emendas constitucionais.<sup>14</sup>

Ponderações à parte, no presente artigo, alinhados a uma perspectiva interpretativa pautada na teleologia das normas constitucionais, com destaque para o princípio hermenêutico da máxima efetividade, optamos por fundamentar a *ratio* do enquadramento da mobilidade urbana como um direito social no artigo 5º, § 2º, primeira parte, o que exige, *a priori*, que se discuta a constitucionalização do direito à cidade.

### 3. A constitucionalização do direito à cidade

O direito à cidade, de acordo com a definição de Harvey (2008, p. 74), não se limita à “liberdade individual de acesso a recursos urbanos”, constituindo-se no

direito de mudar a nós mesmos pela mudança da cidade. Além disso, é um direito comum antes de individual já que esta transformação depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo de moldar o processo de urbanização. A liberdade de construir e reconstruir a cidade e a nós mesmos é, como procuro argumentar, um dos mais preciosos e negligenciados direitos humanos.

Em outras palavras, o direito à cidade possui forte matiz democrático (MUKAI, s.d.), possibilitando a estruturação de políticas públicas pautadas na dialogicidade, com o intuito de sedimentar um espaço de coexistência, inclusão e promoção de direitos. Num contexto de constitucionalização dos direitos,<sup>15 16</sup> por meio do qual se prega uma leitura da ordem jurídica a partir da balizas firmadas pela *Lex Legum*, o que, como adverte Barroso (2011, pp. 386-387), não se confunde com a “presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição”, mas

---

mutação constitucional, mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance das normas da Constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação no seu texto. A mutação está associada à plasticidade de que são dotadas inúmeras normas constitucionais.”

14 Interessante e provocativa é a conclusão de Carlos Frederico Santos (2013, pp. 36-38) que defende que a introdução do § 3º ao artigo 5º é inconstitucional, pois violaria a vedação imposta pelo artigo 60, IV, da CRFB/1988. Para o autor, a violação se verifica “na medida em que se leva em consideração a disposição do § 2º daquele artigo da Carta, verdadeiro direito do povo à atualização facilitada dos direitos e garantias fundamentais oriundos e constantes de tratados internacionais sobre direitos humanos” (SANTOS, 2013, p. 38).

15 “A evolução do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em função dos câmbios substanciais (tanto na perspectiva do direito constitucional positivo, quanto da teoria constitucional) operados desde a Segunda Guerra Mundial, tem servido de justificativa para que, já de há algum tempo, se possa falar da ocorrência de uma mudança no âmbito do próprio paradigma do Estado Constitucional, de tal sorte que, numa certa perspectiva, é possível falar [...] de um neoconstitucionalismo, ou mesmo – o que parece ser mais apropriado – de um conjunto de neoconstitucionalismos, já que também o assim designado Estado Constitucional pode apresentar uma multiplicidade de dimensões. [...] importa, no entanto, enfatizar que um dos principais fenômenos operados no âmbito justamente dessa evolução constitucional referida é o da constitucionalização, por conta, em especial, da afirmação da supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes, de toda a ordem jurídica” (SARLET, 2010, pp. 13-14).

16 Embora voltados à análise da constitucionalização Direito Civil, mas perfeitamente aplicáveis às demais “constitucionalizações, Farias e Rosenvald (2011, p. 34) asseveram que a leitura a partir da Constituição, tendo como pressuposto a força normativa da Constituição, tornou necessários: i) uma releitura de conceitos e institutos jurídicos clássicos; ii) a elaboração e o desenvolvimento de novas categorias jurídicas; e iii) uma intervenção estreita entre diferentes campos da ciência jurídica.

antes exige a leitura dos ramos do Direito a partir de uma “filtragem constitucional”, não poderíamos nos furtar de fomentar o debate, à luz da Constituição, do direito à cidade. Essa opção se fundamenta em algumas premissas.

A primeira, já adiantada nas linhas acima, é o tratamento jurídico dado à política urbana, que deve ser utilizada como instrumento de desenvolvimento e de inclusão social. A cidade, nesse sentido, identifica-se como um *locus* de integração entre o urbano e o rural, na qual devem ser empregadas políticas públicas prospectivas que se inter-relacionem com os direitos fundamentais e viabilizem sua efetividade.

A segunda pertine ao fato de que importantes diplomas legais vêm condensando a sistematização do direito à cidade, tendo como fulcro a Carta Política de 1988 – dentre os quais a Lei nº 12.587/2012, adiante analisada –, que fornecem diretrizes voltadas a tornar as cidades adequadas às demandas sociais e preparadas para os desafios do futuro,<sup>17</sup> como anotado por Ginkel (2008, p. 32 *apud* SILVA, 2014, p. 38)

As Nações Unidas estimam que em 2030 a população do mundo alcançará 8 bilhões. Isso será 2,3 bilhões a mais que trinta anos antes. A população urbana nos países em desenvolvimento deverá crescer de 2 para 4 bilhões no mesmo período [...], virtualmente todo o crescimento da população global nas décadas à frente [...]. A infraestrutura [nessas] cidades – água, saneamento, energia e sistemas de transporte, de tratamento de saúde, habitação e educação – é inadequada mesmo para a população que já existe. Portanto, por que devemos ter qualquer confiança em que essas cidades serão capazes de gerenciar as mudanças à frente? [...] Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio clamavam por uma redução em 100 milhões do número de habitantes das favelas até 2015. Nesse período, o número desses habitantes deve crescer em 1 bilhão. A questão constrangedora não é como reverter essa tendência, mas como se adaptar a essa inevitabilidade de maneiras que possam levar a vidas saudáveis; produtivas e recompensadoras para o maior número de pessoas.

Por fim, a própria ação estatal tem buscado, ainda que, em sua maior parte, de maneira tímida e mais voltada a fins eleitorais (SILVA, 2014, p. 282), alterar a infraestrutura das cidades, tanto em obediência à Constituição, a exemplo da confecção dos planos diretores como normas programáticas (art. 182, § 1º), como,

---

17 Carvalho (2016, p. 8) enumera, exemplificativamente, os seguintes desafios: “É obrigação dos dirigentes públicos buscar um sistema de mobilidade mais igualitário do ponto de vista social, com sustentação financeira e ao mesmo tempo sem excluir os mais pobres, além de gerar o mínimo de externalidades negativas possíveis. Para seguir esse caminho, vários desafios têm de ser superados pelos gestores da mobilidade, como: a falta de compatibilização das políticas de desenvolvimento urbano e metropolitano com o planejamento dos sistemas de mobilidade; a falta de políticas perenes de financiamento e investimento na infraestrutura de transporte público urbano; a ausência de medidas de racionalização do uso do transporte motorizado individual e compensação pelas suas externalidades negativas; o envelhecimento da população e o seu rebatimento sobre as condições de mobilidade das pessoas e os custos do transporte público (TP); a alteração do modelo de financiamento regressivo da operação TP vigente no Brasil; entre outros.” No mesmo sentido, merecem destaque Vasconcellos (2012, pp. 95-110) e Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP) (2006, pp. 82-95).

também, em decorrência do microsistema legal urbano, que recentemente foi acrescido pela Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU), alçando a mobilidade urbana a um novo patamar.

#### **4. A mobilidade urbana como um direito social fundamental: o direito à cidade sob a perspectiva constitucional**

A escolha do Brasil para sediar importantes eventos, como a Copa do Mundo, realizada em 2014, e os Jogos Olímpicos de 2016, conduziu à necessidade de se (re)discutir a mobilidade urbana, especialmente sob a ótica do legado das intervenções urbanas e da necessidade de mudança da ideologia dos transportes –que ainda prioriza o transporte particular, resultado de uma confluência de fatores, tais como o estímulo ao consumo, a facilidade de crédito, o aumento da capacidade produtiva etc. (CARVALHO, 2016, p. 8).

Com a promulgação da Lei nº 12.587/2012, a mobilidade urbana foi erigida à categoria de “questão de ordem”, permitindo lançar luzes sobre a conjuntura urbana brasileira.

Em linhas gerais, não há maiores dificuldades para constatar que a mobilidade possui forte inter-relação com outros direitos. Inicialmente, e sob um viés mais restrito, constitui um direito instrumental,<sup>18</sup> porém indispensável ao gozo de outros direitos, notadamente os direitos sociais como educação, saúde, alimentação, transporte etc.

De outro lado, tem-se a mobilidade como um direito *per se*, um direito de todos, dotado de um forte caráter inclusivo.<sup>19</sup> Como registra Oliveira Júnior (2011, p. 64), em contributo para o reconhecimento da mobilidade urbana como um dos direitos sociais, tais direitos são

[a]queles [...] não pensados e concebidos originalmente pelo constituinte de 1988 vêm aos poucos sendo reconhecidos enquanto parte do processo de amadurecimento e conscientização da sociedade brasileira em reivindicar novos direitos que, para além do reconhecimento formal, se torne possível reclamá-los materialmente em ações afirmativas estatais ou mesmo mediante prestação jurisdicional.

Ora, com efeito, a evolução social exige novas prestações por parte do Estado, ainda mais quando considerado o Direito como um fato social dinâmico e permeável às necessidades sociais. Outrossim, em função da já citada abertura promulgada pelo texto constitucional, urge a necessidade de, em consonância com o regime e os princípios estabelecidos pelo Diploma Federal de 1988 (art. 5º,

18 Ressalta-se que mesmo a ideia de instrumentalidade não afasta a ideia de fundamentalidade. Ratificando essa ideia, cita-se o quanto proposto por Araujo e Araujo (2011, p. 713), em artigo sobre acessibilidade das pessoas com deficiência, quando os autores a consideram (a acessibilidade) como “um direito fundamental instrumental, ou seja, faz parte de um conjunto necessário e mínimo para que [se possa] exercer outros direitos.”

19 Nesse sentido, a recente Lei nº 13.146/2015, chamada de Lei Brasileira da Inclusão Social ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, significativo diploma de cunho emancipatório, traz em seus artigos 46 a 52, disposições específicas sobre o direito ao transporte e à mobilidade.

§ 2º, primeira parte), reconhecer a mobilidade urbana como um autêntico direito social.

Num país em que cerca de 80% da população moram em cidades e cujo processo de urbanização é caracterizado pela segregação territorial, marcado por um movimento do centro em direção às periferias (CONFEA, 2009, p. 12), o enquadramento, material ou formal, da mobilidade urbana como um direito social permitirá que as políticas públicas adotadas possuam maior interconexão com outros direitos já reconhecidos pela Constituição de 1988, como, *v.g.*, moradia, transporte, trabalho, saúde, educação e meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cuida-se de uma via para gerar inclusão social e combater as desigualdades, proporcionar acesso a serviços públicos<sup>20</sup> e voz às minorias (DUARTE; SÁNCHEZ; LIBARDI, 2012, pp. 11-12). É, também, implantar a democracia em sentido substancial (FERRAJOLI, 2011, pp. 25-29) e dar concretude à dignidade da pessoa humana. A mobilidade urbana é, enfim, um direito essencial para garantir a satisfação de direitos fundamentais (GUIMARÃES, 2012, pp. 87-89), apoiado em princípios próprios e vinculado à matriz constitucional estabelecida, donde há de ser reconhecida sua fundamentalidade.

## 5. Conclusão

A evolução social requer o reconhecimento de “novos” direitos que atendam às necessidades que se apresentam. Fortemente influenciada pelo sistema internacional de direitos humanos, a Carta Cidadã de 1988 albergou um rol aberto de direitos fundamentais, influenciado tanto sob a perspectiva interna decorrente o regime e dos princípios por ela adotados, bem como pelos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, *ex vi* do comando disposto no artigo 5º, § 2º, da Lei Fundamental.

A mobilidade urbana, principalmente em decorrência da projeção internacional do Brasil e da entrada em vigor da Lei nº 12.587/2012, merece ser vista sob uma nova perspectiva que, partindo de uma “filtragem constitucional” do direito à cidade, ramo autônomo da ciência jurídica, enquadre-a como um direito social.

Nada obstante a isso, a vigente conjuntura urbana no País, caracterizada (i) por uma alta concentração da população nos centros urbanos; (ii) pela elevada frota de automóveis; (iii) pela necessidade de se repensar políticas públicas que sejam sustentáveis; e (iv) pela inafastabilidade dos objetivos da redução das desigualdades e de promoção do desenvolvimento, exige que seja constituída verdadeira “blindagem” constitucional ao direito à mobilidade urbana, porquanto dotado de forte caráter inclusivo.

---

20 Nas palavras de Gomide (2003, p. 35 *apud* FERRO; FONSECA, s.d., p. 13): “Uma política de transporte urbano voltada para a inclusão social deve priorizar o desenho de programas e projetos que proporcionem o acesso dos mais pobres a serviços de transporte adequados. É preciso inverter a atual lógica da formulação das políticas do setor, que hoje está focada na oferta, ou seja, no aumento da competitividade dos serviços, na redução de custos e no gerenciamento da frota, para o real atendimento das necessidades dos cidadãos que estão sendo privados do acesso aos serviços existentes.”

Alinha-se a esse contexto, ainda, o expresso reconhecimento do transporte como um direito social (EC nº 90/2015), que é umbilicalmente associado à mobilidade urbana, ainda que esta a ele não se limite.

Por fim, frente aos desafios impostos aos gestores públicos quanto às políticas públicas intergeracionais, percebe-se que a mobilidade urbana deve ser “levada a sério”, principalmente em decorrência de sua estreita relação com outros princípios e direitos caros ao Estado democrático de Direito, reconhecendo-se, daí, sua fundamentalidade como um autêntico direito social.

## REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David; ARAUJO, Cintia Rejane Moller de. O direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência: desafios que se aproximam com as paraolimpíadas. *In*: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011;
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011;
- BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;
- BRASIL. Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTP). **Panorama da mobilidade urbana no Brasil: tendências e desafios, v. 3**. Série Cadernos Técnicos. Julho/2006;
- \_\_\_\_\_. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea). **Mobilidade urbana e inclusão social**. Out. 2009. Disponível em [http://www.confea.org.br/media/confea\\_mobilidade\\_urbana\\_miolo.pdf](http://www.confea.org.br/media/confea_mobilidade_urbana_miolo.pdf). Acesso em 1º Jun 2016;
- CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. **Desafios da mobilidade urbana no Brasil**. *In*: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Texto para discussão 2198. Brasília: Rio de Janeiro, 2016;
- \_\_\_\_\_. **Mobilidade urbana sustentável: conceitos, tendências e reflexões**. *In*: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Texto para discussão 2194. Brasília: Rio de Janeiro, 2016;
- COUTINHO, Ronaldo L. Direito da cidade: o direito no seu lugar. *In*: **Revista de Direito da Cidade, v. 1, n. 1**. 2006;
- DUARTE, Fábio; SÁNCHEZ, Karina; LIBARDI, Rafaela. **Introdução à mobilidade urbana**. Curitiba: Juruá Editora;
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011;
- FERRAJOLI, Luigi. SALIM, Alexandre *et al.* (Trad.). **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011;
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010;
- FERRO, Sandra Regina Oliveira Passos B.; FONSECA, Vânia. Direito social à mobilidade urbana: análise do ambiente construído do usuário do transporte público

da cidade de Aracaju – SE. In: **XXIII Congresso do CONPEDI**. 2014. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa/PB. Anais.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. **Comentários à lei de mobilidade urbana – Lei nº 12.587/2012: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

HÄBERLE, Peter. MENDES, Gilmar Ferreira (Trad.). **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editore, 1997;

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental**. [s.d.]. 30 p. Disponível em [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007\\_1/ivar\\_hartmann.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/ivar_hartmann.pdf). Acesso em 1º Jun 2016;

HARVEY, David. O direito à cidade. In: **Lutas Sociais, nº 29**. São Paulo, Jul./Dez. 2012;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009;

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009;

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008;

MUKAI, Toshio. **Direito urbano-ambiental brasileiro**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Dialética, 2002;

\_\_\_\_\_. **O direito urbanístico na construção de uma cidade democrática**. [online]. [s.d.]. Disponível em [http://www.lex.com.br/doutrina\\_24254772\\_O\\_DIREITO\\_URBANISTICO\\_NA\\_CONSTRUCAO\\_DE\\_UMA\\_CIDADE\\_DEMOCRATICA.aspx](http://www.lex.com.br/doutrina_24254772_O_DIREITO_URBANISTICO_NA_CONSTRUCAO_DE_UMA_CIDADE_DEMOCRATICA.aspx). Acesso em 29 Maio 2016;

OLIVEIRA JÚNIOR, João Alencar. Direito à mobilidade urbana: a construção de um direito social. In: **Revista dos Transportes Públicos – ANTP – Ano 33 – 2011 – 1º quadrimestre**;

PINHEIRO, Gabriele Araújo; RODRIGUES, Wagner de Oliveira. Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no Estado democrático de Direito. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 106/107**. Jan./Dez. 2011/2012;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000;

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma

crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010;

RIBEIRO, Wladimir Antônio. O saneamento básico como um direito social. *In*: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE, ano 13, n° 52**. Belo Horizonte. Out./Dez. 2015;

SANTOS, Fábio Gomes dos. Participação na administração como direito fundamental. *In*: **Revista Digital de Direito Administrativo. v. 1, n° 2**. 2014;

SANTOS, Carlos Frederico. Tratados internacionais de direitos humanos: uma reflexão sobre a inconstitucional do § 3º do art. 5º da CF. *In*: **Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 12 – n° 41**. Jul./Dez. 2013;

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

SILVA, Eduardo Fernandez. **Meio ambiente & mobilidade urbana**. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2014;

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009;

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

\_\_\_\_\_. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

VASCONCELLOS, Eduardo de Alcântara. **Mobilidade urbana e cidadania**. Rio de Janeiro: Senac Nacional, 2012.

# A (in)eficácia da usucapião extrajudicial: reflexões sobre o art. 216-a da lei de registros públicos

**Bernardo Monteiro de Souza Araujo Porto**

Discente pesquisador do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM do 7º período do curso de Direito

**Gabriela Quinhones de Souza**

Docente e Mestre em Direito.

## RESUMO

Presente no mundo antigo e moderno, a propriedade, sempre foi protegida como forma de proporcionar ao homem e o Estado, a produtividade, proteção, a moradia e a soberania. Na contemporaneidade, o direito de propriedade não é interpretada de forma ilimitada, absoluta e individualizada, mas sim pelo viés social alicerçado pelo princípio Constitucional da Função Social da Propriedade. Neste presente artigo é feito uma análise da Usucapião Extrajudicial, inovação trazida pela lei 13.105/15, que acrescentou o artigo 216-A na Lei de Registros Públicos e fazendo uma análise pormenorizada do instituto, é possível crer que a ideia de desjudicialização em prol da celeridade pode se tornar ineficaz.

**Palavras-chave:** Propriedade; artigo 216-A na Lei de Registros Públicos; Usucapião Extrajudicial

## ABSTRACT

*Present in ancient and modern world, property, has always been protected as a way to provide the man and the state, productivity, protection, housing and sovereignty. In contemporary times, the right to property is not interpreted unlimited, absolute and individually, but by the social way based in the constitutional principle of the social function of property. In this article is made an analysis of Usucapião Extrajudicial, an innovation brought by the law 13.105/15, that included the article 216-A in the Law of Public Registry and making a detailed analysis, it is possible to believe that the idea of non judicialization to accelerate the process may become ineffective.*

**Keywords:** Property; article 216-A in the Law of Public Registry; Usucapião Extrajudicial

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. Da propriedade 2.1 Conceito de propriedade 2.2 A função social da propriedade 3. Usucapião 4. Conclusão

### 1. Introdução

A forma de organização social e a reunião das pessoas em determinada localidade trouxe a criação das cidades. Inicialmente, sua finalidade era religiosa e mais tarde econômica, pois eram consideradas centros comerciais.

As cidades foram crescendo de forma desordenada e sem planejamento para sua infraestrutura e ocupação do solo, o que fez surgir diversos problemas de moradia, saneamento básico e proteção do meio ambiente.

O estudo do direito de propriedade e as formas de sua aquisição sempre estiveram presentes no ordenamento jurídico, até porque historicamente a propriedade é considerada como forma de mensurar o *status* social da pessoa e determina sua forma de atuação em sociedade.

O presente trabalho visa o estudo da modalidade de usucapião extrajudicial. Inicialmente tal modalidade foi inserida no ordenamento jurídico pela Lei 11979/09 (Programa Minha Casa, Minha Vida) para casos específicos previstos ao programa governamental e tal usucapião foi pouco difundido no meio social e acadêmico.

A Lei 13.105/15 (Código de Processo Civil) – art. 1071 - alterou a Lei 6015/73 (Lei de Registros Públicos) para ampliar as hipóteses de cabimento da usucapião extrajudicial, sendo permitido a todos que demonstrarem os requisitos previstos lei, a possibilidade de reconhecimento da propriedade referente a bem imóvel.

A referida modalidade de usucapião foi inserida no ordenamento jurídico, como forma de tornar mais rápido e célere o reconhecimento da propriedade dispensando-se a burocracia judicial. Ademais, a intenção do legislador foi de “desafogar” o Poder Judiciário.

Em que pese a mens legis, o presente trabalho visa a analisar a efetividade da usucapião extrajudicial e sua aplicação prática, mostrando-se este tema de grande relevância social, haja vista que o direito de propriedade é garantido na Carta Magna, por meio do art. 5º, XXXIII, bem como a consequência maior da usucapião – direito de moradia- ser considerado como direito social, na forma do art. 6º da CFRB.

Inicialmente será feito um apanhado sobre a propriedade e sua função social e após o tema central será analisado com o contexto histórico da usucapião até a sua aplicação extrajudicial.

A metodologia utilizada foi a de pesquisa em documentos escritos e bibliográfica.

## **2. Da propriedade**

A propriedade sempre foi protegida no mundo antigo e no mundo moderno. A proteção da propriedade passa pela proteção do solo e ainda garante a soberania do Estado, evitando que outros povos possam invadir e se apossar dos bens que estejam no solo de determinado País.

## 2.1. Conceito de propriedade

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, no artigo XVII a propriedade foi tratada como um direito inviolável e sagrado alcançando a mesma categoria que o direito de liberdade e demais direitos individuais.

A propriedade, assim, tomou contornos individualistas e poderia ser protegida de qualquer tipo de ameaça ou de violação, inclusive por força do próprio homem.

Mais tarde o direito de propriedade passa a ter contornos contratuais podendo ser negociado, principalmente por meio de contrato de compra e venda, sem que com isso se perca a característica da exclusividade. Tal característica é aquela que indica que a pessoa exerce todos os poderes sobre a terra que lhe pertence, em que se estende ao subsolo e em direção aos céus.

O Código Napoleônico é referência de codificação do direito de propriedade, haja vista que a Declaração Universal dos Direitos do Homem não o fez.

Pode-se definir o direito de propriedade como o direito de dispor de uma coisa como bem lhe parecer, sem atentar contra o direito alheio ou a lei. Este direito de dispor que tem o proprietário engloba o de receber todos os frutos da coisa, de servir-se dela não apenas para os usos que pareçam ser-lhe naturalmente destinados, mas mesmo para os usos que lhe convenham, de alterar-lhe a forma, perdê-la ou destruí-la totalmente, aliená-la, onerá-la, de ceder a outrem os direitos que lhe convenham sobre coisa e permitir-lhe o uso que julgar. (Pothier apud LOPES, 2011, p. 380)

Como se pode observar a propriedade era considerada um direito ilimitado exercido sobre a coisa e o titular do direito poderia utilizar a coisa ao seu bel prazer sem precisar preocupar-se com a coletividade, da mesma forma como foi pensado o princípio da autonomia da vontade em seus primórdios. A propriedade era pensada de forma individual e não coletiva.

Nos séculos XIX e XX o direito de propriedade passa a ter novos contornos alcançando não apenas as terras, mas também os créditos e os direitos imateriais, ou seja, apropriação do trabalho e da riqueza.

Ainda nesta época o direito de propriedade vai perdendo o modelo de direito natural, haja vista a constituição de sociedades e de organizações burocratizadas que passam a se tornar proprietárias de bens e produção. Assim, enquanto o direito natural afirmava que a aquisição do direito se daria pelo trabalho e teria como titular o homem, neste novo modelo social o direito natural perde o espaço.

O direito de propriedade com o contorno individualista também perdeu espaço com a teoria francesa do Abuso do Direito em que o exercício do direito de propriedade deveria atingir os fins previstos em lei, sob pena de cometimento de ato ilícito.

A valorização do homem com a dignidade da pessoa humana também fez com que a o direito de propriedade deixasse de ser visto como um direito individual absoluto.

Em segundo lugar os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas. (BOBBIO, 2004, p. 18)

Como visto acima, a valorização do homem se sobrepôs em relação ao direito de propriedade e o homem passou a ter valor maior.

No direito brasileiro o direito de propriedade foi estudado com contornos meramente civilistas, e como fator de exclusão social, em que a propriedade era direito de poucos. Desde o descobrimento até o então código civil de 1916 atribuía ao direito de propriedade o caráter absoluto e individualista era usada, ainda, com cunho político de opressão das classes mais favorecidas. É o que diz Darcy Ribeiro.

A ordem social brasileira fundada no latifúndio e no direito implícito de ter e manter a terra improdutiva é tão ferozmente defendida pela classe política e pelas instituições do governo que isso se torna impraticável. É provável que a União Democrática Ruralista (UDR), que representa os latifundiários no Congresso, seja o mais poderoso órgão do Parlamento. É impensável fazê-la admitir o princípio de que ninguém pode manter a terra improdutiva por força do direito de propriedade, a fim de devolver as terras desaproveitadas à União para programas de colonização (2001, p.201)

Como demonstraram os relatos acima, a forma da constituição da propriedade na sociedade brasileira fez com que surgissem os grandes latifúndios, o que concentrou a terra sob os domínios de uma pequena parcela da sociedade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a propriedade assumiu características de direito público e passou a ter um requisito maior de aquisição, qual seja, a função social prevista no artigo 5º, XXIII “a propriedade atenderá a sua função social.”.

Embora a Constituição Federal tenha feito previsão da função social, o direito privado (Código Civil, artigos 1228 e 1231) ainda permaneceu conferindo ao direito de propriedade o aspecto privado e individualista, na sua maioria.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Marco Aurélio Bezerra de Melo define o direito de propriedade da seguinte forma:

É possível definir a propriedade de forma sintética pelos elementos intrínsecos e extrínsecos, como sendo o poder de senhoria que uma pessoa exerce sobre uma coisa, dela excluindo qualquer ingerência de terceiros, assim como definir propriedade apontando as suas características e sob este prisma a propriedade é um direito subjetivo, absoluto, elástico, perpetuo, complexo e ilimitado, pelo qual uma pessoa submete uma coisa corpórea ou incorpórea à sua vontade. A propriedade é um direito subjetivo, pois encerra uma situação jurídica em que todos devem uma prestação de não fazer ao proprietário, sendo dotada de coercitividade, além de passível de violação. (Melo, 2003, p. 42)

Mais uma vez o aspecto individualista da propriedade (como a referência acima indica) foi retratado pelo legislador, permanecendo arraigada no sentimento da sociedade a ideia de que o proprietário tem a legitimidade de fazer o que lhe aprouver com o bem, sem observar os contornos sociais.

A referência à função social da propriedade no direito civil ficou a cargo da proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural e ainda na previsão de prazo reduzido para aquisição da propriedade por usucapião, quando demonstrado que o bem está sendo utilizado para fins de moradia.

Na realidade a Constituição Federal entendeu que a propriedade deveria ter um aspecto social e econômico e não meramente individual. Daí o novo tratamento ao direito que deixou de ser tão somente privado atingindo contornos públicos.

Modernamente não se enxerga a propriedade como instituição única do direito privado, mas sim um complexo de relações que envolvem principalmente normas de direito administrativo. Daí que para a Constituição Federal existem as propriedades: particular, pública, industrial, urbana, rural, de bens de consumo e de bens de capital, previstas em diversos artigos.

Tudo isso, aliás, não é difícil entender, desde que tenhamos em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma função de direito civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais (SILVA, 2011, p. 274)

A Constituição federal faz a previsão de um patrimônio mínimo e ainda a previsão de regimes jurídicos próprios para os demais tipos de propriedade.

## **2.2. A função social da propriedade**

A função social da propriedade, no direito brasileiro, está prevista no artigo 5º, XXIII da Constituição Federal, que assim determina:

Art. 5º (...)

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social

Função social é princípio constitucional que embasa todo o estudo da propriedade e a sua proteção, bem como a aquisição da propriedade depende da demonstração do referido princípio. A ideia de função social da propriedade sofre alteração segundo o interesse social e de acordo com o contexto histórico em que é estudado.

A função social já foi estudada como fator limitador do exercício da propriedade, mas modernamente não é este o viés que se pretende com a 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 (MORAES, 2000, p. 173).

A doutrina mais moderna apresenta a função social como requisito de aquisição do direito de propriedade, ou seja, requisito de argumento da validade de exigência de comportamento do titular da propriedade.

A função social, assinala Pedro Escribano Collado, 'introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um interesse que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo', constitui um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição desse direito, de seu reconhecimento e da garantia mesma, incidindo sobre seu próprio conteúdo. (SILVA, 2011, p. 283)

A função social da propriedade deixou de ser vista como um fator limitador do exercício do direito de propriedade e passou a ser reconhecida como requisito de aquisição do direito, tudo em benefício de uma coletividade maior que o simples interesse individual do proprietário.

Contudo, embora a função social seja entendida como requisito de aquisição da propriedade, ao mesmo tempo não pode ser fator limitador da existência da propriedade privada. O conceito de função social é amplo, envolvendo garantias sociais e legais do ordenamento jurídico pátrio.

Na realidade, a função social depende de um comportamento ativo do titular do direito de propriedade para torne o bem produtivo e ao mesmo tempo respeite o bem comum, como o meio ambiente e traga benefícios à coletividade.

Segundo relatos da professora Hironaka a ideia da função social foi pensada inicialmente pelo doutrinador francês Leon Duguit, que de certa forma se excedeu ao idealizar a função social da propriedade, haja vista que entendeu que a propriedade não seria propriamente um direito, mas sim um instrumento colocado a serviço da sociedade. Tal ideia não corresponde ao que se pretende

com a função social, pois esta não é estudada com a finalidade de negar o direito de propriedade.

A teoria de negação dos direitos subjetivos de Duguit, como se afere, baseou-se na concepção de propriedade – senão como um direito subjetivo – como um *dever*, evoluindo para a concepção do que se convencionou denominar *propriedade-função*. Desta forma, entendeu ele que o homem não tinha direitos, mas seria tão somente um instrumento a serviço da sociedade; vale dizer, por ser membro de uma coletividade, cada um teria obrigações a cumprir, sob o referencial da função social a cada um incumbida e de sorte a que, segundo ele, *ninguém possui mais direitos senão aqueles de cumprir com seus deveres* (HIRONAKA, p.10, grifos do autor).

Como visto a função social é considerada, modernamente, como fator de aquisição do direito de propriedade e não como instrumento de negatificação de direitos.

Cada vez mais temos no âmbito da função social da propriedade a intervenção do Estado de modo a garantir o bem estar social e ainda a função econômica da propriedade, por meio da chamada justiça redistributiva, conforme assinala Tepedino.

A meta da justiça retributiva, conquista da Revolução Francesa, dá lugar à justiça redistributiva, com o acentuado intervencionismo estatal e dirigismo contratual que, no Brasil, é fartamente documentado a partir dos anos 30. A propriedade passa a ter uma função central de redistribuição de rendas. A titularidade da situação proprietária passa a implicar para seu titular, no concomitante respeito a crescentes situações não proprietárias. A destinação do bem apropriado ora é determinada por lei, ora é controlada e restringida, ora é proibida, caracterizando-se o direito de propriedade menos pelo seu conteúdo estrutural acima descrito e mais pela destinação do bem sobre o qual incide ou, ainda, por sua potencialidade econômica (TEPEDINO, p.73).

A justiça retributiva, assim, visa uma nova redistribuição das rendas e com isso uma nova partilha da propriedade segundo o critério da função social.

Como se observa das ideias até agora trazidas o conceito de função social é amplo e permeia todos os aspectos da propriedade.

### **3. Usucapião**

A expressão usucapião há muito vem sendo utilizada como se fosse palavra masculina, porém recentemente voltou-se ao estudo da acepção da palavra com a sua afirmação feminina.

Usucapião significa modalidade de aquisição originária da propriedade, mediante o transcurso de tempo que corre em favor daquele que irá adquirir a propriedade.

A usucapião como visto acima teve origem romana quando da possibilidade de transformação da propriedade bonitária em propriedade quirinária. O próprio estado romano considerou a usucapião como forma de aquisição originária da propriedade, desde que o titular – cidadão romano, pois só este teria o direito de usucapir – cumprisse alguns requisitos, quais sejam *res habilis, titulus, jides, possessio, tempus* (coisa hábil a usucapião, título, boa fé, a posse, o decurso do tempo, a intenção de ter a coisa como sua, bem como a apreensão física da coisa (VERAS NETO, 2006).

No ordenamento jurídico brasileiro a aquisição da propriedade por usucapião traz como pressupostos: o decurso do tempo, o bem passível de ser usucapido – coisa hábil, a posse *ad usucapionem*, justo título e boa fé, sendo esses dois últimos presentes apenas na usucapião ordinária.

O Código Civil traz em seu artigo 1241, a possibilidade do possuidor requerer ao juiz que seja declarada – mediante decisão judicial, no caso uma sentença declaratória - adquirido a propriedade imóvel, mediante usucapião.

Com a alteração legislativa promovida pela lei 13.105/15, em seu artigo 1071, dispensou-se o requisito da decisão judicial que reconheça a aquisição da propriedade pela via da usucapião. Em especial, a alteração feita na Lei de registros Públicos que passou a ter o art. 216 – A.

Como se pode perceber, a alteração promovida pelo Código de Processo Civil permite que a usucapião – como forma de aquisição da propriedade imóvel - possa ser registrada na matrícula do imóvel.

O presente trabalho estuda especificamente o art. 216 – A, §6º da Lei de registros públicos, que assim descreve “Transcorrido o prazo de que trata o § 4o deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5o deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados”.

Como se observa do texto legislativo, para o reconhecimento extrajudicial da propriedade por via da usucapião – que se aplicará aos bens urbanos ou rurais, já que houve omissão legislativa neste sentido-, tem-se como requisito obrigatório a concordância expressa do suposto proprietário que conste na matrícula do imóvel ou de demais titulares de direitos reais.

A usucapião como dito anteriormente é forma de aquisição da propriedade em que o titular indica o tempo de posse mansa e pacífica já exercida sob o bem e nem sempre o requerente tem conhecimento de quem seja o suposto proprietário do bem imóvel ou tem contato com ele.

A inclusão da obrigatoriedade da anuência expressa do suposto titular de direito real referente ao imóvel objeto da usucapião pode retirar a eficácia da via extrajudicial tornando inócua a previsão legislativa que tenta desburocratizar a aquisição da propriedade e seu registro.

Alguns autores afirmam que a indicação de anuência expressa do suposto titular de direito real se faz necessária diante da segurança jurídica (ALBUQUERQUE JUNIOR, 2015), já que a propriedade não será reconhecida judicialmente e não seria aplicado ou se teria prejudicado o contraditório e a ampla defesa.

Contudo, o legislador não dispensou o contraditório na via administrativa e nem poderia fazê-lo, vez que garantia processual prevista no art. 5º, LIV da CFRB. O legislador fez a previsão do contraditório a partir do momento em que o tabelião do registro de imóveis deve publicar editais para ciência e manifestação do interessado no prazo de 15 dias – art. 216- A, §4º.

Outro ponto a ser observado é que o legislador tentou imputar ao procedimento extrajudicial de usucapião a consensualidade, impondo como obrigatória a anuência do suposto titular de direito real. Ocorre que historicamente não há consenso entre o suposto proprietário e o usucapiente, trazendo sérios transtorno a efetividade da medida.

Assim, tendo a lei emprestado um caráter de consensualidade ao procedimento extrajudicial da usucapião, pode-se estimar que ele virá a ter um bom funcionamento como instrumento de regularização fundiária, especialmente dirigido àqueles casos em que houve um prévio negócio entre o usucapiente e o titular do domínio do imóvel (o que será espelhado pela presença do justo título). Restará, entretanto, um problema de difícil solução na hipótese em que haja o silêncio do titular do direito real sem que isso signifique propriamente discordância com a realização do procedimento (§ 2º do art. 216-A), mas signifique indiferença às consequências de sua não manifestação expressa, que talvez venha a ser uma hipótese bastante recorrente no futuro, dada à forma como o procedimento foi concebido. (PAIVA, 2015, p.4)

No caso de não anuência ou não sendo encontrados os titulares de direitos reais o feito será remetido ao juízo competente para que decida acerca da possibilidade de averbação da usucapião. Logo, volta-se ao procedimento judicial aproveitando-se, contudo, as provas que já foram produzidas perante o tabelionato de notas serão aproveitadas.

#### **4. Conclusão**

Diante do exposto, fica evidenciado, diante da alteração legislativa, que a inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais sobre o imóvel não irá trazer a celeridade que o ordenamento jurídico necessita, podendo ainda dizer que, essa ideia de consensualidade é como se fosse um novo pressuposto da usucapião, ou seja, o modo extrajudicial inovou em tentar desjudicializar, mas trouxe dúvida quanto a essa real capacidade, podendo intensificar os problemas do poder judiciário quanto as ações de usucapião, só sendo possível aguardar e esperar o tempo e a prática demonstrarem se a inovação foi boa ou ruim.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Posse e Propriedade: Uma releitura dos Ancestrais Institutos**. Disponível em <<http://www.professoramorim.com.br/amorim/dados/anexos/392.doc>>. Acesso em 10. Out. 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. **O Direito na História. Lições Introdutórias**. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Novo Código Civil Anotado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

PAIVA, Jão Pedro Lamana. **Novo Cpc Introduz A Usucapião Extrajudicial No País**. Disponível em: <[http://www.irib.org.br/files/obra/Versa771o\\_correta\\_Artigo\\_Lamana\\_Paiva\\_Usucapiao.pdf](http://www.irib.org.br/files/obra/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf)> Acesso em abril 2016.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SILVA, Marcio Cesar Fontes e IRIBURE JUNIOR, Hamilton da Cunha. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária, e a Constituição)**. Revista Forense, v. 306.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico: Seus Institutos Jurídicos e Seus Legados**. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 83-114.

# Alienação Parental e sua síndrome: guarda compartilhada como possível solução

**Danielle da Silva Costa**

Discente do Centro Universitário de Barra Mansa do 9º Período do Curso de Direito.  
Trabalho de Conclusão de Curso.

**Gabriela Quinhones de Souza**

Docente Orientadora do TCC. Professora Mestre do Centro Universitário de Barra Mansa.

## RESUMO

A guarda compartilhada como forma de prevenir e inibir os atos alienantes, pois esta pode trazer prejuízos irreversíveis ao desenvolvimento dos filhos. Faz-se análise do instituto familiar na ruptura da sociedade conjugal, verificando as modalidades de guarda existentes, observando-se o melhor interesse do menor. Por vezes a separação gera sentimentos de rancor e frustração, o que pode acarretar um dos genitores utilizar a criança ou adolescente como instrumento de vingança, ocasionando a Alienação Parental, que é uma conduta, onde um dos genitores passa a denigrir a imagem do não detentor da guarda, intervindo na relação filho e genitor e tendo como consequência a Síndrome da Alienação Parental. Faz-se necessário lembrar cabe aos genitores, mesmo em conflito, aprenderem diferenciar a união conjugal do elo parental, ficando comprometidos a analisar somente o que tem ligação com a criança, visando à construção da identidade do filho, propiciando educação integral, saúde e bem estar. Expõe-se a Lei nº 13.058/2014 Lei da Guarda Compartilhada e a Lei nº 12.318/2010 Lei da Alienação Parental em nosso ordenamento jurídico. Com isso, conclui-se por fim, que a problemática da alienação parental não possui uma resposta plena, contudo a guarda compartilhada tem se mostrado como a melhor opção, pois visa o melhor interesse e possui elementos essenciais, combinadas com algumas providências trazidas pela Lei n. 12.318/2010, para que sejam prevenidas as práticas alienantes e para que seja inibida se faz necessário à guarda compartilhada conjuntamente com especialistas da área da psicologia em acompanhamento tanto dos filhos quanto dos genitores.

**Palavras-Chave:** Guarda Compartilhada. Alienação Parental. Síndrome da Alienação Parental. Melhor interesse da Criança.

## ABSTRACT

*Joint custody in order to prevent and inhibit the alienating acts, as this can bring irreversible damage to the development of children. It will be analysis of the family institute in the rupture of the conjugal society, checking existing custody arrangements, observing the best interests of the minor. Sometimes the separation generates feelings of anger and frustration, which can lead to one of the parents use the child or adolescent as instrument of vengeance, causing the Parental Alienation, which is a behavior where one parent becomes blacken the image does not hold of the guard intervened in the child and parent relationship and resulting in the Parental Alienation Syndrome. It is necessary to remember it is up to parents, even in conflict, learn to differentiate the conjugal union of the parental link, staying committed to analyze only what is connected with the child, seeking the child's identity construction, providing comprehensive education, health and we'll be. Exposes to Law nº 13.058/2014 Shared Guard Act and Law nº 12.318/2010 Parental Alienation Law in our legal system. Thus, it is concluded finally that the problem of parental alienation does not have a full answer, but shared custody has proven to be the best option, because it seeks the best interest and has essential elements, combined with some measures introduced by Law nº 12.318/2010, to be prevented the alien-*

*ating practices and to be inhibited is necessary to joint custody together with the psychology area experts in monitoring both the children as the parents.*

**Keywords:** *Shared Guard. Parental Alienation. Parental Alienation Syndrome. Best Interests of the Child.*

## SUMÁRIO

1. Introdução 2. Alienação Parental. 3. Alienação Parental e sua Síndrome: Guarda Compartilhada como possível solução. 4. Conclusão.

### 1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no artigo 5º, inciso I, prevê a igualdade entre o homem e a mulher, bem como no seu artigo 226, parágrafo 5º, ao indicar que de forma igual o homem e a mulher, devem exercer os direitos e deveres no tocante à sociedade conjugal, atendendo-se ao princípio da dignidade humana e paternidade responsável, com fulcro no parágrafo 7º do referido artigo.

Atualmente, vínculos familiares são desconstruídos de forma rápida. E, contudo, os filhos de tal relação acabada podem ficar submetidos à aplicação de eventuais conflitos derivados da dissolução da sociedade conjugal ou na extinção da união estável.

O Direito de Família, por fim, está em ambientação para satisfazer a evolução da sociedade nas suas relações familiares. Tais modificações deram oportunidade a uma corrente doutrinária que defendia a aplicação de um modelo de guarda, que objetivava garantir o seguimento do convívio dos genitores com seus filhos, mantendo os laços afetivos.

Desse modo, a guarda compartilhada ou conjunta entrou no ordenamento jurídico com a Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que regulamenta o instituto, modificando os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação, instituindo a preferência por melhor interesse da criança e do adolescente e possibilitando a solução das consequências advindas da alienação parental.

Com isso surge a pergunta: a guarda compartilhada é o meio mais eficaz de prevenção do fenômeno alienação parental ou de possível solução de sua síndrome?

A guarda compartilhada, realizada pelos dois genitores, proporciona aos filhos a chance de desfrutar da companhia contínua, a educação e ao cuidado de ambos os pais, que exercem papéis diferentes e essenciais na vida dos filhos.

Muitas vezes, há um genitor que acaba por eliminar o outro da vida dos filhos, prejudicando a relação existente entre o filho com o outro genitor, intervém nas visitas, motivando no menor sentimentos de repulsa contra o genitor, e acaba

desenvolvendo a síndrome de alienação parental, criando distúrbios psicológicos como ansiedade, baixa estima, depressão e pânico.

A guarda compartilhada é a melhor forma de combate contra a alienação parental nos casos litigiosos, os que chegam ao Judiciário, é o apoio dos membros do Ministério Público, dos defensores públicos e dos advogados, que devem recorrer ao auxílio técnico de uma equipe multidisciplinar, formada por assistentes sociais e psicólogos.

## **2. Alienação Parental: Lei nº 12.318/2010**

### **2.1. Conceito**

O tema em questão se encontra no aspecto social há bastante tempo, principalmente na esfera familiar.

A princípio o termo alienar tem significado exposto pelo minidicionário Aurélio de Língua Portuguesa (1993, p. 23): transferir para outrem o domínio de; alheiar; desviar, afastar; alucinar, perturbar; enlouquecer. Com isso, juntando as palavras “alienar” e “parental”, tem-se a conduta que vem chamando atenção e trazendo certa apreensão no Judiciário.

O conceito legal da alienação parental está prevista no art. 2º da Lei nº12.318 de 26 de agosto de 2010.

A alienação parental é um elemento familiar, muitas vezes, que surge em decorrência de um conflito entre pais recém-separados, onde essa discordância acarreta em um ambiente de ressentimentos, em que se propicie sua ocorrência, programando o menor para que odeie o outro genitor.

Neste sentido, identifica Silva (2011, p. 45):

Está presente em ações judiciais em que um dos pais se utiliza de argumentos em processos para suspender e até impedir as visitas, destituir o poder familiar, alegar inadimplemento de pensão alimentícia, chegando a acusações de abuso sexual ou agressão física, porém nem sempre de cunho autêntico, e sim como mero recurso para a destituição do vínculo parental.

Dias (2006, p. 362) nos conduz:

Muitas das vezes a ruptura da vida conjugal gera sentimentos de abandono, de rejeição, de traição, surgindo forte tendência vingativa. Quem não consegue elaborar adequadamente o luto da separação geralmente desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Se quem assim se sente, fica com a guarda dos filhos, ao ver o interesse do outro em preservar a convivência com a prole, quer vingar-se e tudo faz para separá-los. Cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo, ou a impedir, a visitação. Os filhos são levados

a rejeitar o genitor, a odiá-lo. Tornam-se instrumentos da agressividade direcionada ao parceiro.

## **2.2. Causas da alienação**

O tema referido não possui uma causa propriamente dita, o alienador pode se basear no fator proteção do filho.

Segundo Figueiredo e Alexandridis (2011, p. 46-47):

Diversas podem ser as causas para que o alienador promova a alienação parental. Há que se mencionar que independe para a sua configuração a necessária consciência por parte de quem a promove, ou seja, o alienador pode promover essa campanha contra o alienado sem que tenha a real percepção da sua dimensão e conseqüências, como por motivos de rejeição, inconformismo, frustração, egoísmo, servindo como forma de punição ao alienado pelo insucesso de uma relação pessoal.

A alienação parental pode ser explicada pela frustração que um dos genitores, na maior parte das vezes o que detém a guarda, passou com a ruptura da relação familiar, isto é, o agente alienador confunde o estado parental com o conjugal, fazendo com que os problemas desenvolvidos pelo casal atinjam o menor, não permitindo o convívio com o outro progenitor.

## **2.3. Conseqüências da alienação**

A alienação parental acarreta efeitos desfavoráveis, de forma excessivamente grave à criança ou adolescente, pois esses menores são privados da convivência e fortalecimento de vínculos com o genitor alienado e esse convívio deveria ser de forma igualitária entre ambos os genitores.

Com a ocorrência da difamação da imagem do genitor, os filhos passam a ter um sentimento negativo de longo prazo com o agente alienado.

Silva (2009, p. 78), relata:

A criança envolve-se com o alienador, por dependência afetiva e material, ou por medo do abandono e rejeição, incorporando em si as atitudes e objetivos do alienador, aliando-se a ele, fazendo desaparecer a ambigüidade de sentimentos em relação ao outro genitor, exprimindo as emoções convenientes ao alienador. Ocorre a completa exclusão do outro genitor, sem consciência, sem remorso, sem noção da realidade.

Deste modo pode-se dizer que tal conduta é praticada de forma egoísta por seu genitor, causando transtornos psicológicos, que dependendo da situação não poderão ser revertidos, criando a síndrome da alienação parental.

## 2.4. Diferença entre alienação parental e síndrome da alienação parental

Existem grandes diferenças entre a Alienação Parental e a Síndrome da alienação.

Segundo Fonseca (2007, p.7):

A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminantemente e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho. Essa conduta – quando ainda não dá lugar à instalação da síndrome – é reversível e permite – com o concurso de terapia e auxílio do Poder Judiciário – o restabelecimento das relações com o genitor preterido.

Dessa forma entende-se que a alienação parental é o processo de desmoralização, ou seja, a manipulação da criança ou adolescente para o distanciamento do outro genitor e a síndrome da alienação parental é a consequência psicológica.

Com isso, fica claro que estão ligadas, porém são diferentes, a Lei nº 12.318/2010 usa o termo alienação parental, porém os magistrados devem conhecer a Síndrome e suas consequências às crianças ou adolescentes, lembrando que é possível a reversão da Alienação caso a síndrome ainda não esteja constituída.

## 2.5. Síndrome da Alienação parental

A Síndrome da Alienação parental foi definida primeiramente nos Estados Unidos em 1985 e está associada ao psiquiatra Richard Gardner. Gardner (1985, p. 2) a definiu, como:

Um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificativa. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.

Em 2001, François Podevyn contribuiu para difundir na Europa ressaltando que (2001, p.127):

Nessas situações em que a criança é levada a odiar e a rejeitar um genitor que a ama, a contradição de sentimentos produz uma destruição dos vínculos que, se perdurar por longo tempo, instaurará um processo de cronificação que não mais permitirá a restauração de qualquer vínculo, fazendo, da morte simbólica da separação, uma morte real do indivíduo.

Isso que atraiu a atenção nas áreas do direito e da psicologia, que se uniram formando a psicologia jurídica, para a melhor compreensão do fator emocional que cerca as ações processuais de ruptura da sociedade conjugal, quando inclui filhos menores.

## **2.6. Elementos de Identificação**

Esse procedimento de alienação pode ser identificado quando:

- 1) Há um impedimento na proximidade entre o agente alienado e o menor;
- 2) Há análise do relacionamento dos filhos com o outro genitor, antes da separação e a comparação com depois;
- 3) Há acusação inverídica, mentirosa atribuída ao outro genitor de abuso físico, emocional, por ser de difícil avaliação, muitas vezes, sendo apenas diferenças de opinião entre os genitores.
- 4) Há uma forte resistência da parte dos filhos em estar com o outro genitor.

Essa identificação é um critério importante, pois o tema é de grande dimensão e pode acarretar a destruição da convivência e a integridade psicológica do menor. Com isso a Lei nº: 12.318/2010 diz que é necessário que seja executada a perícia, conforme seu artigo 5º. Havendo a identificação da alienação parental o magistrado pode aderir a determinação existente nos incisos do artigo 6º da referida lei.

Essas medidas punitivas, mesmo fixadas no ordenamento jurídico, trazem consequências psicológicas na esfera familiar e especialmente para a criança ou adolescente, pois ocorrendo a inversão da guarda, também pode ser uma forma de alienação.

## **2.7. Sequelas**

Segundo Dias (2009, p. 24):

Se a criança não tiver o tratamento adequado poderá produzir sequelas nefastas que poderão durar para o resto da vida. A alienação parental instaura vínculos patológicos e comportamentos abusivos contra a criança, e isso cria ima-

gens distorcidas em relação aos genitores, podendo gerar um olhar destruidor para todas as relações amorosas que essa criança terá no futuro.

A Síndrome da Alienação Parental tem três estágios: no estágio leve, o menor convive com o genitor-alvo das falsas memórias, vindo a ocasionar apenas alterações do fim do relacionamento; no estágio médio, ocorre contínuas provocações do alienante dando ao alienado uma característica negativa, fazendo assim, o menor ter sentimentos de repulsa, rancor deste; no estágio grave a criança ou adolescente passa a ter rigorosos transtornos psíquicos, que incluem alucinações, ódio de grau forte, uma vez que, não será mais necessário a figura do alienante para induzi-lo ao rancor.

Conforme se verifica acima em seus estágios, a Lei 12.318/2010 tem grande preocupação para que a Alienação não se modifique passando a ser a Síndrome da Alienação Parental, de acordo com demonstra o artigo 4º do dito Diploma legal.

As crianças ou adolescentes que sofrem a Síndrome de Alienação Parental podem desenvolver transtornos psíquicos irreparáveis, como depressão, sentimentos de hostilidade, dupla personalidade e até mesmo suicídio. Com isso, quando adultas, essas vítimas têm tendências ao uso de drogas e álcool.

### **3. Alienação parental e sua síndrome: guarda compartilhada como possível solução**

Ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal, modifica-se o ambiente familiar e com isso acaba tendo um distanciamento do menor com um dos genitores, porém essas relações são essenciais para o desenvolvimento da criança ou adolescente, pois é através desse relacionamento que a prole vai se estruturar emocionalmente, socialmente e terão alicerces nos valores e condutas que são obtidos ao longo da vida, e para se obter êxito e efeitos positivos o foco deve ser a relação dos pais com os filhos.

Ainda há quem ache que a guarda unilateral é a mais apropriada, mas esta é a que está mais propícia a alienação parental, que pode se transformar em sua síndrome, gerando problemas graves, sendo que, também pode gerar um agravo ao privar um pai do contato com o filho, o que facilita a quebra total do relacionamento.

#### **3.1. A guarda compartilhada como meio de prevenção e inibição da alienação**

A modalidade compartilhada, de acordo com a Lei 13.058/2014, dispõe condição para assegurar o convívio ininterrupto entre os genitores e a prole e não apenas reduzir a finais de semana determinado por processo litigioso, fazendo com que os pais sejam conjuntamente detentores do poder familiar, participando ativamente no cotidiano do menor.

Uma vez que distribui responsabilidades, impede que o agente alienante utilize a criança como objeto para conseguir atingir o outro e faz com que seja preservada a convivência genitor e prole.

A aplicação da guarda compartilhada facilita que os envolvidos no litígio, exerçam sua função de genitores, mesmo que exista desentendimento em relação à ex-união, até porque tal modalidade não tem poder de extinguir com as brigas do ex-casal, mas minimiza os conflitos, de forma que seja em benefício da criança ou adolescente, sendo uma solução pertinente para evitar a alienação.

A guarda compartilhada é discutida por profissionais como forma de prevenir a alienação parental, conforme Figueiredo; Alexandridis (2011, p. 40):

Merece destaque neste momento de redefinição das responsabilidades maternas e paternas a possibilidade de se pactuar entre os genitores a “Guarda Compartilhada” como solução oportuna e coerente na convivência dos pais com os filhos na Separação e no Divórcio.

Neste contexto, a escolha pelo compartilhamento da titularidade do poder familiar remove a ideia de posse da noção de guarda, descaracterizando o outro genitor como mero visitante e prestador de pensão alimentícia, e evita que a criança ou adolescente tenha que escolher entre os pais.

Silva (2011, p 209) destaca:

Ainda, evita-se colocar a criança na posição de escolher entre os genitores, algo perverso, que, inclusive, pode incitar os pais a imputar condições desqualificadoras ao ex - parceiro para influir na determinação de guarda, tendo-se outra possível origem da alienação parental.

Mediante evidenciação da alienação parental haverá intercessão de especialistas para que os danos já produzidos não se expandam e não se tornem irreversíveis. Sem o auxílio de um especialista da psicologia, é provável que o menor alienado não perceba sozinho que é vítima da alienação parental.

Segundo Quintas (2009, p.90):

Como resultado, a deliberação pela guarda compartilhada se não solução definitiva, certamente dificulta a instauração da Síndrome de Alienação Parental, especialmente quando acompanhada de orientação psicológica apropriada, que intente estimular a cooperação entre os pais.

Vale ressaltar que entidade familiar ainda que tenha alteração advinda da separação dos pais, permanece sendo indiscutível no destaque da importância de ambos para uma saudável formação dos filhos. Logo, é necessário que os genitores deixem à parte qualquer tipo de ressentimento ou descontentamento e concentrem-se no que seja melhor para o filho. Dessa maneira, nota-se que o instituto da guarda compartilhada previne a alienação parental e suas consequências, estimulando o vínculo dos filhos com ambos os genitores.

### 3.2. Matéria do Senado Federal

A matéria foi extraída do site do Senado Federal, de audiência pública promovida pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) em 10/06/2013 e atualização em 02/03/2015. Nela está contida discussão entre profissionais do direito e da psicologia acerca do tema vertente.

[...]Ao alertar para os danos da alienação parental, a psicóloga Andreia Calçada disse que observa em seu trabalho, seja em clínica ou atividades de assistência técnica jurídica, o estrago emocional causado às crianças. Ela ressaltou que os pais são “referências de estruturação de personalidade”.

– Se esses modelos não são confiáveis para a criança, ela se desestrutura – acrescentou.

Para a psicóloga, a guarda compartilhada (na qual as decisões e a convivência são divididas entre o pai e a mãe) é uma forma de impedir que se desenvolva a sensação de posse sobre o filho ou a filha, que pode ocorrer quando a guarda é unilateral, ou seja, quando fica apenas com a mãe ou o pai.

Conforme lembra o juiz Elizio Luiz Perez, na maioria dos casos em que é concedida a guarda unilateral a guarda fica com a mãe (a estimativa é que sejam mais de 90% dos casos de guarda unilateral). Para ele, isso revela o conservadorismo da sociedade brasileira, em especial do Judiciário do país.

Segundo Elizio, que participou da elaboração do anteprojeto que originou a Lei 12.318/2010, também chamada de Lei da Alienação Parental, a guarda compartilhada pode funcionar como um “antídoto” contra a alienação parental.

A psicóloga Andreia Calçada reconhece que a guarda compartilhada pode não acabar com as brigas entre os ex-cônjuges, mas assinala que tal tipo de guarda “minimiza bastante os conflitos, pois nesse caso os pais têm de chegar a um consenso nas decisões sobre a criança e têm de repensar muita coisa”.

Outra defensora da guarda compartilhada é a advogada Ana Gerbase. Para ela, “isso acaba ou minimiza com a primeira disputa que aparece em uma separação, que é a disputa pelos filhos”. Por essa razão, argumenta a advogada, “a guarda compartilhada deveria ser a regra geral, a não ser em casos excepcionais”.

Guarda alternada

Também favorável à guarda compartilhada, a advogada Delma Silveira Ibias frisou que essa modalidade não pode ser confundida com a guarda alternada, na qual a criança fica um período com a mãe e outro com o pai (15 dias ou um mês, por exemplo), alternadamente.

Delma frisou que pesquisas indicam os malefícios da guarda alternada para a saúde mental da criança, “já que nesse caso ela vive como um nômade e pode enfrentar dificuldades para fixar suas referências e formar sua identidade”.

Na guarda compartilhada, reiterou Delma, as responsabilidades são divididas entre pai e mãe, “envolvendo decisões como a educação, a escola, o dentista, os custos e várias outras atividades”. Além disso, a advogada também destacou que, na guarda compartilhada, em geral a criança tem um lugar fixo para morar, seja na casa do pai ou na da mãe.

– Mas a guarda compartilhada é confundida sistematicamente com a guarda alternada, que não é boa – alertou.

Delma é presidente do Instituto Brasileiro de Direito da Família - Rio Grande do Sul (IBDFAM-RS).

#### Mediação

Os participantes da audiência também argumentaram que, para que a guarda compartilhada tenha maiores chances de sucesso, é importante a atuação do mediador – que, conforme explicou Andreia Calçada, pode ser um psicólogo, um advogado ou um assistente social. Para a advogada Ana Gerbase, a mediação deveria ser obrigatória quando há separação de casais com filhos, pois a ajuda de um profissional “preparado e neutro” pode conscientizar os pais dos danos que podem fazer aos filhos em meio a uma disputa.

Andreia Calçada ressaltou que a mediação tem o objetivo de abrir canais de comunicação e negociação entre os pais, que podem ter grandes dificuldades de diálogo após a separação.

No debate os profissionais chegaram à conclusão que para ser inibida a prática de alienação parental, a guarda compartilhada seria a solução mais plausível, pois com isso ambos os responsáveis são igualmente responsáveis no que tange os direitos e deveres no filho.

Destacam também, sobre a importância no acompanhamento da guarda compartilhada, pelo psicólogo ou assistência social, um advogado servindo como mediador, o que ajudará no resultado positivo nessa modalidade de guarda.

## 4. Conclusão

A visão jurídica de entidade familiar se transformou no passar do tempo, valorizando-se os laços afetivos e convivência. Atualmente, na sociedade tem acontecido várias dissoluções da sociedade conjugal, por vezes, sendo indesejada por uma das partes, e com isso deve-se preocupar-se com o psicológico dos envolvidos. Existem casos, que a frustração e mágoa são de tão forte intensidade que um dos pais não pensa duas vezes, e utilizam os filhos em comum como

instrumentos de vingança, o que gera dúvidas na criança, afetando no convívio saudável com um dos genitores.

Com a ruptura da sociedade conjugal, analisou-se as modalidades de guarda, onde verifica-se que para a criança ou adolescente é fundamental uma boa convivência familiar após a separação para um desenvolvimento moral, emocional e psicológico favoráveis.

Quando um dos genitores detém a guarda unilateral, ao outro fica atribuído apenas o direito de visitas conforme determinação legal e às prestações de pensão alimentícia, modalidade que facilita as práticas de alienação.

Visando os direitos humanos fundamentais a Constituição Federal de 1988 garante aplicabilidade do dever de proteção integral à criança e adolescente e também o princípio do melhor interesse conforme a Constituição, Código Civil de 2002, e do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabendo a todos assegurar e efetivar os direitos destes combatendo os atos de Alienação Parental.

A alienação parental, prevista na Lei nº 12.318/10, tem acontecido de forma comum, sendo caracterizada como coisas normais, porém essas condutas podem causar prejuízos irreparáveis para a criança e o adolescente quando esta se transforma em Síndrome da Alienação Parental, sendo caracterizada como crime. Tal prejuízo afetar, não só os filhos, mas também ao outro genitor.

Cabe aos genitores, mesmo em conflito, aprenderem diferenciar a união conjugal do elo parental, ficando comprometidos a analisar somente o que tem ligação com a criança, visando à construção da identidade do filho, propiciando educação integral, saúde e bem estar.

Sabe-se que na Lei n. 12.318/2010, que trata da alienação parental, traz sanções aos agentes alienantes, como por exemplo, destituiu-lo da guarda, porém isso também pode gerar prejuízos à criança ou adolescente, e ser caracterizado também como uma espécie de alienação.

A guarda compartilhada, que foi expressa na legislação pela Lei 11.698/2008, e que posteriormente foi alterada pela lei 13.058/2014, onde os genitores conjuntamente exercem o poder-dever da guarda, visando um convívio saudável e permanente entre pais e filhos.

Com isso, conclui-se por fim, que a problemática da alienação parental não possui uma resposta plena, contudo a guarda compartilhada tem se mostrado como a melhor opção, pois visa o melhor interesse e possui elementos essenciais, combinadas com algumas providências trazidas pela Lei n. 12.318/2010, para que seja prevenida as práticas alienantes e para que seja inibida se faz necessário à guarda compartilhada conjuntamente com especialistas da área da psicologia em acompanhamento tanto dos filhos quanto dos genitores.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: Set./2015

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil 1916**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: Set./2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> Acesso em: Out./2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: Out./2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11698 de 13 de junho de 2008. **Guarda compartilhada**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm)>. Acesso em: Out./2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Alienação Parental**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)> Acesso em: Nov./2015.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13058 de 22 de dezembro de 2014. **Guarda Compartilhada**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em: Out./2015.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Especialistas sugerem guarda compartilhada para prevenir alienação parental**. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/06/10/especialistas-sugerem-guarda-compartilhada-para-prevenir-alienacao-parental>>. Acesso em: Mar./2016.

DÍAS, Maria Berenice. **Manual de direito de famílias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo. 7.ed. Revistados Tribunais, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. Ed. 3. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

FIGUEIREDO, Fabio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação parental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 40, fev.-mar. 2007.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada: de**

**acordo com a Lei nº 11.698/08.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental. O que é isso?**. 1 ed.; Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

\_\_\_\_\_. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental.** 2 ed. Campinas: Armazém do Ipê, 2011.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)?** Gardner, 2002. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso: Fev./2016.

PODEVYN, François. **Síndrome de Alienação Parental.** Disponível em: <<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>> Acesso em Fev./2016.

# Parto anônimo e o direito à vida: uma possibilidade de diminuir os casos de abandono de recém-nascidos

## **Isabela Gomes da Conceição**

Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa do 9º período.  
Trabalho de Conclusão de Curso.

## **Gabriela Quinhones de Souza**

Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa. Professora  
Mestre pelo UNISAL. Orientadora do Trabalho de Conclusão de Curso.

## **RESUMO**

Para conhecer o parto anônimo é necessário que consideremos que a entrega do recém-nascido por parte de sua genitora que não pode ou não deseja seu filho, seria efetivada nos hospitais ou unidades de saúde, ficando esta mãe sem qualquer imputação civil ou penal pelo abandono em anonimato da criança, cumprindo o Estado a responsabilização do encaminhamento à família substituta com observância do disposto constitucional e aos princípios fundamentais como o direito à vida e a dignidade da pessoa humana e demais consagrados. O objetivo do presente trabalho é a pesquisa dos aspectos positivos e negativos acerca do assunto definido, apontando elementos para análise como alternativa de solucionar um problema complexo a inserção desse instituto em nosso país perante o ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Parto anônimo. Abandono. Direitos Fundamentais.

## **ABSTRACT**

*To know the anonymous childbirth is necessary to consider that the delivery of the newborn by their mothers' who can not or do not want your child, would be effective in hospitals or health facilities, getting this mother without any civil or criminal imputation for the abandonment in the child's anonymity, fulfilling the state accountability of referral to a foster family in compliance with the constitutional provisions and the fundamental principles like the right to life and the dignity of the human person and other consecrated. The objective of this study is to research the positive and negative aspects about the defined subject, pointing elements for consideration as an alternative to solve a complex problem the inclusion of this institution in our country before the Brazilian legal system.*

**Keywords:** anonymous childbirth. Abandonment. Fundamental rights.

## **SUMÁRIO**

1. Introdução 2. Abandono de recém-nascidos: breve relato histórico 3. Concretização de Direitos. 4. Análise do Projeto de Lei do Parto Anônimo. 5. Conclusão.

### **1. Introdução**

Atualmente é veiculado por reportagens o abandono de crianças recém-nascidas por mães logo após darem à luz, que são entregue a própria sorte,

sendo abandonadas nos mais diversos lugares, tais como portas de residências, hospitais, latas de lixo, largadas na rua, ou simplesmente, por motivos financeiros ou por necessidade de ocultar uma gestação indesejada.

Tendo em vista os casos de abandonos que sempre fazem parte da realidade social mundial, na tentativa de solucionar um problema complexo, o parto anônimo tem a finalidade de dar a criança o direito de viver.

O parto anônimo confere a gestante, dentre outras prerrogativas, a possibilidade de deixar a criança, logo após dar a luz, entregando-a ao hospital para adoção em anonimato sem ser responsabilizada civil e criminalmente.

Entretanto, o que seria a solução ideal para lidar com esses abandonos, se, primeiro, não for respeitado à dignidade do seu próprio direito à vida?

Nesse contexto o que se pretende no Brasil, sendo uma solução para condição desumana em que são deixadas as crianças, visando regulamentar a prática do parto anônimo, tramitam na Câmara Federal dois projetos de lei no Congresso Nacional: O Projeto de Lei nº. 2747/08, protocolado pelo Deputado Eduardo Valverde em 11/02/08; O Projeto de Lei nº. 3220/08 de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, este último protocolado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM no dia 09/04/08.

## **2. Abandono de recém-nascidos: breve relato histórico**

O abandono de crianças no Brasil demonstra a necessidade de uma reorganização de políticas públicas mais abrangentes que retratem a realidade que o país é gerido de acordo com as normas institucionais sob as relações de poderes totalmente desiguais.

Entretanto, já havia um grande problema social, resultando numa incapacidade de criar uma rede de proteção social a essas crianças e adolescentes abandonados, aumentando os números da exploração infantil e da prostituição (ALVIM, 1988).

Ainda no período colonial, crianças pobres e sozinhas chegavam ao “Novo Mundo” nas naus de Portugal, após se arriscarem no trabalho braçal das caravelas, tendo sido enviadas muitas vezes como órfãs do Rei, para se casarem com os súditos da Coroa (RAMOS, 2009, p. 19). A criança, portanto, não tinha uma proteção estatal ou comunitária de assistência para a infância, tão pouco uma valorização. A hipossuficiência não era reconhecida pela sociedade e pelos seus governantes, aumentando as estatísticas de menores em situação irregular.

Nesse contexto, as ruas eram vistas onde se realizavam atos atentatórios contra a lei, e a sociedade clamavam por ordem e moralidade.

As populações de imigrantes, ex-escravos, procuravam por trabalho nas cidades e nas fábricas, ou onde havia necessidade de mão de obra, gerando uma população marginalizada e com extensas jornadas de trabalho, residindo em cortiços onde se misturavam com desocupados e criminosos. As crianças ficavam largadas pelos seus responsáveis devido a extensa carga horária nos trabalhos e

sem qualquer assistência da sociedade e do Estado, tornando-as vulneráveis e desamparadas, expostas a sofrimentos, sem uma convivência familiar e comunitária.

### **2.1. Diferenciação dos tipos de abandono**

O jurista Evaristo de Moraes, em 1900, diferenciava os tipos de abandono dos menores: os materialmente abandonados e os moralmente abandonados (MORAES, 1900).

Diante desta concepção sobre os tipos de abandono, já existia à criação de um sistema chamado de “roda dos expostos” ou “roda dos enjeitados”, o qual tinha como propósito de salvaguardar a vidas das crianças indesejadas e abandonadas (ALBUQUERQUE, 2008).

O nome “roda” originou-se de fato por ser utilizado uma roda de madeira a qual permanecia nos muros ou na janela de hospitais ou em Santas Casas de Misericórdias. Após o alerta de um sino ou um toque na campainha sem que a mãe fosse identificada, os bebês eram levados para dentro daquelas dependências, para evitar o abandono por parte da sua genitora. Na época, eram comum pais e mães deixarem seus filhos por razões diversas, tais como: condição financeira, mães sem leite, pais mendigo, mulheres que tinham engravidado fora do casamento, diminuir o alto índice de aborto, dentre outros (VENANCIO, 1997).

### **2.2. A inserção das rodas dos expostos no Brasil**

A prática adotada desde 1726 quando o Brasil recebeu sua primeira roda não era garantia de sobrevivência, devido à imensa demanda que as Casas de Misericórdia passaram a ter de recém-nascidos enjeitados. Diante desse quadro crítico, aumentou o índice de mortalidade no país, produzindo efeito contrário ao esperado (VENANCIO, 1997).

A prática adotada também revelava que tal decisão era dolorosa para muitas mães desesperadas, pobres ou pressionadas por familiares que consideravam o recém-nascido uma “criança indesejada” (VALDEZ, 2004).

### **2.3. A extinção da Roda dos Expostos**

Apesar de a Roda dos expostos ter salvado muitas crianças, foram vários motivos que contribuíram para sua desvalorização perante a sociedade, porque muitas crianças expostas eram entregues as escravas que já tinham filhos, conhecidas como “Ama-de-leite”, e pela prática adotada recebiam pequenos valores ou redução de encargos no “mercado de amas escravas” aos seus senhores (VENÂNCIO, 2008).

Entretanto, estes menores também passaram a serem objetos de interesse por parte de outras famílias, já que, além de receberem por elas, depois de certa idade passam a ser trabalhadores na casa que os adotavam. “A partir daí, poder-se-ia explorar o trabalho da criança de forma remunerada, ou apenas em troca de casa e comida, como foi o caso mais comum”. (MARCÍLIO, 1997, p.72). Entre

as questões relatadas, a roda dos expostos não dava garantia de uma vida digna, seja mediante ao espaço físico e técnicas adequadas nas instituições, seja por um controle das mulheres criadeiras, ou assim chamadas de “Amas de leite” ou famílias substitutas que receberam os recém-nascidos (VENÂNCIO, 2008).

Diante de tal realidade, a roda dos expostos foi extinta há mais de cinquenta anos, sendo a última desativada, em 1948, na Santa Casa de Misericórdia de São Paulo. Devido a dificuldades em manter as dependências, além da falta de recursos e assistências aos expostos. Entretanto, o problema de abandono ainda está presente na realidade do país, sendo caracterizado por outras formas.

### **3. Concretização de direitos**

#### **3.4. Direito à vida**

A Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos e garantias fundamentais, partindo do pressuposto da inviolabilidade do direito à vida, nos termos do caput do art. 5º.

Pedro Lenza ao discorrer sobre o direito à vida enfatiza “que é um direito de forma genérica, que abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”. (LENZA, 2011, p. 872). “Por isso sendo fonte primária de todos os outros bens jurídicos, a “ vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar de posição de si mesmo” (SILVA, 2011, p. 198), portanto, de nada adiantaria estabelecer outros direitos fundamentais, tais como a igualdade, a liberdade, o bem-estar, a intimidade, se não estabelecer a vida humana em algum desses direitos previstos na Constituição Federal.

Portanto, antes do direito à vida, existe o respeito a ela, sendo a sua existência anterior a criação dos direitos e deveres fundamentais estabelecidos na sociedade, a quem cabe “o reconhecimento da vida que lhe antecede, amparando-a; não a concede, não a outorga; seu papel é protegê-la como dado axiológico máximo e anterior que é” (MEIRELLES, 2008, p. 220).

Nesse âmbito, observa-se que o Estado deverá garantir esse direito num paralelo a condição humana respeitando os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o faz quando atinge aos objetivos elencados no art. 3º da Constituição Federal.

A importância do direito à vida parte do princípio de que o Projeto de Lei ao parto anônimo preveniria abortos e, conseqüentemente, vários casos de abandono visando a proteção do nascente e de mulheres expostas a situações degradantes após a utilização de métodos abortivos.

No Código Civil Brasileiro, no seu Artigo 2º, prevê: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, onde se faz necessário o reconhecimento

doutrinário a cerca da valoração da vida intra e extrauterina no ordenamento jurídico brasileiro. Tal instrumento estabelece uma definição diferenciada entre o nascente e o nascituro, assim como aborda o Direito Penal, quando prevê penas diferenciadas para estes crimes.

Logo, a partir do artigo citado, deduz-se que o ordenamento jurídico brasileiro trata de forma diferente a figura do nascituro, impõe que sua vida seja respeitada e possui direitos resguardados desde a sua concepção, ainda que não haja adquirido a personalidade civil, mas tão somente o nascimento com vida de um ser proveniente de uma mulher grávida.

Com base no artigo 1º inciso II da Constituição Federal, coloca em dúvida tal priorização da vida sobre a dignidade da pessoa humana, sendo este pressuposto de todos os outros “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MORAES, 2011, p.19)

Ingo Sarlet complementa que a dignidade somente pode ser reconhecida e protegida onde existe vida humana.

De qualquer modo, é de questionar-se, em face da inequívoca relação íntima e indissociável entre a vida e a dignidade da pessoa, a própria possibilidade ou, pelo menos, a conveniência de se estabelecer, em abstrato e previamente, uma hierarquia axiológica entre os valores e bens jurídicos vida e dignidade. (SARLET, 2007, p. 164)

### **3.5. Direito a dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como um dos mais importantes de todo ordenamento jurídico, sendo parte fundamental de todo o sistema constitucional (SILVA, 2011).

Para Rizzatto Nunes (2002), “a dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Neste contexto, para Kant, a dignidade da pessoa retrata um lado mais individual da pessoa humana, sendo tratado como fim em si mesmo.

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2005 p. 65).

Entretanto, há um limite para os preceitos jurídicos, ficando estes sujeitos a observar o que tange o disposto constitucional, atentando ao princípio da interpretação, conforme a Constituição, sendo a lei interpretada, decifrada, sempre a partir da lei maior, intentando a consecução da dignidade humana em todas as relações jurídicas.

Assim, devido a tantos conceitos sobre a dignidade da pessoa humana por diversos autores e doutrinas, este tema teve normatividade jurídica com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no século XX, tornando-se um dos principais fundamentos na República Federativa do Brasil.

Sendo um princípio de valor intangível, evidencia que a composição do Estado brasileiro começa a partir do ser humano, pois além de designar que o Estado possui o comprometimento de oferecer uma vida digna a toda população, o mesmo tem o dever e obrigação de proteger e respeitar todas as pessoas enquanto seres humanos (MARTINS, 2011). Portanto, mesmo com tantas abordagens doutrinárias, ocasionando um choque de princípios, cada qual para um caminho, a dignidade humana não possui um conceito fixo, possuindo características e definições em comum, sendo sempre necessário observar na sua totalidade, invocando o princípio da proporcionalidade, para que assim se atinja um bem comum.

## **4. Análise do projeto de lei do parto anônimo**

### **4.1. Parto anônimo: generalidades**

A expressão “parto anônimo” é recente no nosso país, porém sua ideia foi contextualizada através da “roda dos expostos”, assim como outras formas de abandono presentes no país.

Dessa forma, o parto anônimo consiste na entrega do recém-nascido por parte de sua genitora que não pode ou não deseja seu filho, o que seria efetivada através dos hospitais e dos profissionais da saúde, ou seja, tal instituto possibilita à mãe em não assumir a criança que gerou a isentando de qualquer responsabilidade civil ou penal. Sendo que no segundo momento, a mãe teria acompanhamento psicossocial e tomaria ciência das consequências jurídicas de seu ato.

Segundo a advogada Sylvia Maria Mendonça do Amaral afirma:

O parto anônimo é sim uma forma de reativar a “roda dos expostos”, mas de forma legalizada e em melhores condições para o acolhimento das crianças. Com a regulamentação do parto anônimo, as mães interessadas poderão deixar os bebês nos hospitais ou postos de saúde para a adoção sem ter de registrar a criança em seu nome e sem precisar sequer se identificar. A adoção será menos burocrática por não envolver o registro de pai e mãe nos documentos, isto é, sem a necessidade de fazer a destituição do poder familiar. (AMARAL, 2008).

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), representado por Rodrigo da Cunha Pereira, em seu artigo afirma que “O parto anônimo já era praticado na Idade Média, através da roda dos expostos, portanto, não há nenhuma novidade acerca da implementação do parto anônimo no Brasil”.

Em consonância com as práticas de abandono, os Projetos de Lei de nº 2.747/2008, protocolado em 11 de fevereiro de 2008 pelo Deputado Eduardo Valverde, e Projeto de Lei nº 3.220/2008, de iniciativa do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, protocolado em 9 de abril de 2008, estabelecem em seu preâmbulo: “criação de mecanismos para coibir o abandono materno” e “regulamentar o direito ao parto anônimo”. Sendo que, “ambos davam à mãe o direito de manter-se anônima na ocasião do parto ensejando na possibilidade de não assumir a maternidade do filho que gerou”. (MOLINARI, 2010, p. 103)

Desta forma, Fabíola Santos Albuquerque complementa:

O parto anônimo diz respeito a um instituto que busca equalizar dois interesses contrapostos: de um lado garantir que uma criança indesejada pela mãe não seja vítima de abandono, aborto ou infanticídio; e, de outro, que à mãe, que não quer ser mãe, seja assegurado o direito ao anonimato e a não formação da relação materno-filial. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 11).

Sob essa perspectiva, as posições acerca de cada argumentação trazida nos Projetos de Lei serão abordadas posteriormente.

#### **4.2. Aspectos positivos**

O Brasil não seria o pioneiro na prática da regulamentação do parto anônimo, tendo outros países como modelo do ordenamento jurídico implantado, como a França, Itália, Luxemburgo, entre outros, pois acreditam que esta é uma ferramenta eficaz para proteger a vida dos abandonados.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM, afirma que “a lei do parto anônimo não é a solução para as crianças abandonadas, mas certamente vai diminuir a forma trágica do abandono dessas crianças, praticado com mais frequência a cada dia”, embora “o Brasil, que é um dos países com mais alto índice de abandono infantil, deveria incorporar em seu sistema jurídico referida lei”. (PEREIRA, 2008)

Conforme Débora Gozzo defende, [...] “é melhor deixar o bebê anonimamente em um local seguro, do que abandoná-lo a própria sorte, o que tem sido noticiado com bastante frequência pelos jornais brasileiros, ou praticar o infanticídio.” (GOZZO, 2010, p. 04)

Assim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal acreditam que “é por certo, solução mais propícia para tentar conter os alarmantes dados estatísticos de bebês abandonados por suas mães”. (FARIAS, 2010, p.62)

Desta forma, os Projetos de Lei abordam especificamente, a clandestinidade do abandono, evitando situações indignas nas quais os recém-nascidos são expostos após o nascimento, onde haverá a substituição do abandono pela entrega, iniciando um novo ciclo de segurança ao menor junto as unidades de saúde e hospitais, que proporcionará cuidados necessários para garantia de uma vida digna e posterior processo de adoção.

Complementa Fabíola Santos de Albuquerque:

É preciso haver um trabalho de base, preventivo, junto aos segmentos da sociedade, com a intenção de buscar mecanismos, mesmo que estes não sejam definitivos, mas que sirvam de indicadores para solucionar situações de abandonos relacionadas ao aborto clandestino e abandonos de crianças. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 15).

### 4.3. Aspectos negativos

Em contrapartida, a prática também adotada por outros países, trouxeram questionamentos acerca da violação do direito da criança em conhecer sua verdadeira identidade, conforme prevê o instituto.

Mas conforme o artigo 6º do Projeto de Lei nº 3220/08, tal dispositivo prevê que a mãe deverá informar sobre a sua saúde e do genitor, assim como as origens da criança, tais informações serão mantidas em sigilo, no local onde o bebê nasceu, é o previsto na lei, e em casos extremos será possível mediante decisão judicial resgatar a identidade materna, contudo não haverá vínculo de parentesco, diante disso não há que se falar em violação a identidade biológica.

Entretanto, há controvérsias, em comparação ao primeiro Projeto de lei protocolado de nº 2747/08, cuja obrigatoriedade lhe é facultado em fornecer as informações para o acesso de seu nascimento, ficando restrita a unidade de saúde onde ocorreu o parto.

Sendo assim, pondera-se a iniciativa citada no segundo Projeto de Lei sobre o prazo no fornecimento de informações hábeis para o nascituro, tendo em vista o curto prazo para entrega do menor a adoção. Conforme verifica-se: Artigo 7º "A unidade de saúde onde ocorreu o nascimento deverá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, informar o fato ao Juizado da Infância e Juventude, por meio de formulário próprio. "

Conforme constata-se que ambos projetos apresentam vontades conflitantes, pois por um lado defende a desvinculação do nascituro a sua genitora, e pelo outro defende-se o direito do prenome determinado pela mãe, ou seja, além da violação do direito de conhecer a identidade biológica do recém-nascido abandonado, considera-se que o mais importante é a sua identificação perante a sociedade, sem o qual ele nem chegará a ser sujeito de direitos e obrigações.

Afirma Fabíola Santos Albuquerque o reconhecimento de inúmeras controvérsias sobre o tema, porém verifica que:

O parto anônimo encontra eco no direito de família, por tratar-se do "único instituto que, por ora, apresenta-se com uma função prestante, ainda que não seja a melhor e a mais indicada, qual seja: garantir a vida, a integridade e a dignidade da criança que a mãe não pode ou não desejou criar. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 158).

As ponderações citadas acerca do prenome confrontam com o Artigo 16 do Código Civil Brasileiro, tendo em vista que toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

De acordo com Ivone Coelho de Souza e Maria Regina Fay de Azambuja afirma sobre o abandono:

O abandono acompanha a história da humanidade. Trata-se de um grave problema até o momento não erradicado. Se efetivamente queremos impedir o abandono, há que se começar cuidando delas, as crianças, de suas mães, suas famílias, através de políticas públicas específicas, mediante programas de acompanhamento a curto, médio e longo prazo, de acordo com as necessidades de cada grupo. É preciso conhecer as verdadeiras e diferentes razões que levam a mãe a abandonar o filho para que se possa enfrentar adequadamente o problema. A lei, infelizmente, no Brasil ou em qualquer parte do mundo, não tem o condão de ir na origem do problema, banindo-o do universo. Seria pretensão demasiada achar que o referido Projeto mudaria o agir da mãe que, por razões complexas e profundas, abandona o filho na rua, na lagoa, no lixo. Para a mãe que abandona o filho no hospital, já existe, pelo menos no Brasil, previsão legal que vem sendo praticada, desde 1990, não se registrando dificuldades ou entraves legais para sua prática. (SOUZA, 2008, p. 54).

Diante dos fatos apresentados, faz-se necessária à análise da implementação de Política Pública acerca do parto anônimo frente à Constituição Federal de 1988, objetivando a verificação da sua viabilidade no Brasil.

## 5. Conclusão

Conforme ao alto índice de abandono de menores no Brasil, ainda presente nos dias atuais, transitou no Congresso Nacional, dois Projetos de Lei que tentaram regulamentar a prática de abandono de recém-nascido, assim como ocorria no período colonial, estabelecida pela "Roda dos Expostos".

Tratam-se os referidos projetos para resguardar os direitos que confere a gestante, dentre outras prerrogativas, aborda-se o ato da entrega do menor, perante hospitais e unidades de saúde, sem que a mesma seja responsabilizada civil e penalmente por tal prática, visto que, com a regulamentação do referido instituto do parto anônimo, para os adeptos desta implantação, essa prática estará resguardando o direito à vida e à dignidade da pessoa humana da criança recém-nascida.

Ao analisar o período em que a roda do exposto teve início no Brasil, configura-se uma falta de estrutura familiar, visto que, naquela época, a mulher era submissa ao marido, e grande era a cobrança da sociedade, além dos fatores econômicos que assolavam as famílias.

Entretanto, como apontado no decorrer do presente trabalho, a regulamentação do instituto do parto anônimo é irrelevante ao ordenamento jurídico, pois ele viola o direito à dignidade humana, o direito à vida, à liberdade, dentre outros direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, há uma inversão de valores da gestante frente à criança que tem prioridade absoluta, ao conferir à mãe o privilégio de deixar seu filho no hospital sem ser identificada. A prática do abandono confirma o retrocesso frente às conquistas legislativas de proteção a criança, tendo em vista que tal medida seria uma erradicação de todas as medidas adquiridas.

Constata-se que nos projetos de lei há ausência de reflexão diante dos direitos, tais como: ao nome, à convivência familiar, vínculo materno, à origem genética, à dignidade, entre outros. Ficou revelado que, caso o parto anônimo fosse regulamentado, o índice de recém-nascidos abandonadas nos hospitais seria bem maior. Demandaria do Poder Público uma reestruturação dos hospitais e unidades de saúde, para acolhimento dessas crianças, exigindo uma multidisciplinaridade entre os operadores de saúde.

Tendo em vista que o instituto transfere para os hospitais o compromisso que não é de sua atribuição, ao estabelecer um elo do acolhimento, cuidado e encaminhamento do recém-nascido para adoção, sem a intervenção do Ministério Público, o qual têm extrema importância e responsabilidade em todos os processos que envolvam crianças. Vale ressaltar que a realidade do País, a exemplo do Sistema Único de Saúde, está em condições precárias, mal conseguindo efetivar os atendimentos básicos a população.

Sob essa perspectiva, os projetos de lei foram arquivados por apresentarem matéria inconstitucional. O presente estudo demonstrou que os Projetos de Lei se tornam totalmente irrelevante frente à legislação em vigor para os casos de abandono de recém-nascidos em nosso país, e que o instituto do parto anônimo viola os Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. O instituto do parto anônimo no Brasil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: Magister, v.1, p.143-159, dez./jan. 2008.

ALVIM, Maria Rosilene Barbosa; VALLADARES, Lícia do Prado. **“Infância e sociedade no Brasil – Uma análise da literatura”**, in BIB, Rio de Janeiro, nº 26, 2º semestre de 1988.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Parto anônimo, menos bebês abandonados**. Disponível em: <<http://taniadefensora.blogspot.com.br/2008/02/voc-sabe-o-que-parto-animo.html>>. Acesso em: fev. 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves, Rosendal, Nelson. **Direito das Famílias**. 2ª edição. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

IBDFAM. **Entrevista sobre o parto anônimo com Débora Gozzo**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=noticia&N=2328> >. Acesso em: 10 Mar. 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A roda dos expostos e a criança abandonada na história do Brasil – 1726-1950**. In: FREITAS, M.C.(org.). História social da infância no Brasil. São Paulo: Cortez, 1997.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. 1. ed. 6ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MOLINARI, Fernanda. Parto Anônimo: **Uma Origem na Obscuridade frente aos Direitos Fundamentais da Criança**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Evaristo de. **Crianças abandonadas e crianças criminosas: notas e observações**, Rio de Janeiro, Typ. Moraes, 1900.

NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**.- São Paulo: Saraiva, 2002.

RAMOS, Fábio Pestana. **A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI**. In: PRIORE, Mary Del (Coord.). História das crianças no Brasil. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

Revista Consulex. Ano XII. Nº 265. jan./mar. 2016.

Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. **O Parto Anônimo no Direito Brasileiro: Avanços ou Retrocessos?** Ano IX. N.1. jan./mar. 2016.

Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. **Parto Anônimo: uma omissão que não protege.** Ano X n.4. jan./mar 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **apud GAMA.** Op.cit.p.164, 2007.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23. ed. São Paulo: 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito fundamental à educação.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

VALDEZ, Diane. **“Inocentes expostos”:** o abandono de crianças na província de Goiás no século XIX. Inter-ação: Rev. Fac. Educ. UFG, v.29, n.1, p. 107-129, jan./jun. 2004.

VENÂNCIO, Renato Pinto. **Famílias abandonadas:** Assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador – séculos XVIII e XIX. Campinas: Papirus, 1999.

# Gestação no sistema prisional: a realidade das mães e seus filhos negligenciados pelo Estado

**Andresa Paula Leal Antônio**

Graduanda do curso de direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), pólo Volta Redonda (PUVR)

**Letícia de Sousa Alves**

Graduanda do curso de direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), pólo Volta Redonda (PUVR)

## RESUMO

O trabalho a ser apresentado tem por objetivo questionar a forma como as mulheres são tratadas nas penitenciárias no momento de sua gravidez e no cuidado com os seus filhos. O grande questionamento é o fato de que não são respeitados alguns dos direitos fundamentais do ser humano, não dando importância às vidas que estão sendo geradas, além de privar o seu filho ao acesso à liberdade, gerando indivíduos que conhecem o aprisionamento de forma inesperada. Os aspectos que trabalharemos estão relacionados com a gestação, envolvendo inclusive os cuidados parentais presentes antes mesmo do nascimento do bebê. Este artigo reforça ainda a questão do aleitamento materno em cárcere feminino, em que o direito de amamentar é regido por leis, mostrando que apesar da legislação, esse direito, muitas vezes, não é concedido as mães, bem como as instalações específicas para as presas grávidas não são disponibilizadas. Portanto, temos como objetivo evidenciar os problemas que envolvem a maternidade na prisão elencando possíveis soluções para os impasses citados.

**Palavras-chave:** Penitenciárias femininas; gestação; cuidados parentais; aleitamento materno; legislação brasileira;

## ABSTRACT

*The work being presented aims to question the way women are treated in the prison at the time of pregnancy and care for their children. The big question is the fact that they are not respected some of the fundamental rights of human beings, not giving importance to the lives that are being generated and depriving your child access to freedom, generating individuals who know the imprisonment unexpectedly. The aspects that work are related to pregnancy, including involving the present parental care even before the baby is born. This article reinforces the issue of breastfeeding in women's prison, where the right to breastfeed is governed by laws, showing that despite the legislation, this right is often not granted mothers, as well as the specific facilities for prey pregnant women are not available. Therefore, we aim to highlight the issues surrounding motherhood in prison elencando possible solutions to the above predicaments.*

**Keywords:** Women Penitentiary; gestation; parenting; breastfeeding; Brazilian legislation;

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2 Gravidez na prisão e dificuldades enfrentadas pelas mães. 3 Desenvolvimento dos filhos gerados nas penitenciárias. 4. Conclusão.

## **1. Introdução**

No decorrer da vida de algumas mulheres, a gestação é um momento em que a mãe necessita de cuidados especiais. A gestação não é sinônima de doença, entretanto, merece uma atenção extra para que o bem-estar dos envolvidos seja assegurado.

Esses cuidados que a gestação exige não é privilégio de todas as grávidas brasileiras. Ao aprofundar-se na situação das penitenciárias nacionais é comum observar o descaso estatal para com essas mulheres e seus respectivos filhos.

Desse modo, são violados diariamente normas da declaração universal dos direitos humanos e da constituição federal no que tange os direitos e garantias fundamentais.

Diante do tema a ser abordado, um exemplo de dispositivo da declaração universal dos direitos humanos violado é o artigo 5. O descumprimento desse artigo é notório, uma vez que a situação das penitenciárias femininas é totalmente insalubre. Vários são os problemas enumerados pelas detentas como infiltrações nas instalações, presença de insetos e celas extremamente apertadas. Tal cenário é mais cruel e desumano durante a gestação, uma vez que é de conhecimento popular que é necessário o mínimo de conforto para a mulher durante essa fase de sua vida.

Outro assunto a ser abordado é a questão pós-nascimento dessas crianças. Vários psicólogos defendem que o ambiente penitenciário não é saudável para o desenvolvimento nos primeiros dias do bebê.

Além dos inúmeros fatos negativos apresentados e vividos pelas mães privadas de liberdade, vale citar uma tentativa de amenizar a situação dessas detentas. A política nacional de atenção às mulheres em situação de privação de liberdade e egressas no sistema prisional (PNAMPE) é uma medida com consistência escrita e positivada pelo ministério da justiça, mas longe da sua aplicabilidade na realidade.

Assim, tratar-se-à, no presente artigo, como se realiza os cuidados parentais, amamentação nos primeiros meses do bebê, pré-natal e acompanhamento médico no sistema prisional, além de quais cuidados essas crianças recebem após o nascimento e seu desenvolvimento durante o sistema carcerário sempre visando uma solução com o apoio da população para tais problemas.

## **2. Gravidez na prisão e dificuldades enfrentadas pelas mães**

A gravidez na vida de muitas mulheres é um momento especial e de grande felicidade, entretanto para aquelas mantidas em cárcere privado tal momento pode significar uma dificuldade a mais e de certa forma uma punição inesperada.

Ocorre que no sistema prisional feminino, essas mulheres não recebem o devido apoio (emocional e físico), dessa forma a gravidez se torna um peso. Tal situação pode ser descrita como na falta de acompanhamento médico para essas

gestantes. Essas mulheres, no geral, não recebem o devido tratamento de pré-natal nem orientações educacionais sobre o momento do parto, amamentação e cuidados básicos com o recém-nascido. Dessa maneira, tem seu direito a saúde e a dignidade humana violada.

Com base nos relatos do livro “Presos que Menstruam” da autora e jornalista Nana Queiros, é comum as detentas grávidas dividirem celas apertadas e com precárias condições de saúde. Há relatos que algumas mulheres dormem no chão dividindo o espaço inclusive com ratos e baratas. Outro descaso relatado pelo livro citado é o desprezo e violência de polícias (representantes do Estado) com essas mulheres. Essas autoridades, por algum motivo, acreditam que mulheres no sistema carcerário não merecem o respeito e tratamento adequado que se dá a qualquer ser humano.

Um dos assuntos que devem ser abordados no presente artigo é que o sistema carcerário brasileiro feminino não tem capacidade e infraestrutura suficiente para lidar com essa situação. O sistema carcerário é visto como algo masculino, porém há mulheres que pertencem a esse sistema e algumas delas são gestantes, o que agrava ainda mais a situação de descaso estatal. São raras as penitenciárias femininas que proporcionam um local adequado para a futura mãe e seu bebê.

A penitenciária feminina Madre Pelletier, localizada na região metropolitana de Porto Alegre (RS), é uma exceção diante do amplo quadro de negligência do Estado para com essas mulheres. O local possui uma área reservada denominada de “creche” com vinte e três leitos para gestantes a partir do oitavo mês de gravidez e puérperas com seus bebês.

Segundo o último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), a maior parte das mulheres presas tem baixa escolaridade (50% das presas não concluíram o ensino fundamental). Diante desse dado, podemos concluir que essas gestantes não têm o conhecimento da importância do desenvolvimento do vínculo materno, muito menos da relevância dos primeiros meses de amamentação da criança.

Em relação à amamentação, o governo federal iniciou uma campanha, no segundo semestre de 2014, para incentivar essas mulheres a praticar tal ato fundamental no desenvolvimento da criança. Essa iniciativa se sucedeu através de uma parceria entre o departamento penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen) com o Ministério da Saúde (MS), a Secretária de Direitos Humanos (SDH) e a Secretária de Políticas para Mulheres (SPM). Pretende-se realizar a ambientação de salas de aleitamento em estabelecimentos prisionais. O intuito é criar centros de referência à saúde materna e infantil com o objetivo de aproximar o laço afetivo mãe e filho, além de garantir melhor desenvolvimento da criança. Esse projeto é vinculado com a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE).

Para fins de informação, o PNAMPE é uma medida com consistência escrita e positivada pelo ministério da justiça, mas longe da sua aplicabilidade na realidade. Essa medida tem o objetivo de evitar qualquer tipo de violência contra mulheres no sistema prisional e a humanização de condições de cumprimento

da pena. Dessa forma, o PNAME, dentre outras ações, visa o bem estar materno com políticas de inserção dessas mães em um acompanhamento de pré-natal, orientação e sensibilização de cuidados dessas mães com seus bebês e acompanhamento nos primeiros anos de vida da criança. Porém, essas diretrizes e metas também são violadas na maioria das penitenciárias nacionais.

Ocorre um desequilíbrio entre o aumento de detentas, a eficiência do sistema penitenciário e medidas públicas de informação e assistência para essas gestantes privadas de liberdade. Porém, tamanha negligência não pode receber essa justificativa. O Estado deve garantir a essas mulheres e essas crianças o mínimo de dignidade. Iniciativas como o PNAME são bons exemplos para preservar o direito fundamental tanto da mãe como da criança, no entanto, a principal ação de mobilização deve partir da sociedade. Essas mulheres privadas de liberdade estão sendo punidas pelos seus atos, porém, seus filhos não têm o direito de nascer em condições tão subumanas e degradantes. Parte desse descaso estatal com a situação abordada é fruto do menosprezo que a sociedade tem com os detentos.

### **3. Desenvolvimento dos filhos gerados nas penitenciárias**

Além da ausência de cuidados com a mulher no momento da gestação existem consequências negativas envolvendo os filhos gerados nos presídios.

Desde o momento da gestação, a principal ligação que a criança tem é com a mãe devido a sua necessidade e vulnerabilidade, fazendo com que sejam dependentes, nos primeiros anos de vida, daqueles que dela cuidam. Os primeiros contatos entre mãe e filho são fundamentais para criação dos vínculos emocionais e para o equilíbrio físico e psicológico do bebê. Vale ressaltar que essa atenção especial influencia os filhos durante toda a vida.

Quando trazem essa relação para dentro dos presídios, esse elo fica ainda mais difícil de ser mantido, porém é papel do Estado garantir a permanência desse laço entre genitora e filho além dos direitos desses previstos em lei. Não existe um tempo determinado para a permanência da mãe com a criança nas penitenciárias, mas a lei 11.942 de 2009 em seu artigo 83, parágrafo segundo assegura que as mulheres presas podem cuidar dos seus filhos e amamenta-los, pelo menos, até seis meses de idade. Completando essa ideia apresenta-se ainda o artigo 89, da mesma lei, que garante a estruturação de creches para abrigar crianças acima de seis meses e menores de sete anos, com o objetivo de assistir estas que se encontram indefesas.

Diante das inúmeras dificuldades enfrentadas pelas crianças nascidas no sistema prisional, ocorre também a violação do Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações em relação ao direito ao nome. Tem-se o entendimento que este é um direito fundamental da pessoa humana. Desse modo, cabe aos que trabalham no sistema carcerário feminino nesse caso representantes do Estado- garantir que esse direito seja cumprido de forma mais eficiente, respeitando o desejo da mãe de colocar o nome do pai no registro de nascimento ou não.

Um grande problema para manter o vínculo familiar é que as maiorias das penitenciárias brasileiras não possuem estruturas para atender as gestantes e seus filhos. As creches que deveriam existir, geralmente são salas pequenas onde se aglomeram crianças de todas as idades, deixando-as sem espaço de lazer, sem educação e sem lugar para dormir, ficam no chão durante horas até que a mãe seja liberada para cuidar dos mesmos por pouco tempo.

Essas crianças deveriam ser as mais visíveis para o estado, entretanto, na maioria das vezes, a sua infância é ignorada e são tratados semelhantes aos adultos infratores, retirando destas a proteção e a saúde que precisam para viver. Além dessa ausência de cuidados, enquanto estão lá dentro às crianças correm risco de violência e maus tratos, devido a sua fragilidade.

Um exemplo a ser seguido é a Penitenciária feminina do Paraná, localizada em Piraquara. É uma penitenciária de segurança máxima que apresenta uma creche capacitada para quarenta crianças, sendo acordadas e amamentadas pelas mães além de contato entre eles sempre que possível, apresentando a supervisão durante todo o tempo de profissionais capacitadas. Esse espaço conta ainda com área de lazer, brinquedos e um jardim, o que mostra que essa iniciativa se deu por causa da importância e valorização da vida do filho que, como já mencionado, precisa ter contato com a mãe sem deixar de perder a sua infância.

Como já citado, não existem um momento certo para a permanência da criança nas creches do sistema prisional, porém após os sete anos, ou até mesmo antes disso, existe a separação entre mãe e filho. Esta se dá, geralmente de forma abrupta, eles passam a não se ver mais, gerando um corte na vida de ambos os lados.

A separação se dá de algumas formas, primeiramente, procura-se os familiares mais próximos, caso não sejam encontrados a criança vai para uma guarda provisória que fica na responsabilidade da Vara da infância e juventude para organizar todo o trâmite legal, quando existe a impossibilidade dessa guarda, as crianças vão para os cuidados de instituições para adoção. Um grande problema é que a mãe deveria ter conhecimento de tudo que acontece com seu filho, entretanto na prática nem sempre é isso que acontece. Outra questão a ser citada é o fato de que em caso de adoção as mães perdem o contato com a criança. Fica o juiz, na maioria das vezes, responsável por identificar qual a melhor solução para a vida do filho da detenta.

Vale destacar ainda, que a criança deve participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação (art. 16, inc. V, do ECA), podendo assim ter a liberdade e dignidade concebida a todos os indivíduos.

Outro problema que pode ser identificado é fato de que esses jovens podem não entender essa ruptura do convívio com a mãe, bem como não aceitar a decisão do juiz, fazendo com que abale ainda mais o psicológico destes. O que ocorre muitas vezes, é que sem uma cautela nas instituições e a falta de orientação, essas crianças tentam fugir e quando conseguem, acabam vivendo na rua, passando por condições miseráveis e se tornando ainda mais invisíveis aos olhos do Estado. Existe então, uma condenação vinda também da sociedade que en-

xerga essas “crianças de rua” como um problema, uma fonte de comportamentos criminosos, aumentado ainda mais o sentimento de angústia e aflição que já existia dentro desses filhos.

Sem um acompanhamento psicológico, médico e educacional formam-se indivíduos com valores distorcidos sobre o que é a vida, sendo adultos ausentes de confiança, quando afastados da mãe precocemente, podendo ser ainda pior quando vão para as ruas, se tornando pessoas amarguradas que não veem um modo de se reerguerem e poderem restaurar a base das relações que é a família.

#### **4. Conclusão**

O presente trabalho teve como objetivo abordar as questões mais adversas envolvendo mãe e filho no sistema carcerário, problematizando os pontos de maior importância nessa relação.

Assim, conclui-se que as gestantes privadas de liberdade não recebem o devido respeito e adequada atenção. O Estado, no geral, trata a questão com negligência. Essas mulheres não recebem o cuidado médico adequado, algo muito prejudicial para sua saúde e do bebê.

Algumas medidas já foram implantadas para garantir a dignidade das gestantes no sistema carcerário, entretanto são atitudes tímidas. A sociedade tende a não se preocupar com a situação das presidiárias e o Estado segue indiferente. Por esse motivo, é fundamental a participação e manifestação de grupos minoritários que se interessam em lutar pela dignidade dessas grávidas no sistema penitenciário e de seus filhos.

Vale ressaltar que no Brasil já existem instituições que possuem estruturas adequadas para o recebimento dessa criança e para manter estas em contato com a sua genitora, entretanto essa medida precisa ser mais desenvolvida e avaliada, ponderando o quão importante é a criança ter acesso à liberdade e um ambiente lúdico ao nascer, não sendo tratada como se esta houvesse praticado algum ato ilícito. É preciso analisar também a maneira da mãe cumprir a pena durante sua gestação e nos primeiros seis meses de vida do bebê, pois esta poderia ficar em liberdade para que ambos possam ter os cuidados essenciais e necessários e depois desse tempo voltaria a cumprir sua pena em privação de liberdade, quando este for o caso.

Elaborando maiores cuidados com a gestante e a criança, os princípios presentes na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente conseguiriam ser respeitados. Deve-se levar em conta que o governo possui a maior responsabilidade de proteger as crianças que nascem nas penitenciárias, assim como as mães de possíveis abusos e danos para a saúde física e emocional desses indivíduos.

Em relação à separação da mãe e do filho é necessário que esta se desenvolva de forma gradativa, levando em conta as peculiaridades de cada caso concreto, pensando sempre no melhor para a criança. Após a separação a melhor

maneira para que esse filho possa se desenvolver com a proximidade da mãe é que seja garantido o direito destes se reunirem sempre que possível.

Por fim, vale enfatizar que a sociedade deve está vinculada com as medidas que podem ser tomadas para a melhora da vida dessas gestantes, como a atuação voluntária de estudantes nas áreas relacionada para garantir os cuidados de mãe e filho. Conclui-se que por mais que essas mulheres tenham cometido alguma violação legal e estejam cumprindo sua pena, não pode envolver a sua gestação nessa punição, pois é um momento em que a atenção deve ser redobrada já que o bem tutelado que está sendo discutido é a vida.

## REFERÊNCIAS

QUEIROZ Nana. **Presos que menstruam**. Ed. Record: Rio de Janeiro, São Paulo, 2015.

LIBERDADES, Revista. **Maternidade e Cárcere: um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão**. Disponível em: <[http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=117](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117)>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

Santos, José Heitor dos. **Aleitamento materno nos presídios femininos**. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id103.htm>>. Acesso em 09 de maio de 2016.

PENAL, Departamento de execução. **Secretaria de segurança pública e administração penitenciária do Paraná**. Disponível em: <<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=24>>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

TVNBR. **Atriz Maria Paula fala da experiência com o projeto Aleitamento Materna Saudável em penitenciárias**. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=kwG6Td8xAk8>>. Acesso em: 3 de maio de 2016.

**FEDERAL, Ministério da Justiça**. Estudo inédito traça perfil da população penitenciária feminina no Brasil. **Disponível em:** <<https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil>>. **Acesso em: 3 de maio de 2016.**

USP, Biblioteca digital. **Teses e dissertações**. Disponível em:<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47134/tde-30012008-141820/pt-br.php>>. Acesso em: 3 de maio de 2016

OFICIAL, Diário. **Portaria interministerial Nº210, de 16 de janeiro 2014**. Disponível em:<[http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/PPM/U\\_PT-INTERM-MJ-MSPM-210\\_160114.pdf](http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/PPM/U_PT-INTERM-MJ-MSPM-210_160114.pdf)>. Acesso em: 3 de maio de 2016.

# As cidades sustentáveis e sua tutela jurídica à luz do Estatuto da Cidade.

## **Luiz Claudio Gonçalves Junior**

Doutor em Educação pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Graduado em Direito, Pós-graduado em Direito do Estado e Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL. Pós-graduado em Estratégia de Meio Ambiente pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Licenciando em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Professor da Faculdade de Educação de Guaratinguetá – FACEG e da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de Guaratinguetá - FACEAG. **Filiação Institucional:** Faculdade de Educação e Administração de Guaratinguetá.

## **RESUMO**

O meio ambiente artificial foi transformado pelo desenvolvimento e pela interação do homem com a natureza, sendo ainda o espaço prioritário de grande parcela da população. Com isso, o homem passou a exigir que a ideia de sustentabilidade também fosse algo presente nessa paisagem de concreto. Sabemos dos vários problemas existentes nas cidades e do desafio desse ente federativo em proporcionar uma melhor qualidade de vida aos seus cidadãos. Falta capacidade de gestão em muitos casos, mas temos o Estatuto da Cidade como um importante instrumento para que essa realidade seja cada vez mais corriqueira no meio ambiente urbano. Essa pesquisa tem como objetivo geral esclarecer sobre o conceito e os elementos que caracterizam uma “cidade sustentável”. Como objetivo específico, essa pesquisa procurará mostrar de que maneira o Estatuto da Cidade contribui para a construção dessas cidades. A justificativa da pesquisa consiste na perspectiva viável de vivermos com mais qualidade dentro de um sistema tão complexo como o das cidades, com todos os seus problemas e desafios.

## **ABSTRACT**

*The artificial environment has been transformed by the development and man's interaction with nature, still the priority space large portion of the population. With that, the man began to demand that the idea of sustainability was also something present in this concrete landscape. We know of several problems in the cities and the challenge of this federative entity to provide a better quality of life for its citizens. Lack management capacity in many cases, but we have the City Statute as an important tool for this reality is increasingly commonplace in the urban environment. This research has the general objective clarify the concept and the characteristics of “sustainable city”. As a specific objective, this research will seek to show how the City Statute contributes to the construction of these cities. The justification of the research is the viable prospect of living with more quality within a system as complex as the cities, with all its problems and challenges.*

## **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. O espaço urbano como “locus da vida”: problemas e desafios. 3. A busca por “cidades sustentáveis” diante do contexto econômico. 4. A função sócio-ambiental das cidades. 5. O Estatuto da Cidade e seus instrumentos protetivos. 6. Conclusão.

## 1. Introdução

As cidades sempre foram alteradas pela ação humana. Essas alterações ocorreram em menor ou maior grau conforme a época. Um exemplo disso foi a advento do Estado Moderno e a revolução industrial, os quais não apenas geraram transformações significativas como também alterou as perspectivas futuras de quem vive na cidade. Evidentemente, o avanço tecnológico exigiu do ser humano mudanças comportamentais para poder viver na cidade e se adaptar às novas condições. Hoje, as cidades refletem a vida do homem. Neste sentido, tanto os benefícios quanto as dificuldades podem ser visualizados no meio urbano e a questão ambiental faz parte desta paisagem. A escassez de recursos naturais e a busca por uma melhor qualidade de vida tornaram-se um desafio para quem vive na cidade. A terminologia “sustentabilidade” entrou em pauta para não sair tão cedo. Governos e cidadãos necessitam trabalhar em cooperação para que esse objetivo seja alcançado, tornando a vida na cidade mais prazerosa e com mais qualidade. Em 2001, um importante passo foi dado para melhorar a vida no meio ambiente urbano, ocasião em que entrou em vigor a Lei Federal nº 10.257/2001 – Estatuto da Cidade, o qual trouxe uma série de diretrizes que podem transformar para melhora a vida nas cidades, principalmente nos grandes centros, onde os problemas são ainda maiores. Instrumentos como a gestão democrática das cidades, por exemplo, buscam elevar a qualidade de vida perseguindo a ideia de “cidade sustentável”, terminologia que não é fácil de ser definida por conta da complexidade do meio ambiente urbano, todavia, um termo que agrada e que cria expectativas àqueles que visualizam um futuro melhor para as vindouras gerações.

## 2. O espaço urbano como “locus da vida”: problemas e desafios

É na cidade que o homem passa a maior parte de sua vida. O fenômeno do “êxodo rural” e das migrações fizeram das cidades grandes centros de convivência, com todos os seus conhecidos problemas, como: aumento populacional, meios de transporte e de saúde deficitários, serviços públicos insuficientes e com altas taxas de corrupção, criminalidade elevada, má condições de moradia, etc.

Ainda assim, conforme ensinamentos do professor Júlio (MORENO, 2002, p.11): “A cidade é o palco da vida”. Concordamos com o autor. De fato, a cidade foi o local escolhido pela maioria da população para viver em sociedade. Diante de alguns dos problemas que apontamos acima, o ser humano tem o desafio de tornar o espaço urbano num ambiente onde ele possa desfrutar de todos os benefícios que essa estrutura lhe proporciona, pois, conforme expusemos, esse espaço requer a superação de graves problemas de ordem social, política, cultural, econômica e ambiental. Portanto, o espaço urbano foi o escolhido pelo ser humano – “locus da vida”, mas diante dos problemas apresentados é um espaço que nos dias atuais requer adaptações.

O ser humano não esperava viver com a ausência de recursos naturais. Sabia que os recursos eram finitos, mas, devido a sua grande capacidade e inteligência, achou que encontraria formas de suprir as suas necessidades, todavia,

constatou que muitos recursos não podem ser substituídos e mesmo as tecnologias mais avançadas não podem lhe garantir um futuro sem sacrifícios.

É neste contexto que nossa Constituição Federal vigente defende no seu Artigo 225: "...um meio ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida...". (MAZZA, 2011, p.90).

Tão importante esse capítulo próprio trazido por nossa Lei Maior que hoje, o meio ambiente artificial é uma das temáticas abordadas pelo direito ambiental. Atualmente, vivemos um período de insustentabilidade urbana, pois a vida na maioria das cidades brasileiras ainda não possui um padrão de controle frente aos problemas ambientais, principalmente em decorrência do consumismo, que pode ser assim considerado: "consumo excessivo de bens, sem necessidade aparente, característico do capitalismo; gasto exagerado com mercadorias e serviços". (SACCONI, 2010, p.517).

Outro autor expõe: "Na grande cidade o homem sente-se insignificante, despersonaliza-se. É absorvido no ritmo coletivo e passa a proceder como uma minúscula peça dentro da máquina industrial e comercial". (GOLDMAN, 1970, p.53). Enfatiza que existe uma "neurose urbana" e a urbanização na América Latina tem servido como sinônimo de "guetos". Se a moderna cidade trouxe o esplendor da riqueza educacional e cultural, também espalhou delinquência, alcoolismo, crime, prostituição e insegurança. A urbanização é irmã gêmea da industrialização. A aceleração dessa urbanização modificou radicalmente as formas e os costumes sociais. O homem vive a ansiedade dos congestionamentos, o desperdício de tempo, a naturalidade dos barulhos, das fumaças dos carros e das fábricas. (GOLDMAN, 1970, p.54-58).

Os problemas de ordem ambiental numa cidade estão, em especial, relacionados ao seu crescimento desordenado, bem como, ao crescimento populacional que procura por recursos de forma cada vez mais intensa.

O economista Thomas Malthus (1766-1834), foi o primeiro a sistematizar uma teoria sobre a população. Para ele, o crescimento populacional dependia rigidamente da oferta de alimentos e os males de uma cidade decorrem do excesso populacional. A população cresce em progressão geométrica, enquanto a produção de alimentos cresce em progressão aritmética. O potencial crescimento populacional excede o potencial daquilo que a terra pode nos fornecer. Daí a miséria, os vícios e as guerras. (VASCONCELLOS; GARCIA, 2008, p.25-26).

Como podemos perceber, o espaço urbano tornou-se um local privilegiado, mas em decorrência do sistema capitalista, apenas uma parcela da população têm os benefícios proporcionados pelo processo de urbanização e industrialização. A grande parte da população ainda sofre com o desemprego, com os serviços de baixa qualidade, com a vida precária das periferias e com a ausência de recursos. A busca por um meio ambiente equilibrado no espaço urbano tornou-se urgente. Os desafios são enormes, mas precisam ser superados para que possamos ter "cidades sustentáveis". No próximo tópico, teceremos considerações sobre esse instituto.

### 3. A busca por “cidades sustentáveis” diante do contexto econômico

A concretização do convívio em uma cidade sustentável requer saber o que vem a ser sustentabilidade. Não é uma expressão que nasceu da noite para o dia, mas que foi sendo aperfeiçoada conforme as necessidades e os problemas ambientais foram surgindo, principalmente por causa das questões econômicas.

Esse termo foi introduzido num relatório de 1987, encomendado pela Organização das Nações Unidas – ONU, o qual recebeu o nome de “Nosso Futuro Comum” ou relatório “Brundtland”, em alusão à chefe do comitê organizador do evento, Gro Harlem Brundtland, primeira ministra norueguesa. Os autores do relatório argumentaram que o uso dos recursos disponíveis na Terra pela geração atual eram insustentáveis, definindo sustentabilidade como “o desenvolvimento que atende as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender as suas.” (GIDDENS, 2012, p.146). Trata-se de uma definição concisa, mas de grande significado, pois estabelece que o crescimento econômico deve se dar de maneira a reciclar os recursos físicos ao invés de esgotá-los, mantendo os níveis de poluição no mínimo.(GIDDENS, 2012, p.146-147).

Observamos, portanto, que a busca pela cidade sustentável através do princípio do desenvolvimento sustentável compreende uma análise do aspecto econômico. Com isso, engana-se que entende que o desenvolvimento sustentável consiste na obstrução da economia. É equivocado esse pensamento. Depreende-se deste princípio, um desenvolvimento econômico racional, consciente, vinculado a outros aspectos de ordem política, por exemplo, pautado na preservação das gerações futuras. Vejamos:

A noção de “cidades sustentáveis” nasceu em razão da conjugação da questão econômica, social, política e ambiental. Nesse contexto, o ambiente construído das cidades, definido pelos espaços edificados e pelos espaços livres, oferece as diferentes opções de desenvolvimento urbano que serão adotados. (CAPELA, 2007, p.2).

Outro renomado autor esclarece que a defesa do meio ambiente deve obrigatoriamente constar da agenda pública e privada, não se tratando de uma questão de gosto, ideologia ou moda, mas um fator de ordem legislativa constitucional. A defesa do meio ambiente precisa ocorrer para que haja desenvolvimento nacional, econômico e social, devendo estar integrada ao desenvolvimento sustentável. (MACHADO, 2007, p.145).

O Artigo 170,VI, da Constituição Federal de 1988, prevê como princípio constitucional da ordem econômica, a defesa do meio ambiente. De acordo com a Emenda Constitucional nº 42/2003, a defesa do meio ambiente pode ser feita mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, nenhuma atividade econômica pode estar de acordo aos princípios que protegem o meio ambiente. Este, não pode ficar

comprometido por interesses empresariais e nem ficar dependente de motivação de índole meramente econômica. (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2016, p.156-158).

O Estado deve agir com prudência e planejamento para concretizar seus objetivos. Além de efetuar suas tarefas de praxe, deve impor comportamentos privados para que a vida em coletividade possa melhorar. Esse aspecto abrange as normas de proteção ambiental, de relacionamento capital-trabalho e de ocupação urbana. Esses fatores são essenciais para que o Estado se fortaleça economicamente, mas, para que também haja uma correta redistribuição social, assegurando a consecução do bem-estar de seus cidadãos. (DERANI, 2008, p.186).

Interessante a observação de que a globalização econômica está apoiada nas idéias neoliberais, as quais refletem negativamente na interação entre comércio e meio ambiente, o que exige a formação de uma consciência ecológica mundial para que não ocorra um enfraquecimento das questões sociais. Assim, é imperioso a participação do cidadão na defesa dos seus direitos. Formou-se uma nova civilização planetária, sendo a sociedade civil um agente de mudanças através de sua força coletiva organizada. Viver num ambiente ecologicamente equilibrado passa pela formação de uma ecocidadania. (SOARES, 2005,p.165).

As citações acima demonstram que a busca pelas cidades sustentáveis passa pela conjugação da proteção ambiental e da questão econômica, a qual também está vinculada a fatores de ordem política, cultural e social. Aliás, foi muito bem nosso legislador constituinte ao trazer de maneira expressa como princípio da ordem econômica, a proteção do meio ambiente. Sabemos da importância da arrecadação tributária para o Estado, mas para uma cidade sustentável é preciso que haja redistribuição social. É fato que todos devem cooperar, mas cabe à sociedade civil exigir dos governantes que as questões ambientais sejam prioridades. Desta forma, poderemos falar na conquista de uma ecocidadania.

#### **4. A função sócio-ambiental das cidades**

Diante do que vimos até o presente momento da pesquisa, podemos falar que a cidade é um organismo vivo guiado pelo seu dinamismo. Os problemas existentes e sua resolução funcionam como patologias sociais e curas que dependem de uma série de fatores conjuntos, sem os quais é difícil progredir para um estágio cada vez melhor. Desta maneira, não é exagero afirmar que a cidade tem uma função sócio-ambiental a cumprir, pois a busca pela sustentabilidade também exige a resolução de problemas neste setor do espaço urbano.

É do final dos anos de 1970 a propagação de planos diretores, leis de zoneamento e código de obras que proliferaram no mundo todo com o intuito de controlar o crescimento das cidades. Começa a ser desenhado o conceito de planejamento estratégico urbano, muito difundido em organismos internacionais como o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento e o UMHabitat. (CAPELA, 2007, p.25). Da mesma forma que questionou a adaptação do homem às novas formas urbanas que nasceram da inevitável evolução técnica, também questionou a possibilidade de idealizar cidades voltadas para os anseios humanos, fazendo uso de métodos mais aperfeiçoados existentes e a sua dis-

posição. Desse processo originou o urbanismo e sua capacidade de analisar os espaços urbanos. (CAPELA, 2007, p.33-34).

Alguns problemas de ordem ambiental podem ser identificados nas cidades, como: impermeabilização de solos, edifícios doentes, emissão de gases de efeito estufa, produtos nocivos à camada de ozônio, intoxicação doméstica por inseticidas, etc. (DIAS *apud* CAPELA, 2007, p.39).

Entendemos, portanto, que existe uma ecologia urbana a ser preservada e compete ao poder público e à sociedade contribuir para que isso aconteça, pois acreditamos que a cidade forma um verdadeiro ecossistema com as suas características próprias. Com isso, podemos afirmar a existência de um vínculo muito próximo entre o direito urbanístico e o direito ambiental. Resta saber, porém, se a cidade possui realmente uma função social. Nosso legislador constituinte a trouxe no Artigo 182 da Constituição Federal.

Portanto, a cidade tem a sua função social que deve ser cumprida através da política de desenvolvimento urbano, visando garantir o bem-estar de seus habitantes. Assim, não podemos falar em bem-estar se a cidade apresenta problemas de ordem ambiental e seus cidadãos ainda não possuem uma consciência ecológica. Neste sentido, deduzimos que existe uma função sócio-ambiental nas cidades, seja através da utilização da propriedade pública ou privada, seja através de instrumentos dispostos na política de desenvolvimento urbano a ser criada ou mesmo na legislação correlata.

As funções sócio-ambientais da cidade são de interesses difusos, pois seu objeto é indivisível e não há como aplicar essas funções a pessoas ou grupos pré-estabelecidos. Não há como identificar os sujeitos afetados pelas atividades e funções nas cidades, sejam proprietários, imigrantes, dentre outros. Deve ser criada condições para que a população tenha um meio ambiente sadio e condições dignas de vida. (SAULE JUNIOR *apud* CAPELA, 2007, p.123).

Dentro dos planos urbanísticos há que se atentar para os planos de preservação ambiental, em especial para o controle e combate da poluição, sendo competência e dever de todos os entes federativos através dos chamados planos urbanísticos setoriais, em consonância com a política do desenvolvimento urbano. A partir daí dar-se-á início para a proteção ambiental por meio de providências legislativas e administrativas. Cabe ressaltar a consonância com a política nacional de meio ambiente e o sistema nacional do meio ambiente. (SILVA, 2008, p.124-125).

Analisando as citações acima, verificamos com clareza que as cidades possuem função sócio-ambiental, a qual está amparada tanto na legislação constitucional que trata do planejamento urbano e da proteção ao meio ambiente, como também de material infraconstitucional. O meio ambiente urbano deve ser protegido, o que inclui as áreas do meio ambiente natural e cultural, as quais estão inseridas em sua artificialidade. Atualmente, são vários os bens ambientais que fazem parte das áreas urbanas e que merecem proteção. Assim, destacamos:

Constatamos que a proteção do patrimônio espeleológico ocorre em nível constitucional e infraconstitucional e sem-

pre com o amparo da legislação internacional. Além disso, o patrimônio espeleológico foi elevado às categorias protegidas e consagradas pela Constituição Federal de 1988. (GONÇALVES JUNIOR, 2016, p.94).

Conforme exposto, são vários os bens ambientais que necessitam de proteção e que estão inseridos no meio ambiente urbano. O patrimônio espeleológico, por exemplo, trata das cavidades naturais subterrâneas. Além de ser um ecossistema rico em seres vivos, possuem abundância de recursos naturais e quase sempre, constituem patrimônio cultural. Merecem, por conta disso, toda proteção disposta na legislação vigente.

## 5. O Estatuto da Cidade e seus instrumentos protetivos

O advento do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) fortaleceu os laços entre a cidade e a proteção do meio ambiente, tornando mais latente a construção de uma cidade sustentável, regulamentando o Artigo 182 da Constituição Federal que trata da política de desenvolvimento urbano. Não apenas isso! Para a consecução de seus objetivos trouxe diversos instrumentos de proteção ambiental, como: estudo prévio de impacto ambiental, estudo prévio de impacto de vizinhança, gestão democrática das cidades, dentre outros. Esses instrumentos são classificados de diferentes formas entre os doutrinadores.

Existem *instrumentos de diretrizes gerais da política urbana*: o direito às cidades sustentáveis, à gestão democrática da cidade, à ordenação e controle do uso do solo, etc.; *instrumentos destinados a assegurar que a propriedade urbana atenda a sua função social*: plano diretor, IPTU progressivo, desapropriação para fins de reforma urbana, etc.; *instrumentos de regularização fundiária*: usucapião urbano, zonas especiais de interesse social, etc.; *instrumentos de gestão democrática da cidade*: conselhos de política urbana, orçamento participativo, projetos de iniciativa popular, etc. (SAULE JUNIOR apud CAPELA, 2007, p.215-2160).

Sabemos que muitos são os questionamentos sobre a capacidade do Município em legislar sobre matéria ambiental e urbanística, ainda que se trate do desenvolvimento das cidades e da proteção de seus cidadãos, todavia, podemos garantir que o Estatuto da Cidade não impede essa competência:

Assim, a competência municipal para legislar sobre matéria urbanística permanecerá inalterada, só que agora protegida, amparada e, por que não dizer, direcionada, pelas normas gerais presentes na Lei nº 10.257, isto é, no Estatuto da Cidade. (BONIZZATO, 2005, p.123).

Percebemos com a citação acima, que não há qualquer obstrução a atuação do Município para legislar em matéria urbanística e, conseqüentemente, em matéria ambiental no que diz respeito à competência municipal. Pelo contrário! O que observamos é um fortalecimento dessa competência municipal por meio do Estatuto da Cidade, instrumento de grande importância para uma melhor gestão urbana. Assim:

[...A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, o Estatuto da Cidade é a legislação infraconstitucional que oferece a oportunidade de prover as cidades de um instrumental de planejamento que deve ousar e inovar para a superação das dificuldades de ordem legal, institucional e técnica que, até então, se constituíram em grandes obstáculos à gestão urbana. (MACRUZ; MOREIRA, 2002, p.13).

Finalizamos com a certeza de que o Estatuto da Cidade trouxe mais proteção aos Municípios e à preservação do meio ambiente, deixando consistente a perspectiva de construção de cidades sustentáveis para um melhor convívio num futuro próximo. Os instrumentos aqui relatados são apenas alguns dos que estão à disposição para o uso governamental, em especial, no que tange ao nível municipal. Não temos receio em afirmar que atualmente dispomos de condições viáveis para enfrentar os graves problemas sociais presentes no cotidiano das pequenas e das grandes cidades.

## **6. Conclusão**

O princípio do desenvolvimento sustentável é um direito humano e também um direito fundamental, pois está positivado em nosso ordenamento jurídico. Assim, quando buscamos construir “cidades sustentáveis” estamos procurando concretizar preceitos já sedimentados em nosso texto constitucional e infraconstitucional. É coerente afirmar que criar um meio ambiente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida fortalece a dignidade da pessoa humana.

Muitos dos graves problemas sociais visualizados no espaço urbano decorrem da má gestão e da falta de instrumentos jurídicos eficazes para evitar a deterioração desses espaços. Hoje, todavia, temos uma Constituição Federal que prevê uma política de desenvolvimento urbano, de proteção à cidade e de preservação do meio ambiente. Outros documentos legislativos de nível infraconstitucional reforçam essa proteção e possibilitam uma nova forma de gestão urbanística; mais sustentável, democrática e voltada para a promoção do bem-estar de todos. O exemplo que escolhemos para comentar foi o Estatuto da Cidade, com seus importantes instrumentos que realçam a função sócio-ambiental das cidades.

Temos plena convicção que estamos trabalhando em terreno seguro. Temos amparo legislativo em vários níveis da federação. Está assente entre todos que os problemas sociais urbanos são graves e precisam ser enfrentados com a colaboração de todos. O meio ambiente artificial e a busca pela sustentabilidade estão no plano dos direitos difusos, sendo responsabilidade de todos. Portanto, só nos resta dar efetividade aos instrumentos que estão à disposição e construirmos cidades que promovam uma melhor qualidade de vida.

## REFERÊNCIAS

- BENSUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. *Manual de Direito Econômico*. 2ª ed. rev. atual e ampl. Salvador/BA: Juspodivm, 2016.
- BONIZZATO, Luigi. *O advento do Estatuto da Cidade e consequências fáticas em âmbito da propriedade, vizinhança e sociedade participativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CAPELA, Carla. *Cidades sustentáveis: o município como locus da sustentabilidade*. São Paulo: RCS, 2007.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DIAS, Genebaldo Freire. Pegada Ecológica e sustentabilidade humana. São Paulo: Gaia, 2009. In: CAPELA, Carla. *Cidades sustentáveis: o município como locus da sustentabilidade*. São Paulo: RCS, 2007.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. 6ª ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
- GOLDMAN, Simão. *A civilização do consumo em massa: entre a flor e o parafuso*. Porto Alegre/RS: Artes & Letras, 1970.
- GONÇALVES JUNIOR, Luiz Claudio. As cavidades naturais subterrâneas como patrimônio histórico-cultural e a sua tutela jurídica, p.75-114. In: FILIPPO, José Augusto Correa; CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Temas & Reflexões Ético-Jurídicos*. São Paulo: Baraúna, 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MACRUZ, João Carlos; MACRUZ, José Carlos; MOREIRA, Mariana. *O Estatuto da Cidade e seus instrumentos urbanísticos*. São Paulo: Ltr, 2002.
- MAZZA, Alexandre (Org.). *Vade Mecum Ambiental*. Coordenado por André Luiz Paes de Almeida e Alexandre Mazza. São Paulo: Rideel, 2011.
- MORENO, Júlio. *O futuro das cidades*. São Paulo: Senac, 2002.
- RAMPAZZO, Lino. *Metodologia científica: para alunos dos cursos de graduação e pós-graduação*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- SACCONI, Luiz Antonio. *Grande Dicionário Sacconi da Língua Portuguesa: comentado, crítico e enciclopédico*. São Paulo: Nova Geração, 2010.
- SAULE JUNIOR, Nelson. Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. In: CAPELA, Carla. *Cidades sustentáveis: o município como locus da sustentabilidade*. São Paulo: RCS, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Remi Aparecida de Araújo. *Proteção ambiental e desenvolvimento econômico: conciliação*. Curitiba/PR: Juruá, 2005.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval; GARCIA, Manuel Enriquez. *Fundamentos de Economia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

# A interferência do Estado brasileiro na ordem econômica e seus reflexos na esfera do Direito Concorrencial

**Flávio Edmundo Novaes Hegenberg**

Professor de *Economia Política*, UniFOA / flavio.leeds@gmail.com

**Luiz César Martins Loques**

Estudante do terceiro período do curso de Direito, UniFOA / lcloques@gmail.com

## RESUMO

O presente texto busca discutir a interferência do estado na economia. O país de estudos é o Brasil. O enfoque proporciona um diálogo entre Direito e Economia (*Law and Economics*). A argumentação é a favor de maior concorrência e menor interferência do Estado e dos governos (federal, estadual, municipal) nas atividades econômicas (pedindo maior liberdade econômica e empreendedora). Consideramos alguns conflitos ligados ao desenvolvimento econômico e oferecemos uma visão de mudança a partir da visão administrativa de "benchmarking". Alguns setores econômicos são discutidos de modo a que se possa chegar a conclusões relativas às condições de liberdade econômica e concorrência no Brasil.

**Palavras-chave:** Direito & Economia; Concorrência; liberdade empreendedora.

## ABSTRACT

*The present text promotes discussions concerning state intervention in the Brazilian Economy. A Law & Economics approach is applied. Arguments are posed in favor of greater competition and reduced interventionism (in Brazilian economy). Greater economic freedom and also enhanced entrepreneurial liberty are recommended. Some sectors are briefly discussed and a vision of benchmarking is proposed. Legal and economic advice concludes this text.*

**Keywords:** Law & Economics; Competition and economic freedom; Brazilian economy.

## 1. Introdução

A interferência na economia como prática do Estado (e dos governos) do Brasil é tema deste texto. Considera-se que o Brasil ainda mantém políticas excessivamente protecionistas. Isto dificulta a *regulação natural* dos preços e propicia a criação de monopólios e oligopólios, criação essa que a própria Constituição Federal Brasileira de 1988 condena (parágrafo quarto do artigo 173 da CFB-1988).

O excessivo controle estatal-governamental da economia gera distorções ligadas (e.g.) à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e à manipulação arbitrária dos lucros. No mercado interno o *princípio da livre concorrência* descrito no inciso IV do artigo 170 da citada Constituição é também relativizado, em razão (a) do excesso de controle feito pelo Estado via Agências Reguladoras (AR's) e também (b) dos excessos tributários (muitas vezes ultrapassando suas competências e os chamados *limites aceitáveis*). Buscando em pensadores da economia conceitos ligados à *livre concorrência* e *interferência estatal*, relacio-

nando-os ao Direito brasileiro, à doutrina e ao ordenamento jurídico pátrio, o presente trabalho procura propor uma visão diferente (mais liberal) acerca desta situação problema.

## **2. Conflitos ligados ao Desenvolvimento Econômico:**

Este item (ou tópico) será tratado na forma de subitens (sub-tópicos, como a seguir): (a) interferência do estado na economia, (b) notícias sobre o Brasil, (c) Direito & Economia (Hobbes & Smith), (d) intervencionismo, (e) acordos comerciais e livre concorrência, (f) "benchmarking", (g) visão de mercado & visão de empresa.

### **2.1. Interferência do estado na economia**

Um simples processo de reflexão acerca dos fundamentos da Economia a partir de livros sobre Economia e também sobre Direito (veja, por exemplo: Cunha, 2003; Drouin, 2008; Boyer, 2009; Brue, 2005; Conway, 2015) nos leva a concluir que a interferência do Estado no mercado (na Economia) pode ocorrer: (a) na forma de protecionismo, e de créditos de variados tipos; (b) com o estabelecimento de cotas, subsídios, benefícios e isenções fiscais; (c) interferências na composição de preços das empresas; (d) medidas destinadas a impor limites de lucratividade para as corporações; (e) a partir da criação de novos tributos; (f) com restrições à importação e à exportação (etc.). Tais interferências geram problemas (sempre e em todos os casos e setores da economia). Alguns desses problemas são:

- (1) Distorções na produção.
- (2) Aumento dos preços dos produtos e serviços (no atacado e no varejo).
- (3) Geração de desequilíbrios de exportação e importação.
- (4) Favorecimento de processos de oligopolização e monopolização.
- (5) Distorções (aumentos) dos custos de transporte.
- (6) Ampliação do problema dos excedentes (do "não vendido", dos estoques).
- (7) Efeitos negativos à *rede produtiva* (à "cadeia produtiva"), que passa a assimilar custos e ineficiências de outras etapas de negócio.
- (8) Estímulo à ilegalidade e à informalidade ("acordos livres", "mercado negro", evasão, etc.).
- (9) Ampliação da burocracia desnecessária.
- (10) Enfraquecimento das liberdades econômicas e da liberdade de escolha (enfraquecimento do poder de decisão dos indivíduos).
- (11) Favorecimento do curto e médio prazos em detrimento do longo prazo.
- (12) Distorções salariais.

- (13) Desequilíbrios fiscais e alocativos.
- (14) Desequilíbrios de eficiência técnica (desajustes tecnológicos).
- (15) Obstáculos à livre iniciativa e ao empreendedorismo e à inovação (cerceamento das liberdades: individuais, empresariais).
- (16) Ampliação do “dirigismo governamental”.
- (17) Redução do poder de compra, elevação contínua dos preços e geração de processos inflacionários.
- (18) Diminuição dos lucros dos negócios e das organizações.
- (19) Enfraquecimento das decisões econômicas e fortalecimento das decisões políticas (o que amplia a pobreza geral do país).
- (20) Distorções no processo competitivo e na concorrência entre pessoas e empresas.
- (21) Fortalecimento das ineficiências.

É relevante lembrar que “o padrão dos investimentos e instalações dos setores industriais no Brasil foi baseado principalmente no atendimento do mercado interno, com proteção da concorrência internacional. O resultado dessa estratégia de desenvolvimento foi que, diferentemente dos países asiáticos bem-sucedidos, o Brasil não alcançou a liderança internacional na produção de bens manufaturados, tornando-se um participante marginal no comércio mundial desses produtos desde então” (Menezes-Filho & Kannebley-Júnior, 2013: 405-6).

## **2.2. Algumas notícias sobre o Brasil**

“Infraestrutura ruim tira R\$ 150 bilhões do País. Essa é a estimativa de perdas anuais da economia brasileira apenas com a falta de investimentos em estradas, ferrovias e saneamento” (Pereira, 2016).

“Em um ano, quase 1 milhão de famílias desceram de classe social. Com a crise econômica e a alta do desemprego, classe média vem baixando padrão de vida e migrando para estratos sociais mais baixos” (De Chiara, 2016).

“A economia continua em recessão e já existem mais de 11 milhões de brasileiros sem emprego ... 400 bilhões de reais representa a queda acumulada de 7% no PIB desde o início da recessão, em 2014” (Alvarenga, 2016).

“Como o PIB deve cair cerca de 4% neste ano e, na melhor hipótese, estagnar no próximo ano e pouco crescer em 2018, se não for duramente atacado o rombo causado pelos juros, é possível que a relação dívida/PIB bata em 75% ao fim deste ano e 80% no próximo” (Khair, 2016).

“São prementes a reforma da Lei de Sociedades Anônimas (6.404/76), a do Mercado de Capitais (6.385/76), legislar sobre os títulos de crédito cibernéticos, incorporando contratos empresariais, e, principalmente, na conjuntura atual, a

reforma da Lei de Recuperação e Falências (11.101/05)” (Abrão, Gorga, Sztajn, Verçosa, 2016).

“Mais da metade das empresas em operação no Brasil estão inadimplentes. Do total de 8 milhões de negócios do Brasil, 4,4 milhões tem dívidas em atraso, de acordo com a Serasa Experian” (Rocha & Scaramuzzo, 2016).

“Indústria tenta derrubar subsídio à ELETROBRAS. A indústria vai tentar derrubar mais uma cobrança extra na conta de luz criada para ajudar as empresas do Grupo Eletrobrás. A pedido do Ministério de Minas e Energia (MME), os consumidores vão pagar R\$ 1,093 bilhão a mais nas tarifas de energia neste ano. Esse dinheiro será repassado em empréstimos subsidiados para as distribuidoras da companhia, acusada de ter se apropriado indevidamente de mais de R\$ 7 bilhões nesse mesmo tipo de operação entre 1998 e 2011” (Warth & Borges, 2016).

“Como matar uma indústria. Ao longo de décadas, o Brasil perdeu tempo e dinheiro investindo em políticas de reserva de mercado. Os mais otimistas julgavam que a ideia estava morta. Mas a turma do Partido dos Trabalhadores (PT) a ressuscitou. Surpresa: deu tudo errado de novo. Desde 2003, ano em que o PT assumiu o governo federal, as leis de reserva de mercado voltaram com força total – impulsionadas por uma ideologia estatizante, por um empresariado que abomina competição e, como mostrou a Operação Lava-Jato, também por razões de ordem pecuniária”. O protecionismo só atrapalhou. O Brasil adota medidas de proteção à indústria local em diversos setores da economia e as consequências não são as desejadas (Bautzer, 2016: 104, 105, 106; veja quadro a seguir sobre setores da economia, algumas medidas importantes por parte do setor público e suas consequências).

**Quadro 1 – Brasil: setores, medidas e consequências.**

<b>SETORES</b>	<b>MEDIDAS</b>	<b>CONSEQUENCIAS</b>
Petróleo, Gás, Mineração	Governo exige conteúdo local mínimo de 40% a 85% em equipamentos comprados pela PETROBRAS e nos investimentos das companhias para explorar petróleo no Brasil.	Equipamentos para exploração custam, em média, 55% mais caro no Brasil. As sondas custam 30% a mais. A indústria fica menos competitiva.
Máquinas e Bens de Capital	Empresas que recebem financiamento do BNDES precisam de 60% de nacionalização.	A energia brasileira é mais cara do que deveria; as torres de energia eólica produzidas no Brasil custam 30% mais do que as importadas. Turbinas para hidrelétricas custam 40% a mais.

Farmacêutico	O Ministério da saúde paga até 25% mais por medicamentos fabricados no Brasil.	Além do aumento nos custos do sistema de saúde, a indústria farmacêutica brasileira é pouco inovadora e apresenta-se ineficiente (globalmente).
Veículos	O programa "Inovar Auto" concedeu benefícios às montadoras com fábricas no Brasil.	Fábricas vêm sendo instaladas no Brasil, mas não há demanda para elas. A indústria automotiva está com capacidade ociosa de cerca de 60%.
Telecomunicações	Equipamentos para redes de telefonia 4G deverão ser 70% nacionais até 2017.	Torres e cabos custam 30% mais do que os importados, o que encarece o custo das ligações.
Portuário	Lei 12.815/2013: marco regulatório sobre concessões de infraestruturas portuárias no Brasil.	Pouco incentivo à atuação da iniciativa privada. Incompatibilidade com os preços e serviços mundiais (preços brasileiros muito elevados).
Televisão & Mídia	Lei 12.485/2011 impõe cotas de conteúdo nacional na programação de TV por assinatura.	Diminui a liberdade das operadoras para selecionar sua programação; cria leis que não necessariamente favorecem o consumidor.

**Fontes:** Exame (8 de junho de 2016, página 106); Brito (2016); Manteli (2016); Santos & Hegenberg (2015); ABEOC (2014); Barboza (2014).

### 2.3. Direito & Economia: Hobbes & Smith ao longo dos séculos

Fazendo uso do livro de Robert Boyer (2009, capítulo 1), devemos nos lembrar do "dever da questão central da economia política" e pensar sobre a pergunta: "por que a competição e o conflito entre os indivíduos autônomos não levam ao caos?" Nossa interpretação simplificada de Boyer (*op cit*) é que há certo equilíbrio (mesmo que antes haja conflito) entre Direito e Economia por meio das ideias de dois grandes pensadores: Thomas Hobbes e Adam Smith.

Hobbes considera que *o soberano mantém a ordem e a paz por meio da organização racional do bem comum*. Tal visão implica (por exemplo) a existência de leis, de burocratas responsáveis pelo Estado. Smith pensa *a propensão natural para mudar e trocar*; pensa que graças à "mão invisível" é viável compatibilizar um conjunto de comportamentos descentralizados.

Decorre certa “rivalidade” entre Hobbes & Smith, entre Estado (Direito) & mercado (Economia). Levando as discussões para os séculos XX e XXI, podemos agora considerar que “na tradição keynesiana, o Estado pode corrigir as limitações do mercado, mas sua intervenção é apenas uma solução à qual recorreremos na falta de algo melhor com relação ao ideal de um mercado de concorrência perfeita” (Boyer, 2009: 19). Esta frase nos faz pensar sobre as visões (que competem entre si): neokeynesianos (como Joseph Stiglitz) versus liberais modernos (como Milton Friedman e F. Hayek).

Neste conflito, parece mais coerente a visão de Friedman, não só pela preferência à situação de concorrência, mas por um critério que a própria *Escola de Chicago* (veja ECONLIB, 2008 / Milton Friedman) cria nas condições jurídicas do mercado: “a eficiência e o bem estar do consumidor”. Tal como mostra Bagnoli (2013: 178): *“A Escola de Chicago, cujos notáveis representantes são Bork, Bowman, Macgee, Telser e Posner, entende que a defesa da concorrência está centrada nos benefícios ao consumidor garantidos pela eficiência alocativa do mercado, ou seja, a aplicação dos recursos nas atividades de maior necessidade ou anseio dos consumidores (...). Mais ainda: A Escola de Chicago defende a menor regulação estatal da economia, a fim de que a concorrência desenvolva-se livremente com a mínima interferência do Estado”*.

Acreditar que as atitudes (ações, medidas) do Estado perante a atividade econômica refletem em bons frutos para o mercado é, de fato, uma ilusão muito difundida no meio econômico e principalmente no meio acadêmico. Devemos, não obstante, conceituar a ideia de mercado como algo que não esteja distante dos indivíduos, uma ação complexa onde poucos tomam para si a responsabilidade de oferecer serviços e produtos à sociedade. O mercado surge, portanto, como uma “ordem espontânea”, ou seja, nasce da própria ação humana. Trata-se de um processo que traz maior naturalidade ao comportamento do homem. Empreender, inovar, prosperar se caracterizam como tendências naturais dos indivíduos ao longo da história da humanidade.

O excesso de interferência do Estado na economia, incluindo as questões puramente legais, atrapalha o bom funcionamento do mercado, e, portanto, o bom desenvolvimento da sociedade. Como definiu Adam Smith (2012): *“Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles possuem pelos próprios interesses”*. O pensador escocês nos dirige a uma reflexão importante para o cenário jurídico-econômico atual. Quanto maior a desvalorização da atividade empresarial, menor será a oferta de produtos e serviços e, por sua vez, menor será o grau de conforto e qualidade de vida das pessoas.

Podemos entender que, até certo ponto, a atividade do Estado perante os fatores econômico-sociais (sobre os fatores de produção) são aceitáveis. Incluímos aqui, por exemplo: a administração da justiça, as forças armadas e a polícia. Entidades que por consequência lógica (e em razão das características do Estado moderno), não são passíveis de privatização. São forças que, em decorrência de sua natureza, nascem para proteger o conjunto social de maneira pública (não tomando iniciativa para garantir a concretização de quaisquer interesses privados).

O Estado nasce do conflito natural entre os homens, lembremo-nos da famosa frase de Thomas Hobbes (veja Rossello, 2016) em *O Leviatã*: “*O homem é lobo do homem*”. A lógica por trás do pensamento do *contratualista* britânico nos mostra que sempre haverá divergências entre os indivíduos e que para a preservação da vida de cada um (bem jurídico maior da sociedade), há de se eleger um mediador que seja obedecido por todos. A partir do momento que o *soberano* determina a punição de um membro do corpo social por violação ao bem jurídico de outrem, e a pena é deferida seguindo os aspectos da legalidade formal, entendemos que houve a fixação da justiça. De forma análoga funcionam as leis do mercado. Tendo a liberdade como regra, quando os agentes sociais empreendem, buscando na atividade lucrativa seu meio de subsistência, criam automaticamente um fator de desenvolvimento social. Caso se utilizem da má-fé para vencer o “jogo” da livre concorrência, serão punidos pelos próprios entes que não aceitam a atitude, ou até mesmo pelo Estado, que, através de medidas administrativas ou legais, irá impor multas ou sanções para as empresas que desrespeitarem a harmonia da prática concorrencial.

#### **2.4. Intervencionismo: alguns casos**

Políticas públicas distorcidas estão atuando sobre vários setores. Como exemplo, podemos citar Manteli (2016), que considera o caso do setor portuário brasileiro. O citado autor escreve: “... vemos políticas públicas distorcidas por um inaceitável excesso de intervencionismo estatal”. Podemos constatar que falta (para o setor portuário e para vários setores da economia brasileira): (a) segurança jurídica (estabilidade, respeito e continuidade da legalidade e dos direitos de propriedade), (b) ambiente competitivo (livre-iniciativa), (c) procedimentos administrativos adequados (um grau de burocracia que não seja inibidor dos negócios), (d) regulação adequada (por meio de Agências Reguladoras que não ultrapassem as leis e respeite a ideia de efetividade econômica). Estas faltas (dos quatro itens acima enumerados) geram retração dos investimentos.

Acerca deste último ponto observamos que as AR's, em geral, ultrapassam sua competência e interferem na esfera de escolha dos indivíduos no mercado. Para demonstrar tal situação analisamos parte da lei 12.485/2011 que, entre outros desmandos, impõe cotas de conteúdo nacional na programação dos canais das chamadas operadoras de TV por assinatura. Atentemo-nos a redação dos artigos 16 e 17 do referido dispositivo legal: “*Art. 16. Nos canais de espaço qualificado, no mínimo 3h30 (três horas e trinta minutos) semanais dos conteúdos veiculados no horário nobre deverão ser brasileiros e integrar espaço qualificado, e metade, deverão ser produzidas por produtora brasileira independente.*” “*Art. 17. Em todos os pacotes ofertados ao assinante, a cada 3 (três) canais de espaço qualificado existentes no pacote, ao menos 1 (um) deverá ser canal brasileiro de espaço qualificado.*”

Estas imposições às operadoras (determinadas pela lei), por si só, já são consideradas absurdas não só por ofenderem as regras do livre mercado, mas porque também atentam contra diversos princípios constitucionais (tais como): Livre concorrência, livre iniciativa, direito à propriedade intelectual e o direito do

consumidor. A este último, vale uma ressalva: parece-nos uma aberração jurídica ainda maior o texto de lei, nos referidos artigos, desprezar as premissas básicas de qualquer relação contratual. Entendemos que a lei 12.485/2011, quando define cotas de programação nacional, cria uma insegurança jurídica no mercado e na relação de confiança das operadoras com seus clientes. Isto porque, uma vez que, no momento da contratação do serviço, o consumidor não optou pelo conteúdo nacional obrigatório, tampouco era de seu interesse que a vinculação semanal obrigatória fosse realizada. Fato esse que, se abordado na assinatura do contrato, poderia ter sua recusa e conseqüentemente a não realização do negócio. Seria justo que, por força de imposição do Estado (agente externo na relação contratual), o mesmo elencasse cláusulas que não necessariamente são do interesse do consumidor e que não tiveram seu consentimento na época da contratação?

O argumento da ponderação de princípios é utilizado neste caso. Rivalizando-os com o **direito constitucional de acesso à cultura** brasileira: **princípio constitucional da produção e programação da televisão**, da **promoção da cultura nacional e estímulo à produção independente**. Parece-nos, contudo, que os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e do direito do consumidor se sobressairão, já que envolve diretamente a liberdade de escolha do indivíduo (valor esse que sempre teve relevância máxima nos países desenvolvidos ocidentais).

Esse não parece ser o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF). Sendo alvo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns): 4679, 4747, 4756 e 4923; ajuizadas respectivamente: pelo Partido Democratas (DEM), pela Associação NEOTV, pela Associação Brasileira de Radiodifusores (ABRA) e pela Associação Brasileira de Televisão por Assinatura em UHF (ABTVU). O ministro relator Luiz Fux entendeu que: *“Os artigos (16, 17, 18, 19, 20, 23), ao fixarem cotas de conteúdo nacional, promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente”*; Acerca deste tipo de decisão André Luiz Santa Cruz Ramos comenta: *“O que acontece é que, dada a jurisprudência do STF construída à luz do panorama jurídico acima delineado, a força normativa dos princípios que norteiam o regime capitalista de livre mercado — livre iniciativa e livre concorrência — é praticamente nula, em razão da excessiva relativização deles. Sempre que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência se chocam com outros princípios ditos “sociais”, estes prevalecem, muitas vezes sem que as decisões sejam devida e suficientemente fundamentadas”*.

O comercialista (Ramos, 2012) ainda destaca a frase do grande jurista francês Frédéric Bastiat: “A ilusão dos dias de hoje é tentar enriquecer todas as classes, à custa uma das outras. Isto significa generalizar a espoliação sob o pretexto de organizá-la”. E ironiza a questão: “Será que nossos Ministros já leram Bastiat?” (para um breve resumo, veja ECONLIB, 2008 / Bastiat).

## 2.5. Acordos Comerciais: Uma Visão de futuro; O princípio da livre

## concorrência para além das fronteiras

Chade (2016) reporta que o Brasil está “no fim da fila do livre-comércio” e que o “Brasil ficou à margem da expansão sem precedentes de acordos bilaterais e regionais do comércio na última década”. O que é muito relevante lembrar é o que Chade (*op cit*) também escreve: “um dos maiores entraves foi sempre a indústria brasileira, que evitava aceitar qualquer abertura de seu mercado”.

Ao trazermos a discussão para o âmbito jurídico observamos que a Constituição Federal destaca em seu artigo 170 o princípio da livre concorrência: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios” Inciso IV: “livre concorrência”. Parece que mais uma vez as práticas do Estado brasileiro dificultam a realização deste princípio, uma vez que limitam uma condição fundamental do mercado: a livre fixação dos preços via concorrência e a presença do mercado externo no ambiente concorrencial.

A presença de concorrência externa no ambiente comercial traz benefícios ao consumidor principalmente no que tange à redução de preços; além de maior variedade de produtos e serviços no mercado. Esse não tem sido o caminho adotado pelo Brasil em sua política econômica.

Tal visão é corroborada quando analisamos o Tratado Trans-Pacífico (TPP), assinado em 2015. O referido acordo comercial integra 12 países: Austrália, Brunei, Chile, Nova Zelândia, Singapura, Canadá, Japão, Malásia, México, Peru, Estados Unidos da América (EUA) e Vietnã. Observamos que são países de características econômicas diversas e que, juntos, representam 40% do PIB mundial. EUA, Austrália, Canadá, Japão, Nova Zelândia (economias desenvolvidas tradicionais), Chile (país com o maior índice de liberdade de mercado da América Latina), México (país com um dos maiores valores de PIB da América Latina), Singapura e Malásia (economias orientais com rápido crescimento no século XXI: chamados “tigres asiáticos”), Peru, Brunei e Vietnã (países de menor relevância econômica mundial).

O tratado versa basicamente sobre relações de importação e exportação, e padronização de leis trabalhistas, além do desenvolvimento de ações ambientais em comum. Não obstante, são nas questões relativas à liberdade de mercado que o tratado impressiona em sua magnitude e no incentivo entre a cooperação comercial internacional.

O Brasil não figura entre os países membros do citado acordo, tampouco aparece entre os principais observadores, caso de Colômbia e Coreia do Sul. O Brasil tem sua política comercial voltada para os países latino-americanos (com ênfase aos membros do MERCOSUL), e também para a China (sendo esta última sua principal parceira comercial), principalmente no que se refere à venda de commodities.

Entendemos que esta política brasileira está em desacordo com as ações dos países bem sucedidos (nas áreas econômicas e sociais), não só porque li-

mitam os agentes econômicos do próprio país (do Brasil), mas também porque o desqualifica perante a comunidade internacional. Isto porque seus principais parceiros comerciais são países com pouca expressão no comércio mundial como Paraguai, Uruguai e Venezuela. A Argentina é uma exceção positiva.

O princípio da livre concorrência, portanto, deve ser praticado além das fronteiras nacionais e valorizado dentro do sistema jurídico pátrio para que a economia se desenvolva. O sistema jurídico deve contribuir no que for possível na aplicação das medidas necessárias para o crescimento econômico. Parece-nos claro que o bom desenvolvimento econômico no futuro está ligado a duas grandes causas: (a) internacionalização dos fatores econômicos e de produção, e (b) cooperação entre países através de bloco ou acordos econômicos e comerciais (estáveis). O Brasil ainda encontra diversos problemas em relação a seu sistema econômico.

De modo geral, avaliando a economia do Brasil como um todo, podemos ter visões bem divergentes. Rothkopf (2016) considera, por exemplo, que o “sistema brasileiro fracassou”, que “sem *reforma para valer*, país terá status de *república bananeira*” e também que o Brasil precisa de “um combate à corrupção em todos os níveis”.

Guedes (2016) considera que “com reformas, o Brasil pode ser a nova fronteira de crescimento no mundo”. Guedes (*op cit*) coloca como uma das prioridades uma mudança nos regimes de carga tributária ao dizer que: “Ter 40 impostos é um manicômio tributário. Tenhamos apenas cinco impostos – de renda, de exportação, de propriedade, sobre herança e ICMS – e ajustemos os gastos de acordo”.

Uma das diretrizes do novo Itamaraty (Bergamasco, 2016: 49) é a de que “Ênfase será dada à redução do custo Brasil, mediante a eliminação das distorções tributárias que encarecem as vendas ao exterior”.

## 2.6. Benchmarking

Para que se tenha ao menos uma ideia geral de um caminho do sucesso, precisamos compreender os negócios que funcionam de modo adequado, competitivo e economicamente viável globalmente. No Brasil, dentro de uma visão bem realista, temos talvez somente uma empresa que serve de referência (de “benchmark”). Esta empresa é a EMBRAER (veja Embraer, 2016; Leite, 2016). A Embraer deve ser, portanto, base para estudos ligados às questões de concorrência, competitividade, eficiência produtiva, globalização, acesso a capitais e mercados internacionais (entre outros aspectos administrativos, econômicos, jurídicos, de projetos, design e de engenharia).

## 2.7. Visão de mercado ou de empresa? Escalas & Níveis: de competição e regulação e a relativização prática do § 4º Art 173 da CF/88

É relevante considerar uma observação de Rajan & Zingales (2003) e Schmidt (2016). Os citados autores fazem a importante distinção entre “forças de mercado” (*market*) e “forças empresariais” (*businesses*). O Estado deve promover

o bom funcionamento dos mercados e não desviar suas atenções para promover o lucro de certas empresas e empresários. “Forças pró-empresários” criam distorções várias, como, por exemplo: tributos desiguais entre empresas, subsídios específicos, políticas setoriais não horizontais (não isonômicas), “campeões nacionais” e concentrações de mercado.

Remetendo a questão econômica à jurídica, observaremos que esse tipo de prática (pró-empresários) do Estado brasileiro contraria fortemente o objetivo descrito no § 4º do artigo 173 da carta magna (CFB-1988). Atentemo-nos à redação do parágrafo mencionado: “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”. O constituinte ao editar este artigo buscava preservar as relações de mercado contra práticas anticoncorrenciais de entes privados como o “trust”, o “dumping” e os cartéis. A política de incentivos fiscais do governo, todavia, acaba por concretizar justamente aquilo que o dispositivo constitucional condena: A criação de monopólios e oligopólios. Quando por qualquer motivo o governo fornece dinheiro público à iniciativa privada, ele cria um desequilíbrio no mercado, já que favorece algum membro da competição em detrimento de outro.

Desta forma o Estado (ou o governo) incentiva a *dominação de mercados*, uma vez que o beneficiado pelo dinheiro público terá uma série de vantagens. Tais vantagens podem ser (e.g.): maior capital de giro, ampliação da possibilidade de contratação de mão-de-obra, ampliação da produção.

Fica claro que teremos um cenário de *aumento arbitrário dos lucros*. Isto porque em uma realidade monopolística ou oligopolística as empresas detentoras do mercado estipularão os preços que bem entenderem, sendo o consumidor vítima deste negócio entre Estado e Monopólio. Temos, portanto, fatores que, em sequência, cooperam para a deterioração do mercado e da atividade empresarial no longo prazo via incentivos financeiros advindos de dinheiro público.

Incentivos (de quaisquer tipos) geram condições especiais para os beneficiados; que terão vantagens em relação às demais empresas não contempladas com as tais “condições especiais”. Incentivos estão no cerne das distorções de mercado, pois prejudicam a concorrência leal entre as empresas. Uma das consequências negativas dos incentivos é promover distorções nos preços dos produtos ou serviços oferecidos. Tais distorções prejudicam, por exemplo, a adequada atuação dos processos inovadores (inovação, novas tecnologias, design industrial, etc.).

Uma questão relevante agora é lembrar as escalas e dos níveis de competição e de regulação. Tais escalas e níveis implicam pensar sobre: (a) a efetividade das leis e das instituições, normas, tratados; (b) os conflitos capitalistas (a partir de forças vindas das bolsas de valores e mercados de capitais (“shareholders”); das questões ambientais, de sustentabilidade e de “qualidade”; das questões sociais e “stakeholders”); (c) microeconomia e macroeconomia; (d) países desenvolvidos, emergentes e subdesenvolvidos.

Os níveis (ou “escalas”) que hoje afetam tanto a ação jurídica quanto a efetividade econômica são: (1) Locais (nacionais; cada país visto de modo indepen-

dente; visão macroeconômica própria e unitária); (2) Binacionais (relacionamentos bilaterais; interdependência entre dois países); (3) Regionais (“blocos” ou conjuntos de países; por exemplo: União Europeia, MERCOSUL); (4) Mundial (global; tudo e todos).

As “forças globais” hoje são tão intensas que acabam por direcionar as ações nas “esferas menores”, nos níveis e escalas menos abrangentes. Percebe-se, então, que os países mais eficientes (de um ponto de vista econômico) conseguem “ajustar” seus níveis “menores” (locais, bilaterais, regionais) às demandas e necessidades globais.

No caso específico do Brasil há ainda a questão dos conflitos (não resolvidos) entre as esferas (ou “níveis”) municipais, estaduais e a “escala” federal. Uma grande mudança que o país precisa fazer para que as *amarras do atraso* (da desordem e do retrocesso) possam ser desfeitas é a mudança [no âmbito da política interna] de um *regime federal* para um *regime municipal-estadual*. Somente quando os municípios (de modo prioritário), os estados (os entes da federação, de modo secundário), tiverem mais recursos e maior independência em relação à federação (que deve ter um orçamento mais restrito; deve ser “enxugada”), teremos melhores condições para promover um desenvolvimento real (que melhore o padrão de vida da maioria da população).

O âmbito da política deve ser interpretado como subjacente e subjugado ao âmbito das pessoas, das liberdades e dos negócios. Com um sistema político mais enxuto e menos interventor, naturalmente as pessoas exercem suas liberdades de criar, de empreender, de inovar, de cuidar de si mesmas sem esperar muito do Estado (seja municipal, estadual ou federal). O *Estado que tudo quer fazer* acaba por nada fazer ou a fazer “tudo” de modo muito precário (ineficientemente, insuficientemente).

### 3. Conclusão

Concluimos que, ao menos desde o início deste século (do ano 2001 aos dias de hoje), há um desequilíbrio no “sistema de concorrência” (em todas as escalas: locais, regionais, globais). Há forte conflito entre empresas, indústrias e Estados. Este conflito é parcialmente explicado pelas grandes diferenças (desigualdades e desequilíbrios) entre os países do mundo (entre os muito ricos, os ricos, os intermediários, os pobres e os paupérrimos).

Um *sistema global de concorrência, de competição, de eficiência e de regulação* está ainda muito longe de ser posto em prática de modo eficiente e equitativo. Cabe a cada país encontrar soluções (mesmo que provisórias e em etapas sucessivas) de modo a favorecer uma abertura (e uma integração cada vez mais intensa): cultural, educacional, comercial, jurídica, industrial, social, salarial, de trabalho, e de serviços (entre todos os países do globo).

Vale ressaltar que a ampliação da concorrência não se restringe à perspectiva econômica. Tal como traz Milton Friedman no capítulo “*Relação entre Liberdade Econômica e Liberdade Política*” de sua célebre obra *Capitalismo e Liberdade*:

*“A organização econômica desempenha um papel duplo na promoção de uma sociedade livre. De um lado, a liberdade econômica é parte da liberdade entendida em sentido mais amplo e, portanto, um fim em si próprio. Em segundo lugar, a liberdade econômica é também um instrumento indispensável para a obtenção da liberdade política”.*

A liberdade econômica influencia positivamente a liberdade política e social. A liberdade (de modo amplo: de livre expressão, de ir e vir, cultural, etc.) é a condição única e básica para o desenvolvimento da qualidade da vida humana. Quanto mais os indivíduos se afastam de práticas que busquem conquistar sua autonomia e direcionam-se para políticas que os tornam dependentes do Estado, caminha-se em direção oposta à liberdade (caminha-se para o “caminho da servidão” citado por Hayek).

A afirmativa de David Hume: *“Raramente se perde qualquer tipo de liberdade de uma só vez”* ilustra bem o jogo político do Estado brasileiro ao longo de toda a sua história, principalmente da década de 1930 até a atualidade. A priorização de políticas públicas com efeitos negativos no longo prazo vem sendo a constante das políticas econômicas dos governos que comandaram o país. O Brasil tem caminhado justamente em sentido contrário daquele que entendemos como *progresso* (onde o requisito mínimo é uma política econômica bem estruturada). A liberdade não se perde de uma única vez e o caminho da servidão não está (atualmente) tão distante.

Cabem aqui (para fechar este trabalho) alguns comentários arrolados por Marcos Mendes (2015) acerca do Brasil e da questão da grande intervenção do Estado na economia: temos “talentos profissionais e dinheiro público mal alocados, empregos improdutivos, potenciais inexplorados, gasto público excessivo, oportunidades perdidas, incentivos errados. Uma fábula de improdutividade”.

## REFERÊNCIAS

ABEOC (Associação Brasileira de Empresas de Eventos) "**Amir Klink critica setor portuário brasileiro**", [www.abeoc.org.br/2014/09/amir-klint-critica-setor-portuario-brasileiro](http://www.abeoc.org.br/2014/09/amir-klint-critica-setor-portuario-brasileiro) (acessado em 15 de junho de 2016), notícia de 2014 (por "Brasil-turis Jornal", 02/09/2014).

ABRÃO, Carlos Henrique; GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Ma-lheiros Duclerc "**A desvalia do novo Código Comercial**", O Estado de S. Paulo, 10 de junho de 2016, p. A2.

**ALVARENGA**, Bianca "Chegamos ao Fundo?", *Veja*, 8 de junho de 2016, p. 70-2.

**BAGNOLI**, Vicente, *Direito Econômico*, 6.ed, São Paulo: Atlas, 2013.

**BASTIAT**, [Frédéric](#) *A Lei*. 3.ed. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

**BARBOZA**, Maxwell Augusto Meireles "A Ineficiência da Infraestrutura Logística do Brasil", *Revista Portuária (Economia e Negócios)*, 23/09/2014, acessado dia 15 de junho de 2016 em [www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141](http://www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141) (**13 páginas**).

**BAUTZER**, Tatiana "Protecionismo: como matar uma indústria", *Exame*, 8 de junho de 2016, páginas 104-110.

**BERGAMASCO**, Débora "Diplomacia de Resultados", *Istoé* (p. 48-49; "Brasil"), 25 de maio de 2016.

**BOYER**, Robert *Teoria da regulação: os fundamentos*. São Paulo: Estação Liberdade, 2009 [tradução de original francês de 2004].

**BRITO**, Erika Denize da Silva "Das concessões de infraestruturas portuárias no Brasil: uma análise crítica da Lei 12.815/2013", *Âmbito Jurídico* (n. 144, janeiro de 2016), disponível em [www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16778](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16778) (acessado dia 15 de junho de 2016; 13 páginas).

**BRUE**, Stanley L. *História do Pensamento Econômico*. São Paulo: Pioneira Thomson, 2005 [tradução de original norte-americano do ano 2000].

**CASTILHO**, Guilherme Missali Teno "Programa de *Compliance* Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro", *Revista de Defesa da Concorrência* (RDC), vol. 3, n. 1, maio de 2015, pp. 5-27.

**CHADE**, Jamil "Brasil no fim da fila do livre-comércio" (página B7 / Economia), *O Estado de S. Paulo*, 22 de maio de 2016.

**CONWAY**, Edmundo *50 Ideias de Economia que você precisa conhecer*. São Paulo: Planeta, 2015.

**CUNHA**, Ricardo Thomazinho da *Direito de Defesa da Concorrência: MERCOSUL e União Europeia*. Barueri: Manole, 2003.

**DE CHIARA**, Márcia “Em um ano, quase 1 milhão de famílias desceram de classe social”, *O Estado de S. Paulo*, 29 de maio de 2016, p. B1 (Economia & Negócios).

**DROUIN**, Jean-Claude *Os Grandes Economistas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008 [tradução de original francês de 2006].

**ECONLIB** – Library of Economics and Liberty / “The Concise Encyclopedia of Economics”, [www.econlib.org](http://www.econlib.org) (acessado em maio de 2016; vários verbetes).

**ECONLIB** (2008) “Frédéric Bastiat (1801-1850)”, The Concise Encyclopedia of Economics ([www.econlib.org](http://www.econlib.org)).

**ECONLIB** (2008) “Milton Friedman (1912-2006)”, The Concise Encyclopedia of Economics ([www.econlib.com](http://www.econlib.com)).

**EMBRAER** [www.embraer.com.br](http://www.embraer.com.br) (acesso em maio de 2016).

**FIDELIS**, Andressa Lin “Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google”, *Revista de Defesa da Concorrência* (RDC), vol. 3, n. 2, novembro de 2015, pp. 65-86.

**FRIEDMAN**, Milton *Capitalismo e Liberdade*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 1. ed., 2014.

**GRAZIER**, Bernard *John M. Keynes*. Porto Alegre: L&PM, 2011 [tradução de original francês de 2009].

**GUEDES**, Paulo “Com reformas, o Brasil pode ser a nova fronteira de crescimento no mundo” (Entrevista: Paulo Guedes, economista; páginas 18-20), *Dinheiro*, 25 de maio de 2016.

**HAYEK**, F.A. *O caminho da servidão* / F. A. Hayek. – São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

**KHAIR**, Amir “Não é por aí”, *O Estado de S. Paulo*, 5 de junho de 2016, página B11 (Economia).

**LEITE**, André “Aviação: exportação continua em alta; empresas que atuam no mercado internacional salvam balanço da indústria”, *Ovale / Gazeta de Taubaté* (encarte “+ indústria”), 25 de maio de 2016.

**MANTELI**, Wilen (Artigo) “A Âncora Burocrática: os equívocos nas políticas públicas distorcidas pelo intervencionismo”, p. 30-31, *In: Carta Capital Setorial (Portos)*, encarte da revista *carta Capital* de 25 de maio de 2016.

**MARSHALL**, Carla “Regulação e Concorrência: espécies do mesmo gênero”, *Capítulo XVII: Regulação e Concorrência* (“pdf”), em [www.agu.gov.br/page/download/index/id/521839](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/521839) (acessado dia 20 de abril de 2016).

**MATIAS-PEREIRA**, José “Política de Defesa da Concorrência e de Regulação Econômica: as deficiências do sistema brasileiro de defesa da concorrência”, *Revista de Administração Contemporânea* (RAC / Curitiba), vol. 10, n. 2, abril-junho, 2006, pp. 51-73.

**MENDES**, Marcos “Uma fábula de improdutividade”, *O Estado de S. Paulo*, 10 de setembro de 2015, página A2.

**MENEZES-Filho**, Naercio & **KANNEBLEY-Júnior**, Sérgio “Abertura Comercial, Exportações e Inovação no Brasil” (capítulo 14, páginas 405-25), *In: Pedro FERREIRA (et al.) Desenvolvimento Econômico: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

**PEREIRA**, Renée “Infraestrutura ruim tira R\$ 150 bi do País”, *O Estado de S. Paulo*, 5 de junho de 2016, p. B6 (Economia / Desafios do Brasil).

**PIQUET**, Rosélia (organizadora) *Petróleo, Royalties e Região*. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

**RAJAN**, Raghuram G. & **ZINGALES**, Luigi “The great reversals: the politics of financial development in the twentieth century”, *Journal of Financial Economics*, n. 69, 2003, p. 5-50 ([www.elsevier.com/locate/econbase](http://www.elsevier.com/locate/econbase)).

**RAMOS**, André Luiz Santa Cruz (2012) “A mentalidade anticapitalista do STF”, Web-Site do Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 6 de dezembro de 2012.

**ROCHA**, André Ítalo & **SCARAMUZZO**, Mônica “Mais da metade das empresas está inadimplente”, *O Estado de S. Paulo*, 11 de junho de 2016, p. B20 (Economia).

**RODRIGUES**, Sílvio. *Direito Civil, Dos Contratos e Das Declarações Unilaterais da Vontade*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003 (p.17).

**ROSSELLO**, Diego Hernán “Hobbes and the Wolf Man: melancholy and animality in the origins of modern sovereignty”, acessado em [www.ub.edu/demoment/jornadasfp2008/PDFs/8-hobbes.pdf](http://www.ub.edu/demoment/jornadasfp2008/PDFs/8-hobbes.pdf) (dia 15 de junho de 2016).

**ROTHKOPF**, David “Sistema brasileiro fracassou, diz editor” (Entrevista: David Rothkopf; editor-chefe da revista “Foreign Policy”), *Folha de S. Paulo*, 22 de maio de 2016.

**SANTOS**, Benevenuto Silva dos & **HEGENBERG**, Flavio Edmundo Novaes “Regime de Partilha do Pré-Sal e a Regulação da Atividade Petrolífera”, *Cadernos UniFOA*, edição 27, abril de 2015, p. 61-75 (disponível eletronicamente como PDF).

**SCHMIDT**, Cristiane Alkmin J. “Foco na concorrência e nas instituições” (página A13), *Valor*, 19 de abril de 2016.

**SMITH**, Adam *A Riqueza das Nações*. (volume 1 / Adam Smith: tradução Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky, 2. ed.) São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

**WARTH**, Anne & **BORGES**, André "Indústria tenta derrubar subsídio à Eletrobrás", *O Estado de S. Paulo*, p. B6 (Economia).

**ZINGALES**, Luigi & **RAJAN**, Raghuram () *Saving capitalism from capitalists*.

# Crime organizado – evolução histórica e inovações legislativas

**Ana Liége Dornelas Reis Gama de Magalhães**

Discente do Curso de Direito de Volta Redonda, UniFOA

## RESUMO

O crime organizado é uma forma de infração que cresceu e se desenvolveu junto com a sociedade. É tema atual e com discussões sobre diversos aspectos. A primeira lei que regia o assunto foi a Lei nº 9.034/95 a qual entrou no ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de instrumentalizar o poder público disponibilizando ferramentas de repressão ao surgimento das organizações criminosas e a consequente prática dos delitos. A referida lei foi omissa em diversos aspectos, sendo a sua principal falha a falta de conceitualização das organizações criminosas, bem como seus indispensáveis elementos, principal objeto de repressão dessa lei. Em decorrência de tamanhas omissões, era de extrema urgência que entrasse em vigor uma nova Lei, mais atualizada e com maior capacidade no combate a estas organizações, assim surgiu a Lei nº 12.850/2013, a qual trouxe em seus dispositivos o conceito para organizações criminosas, manteve os instrumentos repressores que já existiam, alterando alguns pressupostos para o melhor funcionamento e por último ainda, sanando alguns pontos controversos inclusive em face da CFRB/88.

**Palavras-chave:** Crime Organizado; Convenção de Palermo; Organização Criminosa

## ABSTRACT

*Organized crime is a form of violation that has grown and developed itself with society. It's current theme and discussions on various aspects. The first law that governed the matter was Law No. 9,034 / 95 which entered the Brazilian legal system in order to instrumentalize the government providing tools of repression to the emergence of criminal organizations and the consequent practice of crimes. The law was silent on many aspect and its main failure to lack of conceptualization of criminal organizations, as well as its essential elements, the main object of enforcement of this law. Due to such great omissions, it was extremely urgent to come into force a new law, more refreshed and better able to combat these organizations, so did the Law No. 12,850 / 2013, which brought on their devices the concept for criminal organizations, kept the repressive instruments that already existed, changing some assumptions for the better functioning and finally still, solving some controversial points even in the face of CFRB/88.*

**Keywords:** Keywords: Organized Crime; Palermo Convention; Criminal organization

## SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. 2. O Crime Organizado. 2.1 Aspectos históricos do crime organizado. 2.1.1 Organizações Criminosas no mundo. 2.1.2 A história do crime organizado no Brasil. 2.2 Principais características do crime organizado. 3. A Revogada Lei nº 9.034/95. 4. A Nova Lei Regulamentadora – LEI Nº 12.850/2013. 5. Comparativo entre os institutos de repressão das Leis nº 9.034/95 e nº 12.850/13. 5.1 Colaboração Premiada. 5.2 Captação ambiental de sinais eletromagnéticos. 5.3 Ação Controlada. 5.4 O acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais. 5.5 Intercepção de comunicações telefônicas e telemáticas. 5.6 Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal. 5.7 Infiltrações de

agentes. 5.8 Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais. 6. À guisa de conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## **1. Considerações iniciais**

A presente pesquisa científica irá abordar o tema do crime organizado, trazendo em debate uma das formas de delitos mais atuais dentro da sociedade, sendo analisados diversos aspectos a respeito do assunto.

Será feita uma abordagem histórica, com um estudo minucioso sobre a formação das organizações criminosas em todo o mundo. Como elas surgiram, quais as principais e mais conhecidas organizações, como foram formadas, suas estruturas, integrantes, os diversos crimes praticados por elas, dentre outros aspectos.

Ainda demonstrará as inovações legislativas, desde a revogada Lei nº 9.034/95 até a Nova Lei do Crime Organizado, Lei nº 12.850/13, comparando os institutos repressores e as alterações realizadas.

## **2. O Crime Organizado**

### **2.1. Aspectos históricos do crime organizado**

As associações de pessoas que se reúnem objetivando a obtenção de algum lucro é um problema existente desde os primórdios da história da humanidade. Já no início dos tempos têm-se relatos de casos em que pessoas se organizaram para de forma ilícita alcançarem benefícios, sejam eles econômicos, financeiros e até sociais. Pode-se afirmar que o crime organizado se desenvolveu junto com o homem, a partir do momento em que pessoas percebem que juntas estão mais preparadas para cometerem infrações.

As organizações criminosas cresceram junto com os países, mas, por décadas, o Estado manteve-se inerte quanto ao assunto. Não haviam formas de repressão e prevenção, o que gerava grupos de pessoas cada vez mais fortes e estruturados para prática de algum delito

Existem inúmeras práticas de ilícitos cometidos pelos agentes. O tráfico de entorpecentes, as diversas formas de violências, homicídios, sequestros, furtos, roubos, contrabandos de armas e até mesmo de animais, todos esses delitos podem ser considerados como reflexo de uma sociedade corrompida, que visa sempre alcançar alguma vantagem de maneira rápida e fácil.

São constatadas em meio a tantas práticas delituosas a presença de criminosos de diversas camadas da sociedade. Quando se fala em crime, o próprio senso comum leva a pensar que as pessoas envolvidas fazem parte da sociedade menos privilegiada. No entanto, ao se falar em crimes cometidos por organizações criminosas os integrantes podem ser de qualquer nível econômico. Estão dentro dessas organizações agentes da alta cúpula da sociedade. Não obstante

ainda a existência de participantes das organizações criminosas que integram a administração do país, e que por diversas vezes se valem de seus altos cargos para alcançarem mais facilmente algumas vantagens. Como preconiza o autor Luiz Flávio Gomes:

Desde a época do Brasil Colônia já se tem relatos de escândalos que envolviam a corte portuguesa, com exploração, corrupção e inúmeros saques de riqueza nacionais e culturais, fato este que demonstra como já naquela época a sociedade estava corrompida pela corrupção.<sup>21</sup>

Em uma breve análise histórica a respeito da evolução do crime organizado, observar-se sua existência em vários outros países.

## 2.2. Organizações Criminosas no mundo

Existem em todo o mundo, diversos tipos de organizações criminosas que se mostram poderosas e que possuem vários integrantes e com atuação em muitos países. A seguir alguns exemplos de organizações criminosas conhecidas.

Na Itália, o crime organizado ficou conhecido como “Máfia”<sup>22</sup>, e surgiu na época do período medieval, o que demonstra uma sociedade corrompida por vários séculos. No país italiano, os lavradores arrendatários da época começaram a depredar os gados e as plantações objetivando dividir a terra e, quem quisesse evitar esse vandalismo deveria fazer um acordo com a máfia. Logo, já se verificava que, organizadoamente, essas pessoas buscavam através de um meio ilícito a obtenção de alguma vantagem.

A máfia é um termo genérico que pode ser usado para representar inúmeras organizações. Ainda na Itália ela apareceu em diversas regiões do país, cada qual com suas características especiais. Segundo Paulo César Borges “o termo máfia representa o gênero do qual são espécies: *Cosa Nostra* (Sicília), *Organizacija* (Rússia), *Triade Chinesa* (Hong Kong, Taiwan, Pequim), Lobos Cinzas (Turquia), Comando Vermelho e gangsterismo empresarial (Brasil/RJ)”<sup>23</sup>

O caso mais famoso, de crime organizado, foi o ocorrido nos EUA, no início do ano de 1920, quando perdurou a Lei Seca, a qual determinava a proibição da comercialização de bebidas alcoólicas. Grupos de pessoas viram no comércio clandestino desta bebida, uma fonte rápida e fácil para se ganhar dinheiro, com isso, se estrutura e começou a contrabandear o produto. Dentre eles, estava o mais famoso grupo de criminosos da história, o de Al Capone, o qual foi responsável pelo maior contrabando de bebidas alcoólicas, e que se destacou devido ao seu grande potencial em controlar os negócios, além dos meios de se obter os produtos.

---

21 GOMES, Luiz Flávio. Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político- criminal. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 56.

22 Por Ed Grabianowski - traduzido por HowStuffWorks Brasil. Hoje, a palavra “máfia” é empregada para se referir a praticamente qualquer organização criminosa e, em certos casos, até mesmo para descrever grupos sem qualquer ligação com o crime. Disponível em: <http://pessoas.hsw.uol.com.br/mafia-italiana1.htm>. Acesso em: 10/01/2013.

23 -BORGES, Paulo César Corrêa. O crime organizado. Editora Unesp, São Paulo: 2002, p. 26.

Os relatos de organizações criminosas em diferentes países fazem da “criminalidade organizada” um fato notório cuja ação danosa está presente em diversas localidades, sendo algo que antecede, até mesmo, a era da globalização.

### **2.3. A história do crime organizado no Brasil**

A problemática desencadeada pelo crime organizado ainda está presente e abarcada pelo território nacional. Analisando a história do país percebe-se um movimento histórico denominado “cangaço”, e em razão da presença das principais características das organizações criminosas pode ter sido o início destas no território nacional.

O cangaço, como ficou conhecido, atuou no sertão nordestino entre o final do século XIX e o começo do século XX, tendo como origem as condutas dos jagunços e dos capangas dos grandes fazendeiros e a atuação do coronelismo, resultantes da própria história de colonização da região pelos portugueses. Personificados na lendária figura do Lampião (1897-1938). Os cangaceiros tinham organização hierárquica e com o tempo passaram a atuar em várias frentes. De acordo com Eduardo Araújo eles se dedicavam as atividades de “saquear vilas, fazendas e pequenas cidades, extorquir dinheiro mediante ameaça de ataque e pilhagem ou seqüestrar pessoas importantes e influentes para depois exigir resgates”<sup>24</sup>. Relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e ainda contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munições.

Nas décadas de 70 e 80, outras organizações surgiram de dentro das penitenciárias da cidade do Rio de Janeiro. A mais conhecida é a organização do traficante Luiz Fernando da Costa, o Fernandinho Beira-Mar, denominada como “Falange Vermelha”, ou ainda como “Comando Vermelho”.

Esses são alguns casos de organizações criminosas e que talvez possam ser considerados como o início do processo de desenvolvimento que transformou pequenas organizações criminosas, que atuavam em diversas frentes em “empresas criminosas” multinacionais que atuam com grande influência no território nacional.

Existem diversas outras organizações criminosas brasileiras, todavia, aqui, em razão do objeto do presente estudo, foram citadas apenas algumas das mais conhecidas e influentes na sociedade.

### **2.4. Principais características do crime organizado**

É possível notar algumas características típicas de tais atividades delituosas. Inicialmente, é importante analisar dentro da organização criminosa a questão da acumulação de poder econômico, pertencente aos integrantes das organizações. Esses criminosos atuam na lacuna de alguma proibição estatal, burlando a lei e infringindo o ordenamento jurídico. Estima-se que o mercado do crime organizado movimente grande parte do dinheiro em circulação no mundo.

Além disso, existe a necessidade de se legalizar o lucro obtido ilicitamente, com o objetivo de mascarar as atividades ilícitas, tornando-as legais.

Dentre as características essenciais para a formação de uma organização criminosa, esta a pluralidade de agentes, decorrente da própria natureza do instituto, que pela sua ideia de organização exige a presença de uma coletividade de integrantes, logo não existe a formação de uma organização criminosa unipessoal.

Como outra característica essencial existe a estabilidade ou permanência na atividade criminosa, isto é, exige-se uma série de condutas delituosas reiteradas e não apenas a junção de pessoas objetivando cometer um único crime isolado, sendo esta a diferença da organização criminosa para o mero concurso de agentes.

A estruturação das pessoas que fazem parte dessa atividade delituosa, isto é, a divisão de trabalhos ou de tarefas (ideia de organização), onde cada membro diferente possui sua função determinada.

E, por fim existe a questão do planejamento empresarial, para se obter lucro é necessária uma estrutura empresarial, um planejamento. Ocorre uma profissionalização da atividade criminosa, que não será vista como algo eventual e feito sem organização, mas sim, uma atividade minuciosamente planejada, de forma sistemática, onde vários agentes seguem como se exercessem um trabalho legal.

### **3. A Revogada Lei nº 9.034/95**

A Lei 9.034/95 dispunha sobre os meios operacionais de repressão e prevenção ao crime organizado. O que o legislador fez foi tentar respaldar os agentes da polícia no combate ao crime organizado, buscando através de um texto legal dar ferramentas de combate a essa atividade ilícita, de modo que os policiais se tornassem mais capacitados para enfrentarem esse poderoso grupo de criminosos.

Grandes eram as problemáticas encontradas em relação a esta lei, a qual, em primeiro momento, não trazia dentro de seus dispositivos um conceito para Organização Criminosa, principal agente do crime organizado.

A problemática não constava da necessidade de criação de uma legislação específica ao enfrentamento das organizações criminosas, isto já havia sido feito pelo legislador com a edição da lei nº 9.034/95, mas a gênese do problema se encontrava na difícil tarefa de se estabelecer um conceito válido, e, portanto legal, nos termos do princípio da reserva legal, de organização criminosa dada à omissão legislativa em tal matéria na lei (Lei 9.034/95).

Ressalte-se que a Lei 12.684/12 (legislação mais recente sobre o tema em questão) fez uma tentativa de conceituar, ainda que de forma limitada, o instituto das organizações criminosas, porém tal lei além de ter outra finalidade e âmbito de incidência, não supriu totalmente a lacuna da Lei revogada.

A dificuldade encontrada era em decorrência da enorme complexidade de atos praticados pelas organizações criminosas, isso em consequência da própria natureza do instituto.

O que se fazia então no Brasil era usar, por analogia, o conceito de Organização Criminosa dada pela Convenção de Palermo (realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000), além do conceito estabelecido na Lei nº 12.694/12. O legislador entendeu coerente utilizar por analogia tal conceito, o qual serviu por um período como mediador no combate ao crime organizado.

A alternativa da analogia refletiu uma forma de buscar resolver de maneira imediata a problemática do tema, até que fosse possível o legislador pátrio estabelecer um conceito jurídico eficaz.

#### **4. A Nova Lei Regulamentadora – LEI Nº 12.850/2013**

O nosso legislador pátrio tinha consciência das problemáticas existentes na antiga lei que regia o tema, e buscou através desta nova lei, sanar tais problemas, assim a Lei nº 12.850/13, foi inserida em nosso ordenamento jurídico a qual, embora possua algumas falhas, trouxe enorme contribuição ao sistema de repressão.

Como visto alhures, uma das principais problemáticas era a falta de conceituação para Organização Criminosa em lei própria. A utilização por analogia de conceitos estabelecidos em outras legislações era sempre alvo de muitas críticas doutrinárias.

A Lei nº12.850/13 então pos fim a tal discussão, trazendo em seus dispositivos o conceito de Organização Criminosa, aperfeiçoando aquele já existente na Lei nº12.694/12, passando Organização Criminosa a ser considerada como:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Assim, a nova lei, atendendo a reivindicação de toda doutrina, aperfeiçoou o conceito de Organização Criminosa, indicando uma sanção penal a ser aplicada, bem como melhor disciplinou alguns meios de provas, os quais, embora já existissem no ordenamento jurídico pátrio eram vagamente tratados.

O dispositivo definiu uma sanção para o tipo, assim, com a nova lei, a organização criminosa deixou de ser uma forma de praticar determinados crimes e passou a ser considerado como delito autônomo, ou seja, o fato de pessoas se associarem objetivando a prática de algum delito já torna-se passível de sanção, independente de terem praticado os crimes pretendidos. O tipo é punido com reclusão de 03 a 08 anos e multa.

Havendo, além da associação de pessoas, a prática dos delitos objetivados, haverá o concurso material, previsto no artigo 69 do CP. Segundo Rogério Sanches<sup>25</sup>

o crime, quanto ao sujeito ativo, é comum (dispensando qualidade ou condição especial do agente), plurissubjetivo (de concurso necessário), de condutas paralelas (umas auxiliando as outras), estabelecendo o tipo incriminador a presença de, no mínimo quatro associados, computando-se eventuais inimputáveis ou pessoas não identificadas, bastando prova no sentido de que tomaram parte da divisão de tarefas estruturada dentro da organização.

Ainda § 2º do artigo 1º, estende o alcance da Lei 12.850/13. Eis os termos dos dispositivos:

Art. 1o (...)§ 2o Esta Lei se aplica também: I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Nos parágrafos segundo e quarto constam causas de aumento de pena. O legislador decidiu por elevar a pena em 1/6 se a organização utilizar arma de fogo e ainda, de 1/6 a 2/3 se, há participação de criança ou adolescente; Se há concurso de funcionário público, valendo-se dessa condição; Se o produto, no todo ou em parte destinar-se ao exterior; Se a organização mantém contato com outras organizações e ainda; Se as circunstancias evidenciam a transnacionalidade da organização.

Ainda, o parágrafo terceiro, agrava a pena para aquele que exerce o comando da organização criminosa.

De acordo com o § 1º do art.2º da Lei 12.850/13, incorrerá na mesma pena aquele que impede ou embaraça a investigação da infração penal que envolva organização criminosa. Neste caso podendo ser apenas um agente.

Assim, brevemente nota-se as inúmeras inovações trazidas pela Lei nº 12.850/13, as quais foram de caráter essenciais ao combate do crime organizado.

E, por último, a nova Lei ainda revogou a Lei nº9.034/95 e modificou o Art. 288 do Código Penal, o qual deixa de ser chamado de quadrilha ou bando e passa a ser conhecido como associação criminosa, sendo o número mínimo de três componentes para que configure a associação (antes eram quatro), ainda, a causa de aumento do parágrafo único do mesmo artigo foi ampliada, caso haja participação de criança ou adolescente na associação.

25 CUNHA, Rogério Sanches. Crime Organizado – Comentários à nova li sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/13. Rio de Janeiro: Editora JusPodivm, 2014.

## 5. Comparativo entre os institutos de repressão das Leis nº 9.034/95 e nº 12.850/13.

Na Nova lei de repressão, Lei nº 12.850/13, os dispositivos de repressão constam no art. 3º, sendo assim definidos:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Na Lei nº 9.034/95 os procedimentos de investigação e provas permitidos constavam no art. 2º. *In verbis*:

Art. 2. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I- Vetado

II- A ação controlada, que consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações;

III- o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais;

IV- a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

V- infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especia-

lizados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial;

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.

Posto isso, seguem algumas considerações a respeito de cada instituto de repressão.

### **5.1. Colaboração Premiada**

Já existente na Lei nº 9.034/95, em seu art. 6º e constante no Art. 4º da Lei nº12.850/13, que assim preceitua:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

A colaboração premiada, segundo Rogério Sanches<sup>26</sup>, pode ser definida como a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei.

Trata-se de instituto que sofre inúmeras críticas dentro do ordenamento jurídico, já que permite ao criminoso, uma pena mais branda, caso haja o auxílio ao judiciário.

Existem aqueles que afirmam que violaria o princípio da proporcionalidade, ensejando a aplicação de sanções diversas das aplicadas a outros agentes que cometeram o mesmo crime.

Contudo, embora existam muitas críticas a respeito do tema, deve-se considerar que é um poderoso instrumento de combate a criminalidade, já que, os meios de provas do nosso ordenamento não são suficientes e, ainda, haja vista que a sua realização visa evitar a prática de outros delitos, bem como cessar aqueles que ainda estão em andamento.

A Lei nº 12.850/13 prevê regras e parâmetros para a adoção e utilização do instituto da Delação Premiada, os quais estão dispostos no Capítulo II, Seção I.

### **5.2. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos.**

O artigo 3º, inciso II da Lei 12.850/13, bem como a Lei revogada em seu art. 2º, inciso IV, permitem que seja feita a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos.

---

26 CUNHA, Rogério Sanches, op cit., p. 35

Um dos meios de obtenção de prova para combater o crime organizado é a interceptação ambiental. Esse dispositivo autoriza a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos. A “captação” é a colheita de dados, que serão feitas por um interlocutor em relação ao outro, geralmente de maneira capciosa, conforme salienta o doutrinador Nucci.<sup>27</sup>

A captação ambiental é a conversa pessoal entre os interlocutores, que ocorre em determinado local, onde uma das partes, irá colher, por algum meio de gravação o que ocorre entre ambos. Caso este contato seja em local privado, necessária é a prévia autorização judicial, em respeito ao direito à intimidade, estabelecido pela CFRB/88.

Quando a captação ambiental ocorrer em local público, não é necessária a prévia autorização judicial, vez que o local público é de livre acesso e qualquer um pode ter acesso a conversa, não havendo assim intimidade suficiente.

Na revogada lei 9034/95 havia necessidade de autorização judicial em qualquer caso.

### **5.3. Ação Controlada**

Também conhecido como Flagrante prorrogado ou retardado. Previsto no inciso III do Artigo 3º da Nova lei, e melhor disciplinado no art. 8º da mesma lei, enquanto na Lei revogada, o instituto estava previsto no artigo 2º, inciso II, o qual era omissivo e pairavam dúvidas sobre o instituto.

Trata-se da possibilidade do flagrante de um crime cometido por organizações criminosas. Este inciso possibilitou ao agente certa discricionariedade quanto à prisão em flagrante permitindo que o policial, presenciando a prática de uma infração penal aguarde o momento mais adequado e eficaz em relação à formação de prova e do fornecimento de informações.

Segundo o artigo 301 do Código de Processo Penal “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, logo, verifica-se que quanto à obrigatoriedade foram definidas duas espécies de flagrante: o flagrante facultativo, realizado por qualquer um do povo e o flagrante compulsório (obrigatório) que é aquele efetuado pelos agentes da polícia que, diante de uma situação flagrancial tem o dever de agir<sup>28</sup>.

Assim, o inciso II do art. 2º da Lei 9.034/95 já trouxe ao ordenamento jurídico uma nova espécie de flagrante diferente dos acima citados, o qual foi aperfeiçoado com o advento da Lei 12.850/13.

Trata-se do flagrante discricionário, quanto ao momento da sua efetivação, quando também é dito flagrante retardado. A lei possibilitou ao agente analisar qual o melhor momento para agir em combate ao delito.

---

27 NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 2ª ed. Ano: 2015 p.39 editora: Forense cidade: Rio de Janeiro.

28 CAPEZ, Fernando. 1997, p.13

Este instituto não exige autorização judicial, mas reclama comunicação prévia ao juízo competente, que pode estabelecer limites para sua utilização.

Quanto a lei revogada, havia dúvida quanto a necessidade ou não de supervisão judicial para a prática da Ação Controlada, a qual foi suprida com a Nova Lei ao prever a possibilidade do juiz estabelecer os limites do retardamento da Ação Controlada, o sigilo da diligência e a possibilidade de acesso, a todo tempo do magistrado, MP e do delegado aos autos. Os arts. 8º e 9º da Lei 12.850/13 ainda trazem outras normas regulamentadoras exclusivas para a prática da Ação Controlada.

#### **5.4. O acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;**

O instituto encontra-se dividido entre os artigos 15 e 16 e 17 da Nova Lei. A partir deste dispositivo é possível o acesso à dados cadastrais do investigado pela autoridade policial e Ministério Público, independente de prévia autorização judicial.

As empresas de transporte público possibilitarão, pelo prazo de 5 anos o acesso direto do juiz, MP e delegado de polícia ao banco de dados e registros de viagens, bem como as empresas de telefonia que também devem, pelo mesmo prazo, manter os registros de identificação das ligações telefônicas.

Ponto importante é que a edição da Lei 12.850/13 permitiu que o delegado de polícia e/ou o MP solicitem as chamadas recebidas e efetuadas pelos telefones do investigado diretamente às operadoras (sem necessidade de ordem judicial).

O acesso aos dados mencionados nos artigos 15, 16 e 17 da Nova Lei não se restringe as investigações relacionadas apenas às organizações criminosas, assim, entende-se que o acesso pode ser feitos no curso de qualquer inquérito, uma vez que não houve limitação legal.

#### **5.5. Intercepção de comunicações telefônicas e telemáticas.**

A Lei nº 12.850/13 também expõe a possibilidade de intercepção de comunicações telefônicas e telemáticas, devendo sempre observar os princípios constitucionais e os dispostos em leis específicas.

A disciplina sobre o tema já encontra-se prevista na Lei nº9296/96, tratando-se de assunto já conhecido. Deve ser observado o sigilo das comunicações, assegurado expressamente pelo inciso XII, art. 5º da CFRB/88, o qual dispõe a sua inviolabilidade, salvo, por ordem judicial para fins de investigação criminal ou para instruir processo criminal.

## **5.6. Afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal.**

O inciso VI do artigo 2º da Nova Lei de repressão também prevê a possibilidade do afastamento do sigilo financeiro, bancário e fiscal, que também já eram previstos na lei revogada.

O inciso III do artigo 2º da Lei 9.034/95, tratava da questão acerca do sigilo de dados, especificamente de documentos e informações fiscais, bancárias ou eleitorais, o qual afirmava que a quebra do sigilo só poderia ocorrer mediante prévia autorização judicial, não tendo a revogada lei força para possibilitar a quebra sem essa autorização. Qualquer prova obtida através da quebra de sigilo de dados sem prévia autorização da autoridade judiciária competente seria ilícita e, portanto, sem valor para as investigações.

Bancários são dados relativos às relações entre particulares com as agências bancárias, logo, sigilo bancário refere-se ao direito dos particulares em terem seus dados bancários resguardados, não sofrendo ingerências arbitrárias, com a invasão de terceiros em suas contas.

Sigilo fiscal deve ser entendido da mesma forma que sigilo bancário, como sendo espécie de sigilo de dados, pois se refere a documentos pessoais, devendo seguir os mesmos princípios da intimidade, honra, imagem e da vida privada.

Os requisitos, segundo a Lei 12.850/13, são a prévia autorização judicial e devendo ser medida excepcional. Considerando ainda que, o juiz deve dar fundamentada decisão de quando permitir a quebra dos dados fiscais, expondo os motivos reais que levaram a necessidade de se acessarem tais dados.

Ainda, a nova lei de repressão afastou a previsão do art. 3º da lei revogada, a qual já era alvo de grande discussão, pois afirmava que o juiz é quem deveria diligenciar, pessoalmente, nas hipóteses de acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, isto é, o juiz deveria pessoalmente realizar a quebra do sigilo de dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, o que prejudicaria a sua imparcialidade, ferindo o sistema acusatório vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

## **5.7. Infiltrações de agentes**

A infiltração de agentes da polícia ou de inteligência, para investigarem uma organização criminosa era prevista no art. 2, inciso V da Lei nº 9.034/95, onde havia necessidade de prévia autorização judicial e determinação de órgãos especializados para esta operação. No entanto, na lei revogada, o instituto era pobremente tratado.

A ideia deste dispositivo é possibilitar que os agentes da polícia tenham mais informações sobre a organização no intuito de desfazê-las. Um agente vai se infiltrar na organização ocultando sua verdadeira identidade e irá buscar dados que ajudaram nas investigações.

Na Nova Lei existe apenas a possibilidade de infiltração de agentes da polícia, os quais estão elencados no art. 144 da Constituição Federal, afastando assim a possibilidade de agentes de inteligência realizarem a infiltração.

Ainda, informa que não poderá ser determinada a infiltração de ofício pelo juiz, devendo haver prévia representação do delegado de polícia e Ministério Público, tratando-se de diligência cabível apenas em fase de inquérito policial.

A Lei nº 12.850/13 trouxe ainda diversas outras inovações a este meio de prova que é de suma importância, constando estes nos artigos 10 a 14 da referida Lei, estabelecendo, inclusive, prazo para a duração da infiltração, que será de 06 meses, possibilitando prorrogações quando forem necessárias para a elucidação dos fatos.

### **5.8. Cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais.**

Por último, ainda existe a determinação de cooperação entre as instituições dos entes governamentais, buscando elucidar os fatos e dismantlar as organizações criminosas, uma vez que o crime organizado trata-se de um delito de alta complexidade e por isso, necessário é que haja sintonia entre os órgãos públicos visando melhor colaboração para a investigação.

## **6. À guisa de conclusão**

Por se tratar de um assunto de tanta importância dentro do nosso ordenamento jurídico e que podemos encontrar com tanta frequência, é necessário que seja dada maior atenção para o tema.

A história da humanidade nos mostra como desde o início dos tempos existem relatos de pessoas reunidas que buscaram de alguma forma benefícios próprios, em diferentes formas de organizações, cada qual com suas características e que, com suas fortes raízes fizeram grandes riquezas e dominaram diversas regiões em todo o mundo.

Percebemos que o legislador brasileiro enxergou a necessidade de se instrumentalizar o poder público no combate ao crime organizado, quando elaborou a Lei 9.034/95, mas deixou de observar vários pontos importantes dentro do tema, assim, houve a necessidade de se estabelecer uma lei mais eficaz, surgindo então a Nova Lei de combate ao Crime Organizado, Lei nº 12.850/03, a qual aperfeiçoou os institutos de repressão, atualizou e melhor conceituou o tema, bem como fez diversas atualizações buscando maior efetividade.

Trata-se de instituto de suma importância que permitiu o enfrentamento desta espécie de criminalidade, sem deixar de observar direitos e deveres de todos os envolvidos, necessários ao nosso sistema democrático de direito.

## 7. REFERÊNCIAS

BORGES, Paulo César Corrêa. **O crime organizado**. Editora Unesp, São Paulo: 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, legislação especial**. São Paulo: 3ª edição, volume 4, Editora Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Lei do Crime Organizado (Lei nº. 9.034, de 3.5.95)**. Editora MPM. 2ª Edição. 1997.

CUNHA. Rogério Sanches. **Crime Organizado – Comentários à nova li sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/13**. Rio de Janeiro: Editora JusPodivm, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 28ª edição, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização Criminosa**. 2ª ed. Ano: 2015 p.39 editora: Forense cidade: Rio de Janeiro.

GOMES, Luiz Flávio. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político- criminal**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 56.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

# Direito de personalidade *post mortem* à luz do Direito Civil Pátrio e da Doutrina Lusitana

**ISABELLA CRISTINA MOREIRA ZELUTINI**

Bacharel em Direito, Pós-graduanda em Processo Civil

## RESUMO

Neste artigo, através do direito comparado, visamos demonstrar que certos direitos de personalidade merecem ser estendidos para o *post mortem* e, que, em um Estado que tem em sua Constituição o princípio da dignidade humana como o princípio maior, deve-se ter reconhecidos, expressamente, em seu ordenamento jurídico, certos direitos de personalidade que o *de cuius* continua a possuir, uma vez que o fim da vida de uma pessoa natural não possui o condão de encerrar as memórias que esta deixa para aqueles que tiveram qualquer forma de contato com ela.

**Palavras-chave:** Direitos de personalidade; Post mortem; Direito Comparado.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Direito de Personalidade. 3. Direito de Personalidade *POST MORTEM* no Brasil. 3. Direito de Personalidade *POST MORTEM* à luz da Doutrina Lusitana. 4 Direito de Personalidade *POST MORTEM* na ótica Constitucional . 5.Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

### 1. Introdução

O presente artigo tem por objeto o estudo e análise dos direitos de personalidade *post mortem* na legislação pátria e na doutrina lusitana.

O estudo demonstra que o uso da expressão “direito de personalidade do morto” é utilizado de forma equivocada no ordenamento jurídico nacional, uma vez que, ao tratar dos direitos de personalidade do *de cuius* o legislador brasileiro apenas se preocupou em elencar os legitimados legais para requererem as medidas cabíveis em juízo para defesa de direito próprio, por terem sido atingidos pelo chamado dano em ricochete.

Noutro giro, no direito lusitano, parte da doutrina entende que os direitos de personalidade estendem-se ao *post mortem*. Para os portugueses, os direitos de personalidade do morto merecem igual tratamento, uma vez que a redação do código civil possibilita uma interpretação nesse sentido.

Por fim, o artigo tem a modesta intenção de, através do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrar o porquê da defesa em relação à permanência de certos direitos de personalidade *post mortem* e a sua proteção.

## 2. Direitos de Personalidade

A Constituição Federal de 1988 foi criada após um período em que o Brasil não tinha como base a proteção e, conseqüentemente, o respeito à pessoa humana. Por isso, ao elaborar a Carta Magna, o legislador se esmerou em criar o princípio da dignidade da pessoa humana como núcleo axiológico da mesma. Tal princípio, assim como objetivava o legislador constitucional, possui amplo significado, ocorrendo, por conseguinte, o surgimento de demais direitos oriundos deste, tendo como principal exemplo o Direito da Personalidade.

Sendo a Constituição Federal de 1988 a lei maior, as leis infraconstitucionais, ao serem criadas, devem tratar de todas as matérias à luz dos preceitos preconizados por ela, sob pena de serem considerados inconstitucionais e serem fulminadas do ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, ao ser reformado o Código Civil Brasileiro, o direito da personalidade passou a ser tratado em um capítulo próprio.

Frisa-se por oportuno, que os direitos de personalidade, ora tratados pelo novo diploma legal, Código Civil de 2002, não foram elencados de forma taxativa, isto porque, se são intrinsecamente ligados à pessoa e à sua dignidade, mister se faz a sua adaptação ao contexto social em que vive seu titular.<sup>29</sup>

Franciso Amaral ensina<sup>30</sup>

Os direitos da personalidade, como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem no seu aspecto físico o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

A proteção dos direitos da personalidade visa, por conseguinte e, principalmente, a proteção à dignidade da pessoa humana. Essa proteção se dá em vários âmbitos do ordenamento jurídico, variando de acordo com o enfoque adotado.

Outrossim, para que ocorra a efetiva proteção desses direitos, deve ser observada a hipótese de ameaça ou lesão, e ainda, o direito lesionado ou ameaçado, para a aplicação da devida proteção. Desta feita, em linhas gerais, a proteção a tais direitos poderá ser *preventiva* ou *repressiva*. A proteção preventiva, como o próprio nome sugere, quando o objetivo for a prevenção do direito, poderá ocorrer através de ajuizamento de ação cautelar ou ordinária, para que a lesão ou ameaça ao direito de personalidade não se materialize no plano concreto. Noutro

29 DOYLE, Cristina Martins. Direitos da Personalidade e sua taxatividade. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5782](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5782)> Acesso dia: 28/11/2012

30 FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS ESSENCIAIS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/313>>, Acesso em 12 de março de 2013.

giro, em se tratando de proteção repressiva ao direito de personalidade, já ocorrida a lesão, seja o responsável por tais fatos condenado à sanção civil (pagamento indenização) ou penal (persecução criminal).<sup>31</sup>

É o que dispõe o caput do artigo 12 do Código Civil, quando menciona o cabimento de perdas e danos oriundas de ameaça ou lesão ao direito de personalidade.

Assim, cabe destacar que o *quantum* indenizatório será calculado de acordo com o caso concreto, ou seja, de acordo com a dimensão e proporção causadas pela lesão e ou pela ameaça.

O direito de personalidade é um direito personalíssimo, inerente à condição humana, abrangendo, ainda, outras características (são intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios), podendo ser, portanto, exercidos pelo seu titular.<sup>32</sup>

Nesse diapasão, aquele que tem sua personalidade lesionada ou ameaçada, é legitimado para buscar prestação jurisdicional que faça com que a lesão ou ameaça, cesse, podendo o ofensor ser punido a indenizar o ofendido de acordo as consequências que tais fatos tenham ocasionado, com a finalidade de colocar a vítima em situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.<sup>33</sup>

### 3. Direito de personalidade post mortem no Brasil

O ordenamento jurídico enquanto protetor e criador de direitos, não poderia quedar-se inerte em relação a um fato jurídico que é comum a todas as pessoas naturais: a morte.

Assim, cabe ao direito também, estabelecer, a partir da morte, os efeitos jurídicos causados, de acordo com cada caso concreto.<sup>34</sup>

É sabido que, segundo a doutrina brasileira, os direitos de personalidade visam tutelar os valores fundamentais ao ser humano com vida, uma vez que estes valores fundamentais se encerram com a morte do seu titular.<sup>35</sup>

Contudo, aquilo que é feito pelo titular em vida, não se encerra com sua morte. A memória do *de cuius*, vai além dos sentimentos de seus familiares. Seu nome, sua imagem, suas obras, sua voz, etc., podem prostrar no tempo, devendo ser respeitadas.<sup>36</sup>

31 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho, NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL, Parte Geral, 2011, 13ª Ed. Editora Saraiva p.219.

32 JUSBRASIL. Indenização reparatória de dano moral é direito personalíssimo. Disponível em <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/103652/indenizacao-reparatoria-de-dano-moral-e-direito-personalissimo>> Acesso em 20 de dezembro de 2012.

33 CAVALIERI FILHO, Sergio, PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL.2010, 9ª Ed., Editora Atlas, p.04.

34 BORGES, Janice Silveira. A pré e a pós incidência da personalidade jurídica frente ao direito de imagem. Disponível em <[https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_BorgesJS\\_1.pdf](https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesJS_1.pdf)> Acesso em:13/02/2013.

35 Ibidem, p.251.

36 BORGES, Janice Silveira. A pré e a pós incidência da personalidade jurídica frente ao direito de imagem. Disponível em <[https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_BorgesJS\\_1.pdf](https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesJS_1.pdf)> Acesso em:13/02/2013.

Ademais, a legislação nacional reputa o ilícito, vez que é contrário ao Direito, não podendo ficar impune aquele que ofende o patrimônio moral do morto, sendo o ofensor punido tanto no âmbito penal quanto no âmbito civil, de acordo com o caso concreto.<sup>37</sup>

Tanto é assim, que o diploma penal prevê em seu artigo 138, parágrafo segundo que, por exemplo, caluniar o morto, imputando-lhe falsamente um crime, é passível de punição.<sup>38</sup>

Como é cediço, no Direito brasileiro, entende-se que os direitos de personalidade cessam com a morte do seu titular, sendo, portanto, intransmissíveis.

No entanto, como foi anteriormente mencionado, aquele que viola o direito de outrem, não respeitando sua honra, sua memória, etc., não poderia ficar a míngua de punição.

Desta feita, o legislador civil previu no parágrafo único do art. 12 e do art. 20, os legitimados a exigir que cesse a ameaça ou a lesão ao direito de personalidade do *de cujus*. A saber: o cônjuge sobrevivente (companheiro (a))<sup>39</sup>, os parentes em linha reta e os colaterais até o quarto grau.

Conforme entendimento do Código Civil Nacional, é o direito próprio que a família do *de cujus* defende ao ajuizar uma ação que cesse ou impeça a lesão, quando trata-se de direito de personalidade do morto, significa dizer que, o que se transmite é a legitimidade *ad causam* e não a ofensa moral.<sup>40</sup>

Seguindo a linha de raciocínio apresentada pelo presente artigo, na hipótese de lesão ou ameaça ao direito de personalidade, pode ser cumulada às medidas cabíveis, a indenização pelos danos morais causados pela violação do referido direito ao seu titular.

Da leitura dos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 somada ao artigo 943, todos do Código Civil, dúvidas podem ser suscitadas quanto à aplicabilidade da intransmissibilidade.<sup>41</sup>

Segundo a doutrina brasileira, o direito à indenização não pode ser confundida com o dano que lhe dá causa. O dano moral atinge diretamente a pessoa,

---

37 BORGES, Janice Silveira. A pré e a pós incidência da personalidade jurídica frente ao direito de imagem. Disponível em <[https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_BorgesJS\\_1.pdf](https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesJS_1.pdf)> Acesso em:13/02/2013.

38 BRASIL. Código Penal

39 Deve se ter em mente que o companheiro (a) também é legitimado para exigir que cesse ameaça ou lesão ao direito de personalidade do de cujus, embora não esteja previsto nos artigos supracitados. O enunciado nº 275, tratou desse tema na IV Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, já que o cenário jurídico brasileiro confere direito àqueles, inclusive direitos sucessórios. (GOMES, Fábíola Pereira. Direito de personalidade do morto). Disponível em <[www.esmeg.org.br/publicacoes/artigo-2/](http://www.esmeg.org.br/publicacoes/artigo-2/)> Acesso em: 20/02/2013.

40 GOMES, Fábíola Pereira. Direito de personalidade do morto. Disponível em <[www.esmeg.org.br/publicacoes/artigo-2/](http://www.esmeg.org.br/publicacoes/artigo-2/)> Acesso em: 26/02/2013

41 LEONARDO, Rodrigo Xavier .Debate 2, aula 1 - EMAP - Direitos de Personalidade. Disponível em<<http://rodrigoxavierleonardo.com.br/debates.php?debate=20080214093420&pagina=8278>>, Acesso em : 01 de abril de 2013

a sua própria personalidade seu direito personalíssimo e, portanto, atinge apenas o seu patrimônio moral.<sup>42</sup>

Já a indenização que pode ser gerada a partir desse dano, se entendida pelos os magistrados ser devida, passará a integrar o patrimônio material da vítima, o que justifica a sua transmissão aos legitimados previstos.<sup>43</sup>

Ficou pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça que indenização, tanto pelo dano moral quanto pelo o dano material, poderão ser transmitidas aos herdeiros (e aos legitimados para requerê-la) por serem considerados de cunho patrimonial.<sup>44</sup>

Assim, poderão pleitear em juízo a indenização por dano moral (ou patrimonial) sofridos em vida pelo *de cuius*. O ajuizamento da ação poderá ocorrer de forma incondicionada, ou seja, mesmo que o *de cuius* não tenha ajuizado a ação em vida, os herdeiros poderão fazê-lo.

Ainda nesse sentido, frisa-se que a indenização não visa apenas a compensação ao dano moral experimentado por quem quer que seja. A indenização também possui caráter punitivo aplicado a quem deixa de respeitar os valores fundamentais, verdadeiros pupilos da Constituição Federal de 1988, e lesiona direito de outrem, ainda que este tenha falecido sem pleitear uma possível indenização.

Vale ressaltar ainda, que em alguns casos, a lesão ao direito de personalidade do morto, não gera para a família um constrangimento, nem ofensa à toda memória e nome construídos em vida pelo *de cuius*. Apenas, são usados de forma indevida, sem a respectiva autorização daqueles que são competentes para tal, por gerarem lucros decorrentes de atividade comercial e, por conseguinte, incorporarem o patrimônio dos herdeiros.<sup>45</sup>

Sendo assim, é de fácil conclusão que a transmissibilidade do direito de pleitear a indenização não pode ser confundida com a transmissibilidade da titularidade da personalidade, no direito brasileiro.

Nesse diapasão, o termo “direito de personalidade do morto” usado pelo Direito pátrio, pode levar o raciocínio ao erro. Segundo a doutrina nacional, não há para o morto o direito de personalidade. O que ocorre, é o nascimento do direito dos parentes legitimados de tutelarem o seu próprio direito de personalidade, caso, toda memória ou parte dela que foi deixada pelo *de cuius*, seja usada de forma que não os agrade.

---

42 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, A transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral, Acesso em <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=51a433d0-670f-4e95-8b1d-e71289d3f-83f&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=51a433d0-670f-4e95-8b1d-e71289d3f-83f&groupId=10136)>, Acesso em 10 de março de 2013

43 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de, A transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral, Acesso em <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=51a433d0-670f-4e95-8b1d-e71289d3f-83f&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=51a433d0-670f-4e95-8b1d-e71289d3f-83f&groupId=10136)>, Acesso em 10 de março de 2013.

44 Idem

45 MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa DIREITO ALÉM DA VIDA: Um ensaio sobre os direitos de personalidade post mortem, 2009, 1ª Ed. Editora LTr p. 135

#### 4. Direito de personalidade post mortem à luz da Doutrina Lusitana

Parte da doutrina lusitana, tendo em vista a redação do art. 71 do código civil português, que permite uma interpretação nesse sentido, vem reconhecendo a existência de direitos da personalidade do morto. Embora exista posicionamento completamente divergente, esse pensamento vem crescendo em razão da fácil percepção de que a morte não tem o condão de extinguir os direitos da personalidade. Com esse ilustre entendimento, a doutrina portuguesa tona-se uma das poucas a trazerem esse questionamento à lume, razão pela qual o presente artigo foi buscar nessa parte da doutrina lusitana seus fundamentos.

No que tange à interpretação em relação à tutela do direito de personalidade do morto, em vários pontos são similares à interpretação dos doutrinadores brasileiros. Contudo, parte da doutrina portuguesa passa a divergir sobre o tema, tendo em vista a redação do artigo 71 n<sup>o</sup>1, que se refere à tutela de pessoas falecidas. O que acaba por influenciar na hermenêutica do direito brasileiro.

Em Portugal, parte da doutrina defende que, a personalidade cessa com a morte do seu titular, porém, esta é uma regra relativa. Alegam que o brocardo jurídico *mors omnia solvit*<sup>46</sup> não deve prosperar como uma regra absoluta, vez que a morte não põe fim ou resolve tudo. Sendo assim, em certos casos, é possível a extensão dos direitos de personalidade *post mortem* sendo cabível à indenização em face de lesão à pessoa falecida.<sup>47</sup>

A tutela de pessoa falecida está prevista no art. 71 do Código Civil Lusitano, com a seguinte redação:

ARTIGO 71<sup>o</sup> (Ofensa a pessoas já falecidas)

Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular. (...)

Infere-se do artigo, em seu n<sup>o</sup>1, que o legislador lusitano, além de conferir uma tutela de bens jurídicos, quis estabelecer ainda, a possibilidade de permanência genérica de alguns direitos de personalidade. Quis proteger individualmente os direitos do falecido ao incluir no texto legal “gozam de igual tratamento”, podendo também falar de uma tutela geral da personalidade.<sup>48</sup>

Isso porque, muito embora a personalidade cesse com a morte, alguns bens da personalidade física e moral do *de cuius*, continuam a surtir efeito para com a sociedade, e que, por isso mesmo perduram no mundo e nas relações jurídicas.<sup>49</sup>

46 Brocardo em latim que significa a morte tudo resolve. MORS OMNIA SOLVIT, Disponível em: <<http://www.achando.info/significado/78690/MORS-OMNIA-SOLVIT.html>> Acesso: 29 de abril de 2013

47 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Direitos da personalidade, 2012, --, Ed. Atlas, p. 434.

48 CAPELO, Jorge Miranda Pág.434

49 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, op., cit, p.434

## É o que ensina Capelo de Souza<sup>50</sup>

E, mais até do que uma mera tutela de bens jurídicos, a nossa lei estabelece uma permanência genérica dos direitos de personalidade do defunto após a sua morte, ao preceituar no art. 71, n1, no Código Civil que 'os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular. Ou seja, o nosso Código Civil, por considerar que esses direitos *post mortem* continuam a corresponder a interesses próprios afirmados ou potenciais em vida do defunto e como tais juridicamente relevantes, como que os hipostasia, separadamente e apesar da extinção jurídica do seu titular, declarando a continuação desses mesmos direitos, não dependentes de uma vida actual, embora recoloca noutros termos a questão da sua titularidade... Deste modo, e para além de certos direitos especiais de personalidade de pessoas falecidas expressamente regulados, o nosso legislador quis proteger individualmente as pessoas já falecidas contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à respectiva personalidade física ou moral que exista em vida e que permaneça após a morte, assim se podendo também falar de um tutela geral da personalidade do defunto

Tendo em vista a impossibilidade de o *de cuius* tutelar seus direitos de personalidade, caso estes sejam violados ou estejam ameaçados de ser <sup>51</sup>, a lei lusitana confere legitimidade àqueles previstos no art. 71, nº2. A saber:

2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no nº 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

Merece aplauso o legislador português ao elencar os legitimados, incluindo de forma expressa, não só os parentes sobreviventes, mas também os herdeiros para tutelar o direito de personalidade do falecido, já que os herdeiros podem não ser só aqueles que possuem laços matrimoniais ou consanguíneos com o *de cuius*.<sup>52</sup>

Nessa trilha de raciocínio, parte da doutrina defende que a extensão dos direitos de personalidade após a morte não exclui a ocorrência de dano indireto por parte dos parentes sobreviventes, caso a lesão à personalidade do falecido tenha como consequência algum dano a sua própria personalidade. Assim, os dois direitos passam a coexistir no mundo jurídico.<sup>53</sup>

A legitimidade conferida por lei de pleitear em juízo que cesse a lesão ou ameaça, pode ser cumulada, ainda, à indenização adequada de acordo com cada caso concreto.

50 SOUSA, Capelo de. apud ,MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Direitos da personalidade, 2012, --, Ed. Atlas, p.434

51 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, op., cit,p. 449.

52 MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa,op., cit., p. 190.

53 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, op., cit, p.437 .

Dessa forma, sustenta o direito lusitano, que a legitimação pode ser ordinária ou extraordinária, a depender do direito material a ser discutido ou almejado.

Capelo de Souza, em seu artigo, aduz <sup>54</sup>

no caso da tutela da personalidade de pessoas já falecidas surgem ainda limitações decorrentes da própria natureza da morte, ou seja, cessam os bens e os direitos de personalidade que pressuponham um titular vivo e actuante, v.g., o direito à vida, o direito de liberdade e o direito de associação. Se bem que a morte possa inversamente originar deveres para com a personalidade do defunto, quer porque acompanhada de manifestação relevante da vontade do deuíus, v.g. no caso de sufrágios testamentários, quer por virtude de condicionamentos sociais, v.g. a morte recente de uma pessoa e a impossibilidade da sua própria defesa podem tornar ilícitas certas considerações proferidas sobre a sua pessoa, que estando viva poderiam não revestir tal qualidade.

Assim, os direitos de personalidade que podem se estender para o *post mortem* não são todos. Apenas aqueles que, com a extinção do seu titular para o mundo jurídico e para o mundo em geral, seus atributos da personalidade permanecem vivos e surtindo efeitos no contexto social. Aqueles que não sucumbem à morte.

## 5. Direito de personalidade post mortem na ótica constitucional

Os direitos de personalidade são oriundos do princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, conhecido como princípio da dignidade humana, que unifica todos os direitos fundamentais e todos os demais direitos a ele se reportam.<sup>55</sup>

Tal princípio, sendo um fundamento da Carta Magna, visa permear e assegurar os direitos, de modo geral, inclusive os de personalidade previstos no texto legal Constitucional, a saber: integridade física, honra, nome, imagem, etc.<sup>56</sup> Sendo assim, os direitos de personalidade e sua tutela foram evoluindo de forma progressiva na medida em que a valorização do homem estava cada vez mais presente no ordenamento jurídico.<sup>57</sup>

54 BORGES, Janice Silveira. A pré e a pós incidência da personalidade jurídica frente ao direito de imagem. Disponível em <[https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_BorgesJS\\_1.pdf](https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesJS_1.pdf)> Acesso em:13/02/2013.

55 GONÇALVES, Ellen Prata. *O princípio da dignidade da pessoa humana e suas peculiaridades*. Disponível em: <<http://www.oabsergipe.com.br/528/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-suas-peculiaridades.html>> Acesso em 15 de abril de 2013.

56 JURISWAY - SISTEMA EDUCACIONAL ON LINE. O princípio da dignidade da pessoa humana como lócus hermenêutico da nova interpretação constitucional. Disponível em :<[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1080](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1080)> Acesso em 15 de abril 2013

57 FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS ESSENCIAIS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/313>>, Acesso em 12 de março de 2013..

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de “ser” humana, a pessoa merece todo o respeito.<sup>58</sup>

De toda sorte, o princípio da dignidade humana confere uma prerrogativa ao ser humano de ser respeitado por parte da sociedade, existindo um dever de abstenção de qualquer ato que seja contrário ao respeito à sua dignidade, mesmo após a sua morte<sup>59</sup>.

Tanto é assim, que no âmbito civil art. 12 e 20 do CC, quanto no âmbito penal art. 212 CPP, há a proteção da integridade física e moral do falecido, o que demonstra a preocupação em relação ao respeito pelos mortos.<sup>60</sup>

Destarte, observa-se que o legislador brasileiro teve o esmero de mencionar certas tutelas visando o respeito ao morto como mencionado anteriormente. Contudo, com o estudo do ordenamento jurídico atual e o progressivo desenvolvimento social, a classificação dos direitos de personalidade é insuficiente.<sup>61</sup>

A consciência moral de uma sociedade dita a construção dos direitos de personalidade, pois o meio social possui a sensibilidade no que se refere aos direitos em geral. Com a mudança dessa consciência moral, há a mudança do conceito de moral e, conseqüentemente, repercute no do ordenamento jurídico.<sup>62</sup>

Adriano de Cupis ensina:<sup>63</sup>

Os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo tanto como os outros direitos da pessoa a que respeitam. Por tal razão, os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo como os outros direitos subjetivos, uma vez admitido que as idéias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento.

Ademais, a evolução de uma sociedade também pode ser medida através do respeito aos falecidos, e, livre de uma interpretação tradicionalista, no que tange aos direitos do morto, o direito de personalidade deve ser reconhecido como um direito Constitucional.

Seguindo essa trilha de raciocínio, concatenada ao pensamento de que a morte não tem o condão de retirar a característica humana de uma pessoa, há de se interpretar que o princípio da dignidade humana estende-se ao *post mortem*,

58 PEREIRA, MarcelaBerlinck. Direito ao cadáver <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/anos/Anais/sao\\_paulo/2502.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/anos/Anais/sao_paulo/2502.pdf)>. Acesso em 16 de abril de 2013.

59 FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS ESSENCIAIS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/313>>. Acesso em 15 de março de 2013.

60 PEREIRA, Marcela Berlinck. Direito ao cadáver <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/anos/Anais/sao\\_paulo/2502.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/anos/Anais/sao_paulo/2502.pdf)>. Acesso em 16 de abril de 2013.

61 DOMINIO PUBLICO, Disponível em: <<http://repensandodireito.blogspot.com.br/2009/05/aula-de-direito-privado-contemporaneo.html>>. Acesso: em 14/04/2013>

62 FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS ESSENCIAIS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/313>>. Acesso em 15 de março de 2013.

e que, uma vez permanecendo a dignidade da pessoa humana após sua morte, a permanência dos direitos da personalidade do *de cuius* se justifica.

Dignos de menção são os excertos de Immanuel Kant<sup>64</sup>

“ Quem daqui a cem anos disser falsamente mal de mim, está a ofender-me já agora, porque na relação jurídica pura, que é inteiramente intelectual, prescindimos de todas as condições físicas do tempo e o ladrão da honra(caluniador) é tão merecedor de castigo como se me tivesse feito em vida (...)”

Ademais, a morte é considerada fato jurídico *stricto sensu* ordinário<sup>65</sup> uma vez que a partir dela, decorrem alguns efeitos jurídicos. <sup>66</sup>

Ou seja, analisando os direitos de personalidade sob o prisma da escala ponteano, tem-se um direito existente, válido e eficaz. Assim, sustentados pelo princípio da dignidade humana e, restando evidente que alguns direitos resistem à morte de seu titular, os direitos da personalidade *post mortem* possuem uma estruturação necessária para o reconhecimento de sua existência. Podendo também ser considerados válidos, uma vez que não há nenhum dispositivo legal que proíba a permanência e a defesa dos direitos de personalidade *post mortem* de fato. Por último, poderão ser considerados eficazes vez que continuam a repercutir juridicamente no plano social, produzindo os resultados e efeitos.<sup>67</sup> Esse último plano, evidentemente em razão da impossibilidade do *de cuius*, será vislumbrado pelos legitimados legais, para pleitearem em juízo as medidas cabíveis.<sup>68</sup> Haverá uma aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais, porém com um regime muito especial, funcionalizado em razão dos presumíveis interesses pessoais do *de cuius* como se vivo fosse<sup>69</sup> para a proteção de diversos direitos da personalidade, subdivididos em juízo às integridades físicas, intelectual e moral.<sup>70</sup>

64 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, op., cit, p.455

65 São aqueles que ocorrem frequentemente na vida real, ou seja, são comuns à própria realidade fática, acontecendo de forma continuada ou sucessiva. São fatos naturais, provenientes da própria natureza, apesar do homem participar na formação de alguns deles. GUSMÃO, Gustavo .Os Fatos Jurídico e sua Classificação. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=97>>, Acesso dia 02 de maio de 2013.

66 COUTINHO, João Hélio de Faria Moraes. Fato Jurídico<<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/files-directory/sessions572.pdf>>, acesso em 23 de abril.

67 STOLZE, PABLO, Plano da Eficácia do Negócio Jurídico. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/32061662/PLANO-DE-EFICACIA-DO-NEGOCIO-JURIDICO-TRABALHO-PABLO-STOLZE>>. Acesso em : 23 de Abril de 2013.

68 MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato, op., cit, p.449

69 SOUSA, Capelo. apud MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Direitos da personalidade, 2012, --, Ed. Atlas,p. 257

70 Ibidem, p. 258

## 6. Conclusão

A morte é uma consequência nebulosa da vida para a sociedade em geral, o que não poderia ser diferente para o ordenamento jurídico, já que este é reflexo daquela.

No Brasil, embora a expressão “Direitos de personalidade do morto” esteja presente nas doutrinas ou em qualquer texto que tenha esse assunto como núcleo, não condiz com a real aplicação do direito em relação ao tema. O falecido não possui, sob a ótica nacional, direitos da personalidade. Apenas seus parentes que remanescem, é que têm sua personalidade atingida quando da lesão da imagem de quem faleceu, por exemplo.

Mesmo com o passar dos anos, com a evolução veloz da sociedade, com os estudos e, conseqüentemente, com o surgimento de inúmeras discussões, que deveriam ter como desfecho a mudança da aplicabilidade do Direito, os doutrinadores brasileiros não se desapegam das interpretações tradicionais, no que tange aos direitos de personalidade *post mortem*.

Um exemplo disso é a existência de apenas uma única obra doutrinária que aborda o tema especificamente. A obra “Direito Além da Vida” de Alfredo Migliore embora não muito extensa é a pioneira a tratar do assunto.

Outrossim, conforme o exposto, os doutrinadores portugueses, de forma admirável, defendem a existência de direitos de personalidade do morto desapegados de pensamentos tradicionais. Não conferem apenas aos parentes legitimidade para defesa de direito próprio quando há a lesão aos direitos de personalidade do morto. Conferem legitimidade para a defesa dos direitos do *de cuius* em respeito à pessoa que ele foi.

Noutro giro, uma Constituição Federal que prima pela dignidade da pessoa humana, não deve tratar do assunto de forma tão limitada.

Deve-se ter em mente, assim como fez o legislador lusitano, que a morte apenas encerra a presença da pessoa natural no plano material e não no mundo jurídico, pois a morte não tem o condão de retirar a característica humana de uma pessoa, muito menos as características que lhe tornam único (ou seja, os direitos de personalidade).

Há vários exemplos de reconhecimento de direitos *post mortem*, tendo como um deles a promoção de uma pessoa a título póstumo. Porém, por estar apegado às antigas interpretações, o direito pátrio e doutrina insistem em não atribuir o direito *post mortem* de forma expressa.

Muito embora o resultado prático seja o mesmo (os legitimados em juízo pleiteando medidas cabíveis quando da ofensa ao direito de personalidade do morto, tendo em vista impossibilidade de o *de cuius* fazê-lo), deve-se ter positivos no ordenamento jurídico nacional, que os direitos de personalidade tutelados são os do *de cuius*, para que tal direito seja de fato reconhecido.

Tendo o princípio da dignidade em mente, não parece crível o pensamento de que, após a morte, tudo aquilo que foi construído em uma vida passa a

ser coisa de ninguém, vez que os direitos de personalidade do falecido flutuam entre a característica da intransmissíveis e o pleito de direito próprio feito pelos legitimados.

É de fácil conclusão que nem todos os direitos de personalidade se prolongam ao *post mortem*. Apenas aqueles que, de acordo com essa circunstância, lesionem integridade moral ou física do morto.

Ademais, não se pode apenas atribuir a alguém que faleceu o status de *de cuius*. Deve-se respeitar como se vivo fosse, sob o prisma da dignidade da pessoa humana, a singularidade de cada um que, mesmo depois de morto, continua a ter seu nome, sua imagem, voz, honra, etc., surtindo efeitos na sociedade.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **A transmissibilidade do Direito de Indenização do Dano Moral**, Acesso em <[http://www.tjrj.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=51a433d0-670f-4e95-8b1d-e71289d3f83f&groupId=10136](http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=51a433d0-670f-4e95-8b1d-e71289d3f83f&groupId=10136)>, Acesso em 10 de março de 2013.

BORGES, Janice Silveira. **A pré e a pós incidência da personalidade jurídica frente ao direito de imagem**. Disponível em <[https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_BorgesJS\\_1.pdf](https://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesJS_1.pdf)>, Acesso em 13/02/2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 2010, 9ª Ed., Editora Atlas.

COUTINHO, João Hélio de Faria Moraes. **Fato Jurídico** <<http://www.sefaz.pe.gov.br/flexpub/versao1/filesdirectory/sessions572.pdf>>, Acesso em 23 de abril.

DOMINIO PUBLICO, Disponível em: <<http://repensandodireito.blogspot.com.br/2009/05/aula-de-direito-privado-contemporaneo.html>> Acesso: em 14/04/2013.

DOYLE, Cristina Martins. **Os direitos de personalidade e sua taxatividade**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=5782](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5782)> Acesso em 28/11/2012.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. **OS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS ESSENCIAIS E A SUBJETIVIDADE DO DIREITO**. Disponível em <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/313>>, Acesso em 12 de março de 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolpho. **Novo curso de direito civil**, Parte Geral, 2011, 13ª Ed. Editora Saraiva.

GOMES, Fabíola Pereira. **Direito de personalidade do morto**. Disponível em <[www.esmeg.org.br/publicacoes/artigo-2/](http://www.esmeg.org.br/publicacoes/artigo-2/)> Acessado em: 20/02/2013.

GUSMÃO, Gustavo. **Os Fatos Jurídicos e sua Classificação**. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=97>>, Acesso dia 02 de maio de 2013.

JURISWAY - SISTEMA EDUCACIONAL ON LINE. **O principio da dignidade da pessoa humana como lócus hermenêutico da nova interpretação constitucional**. Disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=1080](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1080)> Acesso em 15 de abril 2013.

JUSBRASIL. **Indenização reparatória de dano moral é direito personalíssimo**. Disponível em <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/103652/indenizacao-reparatoria-de-dano-moral-e-direito-personalissimo>> Acesso em 20 de dezembro de 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Debate 2, aula 1 - EMAP - Direitos de Perso-**

**nalidade.** Disponível em <<http://rodrigoxavierleonardo.com.br/debates.php?deba-te=20080214093420&pagina=8278>>, Acesso em 01 de abril de 2013.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. **DIREITO ALÉM DA VIDA: Um ensaio sobre os direitos de personalidade *post mortem***, 2009, 1ª Ed. Editora LTr.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. **Direitos da personalidade**, 2012, --, Ed. Atlas.

PEREIRA, Marcela Berlinck. **Direito ao cadáver** <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2502.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2502.pdf)>, Acesso em 16 de abril de 2013.

STOLZE, PABLO. **Plano da Eficácia do Negócio Jurídico**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/32061662/PLANO-DE-EFICACIA-DO-NEGOCIO-JURIDICO-TRABALHO-PABLO-STOLZE>>. Acesso em 23 de Abril de 2013.

# Propriedade intelectual é ou não um direito fundamental?

## **Matheus Almeida Pereira**

Graduando cursando o 7º período e Pesquisador do NUPED – Núcleo de Pesquisa em Direito do SOBEU/UBM, e da FAPERJ – Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro na Linha de Pesquisa: Direito, Desenvolvimento e Cidadania da coordenação de Graduação, desde 2014. A pesquisa é financiada pelo UBM e FAPERJ e orientada pela Prof. Dr. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes. E-mail: matheus\_almeidapereira@hotmail.com.

## **RESUMO**

A propriedade intelectual é um instituto muito discutido no mundo jurídico, uma vez que possui características de propriedade propriamente dita, mas também lhe faltam características que são essenciais à sua classificação como direito fundamental. Com essas características, e diante da omissão do legislador, que deixou a cargo da doutrina classificar o instituto, tal tarefa se mostrou bastante divergente entre os doutrinadores, com cada um expondo características que em seus entendimentos seriam cruciais para considerá-la, ou não, direito fundamental. Em razão disso, o presente trabalho visa expor tais ideias e contrapor as principais, para assim formar a convicção do leitor, para considerá-la como parte da propriedade propriamente dita e, conseqüentemente, como direito fundamental.

**Palavras Chaves:** Propriedade Intelectual, Direito Fundamental, Propriedade.

## **ABSTRACT**

*Intellectual property is a hotly debated institute in the legal world, since it has property features itself, but also lacks features that are essential to its classification as a fundamental right. With these characteristics, and by the omission of the legislator, who left to the doctrine the classification of the institute, this task proved quite divergent among them, with each one exhibiting characteristics that in their understanding would be crucial to consider it or not as fundamental right. Because of this, the present work aims to expose these ideas and counteract them, to form the reader's belief, to consider it as part of the property itself and consequently as a fundamental right.*

**Keywords:** Intellectual Property, Fundamental Right, Property.

## **1. Introdução**

A propriedade intelectual é um instituto muito discutido no mundo jurídico, uma vez que possui características de propriedade propriamente dita, mas também lhe faltam características que são essenciais à sua classificação como direito fundamental.

A pesquisa se justifica pelo fato de ser necessária uma busca acerca da classificação da propriedade intelectual já que o legislador foi omissivo ao classificá-la. Pois autores entendem ser o Código Civil taxativo acerca da propriedade, e outros classificam a propriedade intelectual como forma especial de propriedade, ou fruto dela.

O objetivo geral do presente trabalho é trazer posicionamentos divergentes acerca do referido instituto, caracterizando-o e conceituando outros institutos essenciais à sua explicação, para que assim o interlocutor chegue à um posicionamento. Os objetivos específicos são: (i) caracterizar direito fundamental e direito real, para mostrar que propriedade está nesse rol inserido; (ii) conceituar propriedade propriamente dita e diferenciá-la de propriedade intelectual; (iii) e por fim trazer posicionamentos de diversos autores acerca da natureza jurídica da propriedade intelectual e contrapor as ideias mais relevantes.

A metodologia de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica, estudando autores renomados como John Locke e Maria Helena Diniz, que em suas exposições tratam desde direitos fundamentais até o conceito de propriedade, intelectual ou não.

## **1. Do Direito Fundamental**

Ao se tratar de Direito Fundamental, é importante ressaltar que se trata de uma série de Direitos que são garantidos a todos os seres humanos só pelo fato de serem humanos.

Ressalta-se que existem três correntes significativas que dissertam acerca do nascimento de tais direitos. Para o jusnaturalismo, são direitos pré-positivos, ou seja, direitos anteriores à Constituição. Como dito acima, são direitos que decorrem da própria condição humana, e que existem antes do seu reconhecimento pelo Estado.

Já o Positivismo Jurídico assevera que direitos fundamentais são considerados como básicos na norma positiva, isto é, na Constituição. Porém, isso não impede que seja reconhecido a existência de direitos implícitos, em face do que dispõe, por exemplo, o art. 5º, § 2º, da CF (DIMOULIS, 2005, p. 33).

E por último, vale tratar do Realismo Jurídico, que considera que os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente pela humanidade. (TAVARES, 2010, p. 527)

Nota-se, no direito brasileiro, que autores diversos utilizam inúmeras nomenclaturas para se referir à Direito Fundamental, como “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos do cidadão”, “direitos da pessoa humana”, etc. Porém, grande parte dos estudiosos e doutrinadores entendem que, a forma mais adequada de se referir a esses direitos, é através da nomenclatura de “Direitos Fundamentais”, conforme assevera Dimitri Dimoulis, pois dessa forma está escrito no Título II, da CF/88. (2007, p. 57)

Existem características essenciais para se definir Direito Fundamental, sendo relevantes para o estudo desse artigo: historicidade, relatividade, e imprescritibilidade. Existem outras, como inalienabilidade, indisponibilidade e indivisibilidade, que variam de autor para autor, porém não se mostram necessárias para a exposição das ideias aqui apresentadas.

A respeito da Historicidade, enuncia Norberto Bobbio:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (1992, p. 5-19)

Assim, é possível mostrar a evolução histórica dos direitos fundamentais com o exemplo francês, onde na Revolução Francesa esses direitos se resumiam a “*Liberté, Égalité, Fraternité*” (Liberdade, Igualdade e Fraternidade), e hoje temos por exemplo a igualdade entre sexos (Art. 5º, I, CF/88) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, caput, CF/88).

Em relação a relatividade, por mais que pareça paradoxal, esses direitos são, em regra, absolutos, mas podem ser relativizados em certos casos, como conflito de direitos. Em toda história de humanidade tivemos a prisão, sanção imposta a alguém que pratica algum delito, nessa linha, a prisão feriria o direito à liberdade, mas não é assim considerado pois o interesse social é maior do que o direito apenas daquela pessoa a qual praticou fato típico. Vale ressaltar que o Estado não tem o direito livre de aprisionar pessoas, uma vez que segundo a própria lei “não há crime sem lei anterior que o defina” nem “há pena sem prévia cominação legal” (Art. 1º, caput, CP). Evitando assim arbitrariedades por parte do Estado, exaltando ainda mais a importância dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico e na limitação do poder estatal sobre seu povo.

A imprescritibilidade é de muita relevância, uma vez que é a característica que diz que não há prescrição de Direito Fundamental, ideia essa que será melhor abordada em momento mais oportuno ao se falar da propriedade em si.

## **2. O Direito Real como forma de definir a propriedade Lato Sensu**

### **2.1. Do Direito Real**

Segundo o professor Rafael de Menezes, “é o campo do direito patrimonial cujas regras tratam do poder dos homens sobre as coisas apropriáveis”. (Disponível em <<http://rafaeldemenezes.adv.br/assunto/Direitos-Reais/7/aula/1>>. Acessado em 10 jun. 2016)

O Direito real vem disposto no art. 1225, do Código Civil. Tal artigo elenca uma série de institutos que são tratados como direitos reais, e vale destacar que em seu inciso I está a propriedade.

Difere do Direito Obrigacional pois este é bilateral, ou seja, em regra, há uma prestação e uma contraprestação. Em contrapartida, o Direito Real é unilateral, a relação existente é entre o titular e coisa, não há outra parte, ou uma

prestação devida, tem eficácia *erga omnes*, ou seja, o titular tem o direito em face de toda a sociedade.

Resta ressaltar que nos Direitos Reais há o Direito de seqüela, que é o poder de apreender o bem, ou reaver de quem indevidamente o detenha.

## **2.2. Da propriedade como espécie do Direito Real**

A propriedade pode ser considerada direito fundamental a partir da análise da ideia de liberdade (BURDEAU, 1966, p. 375; ISRAEL, 2005, p. 596-597). Deve-se levar e conta a liberdade do homem pelo controle de si mesmo, característica essa que é base da ideia de liberdade. Conforme afirma John Locke (1963, p. 20) "cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa; a este ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo". Partindo desse princípio, o trabalho exercido pelo homem constitui sua propriedade, assim também será tudo que dele obtiver, ou seja seus frutos. Desde o início da civilização, é a partir do trabalho que o homem consegue alcançar seus objetivos, bens que por ventura possam atender suas necessidades, ou servir como moeda de troca para com outro ser que produz trabalho diferente, como era feito nas sociedades primitivas. Constitui, portanto, atividade inerente ao seu processo vital (ARENDETT, 2004, p. 122-123). Mais que liberdade, é condição da vida humana (LOCKE, 1963, p. 24). Sendo assim, pode-se dizer que tudo aquilo construído pelo homem, seja em manufatura, ou atividade intelectual, é sua propriedade, ou seja, o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode dizer-se, são propriamente dele e nenhum outro homem pode ter direito ao que foi conseguido (LOCKE, 1963, p. 20), salvo de dessa forma for autorizada pelo criador.

Sendo assim, a propriedade é claramente inserida no direito à liberdade, conforme afirma John Locke (1963). E como está vinculada à liberdade e ao trabalho, a propriedade se viu sendo assegurada em declarações como direito fundamental, inato à pessoa humana. Vários são os diplomas e acordos que assim a declaram. A Declaração da Virgínia diz ser direito certo, essencial e natural do homem adquirir propriedade (Art. 1º). Também expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 2º, os direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. No mesmo seguimento enuncia o artigo 17 da mesma Declaração "(...) a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado (...)".

Tendo em vista todas essas características, as constituições da maior parte dos países asseguraram, também, tal direito, conforme afirma Roger Stiefelmann Leal, ao citar Alexy e Miranda:

Na Constituição brasileira de 1988, a inviolabilidade do direito à propriedade é proclamada no caput do art. 5º. O inciso XXII do mesmo artigo, por seu turno, preceitua: é garantido o direito de propriedade. O art. 170, ainda, insere a propriedade privada entre os princípios da ordem econômica. Isso não significa, todavia, que a propriedade assume, em face da ordem constitucional, caráter absoluto, que inadmita restrições. A exemplo de diversos direitos

fundamentais, o direito de propriedade comporta limitações e abrandamentos em sua aplicação em nome de outros valores também tutelados pelo texto constitucional. Da mesma forma, muitos princípios constitucionais também admitem restrição em face do direito de propriedade. A colisão entre princípios constitucionais, mormente no caso de direitos fundamentais, requer que uns tenham moderada sua aplicação em face de outros. Sublinhe-se, no entanto, que eventual limitação ou o seu cabimento deve ter apoio no texto constitucional. Não há restrição a direito fundamental sem base constitucional (*apud* ALEXY, 1993, p. 277; MIRANDA, 2000, p. 307).

Na análise do trecho acima, apesar de se mostrar como fundamental, por vezes, o direito à propriedade pode ser suprimido em prol de “direito maior”.

### **2.3. A função social da propriedade**

A função social da propriedade traduz-se no fato de que apesar do homem ter a liberdade de seu corpo de ser titular de sua propriedade, enquanto ele vive em sociedade, e aqui vale destacar o contrato social, deve dar destinação útil ao seu bem, ou seja, contribuir para o bem-estar da coletividade, não agindo só em interesse individual. Exemplo disso é alguém usar uma propriedade, no caso um imóvel, para o cultivo de drogas ilícitas, claramente indo contra o interesse social.

Todo indivíduo tem o dever social de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, moral e intelectual, para com isso cumprir sua função social da melhor maneira” (FIGUEIREDO, 2008, p. 83).

Assim, essa concepção tem por objetivo nortear as ações dos indivíduos enquanto membros da sociedade, pois como dito, ao se “assinar” o contrato social, ou pacto social, todos os seres abriam mão de sua liberdade plena em prol da criação do Estado, para que assim fosse possível a vida em sociedade. Não haveria como existir tal harmonia se não houvesse um poder limitador, pois como assevera Hobbes: “o homem é o lobo do homem”, ou seja, em sua liberdade plena ele é movido por seus instintos e sentimentos, sendo necessária a mão do Estado para colocar ordem na sociedade e limitar as ações impulsivas de cada ser individualmente. Se não houvesse tal pacto, um homem, por exemplo, poderia livremente cultivar plantas alucinógenas em sua propriedade e usufruir disso. Conduta esta não mais aceita na vida em sociedade existente hoje.

## **3. Da propriedade intelectual**

A definição de Propriedade Intelectual, segundo ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual - abrange: “os direitos relativos às invenções em todos os campos da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, de comércio e de serviço, aos nomes

e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal, às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes, às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, bem como os demais direitos relativos à atividade intelectual no campo industrial, científico, literário e artístico”.

Propriedade Intelectual se trata de gênero, no qual existem duas espécies, a saber: Direito Autoral, regido pela lei 9.610/98; e a Propriedade Industrial, regida pela lei 9276/96.

Ao se falar de Direito Autoral, ele protege a manifestação de ideias, e conforme assevera Jungmann:

É o direito que decorre basicamente da autoria de obras intelectuais no campo literário, científico e artístico, de que são exemplos: desenhos, pinturas, esculturas, livros, conferências, artigos científicos, matérias jornalísticas, músicas, filmes, fotografias, software, entre outros. (2010, p. 56)

Por outro lado, quando se trata de Propriedade Industrial, ela tem por escopo a proteção de uma atividade, um produto, uma identificação visual ou uma ideia que façam parte de um meio comercial ou industrial.

A propriedade Industrial tem o seu foco de interesse voltado para a atividade empresarial. Tem por objeto patente de invenção, modelo de utilidade, marca, desenho industrial, indicação geográfica, segredo industrial e repressão a concorrência desleal, (...). A propriedade industrial engloba um conjunto de direitos e obrigações relacionados a bens intelectuais, objeto de atividade industrial de empresas ou indivíduos. Assegura a seu proprietário (titular do direito) a exclusividade de: fabricação, comercialização, importação, uso, venda e cessão. (JUNGMANN, 2010, p. 23)

Existem ainda, autores que dissertam acerca de uma terceira espécie *sui generis*, e conforme afirma Jungmann:

O ramo da proteção *sui generis* envolve a topografia de circuito integrado e as variedades de plantas chamadas de cultivar, bem como os conhecimentos tradicionais e o acesso ao patrimônio genético, sendo cada tipo de proteção regulamentada por legislação própria. Neste caso, o direito à proteção também depende de registro em órgão competente, e o prazo máximo de validade varia de acordo com o tipo específico. (2010, p. 23)

Apesar dessa terceira espécie citada, e os tipos de propriedades nela classificadas, ressalta-se a relevância apenas do Direito Autoral e da Propriedade Industrial para os estudos realizados nesse trabalho.

Vale destacar que, em confronto a teoria majoritariamente aceita, alguns autores dizem que o direito autoral não deve ser classificado como propriedade intelectual.

“É um direito de caráter essencialmente patrimonial, que, numa compreensão inteligente, pode ser denominado de propriedade intelectual; é um direito moral, intimamente ligado à personalidade do autor. ” (PIMENTA, apud. ESPÍNOLA, 1994, p. 25)

### 3.1. Propriedade intelectual como direito fundamental

Ao analisar a propriedade intelectual, os diversos autores estudados têm posições divergentes acerca da natureza jurídica do instituto.

Primeiramente vale ressaltar, conforme já exposto, que John Locke afirma que todo trabalho emanado pelo homem é de sua propriedade. Todo esforço despendido, fisicamente ou intelectualmente pertence a quem o criou (LOCKE, 1963, p. 20). E ao assumirem sua natureza jurídica, muitos afirmam ser uma modalidade especial de.

Em contrapartida, existem autores que afirmam que a propriedade intelectual não é assim considerada, uma vez que afirmam que as criações são um fruto do meio que estão inseridos, e desta forma pertenceriam à sociedade.

“Há até diretrizes doutrinárias que chegam a negar a própria natureza jurídica do direito autoral ante o caráter social das ideias. Dessa ideia participam Manzini ao dizer que “o pensamento manifestado pertence a todos: é uma propriedade social. A inspiração da alma humana não pode ser objeto de monopólio” e Deboor ao escrever que “as obras do espírito não são propriedades dos autores (...)”. Outros asseveram que a obra artística ou científica é mero produto do meio em que surgiu. (...)” (DINIZ, apud MANZINI et DEBOOR, 2009, p.343)

Outro ponto suscitado pelos autores, que não o consideram como propriedade a propriedade intelectual, é o seu caráter temporário.

“Direito pertencente ao autor sobre suas obras não constitui, apesar do nome que lhe é atribuído pelo uso, e sobretudo em razão de seu caráter temporário, um verdadeiro direito de propriedade, mas, antes, um direito temporário de natureza mobiliária. ” (PIMENTA, apud. DALLOZ, 1994, p.25)

Diniz (2009, p. 344) pondera sobre a posição de Piola Caselli, para o qual a espécie de direito em tese:

“(…) seria uma relação jurídica de natureza pessoal-patrimonial. Representa uma relação de natureza pessoal, no sentido de formar a personalidade do autor um elemento constante do seu regulamento jurídico, e porque seu objeto constitui, sob certos aspectos, uma exteriorização da personalidade do autor, de modo a manter o direito de autor, constantemente, sua inerência ativa ao criador da obra; representa, por outro lado, uma relação de direito patrimonial, porquanto a obra do engenho é, concomitantemente,

tratada pela lei como um bem econômico. É, portanto, (...) um poder de senhoria de um bem intelectual que contém poderes de ordem pessoal e patrimonial. Qualifica-se esse direito como um direito pessoal-patrimonial. Com o escopo de garantir a criatividade, que é o maior atributo que a natureza pode dar ao ser humano, protege nosso legislador, de modo indistinto, todas as obras intelectuais (...), procurando dignificar e salvaguardar os direitos de autor e do artista, de modo que os mesmos possam delas auferir meios de subsistência, produzindo sempre e cada vez melhor. ”

O ponto em comum entre os autores, mesmo aqueles que divergem, e em sua maioria, é que de alguma forma a propriedade intelectual deve ser protegida, seja sob a forma de propriedade ou não. Dever esse cumprido pelo legislador ao elaborar as respectivas leis de proteção à propriedade intelectual e aos direitos autorais.

#### **4. Conclusão**

Com todos argumentos apresentados, e diante de todos os fatos expostos, nota-se embasamento plausível nos argumentos favoráveis e não favoráveis à consideração de propriedade intelectual como propriedade propriamente dita.

Ressalta-se que ao afirmar que ela é tratada como propriedade, também se afirma que ela seja um direito fundamental, pois a propriedade já é consagrada por vários diplomas legais e acordos internacionais como assim sendo, além de, nessa vertente, encontrar respaldo na mais respeitada doutrina.

Em se tratando dos aspectos contrários a tal classificação, o mais relevante é a questão da temporariedade, pois o autor, ou criador, tem domínio exclusivo temporário sobre sua criação.

Porém, parece mais certa a afirmação feita por John Locke, pois tudo aquilo que emana do homem é de sua propriedade, todos os frutos do seu trabalho também os são.

Ao afirmar que tudo que se cria é produto do meio, e que, sendo assim, pertence a sociedade, está se negando a existência de todo e qualquer tipo de instituto e de sua respectiva proteção, não só da propriedade. Pois tudo que um ser humano é ou faz, é construído a partir do meio em que se vive, das suas experiências de vida, ou dos fatos que presencia, inclusive sua própria personalidade. Então, ao se afirmar que o homem tem uma propriedade em si mesmo, já se anula a ideia de “frutos do meio”.

Diante da omissão do legislador, ficou a cargo da doutrina a classificação dos institutos abordados nesse trabalho. Argumentos muitos bons a respeito de cada posicionamento são emanados, porém o que detém maior verossimilhança é aquele que classifica Propriedade Intelectual como Propriedade, e consequentemente como Direito Fundamental.

## REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hanna. **A condição humana**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2004
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BURDEAU, Georges. **Les libertés publiques**. 3. ed. Paris: LGDJ, 1966
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. São Paulo: Método, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 4: direito das coisas**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FIGUEIREDO, Guilherme J. P. **A propriedade no Direito Ambiental**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- ISRAEL, Jean-Jaques. **Direito das liberdades fundamentais**. Barueri: Manole, 2005.
- JUNGMANN, Diana M; BONETTI, Esther A. **A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário**. Brasília: IEL, 2010.
- LEAL, Roger S. **A Propriedade como Direito Fundamental**. Brasília. 2012. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 01.jun.2016
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: IBRASA, 1963.
- PIMENTA, Eduardo S. **Dos crimes contra a propriedade intelectual: violação de direito autoral, usurpação de nome ou pseudônimo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

# A sustentabilidade nas empresas como fator de manutenção dos empregos

## **Maria Cristina Alves Delgado de Ávila**

Mestre em Biodireito, Ética e Cidadania. Professora do Centro Universitário de Barra Mansa. Pesquisadora do NUPED – Núcleo de Pesquisa do curso de Direito. E-mail: cristina.delgado@uol.com.br

## **Rosângela Maria Pereira**

Doutora em Sociologia. Professora do Instituto Federal do Rio de Janeiro – IFRJ. E-mail: rosangela.pereira@ifrj.edu.br

## **RESUMO**

O presente artigo propõe discutir e analisar os aspectos relacionados à sustentabilidade e sua intercessão com as relações de trabalho, particularmente, com a concretização do trabalho decente. O trabalho é desenvolvido a partir de levantamento bibliográfico e documental. Tem-se como pressuposto que o respeito aos direitos no trabalho, enquanto direito social garantidor da dignidade do trabalhador, demanda a reciprocidade de direitos e obrigações entre empregados e empregadores, de maneira a implementar as condições necessárias para o atendimento aos princípios estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho - OIT, a Constituição Federal e o ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, é relevante a discussão, particularmente, no meio empresarial, já que indispensável para a manutenção das empresas. A relação de reciprocidade e de dignidade configura-se somente com a constituição de um ambiente saudável e consequentemente sustentável. O investimento na constituição de empresas sustentáveis configura como uma garantia do estabelecimento das condições necessárias para atender aos princípios contidos na agenda do trabalho decente.

**Palavras-chave:** Trabalho decente, relações de trabalho, empresa, sustentabilidade.

## **ABSTRACT**

*This article aims to discuss and analyze the aspects of sustainability and its intersection with labor relations, particularly with the implementation of decent work. The work is developed from bibliographic and documentary survey. It has been the assumption that respect for rights at work, as guarantor social rights of workers' dignity, demand reciprocal rights and obligations between employers and employees, in order to implement the necessary conditions to meet the principles established by the International Labour Organization - ILO, the Federal Constitution and the Brazilian legal system. Therefore, it is relevant to discussion, particularly the business community, as indispensable to the maintenance of companies. The reciprocity and dignity sets up only with the establishment of a healthy and sustainable environment, accordingly. The investment in the creation of sustainable enterprises set up as an establishment guarantee of the conditions necessary to meet the principles contained in the decent work agenda.*

**Keywords:** decent work, labor relations, company, sustainability.

## **1. Introdução**

Atualmente o trabalho sustentável tem se tornado um elemento importante nas discussões e preocupações envolvendo instituições (privadas e gover-

namentais), organizações (nacionais e internacionais) e diferentes atores sociais que o apontam como um elemento determinante na promoção do emprego produtivo e de qualidade.

Essas discussões estão intrínsecas ao conceito de trabalho decente, desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho – OIT. O conceito de trabalho decente insere a questão laboral em duas aspirações que marcam a civilização contemporânea: a) a ideia de dignidade da pessoa humana; e b) o cuidado com o meio ambiente. A noção de trabalho sustentável está, porquanto, relacionada ao trabalho decente e à ideia de trabalho digno. Com relação ao trabalho decente, a OIT dedica parte de seus programas e discussões particularmente a esse objeto.

Para a OIT o trabalho decente é entendido como concretização, no âmbito das atividades laborais, do princípio da dignidade da pessoa humana: é o trabalho digno. Vincula-o ainda à temática ambiental, neste último, englobando todas as relações de trabalho, inserindo o trabalho sustentável.

Nessas discussões o trabalho sustentável se apresenta, por um lado, como aquele que preserva a vida dos trabalhadores e o seu bem-estar. Deste modo, tem como garantia a manutenção da integridade física e psíquica do trabalhador e, por conseguinte, previne as situações de vulnerabilidade, fomentando a preservação das circunstâncias materiais e sociais da atividade laboral em longo prazo. Por extensão, envolve ainda a família do trabalhador, já que estes estão atrelados aos frutos econômicos de suas atividades e para garantir a sua sobrevivência de forma digna, são dependentes diretos não somente dos ganhos do trabalho, mas ainda da própria condição social e psíquica do trabalhador. Por outro lado, o trabalho sustentável está vinculado ainda à temática ambiental, que em função do agravamento dos problemas ambientais tornou-se particularmente relevante nas últimas décadas do século XX.

Apenas com a concretização do trabalho sustentável, é que o trabalho decente manifesta a conexão entre mundo do trabalho e o meio ambiente e torna-se um fator propulsor de dignidade. Hoje essas questões são necessárias para o desenvolvimento das empresas, pois somente com a promoção do emprego produtivo e de qualidade é que elas conseguem se manter no mercado competitivo, e principalmente atender ao princípio maior da constituição brasileira que é dar “dignidade” ao trabalhador.

O objetivo principal desse trabalho é construir uma análise teórica conceitual sobre o trabalho sustentável identificando-o como fator necessário a manutenção dos empregos, assim como, elemento necessário a atender a efetivação de um trabalho decente na sociedade contemporânea, de forma a garantir a dignidade não só do trabalhador, mas de toda sua família. Como objetivos específicos busca-se analisar (i) o trabalho decente como fator de garantia da dignidade do trabalhador; (ii) o desenvolvimento das discussões sobre sustentabilidade no Brasil; e, por último (iii) a relação trabalho decente e sustentabilidade como fator de manutenção dos empregos. A abordagem realizada nessa pesquisa é a teórica, por meio de revisão bibliográfica em livros, artigos e documentos sobre o tema.

## 2. Trabalho decente e a concretização do princípio da dignidade humana

Os elementos da definição de “trabalho decente”, de acordo com a OIT – Organização Internacional do Trabalho converge para quatro objetivos estratégicos: (1) o respeito aos direitos no trabalho (2) a promoção do emprego produtivo e de qualidade, (3) a extensão da proteção social e (4) o fortalecimento do diálogo social. **Neste tópico, propomos explicitar o conteúdo do conceito «trabalho decente» a partir da perspectiva da dignidade da pessoa humana em face da precarização do trabalho nas relações de emprego na atualidade, destacando a promoção do emprego produtivo e de qualidade como eixo central para a sustentabilidade nas empresas e como fator preponderante de manutenção dos empregos.**

O processo de precarização do trabalho ocasionado principalmente pelos processos de terceirização não se situa apenas no âmbito da informalidade, mas se difunde também nas atividades formais (THÉBAUD-MONY e DRUCK, 2007), portanto, nas relações de trabalho. A precarização do trabalho envolve diferentes dimensões que estão estreitamente ligadas entre si, ocorrem simultaneamente e se amplificam, configurando: i) a precarização do trabalho dentro das empresas - oferecendo raríssimas oportunidades de treinamento e ascensão profissional, redução do custo do trabalho direto, restrição de encargos sociais, redução de despesas de admissão e demissão de trabalhadores – rotatividade, etc. ii) a precarização do mercado de trabalho: trabalhos sem proteção da legislação trabalhista, ocupações realizadas em condições de trabalho extremamente precárias – ambiente de trabalho insalubres, horas de trabalho extensas, etc.

Neste sentido a precarização do trabalho envolve o mercado de trabalho como um todo (DRUCK E FRANCO, 2008). Neste trabalho, discutimos particularmente as atividades formais vinculadas a relação de trabalho, uma vez que analisamos a sustentabilidade nas empresas como fator de manutenção dos empregos.

As bases propedêuticas desta análise partem da concepção de trabalho decente como trabalho digno. Para Rosenfield e Pauli (2012) há uma distinção entre trabalho decente e trabalho digno. O primeiro remeteria à noção de cidadania e a uma concepção operacional, claramente apontada na agenda da OIT, conforme destacamos anteriormente. O segundo remete à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e é dependente de uma rede de direitos.

Entretanto, os autores destacam que é necessário transpor essa dicotomia, em prol de uma visão integral do ser humano no trabalho, através da noção de reconhecimento e de uma abordagem holística dos direitos humanos que integra a noção de trabalho decente. Neste sentido, o trabalho decente e trabalho digno inserem-se na interdependência inerente ao conjunto de direitos humanos. Ambos se enquadram em um modelo integral de justiça social, sendo que trabalho decente remete à operacionalidade dos direitos e trabalho digno, à comunidade de valores morais. O trabalho seria, então, o lócus da integração do indivíduo ao todo social e não somente meio de suprir necessidades.

Acrescenta-se ainda, que o trabalho não deve ser tratado apenas como uma simples mercadoria, mas sim ser reconhecido como um direito individual e um dever social, o qual precede que o mesmo seja exercido com observância de condições adequadas e justas, posto que inerente a condição humana, da qual deve ser respeitada em sua integralidade (DALLARI, 2004).

Assim, há de se ter como norte que o desenvolvimento social, econômico e político deve caminhar em conjunto com os direitos, sem, porém, perder de vista que a pedra angular desse centro é o trabalhador cidadão, na condição de pessoa humana, sujeito de direitos mínimos a ser respeitados de forma a lhe proporcionar um trabalho decente, razão pela qual, cabe a cada Estado olvidar todos os esforços necessários para se adequar as suas realidades de forma a propiciar o desenvolvimento desse trabalho. Entretanto, por conta da cultura trabalhista que é encontrada nos países em desenvolvimento como é o caso do Brasil, há necessidade de se ver protegida essas garantias mínimas de proteção ao trabalhador, sob pena de se caracterizar formas de trabalho que não se equiparem às condições de um trabalho decente.

Por conseguinte, concordamos com uma compreensão mais ampla do conceito de "trabalho decente", envolvendo este as ocupações e a criação de postos de trabalho que possuam qualidade aceitável, garantido que o trabalhador não seja exposto aos riscos no ambiente de trabalho e que isto não venha a comprometer sua saúde moral, social e fisiológica. O trabalhador não pode ficar exposto aos riscos de produtos perigosos ou a uma atividade insalubre, as atividades devem ser adequadas ao empregado, proporcionando-lhe qualidade de vida digna. Por isso, deve ser garantido ao trabalhador o desenvolvimento do seu trabalho em um ambiente sustentável que lhe dê a garantia de uma vida digna. Incluindo a ideia de que o trabalhador, por sua atividade, contribui de modo eficaz para o bem-estar geral, enquadrando um modelo integral de justiça social, interdependente e inerente ao conjunto de direitos humanos e, por fim, comprometido com a dignidade da pessoa humana.

Para a OIT deve-se garantir a melhoria do meio ambiente de trabalho, a proteção da saúde do trabalhador, a criação de ambientes favoráveis aos negócios e à criação de emprego, a racionalização das burocracias para facilitar que trabalhadores possam desenvolver atividades empreendedoras no setor formal, entre outros.

Com relação ao trabalho produtivo, ela incentiva à política de emprego mediante a formação profissional como é a lição espelhada na Convenção nº 142 sobre o "Desenvolvimento dos Recursos Humanos", de 1975 (ALENCAR, 1990). A OIT promove programas e discussões que propõem enfrentar o problema do emprego, da desocupação e da pobreza, de modo integrado, sempre com a participação tripartite dos atores sociais (governos, empregadores e empregados).

Infelizmente, a capacidade dos países em desenvolvimento para compensar o declínio da participação dos rendimentos do trabalho por meio de tributação progressiva é mais limitada do que no caso das economias avançadas. Portanto, é essencial reforçar as instituições do mercado de trabalho, a fim de melhorar a distribuição de renda entre capital e trabalho. Isto pode ser alcançado, facilitando o diálogo entre empregadores e trabalhadores, reforçando as leis trabalhistas e

normas trabalhistas básicas, e garantindo a construção de uma rede de proteção social bem concebida para garantir uma melhor distribuição de renda nos países em desenvolvimento, ou pelo menos de forma mais equilibrada.

Faz-se *mister*, estabelecer as bases para a chamada “ocupação produtiva” como um modo de afirmar a autonomia e valor do trabalhador diante da sociedade: ele deve ser reconhecido, primeiramente, não como objeto de tutela, mas como protagonista do bem da sociedade. Assim, percebe-se que a atividade laboral resulta, deste modo, para o trabalhador, em reconhecimento social e auto-respeito.

### **3. Discussões sobre sustentabilidade e trabalho decente**

As discussões sobre desenvolvimento sustentável ganham visibilidade e se intensificam no cenário mundial com o agravamento dos problemas ambientais, como por exemplo, a evidente perda da biodiversidade, os riscos crescentes de acidentes nucleares, as preocupações com a preservação de mananciais, o aquecimento global, entre outros. Essas inquietações trouxeram como decorrência mais significativa à ideia de favorecer um tipo de desenvolvimento sustentável.

O caminho para as discussões sobre desenvolvimento sustentável é aberto a partir de 1983, quando a Assembleia Geral da ONU, criou uma comissão independente com o objetivo de elaborar propostas inovadoras e realistas para harmonizar a ideia de meio ambiente e desenvolvimento. A partir dessas discussões, difundiu-se a ideia de desenvolvimento sustentável definido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades” (LEIS, 2004; 102).

Para Leis (2004) associadas à dimensão mais geral da compreensão de desenvolvimento sustentável, incorporaram-se outras três dimensões: 1) a sustentabilidade ambiental do desenvolvimento, neste sentido relaciona-se à base física do processo produtivo e da vida social, envolvendo a conservação dos estoques naturais e a proteção dos ecossistemas naturais; 2) a sustentabilidade social do desenvolvimento que refere-se à qualidade de vida das populações (educação, cultura, saúde, lazer, etc.); e por fim 3) a sustentabilidade econômica do desenvolvimento, deste modo, o favorecimento de um crescimento econômico contínuo sem, entretanto, consolidar-se em bases predatórias, isso significa, garantir a riqueza e eliminar a pobreza, implementando investimentos que propiciem a mudança do modelo produtivo vigente em busca de tecnologias mais aperfeiçoadas e apropriadas.

Relacionado à ideia da sustentabilidade social do desenvolvimento as discussões sobre desenvolvimento sustentável convergem para o campo das relações de trabalho. Como destacamos, o trabalho sustentável é aquele que preserva a vida e o bem-estar do trabalhador, não comprometendo sua integridade física e psíquica, prevenindo as situações de vulnerabilidade, fomentando a preservação das circunstâncias materiais e sociais da atividade laboral em longo prazo. As discussões sobre trabalho sustentável entram em destaque no Brasil a partir do final do século XX, particularmente da década de 1990, quando a ideia de desenvolvi-

mento sustentável foi tornando-se um dos termos mais utilizados para se definir um novo modelo de desenvolvimento.

Neste sentido, o trabalho sustentável é também uma fonte de preocupações da OIT e de seus programas que buscam a melhoria do meio ambiente e a proteção da saúde do trabalhador. A OIT se empenha em promover a adesão aos princípios das convenções nº 155 sobre a “seguridade e saúde dos trabalhadores” e a convenção nº 161 sobre os “serviços de saúde no trabalho” e ainda da convenção nº 102, sobre a “seguridade social”.

Para Rosso e Cardoso (2013) o trabalho sem qualidade é totalmente “insustentável”, tanto do ponto de vista dos indivíduos quanto de suas famílias, como das próprias empresas e a sociedade como um todo. A qualidade do trabalho e do emprego é essencial para a construção de um crescimento inclusivo e sustentável e se constitui como um dos elementos que contribuiria para esse crescimento com a construção de ambientes de trabalho capazes não apenas de atrair os trabalhadores, mas, sobretudo, de mantê-los em seus empregos, protegendo-os e, ao mesmo tempo, garantindo a saúde dos trabalhadores e a produtividade das empresas.

Portanto, o trabalho sustentável aparece como uma alternativa de absorção da mão de obra urbana diante da incapacidade dinâmica da ordem capitalista para absorver trabalhadores como mão de obra assalariada; e está assentado também na preocupação de melhoria das condições de vida e estímulo a ampla participação de segmentos, como poder público, empresários, sindicatos, universidades e representantes das comunidades.

Constatamos que existe uma realidade premente de demanda não só de melhora das relações de trabalho, e mesmo de vida dos trabalhadores, mas também como de permanência das empresas no mercado atual. Essa demanda exige o investimento na constituição de empresas sustentáveis, inclusive para a garantia das condições necessárias para atender aos princípios estabelecidos pela agenda do trabalho decente, o que só poderá ocorrer com a participação de todos os envolvidos no processo, principalmente trabalhadores, empregadores e entidades sindicais.

No contexto atual, a elevada taxa de desemprego e os processos de precarização do trabalho levaram os sindicatos a colocarem a temática do emprego e as condições de trabalho como uma de suas preocupações centrais. No Brasil, o problema ganha destaque principalmente a partir dos anos 1990, passando a fazer parte da pauta de reivindicações sindicais, dando início a uma nova fase do sindicalismo brasileiro. Essa preocupação se justifica porque, de acordo com Cardoso (1998), foi voltado para o trabalhador do setor industrial e com carteira de trabalho que os sindicatos ganharam crescente relevância no Brasil, particularmente após os anos 1950.

No Brasil, a luta por melhores condições de trabalho, a afirmação dos direitos e resgate da dignidade da classe trabalhadora revitalizou o movimento sindical no final dos anos 1970 e início dos anos 1980. O movimento sindical nesse período ganha força interpelando, principalmente, as péssimas condições de tra-

balho e as relações autoritárias dentro e fora do local de trabalho. O movimento sindical manifestava o desejo de igualdade e de justiça no espaço público. Esses movimentos deram visibilidade e legitimidade à luta pelos direitos, sufocada anteriormente por um longo período de ditadura militar (NEVES, 1998; ANTUNES, 2000).

A partir dos anos 1990, observam-se vários indícios de alteração na atuação sindical. A redução da quantidade de greves realizadas, a queda da taxa de sindicalização e a maior fragilidade das negociações coletivas apontam para um quadro sindical muito distinto daquele expresso até o final dos anos 1980.

O modelo flexível de relações de trabalho enfraqueceu e colocou um ponto de interrogação no papel dos sindicatos; e, induziu a uma crise estrutural das instituições representantes de classe. A crise do sistema capitalista de produção levou à demissão de grande contingente de trabalhadores. Utilizando-se do clima de incerteza de manutenção do emprego entre os trabalhadores, as empresas serviram-se disso para aumentar o controle social por meio da ameaça direta de novas demissões e para intensificar o rendimento da mão-de-obra (HIRATA, 2002). A diminuição da classe operária industrial tradicional, a heterogeneização do trabalho, retratada na incorporação do contingente feminino no mundo operário, e a intensificação da subproletarização presente nas formas de trabalho parcial, precário, subcontratado, terceirizado, questionam a raiz do sindicalismo tradicional e levam à queda das taxas de sindicalização.

Para Antunes (2000; 2002), o decréscimo nas taxas de sindicalização, na intensidade que tem ocorrido nas últimas décadas, não encontra similar em nenhum momento da história sindical do pós-guerra. Outro fator protuberante na crise sindical é encontrado no fosso entre trabalhadores estáveis e precarizados. O aumento do abismo social, que marca a sociedade dual no capitalismo avançado, reduz o poder sindical historicamente vinculado aos trabalhadores estáveis e até o momento tem se demonstrado incapaz de incorporar os trabalhadores parciais, temporários, precários, informais etc.

Tem-se configurado dentro do sindicalismo a intensificação de uma tendência neocorporativista, que procura preservar os interesses do operariado estável em contrapartida aos outros trabalhadores. Tal perspectiva tem ganhado sustentação dentro de um grande equívoco construído em termos conceituais, que é o de denominar de não-classe e não-trabalhadores um segmento importante de trabalhadores que vêm se configurando no interior do mundo do trabalho. O mundo do trabalho hoje deve incluir não só os trabalhadores estáveis, mas os precarizados e, naturalmente, os que estão desempregados pela vigência da lógica destrutiva do capital (ANTUNES; 2000, 2002).

O processo de reestruturação produtiva repete as experiências dos países desenvolvidos no que diz respeito aos modos de intensificação e exploração do trabalho e à redução de direitos conquistados pelos trabalhadores. A situação atual aponta para uma gradativa precarização e fragilização da organização coletiva dos trabalhadores. As entidades sindicais de representação dos trabalhadores encontram dificuldades para lidar com a destruição dos direitos, com o enorme contingente de desempregados, com heterogeneização, fragmentação e com-

plexificação da força de trabalho, bem como a expansão de formas atípicas de relações de trabalho, em uma situação muito diversa da anterior (SANTANA e RAMALHO, 2003; ANTUNES, 2000, 2002).

Dentro deste contexto, os sindicatos mudaram também sua pauta de reivindicações. Para Antunes (2000), o que tem predominado é o chamado sindicalismo de participação. Para o autor, nessa nova forma de organização dos trabalhadores o que tem prevalecido é: participar de tudo..., desde que não questione o mercado, a legitimidade do lucro, o que e para quem se produz, a lógica da produtividade, a sacra propriedade privada, enfim, os elementos básicos do complexo movente do capital (ANTUNES; 2000:150).

Os sindicatos no Brasil, não estavam preparados para lidar com o afastamento do modelo tradicional de emprego. O contexto do processo de terceirização, onde se percebe o declínio do número de empregos, tem fragilizado a resposta organizada dos trabalhadores, e o movimento sindical vem enfrentado grandes dificuldades de reagir e procurar conter, ainda que parcialmente, a perda de postos de trabalho (SANTANA e RAMALHO, 2003). Neste sentido, os sindicatos, que até meados dos anos 1980, mantinham suas discussões em torno das questões salariais, a partir do final daquela década e mais acentuadamente nos anos 1990 passam a discutir outros aspectos como jornada de trabalho, terceirização, reestruturação produtiva, e, posteriormente, questões ainda de maior abrangência, tais como, desenvolvimento regional, preservação ambiental, apoio a micro, pequenas e médias empresas, qualidade de vida, entre outros. O pano de fundo dessas discussões é a geração e manutenção de postos de trabalho.

Ressaltam-se que esses pontos estão em consonância com as discussões sobre trabalho sustentável. O trabalho sustentável aparece como uma alternativa de absorção da mão de obra urbana diante da incapacidade dinâmica da ordem capitalista para absorver trabalhadores como mão de obra assalariada, e está assentado também na preocupação de melhoria das condições de vida e estímulo a ampla participação de segmentos, como poder público, empresários, sindicatos, universidades e representantes das comunidades.

Do ponto de vista do empregador a noção de trabalho sustentável está relacionada também à necessidade de que a empresa precisa ser sustentável para ser competitiva no mercado já que o termo sustentabilidade tem uma noção que vai desde a empresa conseguir ser gerida de modo a se manter, assim como de dar condições de trabalho sustentável aos seus empregados de forma que realmente o trabalho tenha condições de atender às necessidades do mínimo necessário para que o empregado consiga ter dignidade.

Assim uma empresa sustentável do ponto de vista da relação de trabalho representa que a mesma tem condições de ser competitiva no mercado de trabalho, assim como, de dar um trabalho digno a seus empregados, mantendo a condição do trabalho assalariado, porém, garantindo-lhe um trabalho digno, que o sustente assim como toda sua família e que lhe garanta todas as condições necessárias a um trabalho decente.

#### 4. Conclusão

A partir das discussões impetradas é possível observar que a questão da sustentabilidade atualmente se apresenta como um fator decisivo para a manutenção das empresas, pois só sendo uma empresa sustentável terá ela condições de se manter no mercado competitivo atual, porém, devido às questões econômicas que vem afetando o Brasil e o mundo nas últimas décadas, as empresas muitas vezes acabam por dissimular um trabalho sustentável, focando apenas nas questões ambientais, e quanto aos demais aspectos dessa relação simplesmente acabam negligenciando os princípios maiores do trabalho decente de forma a atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família, na condição de que ele é o gestor da família.

Dessa forma, o trabalho decente deve ser entendido como condição mínima para o desenvolvimento social e respeito ao trabalhador como peça primeira a se atender aos princípios de desenvolvimento empresarial nos seus diversos aspectos, quer econômico, social, humano e ético.

Diante de tal contexto há necessidade para se atender a uma empresa sustentável e ao mesmo tempo se atender aos princípios de que se tenha um trabalho digno, que haja uma convergência no sentido de entrelaçar a produtividade da empresa à necessidade de seus empregados, não cabendo, porém, tal discussão somente aos empregados e empregadores, pois diante do quadro econômico que hoje se apresenta, há necessidade da participação de outros atores sociais, como é o caso dos movimentos sindicais, e, principalmente do Estado de forma a atender não só a necessidade das empresas, mas ainda garantir a proteção social adequada do trabalhador, e, por consequência de sua família, de forma que o trabalho sustentável seja viável, possível e realizável.

Somente mediante ações concretas e com foco na sustentabilidade é possível se resgatar a qualidade e extinguir a precarização do trabalho de forma a conjugar os princípios maiores da constituição e das normas internacionais previstas na OIT, que seria a máxima a ser alcançada.

## REFERÊNCIA

ACORDO CÂMARA DO GRANDE ABC. Diadema, 1997, mimeo.

AFONSO, Luís Eduardo; PEREDA, Paula Carvalho; GIAMBIAGI, Fabio; FRANCO, Samuel. Salário mínimo como instrumento de combate à pobreza. *Economia Aplicada*, v. 15, n. 4, 2011, pp. 559-593

ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. SANTOS, José Vicente dos (Colab.). *Direitos Humanos: instrumentos internacionais, documentos diversos, índice*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1990.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. Cortez, Campinas, São Paulo: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2000.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho. Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. **São Paulo: SP**, Boitempo Editorial, 6ª Edição, 2002.

AWAD, Fahd. *O princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. Passo Fundo: Justiça do Direito, 2006. v. 20.

BAGNASCO, Arnaldo. Desenvolvimento regional, sociedade local e economia difusa. *In: COCCO, Giuseppe; URANI, André; e GALVÃO, Alexandrer Patez*. *Empresários e empregos nos novos territórios produtivos: o caso da Terceira Itália*. Rio de Janeiro: DP&A, 1999, pgs. 33-44.

BARROS JUNIOR, C. M. As reformas necessárias na legislação trabalhista na perspectiva das novas diretrizes da OIT (Organização Internacional do Trabalho). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 67, n. 4, out/dez 2001 (Disponível:

BÍCHIR, Renata Mirandola. **O Bolsa Família na berlinda? Os desafios atuais dos programas de transferência de renda**. *Novos estud. - CEBRAP* [online]. 2010, n.87, pp. 115-129.

CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. A difícil negociação do emprego em diversos espaços de ação sindical. *In: CARVALHO NETO, Antonio Moreira de e CARVALHO, Ricardo Augusto Alves de (Orgs.)*. *Sindicalismo e negociação coletiva nos anos 90*. Belo Horizonte: IRT – Instituto de relações de Trabalho da OUC Minas, 1998, pgs. 235-254.

CARVALHO NETO, Antonio Moreira de. *A negociação coletiva como expressão das relações de trabalho: estudo do caso brasileiro de 1992 a 1998*. Belo Horizonte: CEPEAD/ Universidade Federal de Minas Gerais, Tese de Doutorado em Administração, 1999

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e cidadania. 2 ed. Reform.. **São Paulo: Moderna, 2004. Coleção Polêmica.**

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 14 ed. São Paulo: LTR, 2015.

DRUCK, Graça. FRANCO, Tânia. Terceirização e precarização: vulnerabilidade da prevenção e fragilização sindical. *In*:: DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

FRANCO, Augusto de. Porque precisamos de desenvolvimento local integrado e sustentável\_2ª Edição. Instituto de Política, Millennium, 2000.

HIRATA, Helena. Nova Divisão Sexual do Trabalho? Um olhar voltado para a empresa e para a sociedade. Boitempo, São Paulo. 2002.

HONNETH, Axel. Trabalho e Reconhecimento: Tentativa de uma redefinição. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. Porto Alegre, v.8, n.1, p.59, jan/abr.2008.

[http://www.mesquitabarros.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3:as-reformas-necessarias-na-legislacao-trabalhista-na-perspectiva-das-novas-diretrizes-da-it&catid=7:artigos&Itemid=3&lang=es](http://www.mesquitabarros.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3:as-reformas-necessarias-na-legislacao-trabalhista-na-perspectiva-das-novas-diretrizes-da-it&catid=7:artigos&Itemid=3&lang=es). Acesso em 04/06/2015).

LEIS, Héctor Ricardo. A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea. COSCOROBA Ediciones: CLAES - Centro Latino Americano de Ecologia Social, Montevideo, junio 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo:Saraiva, 2014.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. O que é cidadania. São Paulo: Brasiliense, Coleção Primeiros passos, 2003.

MARSHALL, T.H. Cidadania, Classe Social e Estado. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MARTINS, José de Souza. A sociedade vista do abismo: Novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais. Editora Vozes: Petrópolis, 2002.

OIT – Organização Internacional do Trabalho, Escritório Brasil. Documento GB.280/WP/SDG/1 baseado no Informe del Empleo en el Mundo 2001 da OIT - GB.280/ESP/4/1 Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/realml/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em 18 out. 2014

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ROSENFELD, Cinara e PAULI, Jandir. Para além da dicotomia entre trabalho decente e trabalho digno: reconhecimento e direitos humanos. CADERNO CRH, Salvador, v. 25, n. 65, p. 319-329, Maio/Ago. 2012.

ROSSO, Sadi Dal e CARDOSO, Ana Cláudia Moreira. Apresentação. Dossiê: trabalho: questões teóricas e práticas. Revista Sociedade e Estado - Volume 28 Número 3 Setembro/Dezembro 2013

SANTANA, Marco Aurélio e RAMALHO, José Ricardo Ramalho. Além da Fábrica: trabalhadores, sindicatos e a nova questão social. SP: Boitempo, 2003.

SANTOS, Mônica Regina dos. As comissões municipais de emprego em MG: uma arranjo neocorporativo de aprimoramento democrático? Belo Horizonte: UFMG, dissertação de Mestrado em Ciência Política, pgs. 75-109.

SINDICATO DOS METALÚRGICOS DO ABC. Renovação e reciclagem da frota de veículos. São Bernardo do Campo, 1998, mimeo.

THÉBAUD-MONY, Annie e DRUCK, Graça. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França. IN: DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. 2ª tiragem – outubro 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VADE MECUM RT. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016.

VEN, Michel Marie Le. "Trabalhadores do Brasil": história e memória. In.: ARAÚJO, José Newton Garcia de e CARRETEIRO, Teresa Cristina (Orgs.) Cenários sociais e abordagem clínica. Belo Horizonte: Editora Escuta, 2001.

# Homicídio causado por motorista embriagado: dolo ou culpa?<sup>71</sup>

**Drielly Oliveira**

Graduanda em Direito do 6º período e pesquisador discente do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Direito do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

**Matheus de Souza Solano Borges**

Graduando em Direito do 6º período e pesquisador discente do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Direito do Centro Universitário de Barra Mansa – UBM.

## RESUMO

Em um país como o nosso que tem um fluxo intenso de trânsito, um número enorme de veículos, o quantitativo dos crimes no trânsito é alto. Por isso, faz-se necessário refletir, analisar de que forma estes fatos são tratados tanto pelos nossos legisladores quanto pelos nossos julgadores. Será que o tratamento imputado ao motorista bêbado que é autor de crime de trânsito está correto? O objetivo do trabalho é discutir se o CNT e o CP contêm dispositivos eficazes, considerando a importância da vida e da saúde das vítimas e, também, a punição para os autores de tais crimes. A metodologia é o estudo da legislação e da jurisprudência sobre o tema. Os resultados esperados são os de adquirir conhecimento e entendimento sobre a aplicabilidade da Lei Penal Brasileira sobre os crimes que ocorrem no trânsito, neste país.

**Palavras-chave:** Código Nacional de Trânsito, Código Penal, Tipificação Penal

## ABSTRACT

*In a country like ours that has a heavy flow of traffic, a huge number of vehicles, the amount of crimes in traffic is high. Therefore, it is necessary to reflect, to analyze how these facts are treated both by our legislators as by our judges. Does the treatment attributed to the drunk driver who is traffic crime author is correct? The research aim is to discuss the CNT and the CP contains effective devices, considering the importance of life and health of the victims and also the punishment for the perpetrators of such crimes. The methodology is the study of legislation and case law on the subject. The intent results are to gain knowledge and understanding of the applicability of the Brazilian Criminal Law on the crimes that occur in traffic in this country.*

**Keywords:** National Traffic Code, Criminal Code, Typification of crime

## 1. Introdução

O artigo 302 do código de trânsito brasileiro, em seu primeiro e segundo parágrafo e incisos, versa sobre a aplicabilidade da lei penal em forma culposa sobre aqueles que embriagados e em posse de veículo automotor, cometem homicídio, estando elencado em seu segundo parágrafo o homicídio causado por motorista embriagado, sem que sobre esse seja feita uma maior análise sobre a

---

71 Agradecimentos especiais aos orientadores e pesquisadores do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Direito do Centro Universitário de Barra Mansa - UBM, Prof. Dr. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes e Prof. Esp. André Luís Costa, por toda contribuição e diretrizes nas discussões sobre o tema no Grupo de Pesquisa do UBM – Direitos Humanos e Fundamentais e Violência Social e Sistema Penal da Linha de Pesquisa: Direito, Cidadania e Desenvolvimento (DGP/CNPq). Pesquisa financiada pelo PIC do UBM.

responsabilidade do agente, cogitando também uma modalidade dolosa sobre sua conduta.

Observado o grande número de acidentes de trânsito que ocorrem diariamente em nosso país, muitos destes causados por motoristas irresponsáveis que tendo consciência do consumo de bebida alcoólica ou outra substância capaz de afetar suas habilidades psicomotoras, assumem a direção de seus veículos, fez-se necessário um estudo mais profundo e analítico sobre o tema, tendo em vista a alta relevância social que tal assunto tem.

O seguinte trabalho tem por objetivo trazer à luz uma compreensão de como é tratado o tema hoje pelos nossos legisladores, quais as medidas por eles tomadas e discutir se tais medidas são eficientes e se elas, no sentido puro da palavra, alcançam realmente à justiça.

A metodologia é o estudo da legislação e da jurisprudência sobre o tema no STF e bibliográfica, utilizando-se dos mais importantes doutrinadores da atualidade.

## **2. Historiando como a lei penal brasileira é aplicada aos motoristas embriagados**

Aplicabilidade da lei penal sobre os homicídios causados por motoristas embriagados se dá com a edição da lei 9.503 de 23 de setembro de 1997, Lei que instituiu o código de trânsito brasileiro, foram tirados alguns crimes que antes eram punidos no direito penal, sendo estes agora tratados pelo CTB, como crimes de trânsito.

Com o passar do tempo, houveram algumas alterações nesta lei, até que o homicídio causado por motorista embriagado, antes também tratado pelo código penal, foi incluído no CTB através da Lei 11.275, de 2006 como um inciso do parágrafo primeiro do artigo 302, sendo este revogado pela lei 11.705 de 2008, até que fosse definitivamente incluído como um segundo parágrafo deste mesmo artigo, pela lei 12.971 de 2014, trazendo apenas uma mudança em sua redação e trocando a pena anterior que era de 2(dois) a 4(quatro) anos de detenção para o mesmo período de reclusão.

Nota-se que os artigos mais importantes na punição no Código de Trânsito Brasileiro ao motorista embriagado são:

- art. 140 (Da Habilitação)
- art.161,162,163,164 (Das Infrações)
- art.174,176 (Das Infrações)
- art.177 (Das Infrações)
- art 256;257,258 (Das Penalidades)
- art.281,282 (Do julgamento das autuações e penalidades)
- art.291,292,294,295,29 (Dos crimes de transito)

- art.302 (Dos crimes em espécie)

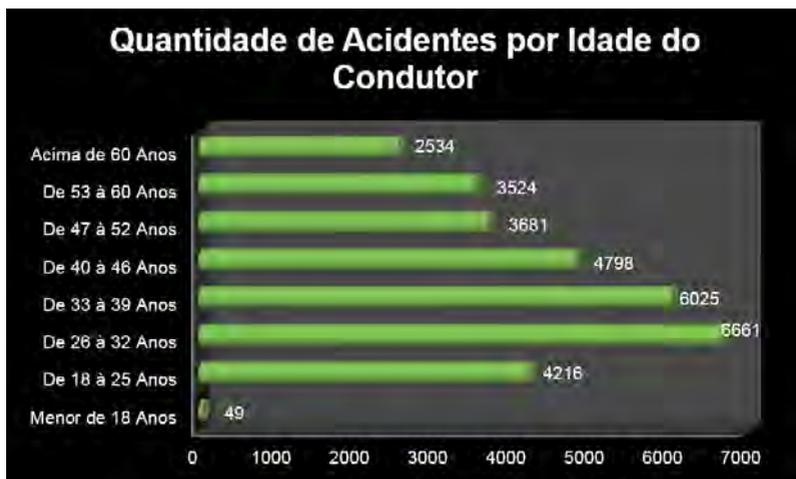
O legislador apenas querendo suprir uma grande cobrança da sociedade sobre o alto índice de acidentes causados por este crime que a todo tempo era divulgado pela mídia, trouxe novamente esta previsão dentro do artigo já existente, apenas como efeito de prestação de contas, sendo que a redação atual quase em nada se difere da imputação anterior.

### 3. Panorama da tragédia brasileira por amostra: pesquisa realizada na cidade de volta redonda no Rio de Janeiro

Os pesquisadores para comprovarem o ponto de vista compareceram na Guarda municipal de Volta Redonda e obtiveram os dados das práticas delituosas registradas no período de: 01/08/2009 à 21/01/2015. Surpreendentemente foram 31.502 condutores envolvidos: e o total de BRATs no mesmo período é de :173811.

Conforme a consolidação dos dados dos pesquisadores, o panorama na cidade de Volta Redonda (que servirá de amostra para a pesquisa) é o seguinte:

**GRÁFICO 1**



**Fonte:** Elaborado pelos próprios autores utilizando as referências indicas no artigo.

## GRÁFICO 2



**Fonte:** Elaborado pelos próprios autores utilizando as referências indicas no artigo.

Os gráficos demonstrados nos trazem á memória um problema antigo, que está vivendo seu apogeu atualmente, que são os acidentes de trânsitos, que a cada dia fazem inúmeras vítimas, sejam elas fatais ou não. No primeiro, vem descrevendo em porcentagens a quantidade de acidentes não fatais, por faixa etária, sendo os dados extraídos da Guarda Municipal da cidade de Volta Redonda.

A pesquisa em questão vem sendo elaborada em cima dos motoristas embriagados que cometem acidentes de transito. Embora o percentual de menores comparados à outras idades esteja relativamente baixa, 49% é um número expressivo se analisarmos sob o ponto de que, pessoas com essas características nem se quer poderiam ter em posse um veículo automotor, e o que dirá cometer acidentes de transito.

No segundo gráfico verificamos a quantidade de acidentes de transito sob o fator Horário dos Acidentes, o maior pico de acidentes estão no horário de 12h00min as 17h59min, mas em um âmbito geral, levando em consideração para esse pico, todas as idades.

Diversas pesquisas apontam que o horário que é propício à acontecer essas ocorrências é entre 23h00min as 06h00min da manhã, por ser a hora de saída de baladas onde houve ingestão de bebidas alcoólicas e fazendo a combinação de Bebidas + Volante, cominando em acidentes.

De modo algum, está afastada a relevância dos outros horários que podem e ocorrem essas situações fatídicas, que também apresentam seus percentuais de acidentes nesses moldes discutidos anteriormente. Mas o horário enfatizado que é 23h00min as 06h00min é mais discutido por ser de comum saber que é um período onde jovens e adultos tiram para se divertir e consumir bebidas.

Portando esses gráficos servem para evidenciar a quantidade de ocorrências que por muitas das vezes não é mostrada e nem discutida, e principalmente mostrar que embora em número menor se comparado aos outros, o acidente por menores é sim grande e está cada vez subindo, deixando de serem apenas estatísticas isoladas para se tornar algo expressivo e preocupante.

#### **4. Argumentos favoráveis e desfavoráveis quanto à imputação dolosa nas práticas criminosas causadas pela embriaguez ao volante**

O CTB estabelece que a habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão e são poucos os requisitos exigidos para a obtenção dessa licença.

E podemos acrescentar que no Código de Trânsito Brasileiro – CNT -, constitui-se infração de trânsito a inobservância de qualquer preceito da legislação específica, da complementar ou das resoluções do CONTRAN.

O infrator fica sujeito às penalidades e medidas administrativas indicadas em cada artigo, além das punições previstas no Capítulo XIX do CTB, mas será que a punição estabelecida no CTB é suficiente?

##### **4.1. Apresentando quadro sinóptico com os argumentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis na questão**

**QUADRO SINÓPTICO 1**

<b>Argumentos favoráveis</b>	<b>Argumentos desfavoráveis</b>
Ministro Luiz Fux entende que apenas a embriaguez preordenada é passível de dolo, assumindo assim que o agente se embebedou para praticar o crime, o que caracteriza a má-fé.	Pela ministra Carmen Lucia, foi entendido que o simples fato do motorista alcoolizado ter assumido a condução de veículo automotor, não é suficiente para imputação de crime doloso.
Damásio de Jesus traz à luz a ideia de um agente onde, motivado pela segurança de uma penalidade mais branda, mesmo agindo com vontade, é ser responsabilizado por crime culposo e, por isso, o CTB deve incluir o crime na modalidade dolosa.	Embriaguez ao volante, alegação de que, por se referir a crime de perigo abstrato, o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não cabimento. Dano Potencial. Desnecessidade. Ausência de Constrangimento ilegal. Ordem denegada.

**Fonte:** elaborado pelos autores, tendo por base as referências citadas no artigo.

No quadro Sinóptico apresentado tem argumentos a favor e contra a inserção da modalidade de dolo no Código de Trânsito Brasileiro. Os argumentos de ambas as partes se apresentam bem justificados, contudo entendemos que o dolo deve ser inserido no CTB.

A ministra Carmem Lúcia defende que na hipótese de que a conduta de pegar o volante embriagado não é um motivo para imputar o dolo, isso porque acredita que a pessoa embriagada não o faz por querer com má-fé e por isso defende que não há motivo para inserir o instituto no CTB.

Já o Ministro Luiz Fux é contundente em afirmar que existe dolo, mas na forma de embriaguez preordenada, ou seja, aquela onde o agente deseja cometer aquela infração em estado de embriaguez e assume o risco da ação (dolo eventual). Então, se embriaga para tal.

Damásio de Jesus defende que deveria a prática de embriaguez ao volante ser punida por crime doloso pela previsibilidade do fato e o risco de vida que acarreta aos terceiros que podem ser prejudicados pela prática do infrator.

## **5. Conclusão**

Nesse trabalho foram observados alguns aspectos, como o social, legal e jurisprudencial. Sobre o aspecto social, foi observado o que as pessoas comuns, de idades diversas, pensavam sobre o fato de dirigir embriagado e se elas cometiam tal ato. Foi constatado que embora maioria das pessoas cometam este crime, elas pensam que deveria haver uma melhor ponderação sobre a penalidade aplicada.

Sobre o aspecto legal, foi observada uma ineficiência do legislador ao tentar solucionar tal problema, tentando de forma paliativa corresponder ao anseio da sociedade por uma solução na busca de justiça, pelo alto nível de cometimento de mortes causadas por motoristas embriagados, isto amplamente divulgado pela mídia.

Sobre o aspecto jurisprudencial, foi observada uma grande discussão entre os ministros do STF, ainda assim sem chegada a um consenso, onde de um lado, a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha defendia a posição de que o motorista embriagado não deveria responder de forma dolosa, por entender que tal ato não justificava isso e por outro o Ministro Luiz Fux, defendendo sua posição de que é possível que tal ato, dentro de condições específicas seja julgado de forma dolosa.

Tendo este trabalho não apenas o intuito de trazer conhecimento sobre tal aplicação penal, buscamos desenvolver uma solução satisfatória para a situação narrada, tendo assim este trabalho uma função social dentro de tantas questões do meio jurídico atual.

Ora, se estamos falando de um direito que visa proteger o direito maior tutelado hoje, que é o direito a vida, não acreditamos que uma forma de decisão mais branda seja algo justo ou o mais próximo disso possível!

É necessária sim a abertura de uma possibilidade de julgamento de forma dolosa pela conduta do agente, permitindo ao julgador fazer uma análise sobre o caso concreto e buscar ali a justa forma para julgar e condenar o agente que tenha cometido tal crime, sobre tais condições.

Tal possibilidade também traria efeito repressivo na conduta da sociedade, que alarmada pela possibilidade de uma punição mais pesada, evitaria pegar no volante após uma noite de consumo de álcool, preocupação não muito pensada hoje, por ter a sensação, de forma psicológica do agente, que caso ocorra algum acidente, sua punição será branda.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Cunha de; CALHAU, Lélío Braga. **Crimes de Trânsito**. 2ª ed. rev. atual. Niterói. Ed. Impetus, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**, 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009.

### Sites importantes na pesquisa

<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/67/artigo241556-1.asp>

<http://silviomaciel.jusbrasil.com.br/artigos/121819106/acidentes-de-transito-do-lo-eventual-ou-culpa-consciente-stf-respondeu>

<http://www.conjur.com.br/2012-mar-11/embriaguez-volante-morte-transito-crime-culposo-ou-doloso>