

RESPONSABILIDADE DO ESTADO



VIII
SIACRID

SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO



ORGS.

JAIME DOMINGUES BRITO

TIAGO CAPPI JANINI

MOACYR MIGUEL DE OLIVEIRA

©2018 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Jaime Domingues Brito, Tiago Cappi Janini & Moacyr Miguel de Oliveira
(Orgs.)

Vladimir Brega Filho
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do VIII SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP - Ribeirão)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Responsabilidade do Estado / Jaime Domingues Brito, Tiago Cappi Janini & Moacyr Miguel de Oliveira, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2018. (Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-71-5

1. Responsabilidade do Estado / Jaime Domingues Brito, Tiago Cappi Janini & Moacyr Miguel de Oliveira

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Responsabilidade do Estado.
342

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

ADOÇÃO INTERNACIONAL: DO “LIMBO” FAMILIAR À INCLUSÃO DIGNA E AFETIVA	5
Danieli Aparecida Cristina LEITE Fernanda da Silva CARDOSO	
A INCONSTITUCIONALIDADE E HOMOFOBIA NA PORTARIA QUE REGULAMENTA A DOAÇÃO DE SANGUE NO BRASIL	20
Júlia Caroline Xavier dos SANTOS Danielle Regina BARTELLI	
ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	41
Fernanda Mendes Sales ALVES José Eduardo Lourenço dos SANTOS	
A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO FRENTE À SOCIEDADE DE RISCO	54
Fernanda PRADO Izabeli Mayra GASPAR	
A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO MUNICIPAL NO CONTROLE DA DESPESA COM PESSOAL	67
Mateus Tamura ARANHA	
CIDADES SUSTENTÁVEIS: O MEIO AMBIENTE URBANO COMO INTERESSE PÚBLICO A SER VELADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL	85
Isabelle Muraro GONÇALVES	
DA POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO JURÍDICA DOS HIPOSSUFICIENTES: DA CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA AO ATENDIMENTO MEDIANTE CONVÊNIOS	104
Flávia Elaine Soares FERREIRA	
DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL	119
Arthur Ramos do NASCIMENTO Wellington Henrique Rocha de LIMA	
DIREITOS DO CORPO MORTO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO À LUZ DO ACÓRDÃO 1.003.493-8 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ	137
Ana Beatriz Moura TAIOQUI	
ÉTICA ECOLÓGICA EM CRISE E SEU ENFRENTAMENTO: O PAPEL DO PRINCÍPIO	

RESPONSABILIDADE NA BUSCA PELA SUSTENTABILIDADE	153
Gabriela Lopes CIRELLI Ilton Garcia da COSTA	
EXCLUSÃO SOCIAL E BIOPOLÍTICA: DIREITO À SAÚDE E TRATAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA	168
Larissa Aparecida COSTA João Victor Mendes de OLIVEIRA	
IMPORTÂNCIA DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL PARA ALCANÇAR A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE	191
Luiza Russi DOGNANI	
MATERNIDADE E SISTEMA PRISIONAL: OS FILHOS DO CÁRCERE E A INÉRCIA ESTATAL	208
João Ricardo dos SANTOS Ana Carolina D'avanso de Oliveira CANDIDO	
O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM FACE DE DEFICIENCIA MENTAL: CONFLITOS ENTRE O CODIGO PENAL E O ESTATUTO DAPESSOA COM DEFICIÊNCIA	227
Eziléia Gabriela Miranda Souza de Araujo Cavalcanti GARGEL Fernanda de Matos Lima MADRID	
SUJEITOS DE DIRETO: A SISTEMÁTICA GERAL DO CÓDIGO CIVIL E SUA ABORDAGEM ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	239
Letícia Achilles SHIGEMATSU Jéssica Gabriela Cavichioli MARQUES	

ADOÇÃO INTERNACIONAL: DO “LIMBO” FAMILIAR À INCLUSÃO DIGNA E AFETIVA

Danieli Aparecida Cristina LEITE¹
Fernanda da Silva CARDOSO²

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar o instituto da Adoção Internacional, o qual sempre que suscitado, gera confusão quanto à sua real finalidade. Por tanto, buscou-se desmistificar seu procedimento e demonstrar os benefícios alcançados quando executado de maneira plena e idônea. Para tanto, foram utilizadas pesquisas bibliográficas, análise da legislação pertinente e demais instrumentos necessários. Durante a abordagem, pode-se observar a evolução alcançada pelo instituto e os benefícios trazidos para o menor que se encontra abandonado à espera da oportunidade de convivência familiar. Também foram demonstradas todas as exaustivas fases, desde o procedimento pré-processual, a fase judicial e os procedimentos posteriores ao trânsito em julgado que constituiu a adoção. Embora burocrático e moroso, todas as fases são essenciais para que se possa alcançar êxito e garantir a segurança do menor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família; Adoção internacional; Direito internacional.

ABSTRACT

The present work had as objective to analyze the institute of the International Adoption, which whenever raised, creates confusion as to its real purpose. Therefore, it was sought to demystify its procedure and demonstrate the benefits achieved when executed in a full and appropriate way. For this, bibliographical research, analysis of the pertinent legislation and other necessary instruments were used. During the approach, one can observe the evolution achieved by the institute and the benefits brought to the child who is abandoned waiting for the opportunity of family life. All the exhaustive phases have been demonstrated, from the pre-procedural procedure, the judicial phase and the procedures after the final decision that constituted the adoption. Although bureaucratic and time-consuming, all phases are essential if it is to succeed and to ensure the safety of the child.

KEY WORDS: Family Law; International Adoption; International Right.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a adoção internacional e visa, sobretudo, proporcionar um estudo científico sobre esta modalidade que é de notória relevância para a sociedade contemporânea. Para tanto, a pesquisa teve como início a análise de sua forma tida como excepcional, sendo a adoção em sua modalidade internacional, a qual é regida tanto pelo ordenamento nacional quanto por tratados internacionais.

-
- 1 Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestranda em Ensino pela mesma instituição. Especialista em Direito do Trabalho e em Educação Ambiental. Professora Universitária. Integrante do Grupo de Pesquisa INTERVEPES da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho. Advogada.
 - 2 Graduanda do 5º ano do curso de Direito da Unopar Campus Bandeirantes. Estagiária do Ministério Público da Comarca de Santo Antônio da Platina.

O referido instituto, ao ser abordado, desperta grande interesse, porém, logo torna-se objeto de discussão, pois, ainda que o procedimento para se concretizar seja extremamente rigoroso, por vezes acaba tendo sua finalidade desviada, na maioria das vezes para o tráfico de menores, o que gera então a divergência de opiniões quanto à sua aplicação. Por esta razão, deu-se a necessidade de realizar o presente estudo, visando esclarecer seus principais pontos e assim demonstrar os benefícios trazidos aos menores brasileiros que se encontram no “limbo” familiar, em abrigos com pouca ou nenhuma estrutura condizente ao sadio desenvolvimento.

Diante disso, a discussão estabeleceu seu foco na modalidade de adoção na qual a criança ou adolescente é de origem brasileira ou aqui reside e aqueles que pretendem adotá-la, residem no exterior, no chamado país de acolhida. Desta forma, a pesquisa fundou-se no entendimento doutrinário acerca do assunto, juntamente dos instrumentos nacionais e internacionais que regulamentam o procedimento de adoção internacional, com destaque à Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional – A Convenção de Haia.

Desta forma, para que fosse possível atingir tal objetivo, se fez necessária a realização de um estudo abrangendo inicialmente a adoção em sua modalidade nacional, a qual foi abordada no primeiro capítulo, onde foram demonstrados seus aspectos sociais e jurídicos, bem como sua evolução histórica e demais especificações atinentes a ela.

Em seguida, a pesquisa buscou estabelecer os pontos iniciais do procedimento da adoção internacional e sua relevância social, bem como a legislação pertinente, tanto nacional quanto internacional.

Por fim, foram abordadas as formas de operacionalização do referido instituto, apresentando os requisitos e procedimentos necessários para que se possa realizar a adoção internacional. Ainda neste capítulo, buscou-se fazer uma análise de tais procedimentos com a finalidade de demonstrar que estes, apesar de parecerem extremamente burocráticos, são essenciais para que se possa alcançar a efetivação do princípio da proteção integral do menor, salvaguardando-os do desvio da finalidade precípua da adoção.

A metodologia utilizada na pesquisa foi a descritiva e exploratória, sendo realizada profunda revisão bibliográfica a partir da leitura de livros das áreas de Direito de Família e Direito Internacional Privado, utilizando-se ainda de revistas especializadas, teses, artigos científicos, legislação abrangente, entre outros que se fizeram presentes no decorrer da elaboração da pesquisa.

2. ADOÇÃO INTERNACIONAL

2.1 Normas Referentes à Adoção Internacional

2.1.1 Estatuto da Criança e do Adolescente

Conforme mencionado anteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei nº 8.069/1990, é a legislação responsável por reger os procedimentos de adoção de menores de dezoito anos no Brasil, enquanto as adoções realizadas a partir desta idade são reguladas pelo Código Civil. No que tange a colocação em família substituta, o art. 19 do ECA denomina a medida como excepcional, sendo-lhe garantida a convivência comunitária e familiar. O art. 31 da referida lei trata da mesma matéria, no entanto, aborda a colocação em família substituta estrangeira e acentua que esta medida só é admissível na modalidade de adoção. (BRASIL, 1990).

O tema em questão é regulado pelo Estatuto entre os arts. 51 e 52-D. Cumpre ressaltar que, como já mencionado, no ano de 2009, com o advento da Lei nº 12.010, a denominada Lei Nacional da Adoção, diversos dispositivos do ECA sofreram alteração, entre eles, os que tratam da adoção internacional. O art. 51 do aludido dispositivo apresenta o conceito da adoção internacional, sendo “aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993”. (BRASIL, 1990).

Entre os principais mandamentos apresentados neste dispositivo destacam-se a excepcionalidade da adoção internacional, sendo que devem ser comprovados que todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira foram esgotadas; que, tratando-se de ser o adotando adolescente, este deve se manifestar a respeito da medida; terão preferência os brasileiros que residam no exterior e, que deverá haver intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal ao tratar da aludida matéria. (BRASIL, 1990).

O Estatuto traz ainda diversos outros requisitos e procedimentos a serem cumpridos para que se deem os processos de adoção internacional. Todos em consonância com a Convenção de Haia de 1993.

2.1.2 Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional

A Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, também denominada apenas como Convenção de Haia, uma vez que lá foi concluída em 1993, guiada pelos princípios da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, foi ratificada e promulgada no Brasil por meio do Decreto 3.087 em 21 de junho de 1999. (BRASIL, 1999).

A partir da década de 1960, dada a crescente realização de adoções transnacionais, diversos foram os transtornos que acompanharam essa prática. A preocupação central residia na divergência entre as legislações internas de cada país, e também, no fracasso das tentativas anteriores de regular

o instituto, ocasionando prejuízos irreparáveis aos menores envolvidos, tais como aqueles que sofreram com sequestro, ou ainda, aqueles que mesmo passando pelo devido processo legal de adoção, em razão da ausência de acordos multilaterais entre os países de origem e acolhida, não podiam usufruir dos benefícios da nova cidadania que lhes eram devidos. (LIBERATI, 2009, p. 39).

Foi então que, devido ao visível aumento das ocorrências a que eram submetidos os menores, os Estados voltaram sua atenção para a matéria, considerando, mais do que nunca, essencial a elaboração da referida Convenção. Nas palavras do ilustre diretor da “Statens Adopsjons Kontor”, Ministério da Infância e da Família da Noruega, Knut R. Steenberg, em palestra ministrada no Brasil durante o 4º encontro das Comissões de Adoção:

O propósito da Convenção é o de estabelecer um sistema de cooperação entre os países receptores “PRs” e os países de origem “POs”, de modo a minimizar os abusos, a assegurar que os interesses da criança sejam prevaletentes no processo de adoção e a garantir o reconhecimento das adoções efetivadas sob a égide da Convenção. (STEENBERG, 1997).

De modo geral, os objetivos basilares da Convenção foram direcionados a tutelar e garantir o interesse superior do infante, zelando por seu bem estar. Conforme entendimento de Luiz Carlos de Barros Figueirêdo, a Convenção “representa considerável avanço entre países, sendo instrumento hábil para coibir ou pelo menos reduzir drasticamente, os graves problemas encontrados na matéria”. (2011, p. 54).

Isto, pois, dados os complexos requisitos instituídos pela convenção, buscou-se dificultar a transferência do menor para situações que fugiam do controle das autoridades do país de origem deste.

Conforme menciona Liberati, no preâmbulo do texto convencional encontra-se mais uma vez, menção a excepcionalidade da adoção internacional, transcrita na prioridade em manter o menor em sua família natural, ou, quando da destituição do poder familiar, somente encaminhá-lo para o meio internacional após esgotadas todas as possibilidades de mantê-lo em seu país de origem. (2009, p. 42)

Destarte, os objetivos da Convenção são apresentados em seu art. 1º, conforme segue:

Artigo 1

A presente Convenção tem por objetivo:

- a) Estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais que lhe reconhece o direito internacional;
- b) Instaurar um sistema de cooperação entre os Estados Contratantes que assegure o respeito às mencionadas garantias e, em consequência, previna o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças;
- c) Assegurar o reconhecimento nos Estados Contratantes das adoções realizadas segundo a Convenção. (HAIA, 1993)

Cumprido salientar que, embora a referida convenção tenha feito grande avanço em relação a proteção do menor, a problemática concernente ao tráfico internacional de menores seguiu causando

controvérsia no cenário internacional. Foi então que em 18 de março de 1994, na cidade do México, foi promulgada a Convenção Interamericana sobre Tráfico de Menores, entrando em vigor no Brasil por meio do Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998. Nesta, foram deliberados os aspectos civis e penais do tráfico de menores, instituindo também o sistema de cooperação entre os Estados-partes. (LIBERATI, 2009, p. 54).

Desta forma, após terem sido analisados os objetivos e fundamentos do marco convencional do tema em questão, passar-se-á ao procedimento em si, abordando o rol exaustivo de requisitos a serem cumpridos para que se possa instaurar o processo judicial de transferência do menor para o país de acolhida.

3. REQUISITOS E PROCEDIMENTOS LEGAIS DA ADOÇÃO INTERNACIONAL

Neste capítulo, serão abordadas as formalidades legais necessárias para a adoção internacional, conforme rege a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme descrito no Art. 14 da referida convenção, a pessoa interessada em adotar um menor residente no exterior deve procurar a Autoridade Central de seu Estado de residência habitual para dar início ao processo de habilitação. Neste processo, serão avaliadas as condições do candidato para saber se está apto para ser adotante, dando-se então início ao processo de adoção. (HAIA, 1993)

3.1 A Autoridade Central

A Autoridade Central, instituto previsto a partir do Art. 6 da Convenção de Haia, tem por objetivo “cooperar entre si e promover a colaboração entre as autoridades competentes de seus respectivos Estados”. Assim, com base nesta definição, entende-se que a Autoridade Central é responsável por relatar as informações necessárias ao procedimento e enviá-las ao outro Estado contratante. (HAIA, 1993)

Sua atividade desempenha caráter de idoneidade ao procedimento de adoção, com a finalidade de pôr em prática o que está previsto no texto da convenção, fiscalizando os procedimentos e zelando para que a finalidade do processo não seja desviada. A Autoridade Central é quem administra a fase pré-processual e pós processual, conforme serão abordadas no decorrer do presente capítulo ao analisar os requisitos e fases do processo de adoção.

Liberati apresenta detalhado conceito do instituto e grau de relevância da atuação, conforme segue:

A Autoridade Central, é, pois, o órgão da Administração Pública encarregado de certificar a idoneidade dos atos administrativos e pré-processuais referentes à adoção. Em relação

àqueles que desejam adotar crianças ou adolescentes num Estado estrangeiro, sua atuação imprime autoridade, idoneidade, seriedade e, acima de tudo, certeza da legalidade nos procedimentos pré-processuais de informações referentes aos interessados. (LIBERATI, 2009, p. 68)

Quanto a natureza jurídica dos atos praticados pelas autoridades centrais, a doutrina demonstra divergência, pois, segundo Figueirêdo, a atuação daquela não se limita à área administrativa, tendo também função “judicialiforme”, ou seja, as deliberações emitidas têm força de decisão judicial, em virtude de sua formação ser integrada por magistrados. (FIGUEIREDO, 2011, p. 186)

Entretanto, Liberati leciona que tais atividades ficam restritas à esfera administrativa, uma vez que o procedimento realizado tem o objetivo de instruir e dar base para a instauração do processo judicial de adoção, não tendo nenhum vínculo obrigacional com a decisão a ser empregada pelo juiz natural da adoção. Portanto, tais atividades, embora sejam de grande valia, seriedade e idoneidade da Autoridade Central, não são dotadas de jurisdicionalidade. (2009, p. 70)

No tocante à organização e funcionamento da Autoridade Central, esta é classificada como “autônoma e distinta” tendo sua atuação subdividida em estadual e federal, enfatizando que são órgãos destinados a fiscalizar os processos de adoção internacional e efetivar o que foi proposto no texto convencional ratificado.

Desta forma, por meio do Decreto nº 3.174/1999, instituiu-se como Autoridade Central Federal a Secretaria de Estado dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça, e, para exercer as atividades que não coubessem especificamente à Autoridade Central Federal, nomearam-se as Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJA), instituições estas previstas no Art. 52 do ECA.

No que concerne às atribuições das Autoridades Centrais, estas são elencadas no texto da convenção no Art. 9, conforme segue:

As Autoridades Centrais tomarão todas as medidas apropriadas, seja diretamente ou com a cooperação de autoridades públicas ou outros organismos devidamente credenciados em seu Estado, em especial para:

- a) reunir, conservar e permutar informações relativas à situação da criança e dos futuros pais adotivos, na medida necessária à realização da adoção;
- b) facilitar, acompanhar e acelerar o procedimento de adoção;
- c) promover o desenvolvimento de serviços de orientação em matéria de adoção e de acompanhamento das adoções em seus respectivos Estados;
- d) permutar relatórios gerais de avaliação sobre as experiências em matéria de adoção internacional;
- e) responder, nos limites da lei do seu Estado, às solicitações justificadas de informações a respeito de uma situação particular de adoção formuladas por outras Autoridades Centrais ou por autoridades públicas.

Conforme se observa, tais objetivos podem ser alcançados por meio de cooperação entre as autoridades centrais federais e estaduais, dividindo as atribuições de cada uma de acordo com o elencado pela legislação do respectivo estado em que se situa a CEJA cooperadora.

3.2 Da Formação das Ceja's ou Cejai's

As Comissões Estaduais Judiciárias de Adoção (CEJA) ou Comissões Estaduais de Adoção Internacional (CEJAI), a nomenclatura varia de acordo com a legislação de cada estado, atuam como autoridades centrais estaduais e são responsáveis pela parte administrativa e documental dos procedimentos de adoção e tem a finalidade de salvaguardar os menores postos à disposição do meio internacional.

As atribuições e competências das autoridades centrais estão elencadas de acordo com a legislação do estado em se situa, e de modo geral, resumem-se na elaboração de laudos de estudo prévio dos candidatos, bem como rigorosa análise da legislação vigente no país de residência habitual do pretendente adotante e eventual análise de compatibilidade com a legislação nacional brasileira. (HAIA, 1993)

A partir daí, Cápua menciona que ainda poderão ser suscitados pelas CEJAI's pontos que julguem significativos, como, a exigência de complementação do laudo enviado pela autoridade central do país de acolhida, informações adicionais sobre laudos psicossociais e demais eventos que julgar necessários para que se possa afirmar com clareza e segurança a emissão do laudo de habilitação para o pretendente. (2012, p. 151)

Ainda quanto às atribuições da CEJA, cumpre mencionar que após o trânsito em julgado sentença constitutiva de adoção internacional, compete a CEJAI emitir o alvará com a autorização para a emissão de passaporte e viagem do menor, descrevendo todas as características atinentes a ele e demais requisitos mencionados na legislação. (CÁPUA, 2012, p. 153)

Quando o Brasil for o país de acolhida, caberá a CEJA que realizou o processo de habilitação dos pretendentes, comunicar a Autoridade Central Federal a respeito do trânsito em julgado da sentença do país de origem, para que aquela providencie a documentação necessária à expedição de Certificado de Naturalização Provisória para o menor que será encaminhado para esta localidade. (CÁPUA, 2012, 155)

No Brasil, o estado do Paraná instituiu a primeira CEJA do país, por meio do Decreto Judiciário nº 21, de 09 de janeiro de 1989, ratificado pelo Decreto Judiciário nº 491, de 22 de outubro de 1990 e também, pelo art. 251 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado, de 30 de dezembro de 2005.

O órgão responsável pela CEJA-PR é o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR) e, em seu *site* oficial, encontram-se arroladas as competências da referida Comissão. De modo geral, consiste em manter um cadastro unificado e atualizados de pretendentes estrangeiros e também de brasileiros que residem no exterior, bem como, cadastro dos menores que estão à disposição da

adoção e que não obtiveram êxito nas tentativas nacionais. Cabe também a emissão de laudo de habilitação que terá validade em todo o território estadual, e, no pós-adoção, a emissão do Certificado de Conformidade com Adoção Internacional, o qual demonstra que o procedimento foi realizado de acordo com as normas previstas na Convenção de Haia. (TJ-PR, 2018)

O referido órgão mantém também em seu sistema de organização, cadastro com a identificação de pretendentes declaração inidôneos pela autoridade judiciária competente. (TJ-PR, 2018). Tal registro demonstra grande relevância na prevenção do desvio de finalidade da adoção, resguardando o interesse superior do menor, que é o principal fundamento a ser seguido na concretização da adoção.

3.3 Requisitos Refentes ao Adotante

Para o interessado em adotar criança ou adolescente estrangeiro, como mencionado no tópico anterior, deve se dirigir à Autoridade Central de seu país de residência habitual, para dar início ao processo de habilitação e, posteriormente, se positivo, dar-se-á início ao processo de adoção.

Para ser considerado apto para adotar um menor brasileiro, o ECA traz os requisitos que este deve preencher, sendo, além destes mesmos exigidos para adotantes de brasileiros, alguns específicos para o estrangeiro. Seguem as exigências comuns do ECA:

- Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.
- § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.
- § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.
- § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.
- § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.
- § 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (BRASIL, 1990)

Cumpridos estes requisitos, passa-se ao requisito principal do pretendente estrangeiro, que é o relatório de habilitação emitido pela Autoridade Central do país de acolhida ao verificar que aquele está apto para adotar. Este documento contém informações relativas à identificação e capacidade jurídica do adotante, a situação pessoal, familiar e médica, a motivação e aptidão para requerer a adoção transnacional, e também, a elaboração de um perfil da criança ou adolescente a que estaria em busca. (HAIA, Art. 15, 1993)

Após o cumprimento dos requisitos e elaboração do relatório de habilitação, a Autoridade Central do país de acolhida enviará a documentação para a Autoridade Central do país de origem do

menor. (HAIA, Art. 15, 1993). Estando o pretendente em plena capacidade de adotar, passar-se-á aos requisitos estabelecidos para o menor adotando.

3.4 Requisitos Referentes ao Adotando

O menor, para ser considerado “adotável”, nas palavras de João Delciomar Gatelli, “É, portanto, sujeito da adoção, na modalidade plena ou legítima adotiva, aquele que, na condição de adotando, encontra-se em desenvolvimento, abandonado e preenche o requisito da idade previsto em lei”. Neste sentido, entende-se que, para que o menor esteja em condições de ser adotado, deve se encontrar em tais condições próximas às acima descritas. (2006, p. 33)

De modo geral, quando se dá início ao processo de adoção, já ocorreu a destituição do poder familiar dos pais biológicos do menor, com base nas razões de direito e conforme o devido processo legal. Ainda assim, pode ocorrer deste processo ainda não estar completo ou não ter tido início. Nestes casos, os pais biológicos devem ser citados para que se manifeste no processo quanto ao pedido de adoção transnacional e, nos casos em que não for possível a localização destes, o menor terá, conforme determinação do juiz, um curador especial nomeado para promover a defesa de seus interesses.

Pode haver ainda, os casos em que há consentimento dos pais biológicos em enviar o menor para a adoção, entretanto, ainda não houve a destituição do poder familiar. Neste caso, o requerente (adotante estrangeiro) deve juntar aos autos, além dos documentos básicos, a declaração de anuência da adoção, a qual deve ser elaborada nos termos do Art. 166 do ECA, conforme segue:

Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou **houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta**, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado.

§ 1º Na hipótese de concordância dos pais, o juiz:

I - na presença do Ministério Público, ouvirá as partes, devidamente assistidas por advogado ou por defensor público, para verificar sua concordância com a adoção, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, tomando por termo as declarações; e

II - declarará a extinção do poder familiar.

§ 2º O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990, grifo nosso)

Destarte, a declaração de anuência deve ser ratificada em audiência para ter plena validade, sendo possível ainda, conforme o parágrafo 5º do Art. 166 do ECA, a retratação dos pais no prazo de 10 (dez) dias, iniciando na data em que foi proferida a sentença que extinguiu o poder familiar. Insta salientar que, tal aquiescência só poderá ser efetuada após o nascimento do infante. (BRASIL, 1990)

Por fim, estando o menor apto para ser adotado e o pretendente adotante com o relatório de habilitação pronto, dar-se-á início ao processo judicial de adoção internacional.

3.5 O Processo Judicial de Adoção

Após o encerramento da fase pré-processual instaurada pela Autoridade Central, com o processo de habilitação e fase preparatória, o interessado na adoção deverá, perante a Vara da Infância e Juventude, protocolar petição contendo os requisitos padrões do Código de Processo Civil, junto de toda a sua documentação pessoal e de seu cônjuge, se for o caso, bem como o relatório de habilitação e documentação pessoal do eventual adotando. (LIBERATI, 2009, p. 111)

Não obstante os requisitos constantes do CPC, o ECA também aponta, em seu Art. 165, exigências que devem constar no requerimento, sendo:

- Art. 165. São requisitos para a concessão de pedidos de colocação em família substituta:
- I - qualificação completa do requerente e de seu eventual cônjuge, ou companheiro, com expressa anuência deste;
 - II - indicação de eventual parentesco do requerente e de seu cônjuge, ou companheiro, com a criança ou adolescente, especificando se tem ou não parente vivo;
 - III - qualificação completa da criança ou adolescente e de seus pais, se conhecidos;
 - IV - indicação do cartório onde foi inscrito nascimento, anexando, se possível, uma cópia da respectiva certidão;
 - V - declaração sobre a existência de bens, direitos ou rendimentos relativos à criança ou ao adolescente. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990)

No mesmo requerimento, devem conter ainda os fundamentos jurídicos do pedido e a indicação da criança ou adolescente que se pretende adotar. Munido desta documentação, o protocolo será realizado na Vara da Infância e Juventude do foro onde se encontra o menor.

O ECA menciona ainda que, a criança e ao adolescente serão convocados a proferir manifestação quanto ao pedido efetuado em seu favor, mediante acompanhamento de equipe interprofissional, de acordo com seu grau de compreensão e estágio de desenvolvimento. Quanto ao maior de 12 (doze) anos de idade, enuncia que lhe será solicitado consentimento acerca da adoção. Tal questionamento é realizado em audiência e sua referida outorga, ou não, é necessária para que se efetive a adoção. (BRASIL, Art. 28, 1990).

Destarte, após o recebimento da inicial, o processo segue para a fase do estágio de convivência. Este, por sua vez, é o momento em que o juiz deferirá o encontro entre o pretendente e o adotando. Esta fase é realizada no território do infante, mediante a presença e supervisão de equipe interprofissional instituída pelo judiciário. Sua duração mínima varia de acordo com a idade e desenvolvimento do adotando, podendo ser, para menores de até 2 (dois) anos de idade, um período mínimo de 15 (quinze) dias e, para aqueles com idade acima desta, o mínimo passa para 30 (trinta) dias. (LIBERATI, 2009, p. 115)

Cumprе ressaltar que, embora a Lei nº 12.010/09, Lei Nacional de Adoção, tenha alterado a redação do ECA e colocado o estágio de convivência como facultativo, tal alteração vale somente para os casos em que o adotando for menor de 1 (um) ano de idade ou para casos em que já esteja sob a guarda de fato do adotante por tempo suficiente para geração de vínculo. Portanto, para os casos de adoção internacional, a regra do estágio de convivência continua sendo obrigatória em todos os casos. (CÁPUA, Valdeci Ataíde, 2012, p.128)

É válido também demonstrar os benefícios que o estágio de convivência representa, tanto para o menor quanto para o adotante, pois, ao proporcionar o encontro e a confraternização entre ambos, possibilita o desenvolvimento do vínculo e avaliação da possível adaptação entre adotante e adotando. Tal momento permite à equipe que acompanha o estágio avaliar se há condições ou não de se prosseguir com a demanda, evitando que ocorra o envio da criança ao exterior e não haver o mínimo de chances de adaptação e, dada a irrevogabilidade da adoção, colocar a vida deste em sério risco. (CÁPUA, 2012, p.129)

Ao final do prazo estipulado pelo juiz para o estágio de convivência, a equipe que supervisionou o período emitirá relatório com o objetivo de esclarecer ao juízo a relação estabelecida, ou não, pelos interessados na ação. Após todas as deliberações necessárias, o processo segue para a fase final. (LIBERATI, 2009, p. 114)

A sentença constitutiva é o ato processual que encerra a fase jurisdicional do processo de adoção. Com ela, nasce o vínculo de filiação entre adotante e adotado, mediante mandado que será enviado ao Cartório de Registro Civil com o objetivo de cancelar e arquivar a certidão anterior. No mandado constarão as novas informações a respeito do menor e sua nova família. Dentre outras, constarão também na sentença constitutiva, as providências para a expedição de passaporte e regularização consular do menor. (LIBERATI, 2009, p. 116)

Desta forma, com o trânsito em julgado da referida sentença, o procedimento volta, mais uma vez, para a esfera administrativa, aos cuidados da Autoridade Central, que fica responsável por providenciar, em conjunto com a Autoridade Central do país de acolhida, o envio do menor, com todas as adequações necessárias, bem como a elaboração do Certificado de Conformidade da Adoção com a Convenção, o qual visa promover o devido reconhecimento e legalidade da adoção realizada. (LIBERATI, 2009, p. 115)

Por fim, após todo o procedimento preparatório, realizado pelas Autoridades Centrais, a fase do processo judicial de adoção e, a emissão do passaporte e regularização de sua situação, o menor finalmente será enviado ao país de acolhida, para usufruir de todos os direitos e garantias fundamentais que detém. Aqui, inicia-se também o procedimento de pós-adoção, que pode perdurar por no mínimo dois anos após o envio do menor ao país de acolhida, também sob responsabilidade

das Autoridades Centrais, que podem solicitar a qualquer momento, informações e relatórios sobre a situação do menor.

3.6 Efeitos da Adoção Internacional

Após finalizado o processo de adoção e transitado em julgado a sentença que a constituiu, esta se torna perfeita, alcançando sua real finalidade, qual seja a construção de vínculo de filiação.

Conforme leciona Liberati, assim que toma ciência do trânsito em julgado da sentença, o adotante constitui-se de forma oficial e sem distinção de origem, pai e/ou mãe do infante, bem como toda a relação de parentesco advinda destes, adquirindo o poder familiar e total responsabilidade atinente a ele. Tal menção se faz necessária, pois, pode ocorrer em determinados casos da sentença do país de origem não produzir os devidos efeitos no país de acolhida, situação que pode gerar imensurável malefício ao menor adotado.

Nestes casos, a adoção internacional não se concretizará, pois, não se pode retirar o infante de seu país de origem, onde goza de direitos e garantias fundamentais sem exceção, para enviá-lo à outra localidade da qual paira incerteza quanto à manutenção do princípio que rege as adoções, qual seja o do interesse superior da criança ou adolescente. Portanto, é preferível que se mantenha o menor no aguardo de nova oportunidade à correr o risco provável do desvio da finalidade. (LIBERATI, 2009, p. 118)

Ainda no tocante ao vínculo de filiação que se constitui pelo trânsito em julgado da sentença, este é irrevogável, pois, conforme mencionado, não se admite diferenciação entre aquele formado naturalmente e o adotivo. Portanto, tendo em vista que a filiação biológica é irrenunciável, e dada a ausência de distinção na origem do vínculo, estende-se a irrevogabilidade à adoção. (LIBERATI, 2009, p. 121)

Ademais, constituem-se também o exercício do poder familiar em relação ao menor, o qual deve ser exercido em igualdade pelos pais, gerando o devido vínculo de parentesco entre os demais familiares e o infante, bem como o dever dos pais no tocando aos alimentos, educação, cuidados básicos e afeto na criação.

Quanto ao direito sucessório do menor, este gozará plenamente assim como os demais herdeiros, sem distinção ou alteração na ordem sucessória, válido também para os pais, caso o menor possua algum bem material. Tal ponto tornou-se pacífico ao ser estabelecido no art. 227, §6 da CF/88 e pelo art. 20 do ECA.

Destarte, no que concerne à nacionalidade e cidadania do menor, esta será requerida pelo adotante ao serviço de imigração do país de acolhida, por meio da Autoridade Central ou equiparada, conforme manda a legislação local. (LIBERATI, 2009, p. 132)

Por fim, embora demonstre-se deveras burocrático o procedimento da adoção internacional, o mesmo se faz necessário para garantir a proteção integral do menor, evitando que este seja prejudicado ou colocado em situação de risco, podendo inclusive, leva-lo a casos de danos irreparáveis e irreversíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou demonstrado no decorrer do presente trabalho a evolução da legislação no tocante ao tema. Os menores em situação de abandono, que num primeiro momento eram considerados objetos, com o passar dos anos e das modificações legislativas conquistaram a condição de sujeitos de direito, não mais existindo diferenciação entre o menor que é adotado ou o filho legítimo.

Na modalidade de adoção internacional, pode-se observar que a Convenção sobre os Direitos da Criança foi um marco e englobou em seu texto aspectos importantes a respeito dos direitos e preservação da integridade dos menores. A criação de regulamentação eficaz, veio com a promulgação da Convenção de Haia em 1993, que instituiu as Autoridades Centrais e a forma a serem realizados os processos para que se pudesse alcançar êxito e coibir o desvio da finalidade e imposição de risco ao menor.

Pelo estudo detalhado dos processos administrativo e judicial da adoção internacional observou-se que, embora dotados de ritos e procedimentos, estes são extremamente necessários, pois, somente assim é possível garantir o mínimo de segurança ao menor que será enviado ao exterior. Desde a fase preparatória, onde o adotante será habilitado, a fase judicial onde ocorrerá o estágio de convivência e a sentença judicial, até, finalmente a fase de pós-adoção, onde serão acompanhados o desenvolvimento e adaptação do adotado.

É certo que o grande avanço no tratamento jurídico concernente ao menor abandonado conferiu-lhe tratamento de forma mais digna, obedecendo aos princípios básicos da Constituição Federal brasileira e demais legislações atinentes. Contudo, referido avanço não pode ser interrompido, vez que sabe-se o quão importante é cada novo patamar alcançado na busca pela proteção integral do infante.

Por fim, entendeu-se que a finalidade dos processos de adoção tem caráter eminentemente humanitário, buscando inserir o menor em um ambiente em que possa usufruir de cuidados básicos, convivência familiar, desenvolvimento saudável, e principalmente, um ambiente em que se sinta amado e protegido. Para tanto, seja ele mantido em sua família de origem ou inserido em família substituta, seja ela em âmbito nacional ou internacional, o que realmente importa é se o menor está sendo tratado de forma digna, dentro dos parâmetros de pessoa detentora direitos e garantias fundamentais pautados pela Constituição Federal do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 18 de setembro de 2017.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 28 de Abril de 2018.

_____. **Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional**, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm> Acesso em 28 de Abril de 2018.

_____. **Decreto nº 3.174, de 16 de Setembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3174.htm> Acesso em 30 de Abril de 2018.

CÁPUA, Valdeci Ataíde. **Adoção Internacional: Procedimentos Legais**. 1 ed. (ano 2009), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

Comissão Estadual Judiciária de Adoção do Estado do Paraná – CEJA-PR. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/infancia-e-juventude?p_p_id=36&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_33_struts_action=%2Fwiki%2Fview&p_r_p_185834411_nodeName=CONSIJ&p_r_p_185834411_title=CEJA&p_r_p_185834411_nodeId=5811821> Acesso em 30 de Abril de 2018.

Declaração Universal dos Direitos da Criança, 1959. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm> Acesso em 15 de Outubro de 2017.

DEL'OLMO, Florisbal Souza, JAEGER Jr., Augusto. **Curso de Direito Internacional Privado**, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias** [Livro Eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família** – Vol. 5. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: A Criança no Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional: a Convenção de Haia e a normativa brasileira – uniformização de procedimentos**. 1 ed. (ano 2002), 9ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

GATELLI, João Delciomar. **Adoção Internacional: Procedimentos legais utilizados pelos países do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família** – Vol. 6. 14 ed. São

Paulo: Saraiva, 2017.

JORGE, Dilce Rizzo. **Histórico E Aspectos Legais Da Adoção No Brasil**. Revista Brasileira de Enfermagem. Brasília, v. 28, n. 2, p. 3-4. Junho 1975. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71671975000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 de setembro de 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Manual de Adoção Internacional**. 1 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MACIEL, Kátia Andrade et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

Procedimentos Para Habilitação Internacional Por Brasileiros Ou Estrangeiros Residentes No Exterior Para Adoção De Uma Criança Brasileira. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/infancia-e-juventude?p_p_id=36&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_33_struts_action=%2Fwiki%2Fview&p_r_p_185834411_nodeName=CONSIJ&p_r_p_185834411_title=Ado%C3%A7%C3%A3o+internacional&p_r_p_185834411_nodeId=5811821> Acesso em 30 de Abril de 2018.

STEENBERG, Knut R. “The Hague Convention of May, 29, 1993, **On Protection Of Children And Co-operation In Respect of Intercountry Adoption**. Palestra proferida no IV Encontro de CEJAS e CEJAIS, 1997.

A INCONSTITUCIONALIDADE E HOMOFOBIA NA PORTARIA QUE REGULAMENTA A DOAÇÃO DE SANGUE NO BRASIL

Júlia Caroline Xavier dos SANTOS¹
Danielle Regina BARTELLI²

RESUMO

O preconceito é resultado da intolerância, e frequentemente embasado em argumentos sem nexos, tal qual a explicação que tenta fundamentar o artigo 64, inciso IV da Portaria 158/2016, norma que regulamenta os procedimentos hemoterápicos no Brasil. A ofensa aos direitos e garantias constitucionais impactam diretamente a sociedade, influenciando negativamente, nas situações em que este desrespeito ocorre, é necessário a análise do assunto, de modo que não haja condescendência com o retrocesso legal, nem o incentivo ao preconceito ou a homofobia. Discorrer sobre o assunto, permite o esclarecimento sobre o papel do Estado como garantidor da soberania constitucional, que proporciona a proteção aos direitos de todo cidadão, bem como a importância da influência do texto legal e da aplicação na consciência social, sendo o homossexual detentor de direitos violados na norma em questão, e assim sendo, tem o direito de requerer a proteção perante o Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Doação; Sangue; Inconstitucionalidade; Homofobia.

ABSTRACT

Prejudice is a result of intolerance, and the factors are based on arguments without any nexus, such as an explanation that attempts to substantiate Article 64, paragraph IV of Ordinance 158/2016, a rule that regulates hemotherapy procedures in Brazil. One of the constitutional rights and guarantees impact a society, influencing negatively, in the situations in which this disrespect occurs, it is necessary an analysis of the subject, so that there is no condescension with the legal retrogression, nor the incentive to the prejudice or a homophobia. To discuss the subject, to clarify the role of the State as guarantor of constitutional sovereignty, which provides protection to the rights of every citizen, as well as the importance of the influence of the legal text and the application in the social conscience, being the homosexual holder of rights violated in the norm in question, and so on, have the right to demand protection before the State.

KEYWORDS: Donation; Blood; Unconstitutionality; Homophobia;

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito apresentar a inconstitucionalidade do art. 64, IV da Portaria 158/2016, que dispõe sobre regulamento de procedimentos hemoterápicos, dispondo que:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

-
- 1 Possui graduação em Direito pela Faculdade do Norte Novo de Apucarana(2018). Tem experiência na área de Direito.
 - 2 Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/PR. Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana Londrinense e em Letras pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Autora do livro "Educação Inclusiva da Pessoa com Deficiência: o crescimento na diversidade". Professora universitária e Advogada (OAB/PR).

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;³

O preconceito e a discriminação são patologias sociais que têm sido combatidas, não fazendo sentido a este tempo para o Direito permitir que ocorra o retrocesso com a ofensa ao direito que o indivíduo tem de fazer sua escolha quanto a opção sexual, sem ter que se sentir constrangido por um ato regulamentar que o impede de exercer a cidadania e os direitos que são garantidos sob fundamentos obsoletos e não comprovados.

O artigo citado representa o preconceito, a discriminação, homofobia e o desrespeito à constituição, contendo contradição em âmbito legal e também no que diz respeito a realidade atual da sociedade brasileira. Assim sendo, o que se pretende é expor a disparidade deste inciso do ato regulamentar, apresentando os aspectos que o torna inconstitucional e inadequado, indicando a falta de necessidade da condição que é imposta.

Ideias conservadoras e ultrapassadas sobre homossexuais reforçam o preconceito, muitos são os conceitos que se estendem ao longo da história que prejudicam erroneamente determinados indivíduos, é preciso que tanto aqueles que possuem competência para impor algum ato regulamentar, como os demais indivíduos que compõem a sociedade, estejam atentos a qualquer ato inconstitucional que colida com princípios e garantias do direito, de modo que prevaleça o que é pré-disposto na constituição.

Diante do que a constituição preza e de todas as conquistas e evolução no entendimento humano acerca da compreensão da necessidade do respeito nas relações interpessoais, a observação dos fatos históricos, a análise da explicação sem fundamentos sobre o art. 64, IV da Portaria 158/16, e a exposição dos preceitos constitucionais, demonstrarão o caráter inconstitucional presente no regulamento.

2. HOMOSEXUALIDADE E O VÍRUS DO HIV/AIDS

Na década de 60 alguns grupos minoritários da sociedade, se expuseram com intuito de obter direitos sociais frente aos ideais conservadores predominantes, sendo o movimento homossexual um deles, buscando a conscientização pela igualdade, liberdade de expressão, cultura e gênero, combatendo a discriminação e os preconceitos existentes.⁴

No ano de 1980 e seguintes foi identificado e dado conhecimento do HIV/aids, tendo sido

3 BRASIL. Ministro de Estado da Saúde. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Portaria n. 158**, 4 fev. 2016, **DOU**, 5 fev. 2016. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

4 JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença**: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p.40.

detectado e associado aos homossexuais, dependentes químicos, hemofílicos e profissionais do sexo, os meios de comunicação rotularam a aids de “doença gay”, dessa maneira linhas conservadoras da sociedade viram a oportunidade de darem ênfase ao posicionamento contra o movimento homossexual que se expressava socialmente, vulgarizando com opiniões extremas ao homossexualismo e a aids, dando explicações absurdas e implacáveis para relacionar a condição homossexual ao HIV/aids.⁵

O HIV (vírus da imunodeficiência humana) é uma espécie de retrovírus que ataca o sistema imunológico, a transmissão do vírus se dá por meio da troca ou contato com fluidos corporais como o sangue, sêmen, secreções vaginais e leite da mãe infectada, não ocorrendo por meio de interações como o beijo, simples contato da pele (abraço, aperto de mãos, etc.). É o agente responsável pela Aids (síndrome da imunodeficiência adquirida), é possível ser portador do vírus HIV sem necessariamente desenvolver aids. Os indivíduos portadores da doença não morrem por causa da aids, mas por doenças oportunistas causadas pela falha no sistema imunológico que é agredido pelo vírus deixando-o vulnerável.⁶

Algumas explicações são plausíveis para a disseminação do vírus do HIV em homossexuais, como o conhecimento técnico científico, que diz que, há maior risco de contração e transmissão do vírus por meio do sexo anal “sem proteção”, por esta região estar mais suscetível a traumas devido à falta de lubrificação.

Um dos motivos que podiam fazer com que o homossexual não utilizasse preservativo é o fato de que este era entendido como meio de evitar a gravidez apenas, como os homossexuais não estavam propensos a esta probabilidade poderiam dispensar o seu uso, porém com as doenças sexualmente transmissíveis e veiculação de informações que atentam para o risco de contração dessas doenças, o uso de preservativos tornou-se indispensável a todos como meio de prevenção. Fica evidente que o comportamento homossexual não é fator para se contrair o HIV, mas sim a questão biológica do sexo anal por exemplo, prática que pode ser realizada tanto por homens como mulheres na condição passiva.

A denominação dada como “grupos de risco” significou atraso as medidas preventivas, e na conscientização da população para com os cuidados quanto a transmissão do HIV, estando todos suscetíveis ao risco, sendo assim, correto o termo “comportamento de risco” que é usado atualmente. Devido a falta de informação e a estigmatização feita para com determinados grupos,

5 TEODORESCU, Lindinalva Laurindo; TEIXEIRA, Paulo Roberto. **Histórias da aids no Brasil, v. 1: as respostas governamentais à epidemia de aids**. Brasília: Ministério da Saúde/Secretaria de Vigilância em Saúde/Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, 2015. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002355/235557POR.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

6 BRASIL. Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais Ministério da Saúde. O que é HIV. **Aids.gov**. 2017. Disponível em: < <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

permitiu-se que aqueles que não se enquadravam nestes, desconsiderassem a possibilidade de também contraírem o vírus com a mesma facilidade.

Numa escala global segundo o site do UNADS (Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS), estima-se que cerca de 56% da população geral, fora aqueles considerados população “chave”, representam os infectados pelo HIV, sendo gays e homens que fazem sexo com outros homens 12% na escala global⁷, ocorre que os denominados como grupos de risco ou a “população chave”, são os que mais se informam sobre as condições de saúde, identificando se é infectado ou não, os dados médicos e estatísticos apresentados não são realizados em dimensões reais da população pois isso é inviável, muitos não sabem se possuem o vírus ou não, além do fato de que as contaminações tem aumentado em jovens e adolescentes, tendo crescido também a incidência de contaminação em idosos, que com o aumento da expectativa de vida tem prolongado a vida sexual ativa mediante tratamentos hormonais dentre outros meios que proporcionam condições físicas e biológicas para o ato sexual.⁸

O movimento homossexual na década de 80 discutia o tema do HIV/aids e da necessidade de prevenção e não discriminação, muitos se mobilizaram pela causa, o movimento da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis (ABGLT) como exemplo realizou atos importantes no que diz respeito a prevenção das DST/HIV/aids durante décadas, enfrentando os estigmas que associaram a homossexualidade a essas doenças. O Estado tem responsabilidades no que diz respeito às questões de saúde pública bem como a proteção aos direitos, coibindo as discriminações.

A sociedade como um todo é sensível as informações que veiculam, principalmente no que diz respeito a saúde, é necessário que o Estado preze pelos direitos e garantias constitucionais, não permitindo que nos ordenamentos que regulam a sociedade existam normativas ou mesmo regulamentos que gerem a discriminação e promovam o preconceito e desigualdades como salienta o autor Carlos Bittar.

A necessidade de proteção decorre, principalmente, do fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas, ou desagradáveis, sobre as pessoas, cuidando o sistema jurídico de preservar o valor em tela, de um lado, para satisfação pessoal do interessado, mas, especialmente, para possibilitar-lhe a progressão natural e integral, em todos os setores da vida na sociedade (social, econômico, profissional, político).⁹

Ante o exposto, pretende-se esclarecer que o contexto histórico demonstra o quão precipitado e preconceituosa é a correlação feita entre a condição do homossexualismo com o vírus

7 UNAIDS. Estatísticas. **UNAIDS Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: < <http://unaids.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

8 CASSÉTTE, Júnia Brunelli. et. al.. HIV/aids em idosos: estigmas, trabalho e formação em saúde. **SciELO**. Divinópolis, MG. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rbagg/v19n5/pt_1809-9823-rbagg-19-05-00733.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

9 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 134-135.

do HIV/aids, e que os preceitos constitucionais visam garantir que deturpações não ocorram nem venham a ferir os direitos dos cidadãos, a garantia de participação social, respeito à dignidade dentre outras que se demonstram ofendidas com a discriminação feita pelo art. 64, IV da Portaria 158/2016¹⁰, que reforça o estigma de que o homossexualismo seria condição para contração do HIV.

Diante disso a Comissão Nacional de Diversidade Sexual da OAB questionou a colocação da Anvisa, requerendo que fosse alterada para ser questionado quanto ao sexo anal e não a sexualidade, o que foi negado pelo Ministério da Saúde sob a alegação de que geraria constrangimento, não se mostrando plausível nem o pedido de mudança nem a justificativa para negação do pedido, visto que, quanto ao simples questionamento do sexo anal ainda interfere numa prática sexual possível aos homossexuais, sendo importante os cuidados preventivos deste, não o ato simplesmente, quanto a explicação do constrangimento, é este argumento irrelevante visto que há outros questionamentos sobre a vida sexual que se assemelha a pergunta quanto ao sexo anal, além de representar constrangimento e ofensa real a discriminação com homossexuais.¹¹

Em Nota Técnica n.º 015/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA foi pretendido dar justificativa para o impedimento da doação de sangue de homens que mantém relações sexuais com outros homens, salientando que dentre seus atos que primam pela segurança do receptor do sangue doado, está a precaução dos critérios para ser doador de sangue das quais uma seriam as experiências sexuais, de modo que seja evitado a transmissão de doenças.

As práticas preventivas são importantes principalmente nos casos em que o possível doador não apresente sintomas, porém tenha determinado vírus que possa ser transmitido pela transfusão, dito isso, a nota ainda salienta a seguinte probabilidade da condição do candidato a doador: “[...] além da possibilidade de apresentar resultado laboratorial negativo no ato da doação mesmo sendo portadores de determinado patógeno transmissor, implicando em risco ao receptor do sangue[...]¹². Em seguida explica que o período de inaptidão de 12 meses deverá ser aplicado a todo aquele que tiver praticado relação sexual de risco, “[...] incluindo a prática sexual de indivíduos do sexo masculino com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes[...]¹³, dando a homossexualidade condição de risco específica.

10 BRASIL. Ministro de Estado da Saúde. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Portaria n. 158**, 4 fev. 2016, **DOU**, 5 fev. 2016. Disponível em: <

<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

11 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer OAB doação sangue por gay. **Conjur**. Brasília, DF, 21 set. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-doacao-sangue-gay.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2017.

12 ANVISA. Nota Técnica n.º 015/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA. Brasília. **Portal Anvisa**, 05 jul 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/330709/Nota+T%C3%A9cnica+n%C2%BA+15+de+2016/db515892-2d2e-4f49-b789-f3655dce79fb>> Acesso em: 29 jul 2017.

13 Ibidem.

A nota apresenta uma sequência de explicações sem sentido, reforçando que não seria esta determinação a única e sim apenas mais uma, justificando essa que evidentemente não ameniza a situação ou oferece qualquer relevância. Após explanar que devido ao fato de tornar a homossexualidade condição de risco, diz que não seria um ato de caráter discriminatório por se fundamentar a determinação em evidências epidemiológicas, usando como base na continuação dados informativos da Organização Mundial de Saúde (OMS) em que apresenta taxas da infecção do HIV, os quais segundo a nota “não consideram epidemia ou contexto local”, contradizendo afirmação feita anteriormente no texto sobre as evidências epidemiológicas.

O que chama a atenção em meio a ânsia de se mostrar a inaptidão do homossexual a doação de sangue por meio das exposições e explicações, é que após citar países que mantêm homossexuais permanentemente inaptos a doação de sangue, como Áustria, Alemanha, Bélgica, a mesma dispõe sobre os que tornaram mais flexível a possibilidade de aptidão dos homossexuais, e ao tratar da Austrália é mencionado que foi reduzido o prazo de cinco anos para 12 meses com uma importante ressalva que diz, “sem efeitos adversos observáveis associados à mudança”, ou seja, mesmo tendo sido uma redução considerável do período de restrição, não houve impactos negativos com relação ao número de infecções por transfusão de sangue que pudesse se relacionar ao fato da redução.¹⁴

Dentre os argumentos utilizados para se manter a inaptidão “temporária” do homossexual para a doação de sangue, a priorização da segurança do paciente receptor é uma delas e de suma importância, porém, o risco de contaminação do vírus existe ainda com a triagem e os testes laboratoriais, isso mesmo sem a doação por homossexuais, ou seja, as contaminações ocorridas com sangue infectado, teria teoricamente origem em doações que não foram feitas por homossexuais sexualmente ativos.

A Anvisa faz ainda importante assim como preocupante ressalva na nota dizendo que:

[...]. Faltam estudos e tecnologias de avaliação que possam dimensionar os riscos de doadores HSH e doadores não-HSH utilizando condutas individuais em vez de tratar conjuntos de subgrupos com níveis de risco baseados na epidemiologia do comportamento coletivo. Também nota-se a ausência de estudos ou comprovações científicas sobre as práticas sexuais de HSH consideradas seguras, por exemplo, relações monogâmicas e/ou com uso de preservativos, corroborando com a dificuldade para a prática de avaliações individuais em detrimento as avaliações coletivas baseadas em evidências epidemiológicas. Seria demasiado precipitado e não respaldado por conhecimentos científicos seguros, no estado da arte atual, uma mudança no critério de inaptidão adotado no Brasil, que está baseado nos dados epidemiológicos do grupo/coletivo, para uma adoção de avaliação individual de risco independente dos dados epidemiológicos populacionais [...].¹⁵

14 ANVISA. Nota Técnica n.º 015/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA. Brasília. **Portal Anvisa**, 05 jul. 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/330709/Nota+T%C3%A9cnica+n%C2%BA+15+de+2016/db515892-2d2e-4f49-b789-f3655dce79fb>> Acesso em: 29 jul. 2017.

15 ANVISA. Nota Técnica n.º 015/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA. Brasília. **Portal Anvisa**, 05 jul. 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/330709/Nota+T%C3%A9cnica+n%C2%BA+15+de+2016/db515892-2d2e-4f49-b789-f3655dce79fb>> Acesso em: 29 jul. 2017.

Seguinte ao exposto alega que de acordo com o explicado acha mais “eficaz” a medida adotada, e que é o aconselhado pelo Ministério da Saúde e pela Organização Mundial de Saúde. O trecho acima citado evidencia que não há fatos contundentes para afirmar que os homossexuais formam grupo de risco, a nota mostra o quão absurdo é o dispositivo ao relatar que, mesmo que o indivíduo homossexual pratique atos considerados a quais quer outra pessoa como sendo de prevenção, não seriam estes de mesma importância como o são nos casos daqueles que não estejam se relacionando sexualmente com homossexuais, ou seja, o fato de ser homossexual e ter vida sexual ativa, torna irrelevante qualquer cuidado que o mesmo tenha com sua saúde.

Com isso se pressupõe que não há se quer a realização das necessárias avaliações individuais dos possíveis doadores homossexuais, desprezando o sangue de qualquer homossexual ativo sexualmente ou de pessoa qualquer que tenha tido relação sexual com este. Desperdiçando a chance de abastecimento sanguíneo que pode salvar vidas, não realizando ao menos um dos procedimentos antes da liberação das bolsas de sangue para a transfusão, que é o resultado das amostras confirmando os testes sorológicos e de detecção de ácido nucleico viral (NAT).

Seguido desta exposição a Anvisa conclui a nota se contradizendo por completo ao declarar que “não exclui homens que fazem sexo com outros homens – homossexuais, bissexuais e outras identidades de gêneros relacionadas – de doarem sangue, desde que atendam aos requisitos de triagem clínica estabelecidos”¹⁶, não fazendo sentido visto que o texto da portaria diz expressamente que estes serão considerados inaptos para a doação de sangue por 12 meses, admitindo de certa forma que o dispositivo é dispensável.

A nota reforça a ideia de que é o preconceito que mantém o regulamento e não dados efetivamente relevantes que garantem a verdade dos fatos alegados para o impedimento, não dando ao homossexual se quer a chance de provar-se apto para a doação, sem direito a ter o exame individual, sendo considerados coletivamente, de maneira generalizada, independente dos cuidados tomados na vida particular ou condição saudável para a doação, ignorando qualquer comprovação médica de aptidão, sobrepondo questões obsoletas ligadas ao preconceito conservador que generaliza as probabilidades e dá a ideia de promiscuidade e irresponsabilidade a todos os homossexuais.

A pouca informação a respeito do HIV/aids, a muito tem deturpado a ideia a seu respeito, fazendo com que se firmem associações descabidas como é o caso dos homossexuais em relação a doença. O inciso discutido se apresenta absurdo e sem justificativa plausível, tanto que a

16 ANVISA. Nota Técnica n.º 015/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA. Brasília. **Portal Anvisa**, 05 jul. 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/330709/Nota+T%C3%A9cnica+n%C2%BA+15+de+2016/db515892-2d2e-4f49-b789-f3655dce79fb>> Acesso em: 29 jul. 2017.

manifestação da Anvisa por meio da nota analisada, se deu por meio de argumentos frágeis por vezes sem nexos em defesa da decisão regulamentar.

A intolerância sempre está em busca de meios para a repressão, Gaiarsa diz sabiamente que “[...] a maior parte de nossos desejos parece incompatível com a maior parte das normas sociais estabelecidas[...]”¹⁷. No caso dos homossexuais muitos conceitos fundado em ideias conservadoras ainda interferem diretamente na atuação destes na vida em sociedade, por vezes limitando-os como é o caso da portaria aqui discutida, José Gaiarsa alude ainda para o fato das cobranças nos padrões sociais que se impõem no psicológico das pessoas, fazendo com que por vezes o corpo e a realidade biológica das pessoas sejam reprimidas e resultem no sofrimento psicológico do próprio corpo humano que está refém do pensamento que é oprimido.

O corpo humano tem sido brutalmente maltratado pelas tradições sociais, econômicas e religiosas. Vive-se numa guerra permanente entre os desejos “do corpo” e as exigências sociais de uma presumível boa educação [...].¹⁸

Apesar da vulnerabilidade social, como mencionado, os homossexuais têm demonstrado união para a preservação e conquista de igualdade quanto a seus direitos e garantias, mas também dá-se destaque a participação na conscientização sobre o HIV/aids que tem sido uma das causas mais importantes no que diz respeito a sociedade como um todo.

[...] além das suas ações de combate à epidemia pelo HIV/aids, atualmente o movimento homossexual brasileiro vem atuando de forma expressiva para garantir os direitos humanos, o exercício da cidadania e a participação e mobilização social desse segmento populacional.¹⁹

A participação ativa na sociedade está sendo negada ao homossexual ao relaciona-lo com o HIV/aids da forma que é feita no inciso IV do art.64, impedindo que pratiquem ato de solidariedade que representa a doação de sangue, tratando os homossexuais ainda como “grupo de risco” e não fazendo uso prático do termo que diz apropriado que seria o “comportamento de risco”, Bittar menciona o impacto da consideração social do indivíduo:

No direito à honra que goza de espectro mais amplo – o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade humana. Pode ser atingida pela falsa atribuição de crime, ou pela imputação de fato ofensivo à reputação, com a alteração da posição da pessoa na coletividade, entendendo-se suscetíveis de prejudicar pessoa física e pessoa jurídica [...].²⁰

O inciso IV do art. 64 do ato regulamentar apenas reforça o estigma, ofendendo a imagem do homossexual, inferiorizando o indivíduo socialmente, reprimindo-o por meio da condição

17 GAIARSA, José A. **O que é corpo**. 7.ed. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 24.

18 GAIARSA, José A. **O que é corpo**. 7.ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.

19 BRASIL. Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde. **O movimento homossexual e a aids**. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manHSH202.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

20 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 133-134.

imposta, em que teria de manter abstinência sexual de 12 meses para poder doar sangue, além de estimular a ideia que promove o preconceito com o homossexual na consciência social, que continuaria considerando o homossexualismo condição propensa ao contágio do HIV, e não questões biológicas geradas pelo comportamento, que no caso torna qualquer indivíduo propenso ao vírus a depender de sua conduta.

3. A IMPORTÂNCIA DA DOAÇÃO DE SANGUE NO BRASIL E O COMBATE A HOMOFOBIA

O ato de doar sangue no Brasil tem sido foco de diversos programas de incentivo governamental, o sangue humano ainda não pode ser substituído, nem comercializado, sendo assim de extrema importância que a sociedade se sensibilize para tal prática solidária que caracteriza a doação de sangue.

Dados recentes indicam que por volta de apenas 1,8% da população brasileira doa sangue, a Organização Mundial de Saúde tem recomendações que atentam para a necessidade de manter a doação regular, este percentual na realidade brasileira é ainda passível de aumento útil ao atendimento das necessidades daqueles que precisam da transfusão.²¹

A carência nos bancos de sangue pode causar sérias complicações quanto aos atendimentos hospitalares, devido ao fato mencionado de que o sangue não poder ser substituído, este material humano é de extrema importância, há uma estimativa de que “no País, 3,5 milhões de pessoas realizam transfusões sanguíneas por ano. O sangue doado também é essencial para atendimentos de urgência, cirurgias de grande porte e tratamentos de doenças crônicas e cânceres”.²²

Diante das circunstâncias envolvidas na necessidade existente de se manter os estoques de sangue, e de que as doações continuem sendo feitas, são realizados incentivos para a conscientização dos doadores, para que não deixem de continuar realizando as doações. Além das propagandas e informativos feitos de maneiras variadas, o governo oferece alguns benefícios para os doadores, “uma das prioridades do Ministério da Saúde é manter os estoques de sangue abastecidos. Uma doação pode beneficiar até quatro pessoas”.²³

Como exemplo de alguns dos atos de política brasileira para incentivo a doação de sangue que podem ser citados, são o selo de empresa solidária com a vida, no qual as empresas estimulam e

21 PORTAL Brasil. Apenas 1,8% dos brasileiros são doadores de sangue. **Governo do Brasil**. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/06/apenas-1-8-dos-brasileiros-sao-doadores-de-sangue>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

22 Ibidem.

23 VALOIS, Rebeca. Ministério da Saúde lança campanha para incentivar doação regular de sangue. **Portal da Saúde**. Brasília, DF, 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/sas-noticias/28746-ministerio-da-saude-lanca-campanha-para-incentivar-doacao-regular-de-sangue>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

informam aos funcionários sobre a importância da doação de sangue e até mesmo da medula, garantindo que tenham condições de realizar tais doações²⁴. Existem situações que pode ser oferecida isenção de pagamento de taxas de inscrição em concursos públicos para provimento de cargos ou empregos públicos, efetivos ou temporários e comissionados da administração pública, dentre outros, podendo ter garantido também descontos no acesso a atrações culturais. Além dos incentivos para a doação de sangue, há também as campanhas que visam esclarecer como se dá o procedimento da doação, a fim de extinguir os mitos que causem quais quer receio na população.

Em vista de todo esforço para assegurar que continuem sendo feitas doações de sangue, e do cuidado com relação aos procedimentos cautelares que envolvem a segurança do sangue a ser utilizado em transfusões, de modo que previna a contaminação de pacientes por meio de testes para detectar patologias transmissíveis através do sangue, não há motivação plausível para dispensar a doação de alguém pela sua opção sexual apenas, a falta de sangue pode causar adiamento de tratamentos e cirurgias, a reposição dos estoques tem de ser frequente.

Não é apenas uma questão de segurança que faz com que homossexuais sejam impedidos de doar sangue, essa disposição é um desrespeito ao indivíduo que vive a realidade de ser homossexual, além de estigmatizar o gênero como sendo pessoas de comportamento sexual negligente, como diz Bittar “[...] tem a pessoa o direito de dispor de seu próprio corpo, para as diferentes finalidades da vida social normal [...]”²⁵, e não necessariamente isso será feito de maneira imprudente.

A sociedade está em constante movimento e as transformações conceituais são complexas, há várias maneiras de se relacionar, e é fato que independente do gênero e opção sexual de qualquer pessoa, que o que irá indicar se existem chances de estar mais exposta a doenças será seu comportamento e não a sexualidade em si.

A homossexualidade não é uma novidade, o comportamento sexual de uma pessoa não lhe altera a natureza de ser humana, apenas diz respeito as suas preferências sexuais, a inferiorização de pessoas por suas particularidades, seja opção sexual, cor, deficiências e outras características mais, tem sido foco de discussão por através dos séculos, a igualdade perante a lei e a proteção a dignidade da pessoa humana é primada para evitar injustiças como as causadas por atos de homofobia, ainda com todas as variáveis da realidade social com as quais o direito tem de lidar, a constituição e seus preceitos formam uma base norteadora para a elaboração de novas leis, de modo que respeitem as pessoas e suas escolhas.

24 BRASIL. Lei nº 13.289, de 20 de maio de 2016. Dispõe sobre o Selo Empresa Solidária com a Vida e dá outras providências. **Planalto**. Brasília, 20 mai. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13289.htm>. Acesso em: 5 ago. 2017.

25 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 83.

É devido aos atos que ignoram a constituição, que grupos identificados como minoritários têm se esforçado para garantir seus direitos, o autor Franco Bahia faz menção a questão da homofobia não como algo que diz respeito apenas as práticas individuais de cada pessoa, mas da responsabilidade do poder público como garantidor do cumprimento legal ou do fornecimento de maior proteção.

Não é apenas no âmbito de relações entre particulares que a homofobia aparece. No que se refere ao Poder Público, aquela pode ser percebida não apenas na omissão (do legislador federal) em criar normas de proteção (promoção de direitos). Não raras vezes ela também se mostra ativa.²⁶

Os grupos identificados como minorias existem por suas diferenças características que os distinguem de alguma maneira da população, e tendem a ser mais frágeis, além de viverem na maioria das vezes a realidade de discriminações de qualquer espécie, estes buscam por representação política que lhes garanta o acesso aos direitos que devem lhes ser inerente, mas que por algum motivo injusto não têm acesso, é diante dessa realidade que deve o Estado se posicionar como aquele que proporciona a possibilidade participativa como salienta Liliana Lyra:

[...] o Estado Democrático de Direito pressupõe um Direito participativo, pluralista e aberto [...], em que cabe ao poder público trabalhar construtivamente os princípios e as regras que constituem o ordenamento vigente, a fim de satisfazer a legalidade, que é a um só tempo segurança jurídica e certeza do Direito, como também o sentimento de justiça, decorrente de decisões adequadas aos casos concretos.²⁷

Ante a necessidade de proteção e garantia no acesso aos direitos, as ações do movimento LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) têm visado o tratamento igualitário, de modo que seja extinguido conceitos obsoletos que ofendem a dignidade daqueles que tem a sexualidade diferente da que é tida como convencional, não se trata de uma busca por tratamento privilegiado mas sim pela afirmação de direitos que possuem, mas os quais não lhes são dado acesso, como explica Lyra, “as ações afirmativas, ao adotarem medidas especiais de proteção, visam promover a ascensão de grupos e indivíduos na sociedade, até que se atinja um nível de equiparação com os demais”²⁸, e é diante dessa realidade de negação dos direitos que a autora salienta que devido a isso é necessário por vezes que hajam atos diferenciados, a fim de proporcionar o tratamento de igualdade no acesso aos direitos.

Superar essa realidade passa por uma redefinição do que deve significar o direito de igualdade. Este não significa apenas tratamento isonômico, mas também deve refletir tratamento diferenciado em certos casos. A fixação de quando se deve fazer uma ou outra coisa não há que ser feita apenas por técnicos e expertes da área [...], mas de forma com

26 JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença**: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345.

27 JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença**: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 107-108.

28 JUBILUT, *op. cit.*, p. 192.

participativa entre os afetados pelas políticas, que devem poder influenciar os centros formadores da vontade e da opinião política.²⁹

O art. 64, IV da Portaria 158/2016, é um exemplo de normativa baseada em fundamentos sem razoabilidade e que fere os direitos de participação ativa dos homossexuais, além de ofender seus direitos e garantias, de modo que condiciona sua imagem a um aspecto que não é digno sendo desmerecido perante a sociedade, Ferraz faz importante ressalva quanto ao papel do Estado dizendo que “[...] um Estado democrático de direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha ente várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que essas escolhas possam se concretizar”³⁰.

Ou seja, não basta que o Estado venha a dispor sobre os direitos, mas que este de também a garantia de que haverá a possibilidade de acesso bem como a proteção desses direitos e do seu exercício, o Estado prima pelo interesse da coletividade sobre o individual, porém não é justo que isso seja feito de maneira injustificada como afirma Bittar.³¹

A luta contra a homofobia tem se esforçado para por fim as relações feitas entre a opção sexual e qualquer tipo de doença, o preconceito causa as mais variadas consequências na vida daqueles que são homossexuais e naqueles com quem têm relação, o modo como a sociedade lida com essas pessoas é preocupante no que tange até mesmo a segurança física, o texto constitucional pouco parece valer se na vida pratica não se fizer cumprir suas garantias.

As discrepâncias do art.64. inciso IV da Portaria 158/2016 são evidentes, o inciso em questão contradiz até mesmo com a Portaria Nº 1.820/2009 do Ministério da Saúde, que diz:

Art. 4º Toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos.
Parágrafo único. É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, [...].³²

O ato regulamentar da doação de sangue reafirma a aversão homofóbica quando os impede de doar sangue sem se considerar o comportamento individual de cada homossexual, generalizando os sexualmente ativos como imprudentes, indo contra as conquistas obtidas para o tratamento igualitário, digno e justo perante a sociedade e a lei, ferindo a honra e instigando a continuidade do preconceito e da discriminação. A existência de normas com esse aspecto é uma afirmação do que diz Lyra: “há movimentos “ativos” no legislativo a tratar da homossexualidade como doença, que

29 JUBILUT, *op. cit.*, p. 342.

30 FERRAZ, Carolina Valença (coord), et. al. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.26.

31 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 115.

32 BRASIL. Ministro de Estado da Saúde. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Portaria n. 1.820**, 13 ago. 2009. Disponível em: <
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 25 ago. 2017.

buscam conter avanços já alcançados na administração pública ou no judiciário”³³, dessa forma é razoável que as minorias possam reivindicar seus direitos para que não sejam ignorados por aqueles que deveriam representa-los também.

Minorias devem poder buscar amparo no judiciário para se evitar o descumprimento da Constituição frente as maiorias. Caso não haja esse mecanismo, a “democracia” (vontade da maioria) se transforma em “ditadura da maioria”. Democracia e constitucionalismo estão em permanente tensão, de forma que a vontade da maioria não pode significar a eliminação ou impossibilidade da minoria de ter reconhecidos direitos.³⁴

Devido a natureza preconceituosa deste dispositivo há uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) 5543, apresentada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) no Supremo Tribunal Federal, na qual o relator é o ministro Edson Fachin, que declarou o dispositivo como “não justificável”, tendo os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber votado como o relator e o ministro Alexandre de Moraes, que julgou parcialmente procedente a ação, o julgamento está suspenso³⁵.

É prudente que não seja permitido o retrocesso legal, como diz Bobbio “em relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, nosso atraso já é grande tentemos não fazer com que, por causa de nossa desconfiança, de nossa indolência, de nosso ceticismo, esse atraso aumente”³⁶

A orientação sexual não deve ser critério para seleção de doadores de sangue, manter a exclusão de homossexuais sexualmente ativos ou pessoas que tenham tido relações com estes por suposta "precaução" é um disparate, o senso comum é sensível quanto a assuntos relacionados ao preconceito e a discriminação, principalmente no que diz respeito a homossexualidade, a discussão sobre o impedimento não alude a vitimização, mas propõe o fim da desvalorização irracional e opressiva, estimulando a desconfiança das pessoas quanto aos homossexuais.

4. PRECEITOS CONSTITUCIONAIS NA ANÁLISE DO ART. 64, IV DA PORTARIA Nº 158/2016

A Constituição brasileira tem características democráticas, assegurando diversos direitos e garantias que embasam os direitos fundamentais, significa a transição de um governo autoritário

33 JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença:** aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 371.

34 JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença:** aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 364.

35 BRASIL. Suspenso julgamento que discute restrições a doação de sangue por homossexuais. **STF Jus.** 25 out. 2017. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=360115>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

36 BOBBIO, Norberto (1909-2004); VERSIANI, Daniela Buccaccia (trad.); POLITO, Pietro (org.). **O terceiro ausente:** ensaios e discurso sobre a paz e a guerra. Barueri, SP: Manoele, 2009, p. 158.

para uma política de defesa a liberdade e igualdade perante a lei, de modo que o poder público tenha na essência de seus atos a primazia pelo interesse da coletividade, sem distinções particulares como fundamentação na elaboração das normas, mas sim critérios objetivos, reforçando a democracia por meio de aplicação legal, segundo Paim “a democracia é uma daquelas atividades que precisam ser praticadas em vez de simplesmente estudadas”³⁷.

A carta magna do Brasil é soberana, possuindo, portanto, hierarquia superior as leis e demais normas internas, servindo como orientadora e base para a elaboração de textos legais que regem o direito brasileiro como ressalta o autor Rizzatto Nunes:

No sistema jurídico os elementos são as normas jurídicas, e sua estrutura é formada pela hierarquia, pela coesão e pela unidade.

A hierarquia vai permitir que a norma jurídica fundamental (a Constituição Federal) determine a validade de todas as demais normas jurídicas de hierarquia inferior.

A coesão demonstra a união íntima dos elementos (princípios e normas jurídicas) com o todo (o sistema jurídico), apontando, por exemplo, para ampla harmonia e importando em coerência.³⁸

Diante de tais observações é possível estabelecer a noção do poder da influência que a Constituição brasileira possui, e que a proteção aos seus preceitos também tem caráter especial, assim sendo, as normas que forem elaboradas no contexto nacional devem se sujeitar aos princípios constitucionais.

O inciso IV do art. 64 da Portaria nº 158³⁹, demonstra completa irregularidade constitucional, desrespeitando os direitos e garantias do homossexual em participar ativamente na sociedade com ato de solidariedade, como é o da doação de sangue, discriminação está fundamentada em argumentos fracos e sem relevância plausível. O inciso em questão não se mostra razoável ao interesse coletivo em vista do constrangimento que causa aos direitos dos homossexuais, a finalidade pública de uma norma deve ter consonância com os preceitos constitucionais.

Tal dispositivo não preserva o bem-estar social quando incita o pensamento coletivo ao preconceito e discriminação contra o indivíduo pela sua opção sexual, ignorando o direito a dignidade da pessoa humana, a igualdade perante a lei, a personalidade, o direito ao respeito à honra e todas as demais garantias individuais que equilibram o coletivo.

O autor Rizzatto Nunes diz “[...] que lutar pela efetiva realização do respeito à dignidade das pessoas é mais que uma ação de boa vontade, é um dever, do qual as pessoas têm de tomar

37 PAIM, Antônio; PROTA, Leonardo; RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. **Cidadania**: o que todo cidadão precisa saber. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002, p. 131.

38 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

39 BRASIL. Ministro de Estado da Saúde. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Portaria n. 158**, 4 fev. 2016, **DOU**, 5 fev. 2016. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

consciência”⁴⁰. A dignidade é algo inerente ao ser humano, à essência das características particulares das pessoas, e a Constituição faz proteção ao direito à dignidade devido a importância que tem sob o aspecto subjetivo de cada indivíduo, não se limitando claramente ao sentimento individual, mas se estendendo à participação em sociedade, como explica Paim:

A vida urbana suscita todo um conjunto de novos valores que decorrem de uma plena explicitação da dignidade da pessoa humana em sua integralidade, isto é, compreendendo não apenas a dimensão espiritual, mas também a dimensão corpórea.⁴¹

O progresso social das normas tem sido pautado na garantia do respeito constitucional aos direitos, e que não se permitam retrocessos no âmbito legal, pois são as leis que regem os atos dos cidadãos, de modo a fazer com que a equidade seja o senso de justiça imparcial que assegure o nível de igualdade e acesso aos direitos.

Do mandamento da igualdade resulta que todas as pessoas merecem igual respeito e consideração [...] negar o mesmo tratamento jurídico constitui uma discriminação ilegítima, significa depreciar estas pessoas e as relações que elas estabelecem. É isso que o princípio da igualdade veda, na sua acepção mais elementar. Ele impõe ao Estado que haja de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. Além de uma igualdade formal, na lei e perante a lei, o Estado deve equiparar as pessoas perante a vida, ainda que minimamente, em observância a preceitos de igualdade material.⁴²

Com relação aos textos legais que estão sujeitos a hierarquia da Constituição, é importante que se dê atenção a interpretação da norma, que também estará sujeita a subordinação dos princípios constitucionais, segundo Nunes “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio[...]”⁴³, considerando essa afirmação e o inciso que propõe a discussão, nota-se que qualquer que seja a interpretação feita, não será possível observar respeito aos princípios constitucionais com os meios de tentativa de persuasão para justificar a decisão normativa.

As normas têm impacto direto na consciência social, assim sendo, não é razoável ou justo que o ato regulamentar condicione ou induza a qualquer afronta a constituição, favorecendo a ofensa a honra ao relacionar a opção sexual com determinadas doenças como é o caso em análise.

[...]. No direito à honra, a pessoa é tomada frente à sociedade, no círculo social em que se insere, em função do valor ínsito à consideração social. Daí, a violação produz reflexos na sociedade, acarretando para o lesado diminuição social, com consequências pessoais (humilhação, constrangimento, vergonha) [...]. Com efeito, sendo a honra, objetiva, mente, atributo valorativo da pessoa na sociedade (pessoa como ente social), a lesão se reflete, de imediato, na opinião pública, considerando-se perpetrável por qualquer meio possível de comunicação (escrito, verbal, sonoro).⁴⁴

40 NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

41 PAIM, Antônio; PROTA, Leonardo; RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. **Cidadania**: o que todo cidadão precisa saber. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002, p. 90.

42 FERRAZ, Carolina Valença (coord), et. al. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

43 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p.19.

44 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.134.

A norma infraconstitucional tem que estar de acordo com a Constituição em todo o processo que leva até sua aplicação, quanto ao inciso IV do art. 64 da Portaria nº 158⁴⁵, não há desde sua descrição a sua aplicabilidade maneira de ser qualificada como de acordo com os princípios constitucionais, o desrespeito a dignidade, igualdade e cidadania do homossexual é explícito, ofensivo e discriminatório, Soares diz que:

[...] a objetivação da dignidade da pessoa humana implica que os direitos fundamentais funcionem como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, que deve ser entendido em conformidade com a Constituição. Quando o operador do direito estiver diante de várias interpretações possíveis para uma norma, ele deverá optar por aquela que melhor se harmonize com a afirmação de uma vida digna.⁴⁶

Assim sendo, diante do fato de que nem mesmo o texto representa qualquer respeito a dignidade da pessoa do homossexual, tão pouco será possível que haja interpretação que preserve tal direito, Soares afirma ainda que “o princípio da dignidade da pessoa humana permite [...] reconstituir semanticamente o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização do direito justo [...]”⁴⁷. Os reflexos sociais da aplicação legal são parâmetros para a compreensão das pessoas a respeito da função da norma legal, é através disso que os indivíduos entendem o propósito da lei que foi elaborada. Bittar fala a respeito do reconhecimento da personalidade e dos direitos reconhecidos:

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, com a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.⁴⁸

A preservação da soberania da Constituição é primordial para a elaboração, interpretação e aplicação das normas legais, o inciso IV do art. 64 da Portaria nº 158, infringe a constituição e ignora sua superioridade hierárquica, e desrespeita os direitos e garantias dos homossexuais.

As regras legais visam a harmonia dos atos em sociedade, e como salienta o autor Paim “a igualdade perante a lei é uma conquista essencial da civilização”⁴⁹, desse modo através da equidade visa assegurar a todos o máximo possível de acesso ao tratamento imparcial e justo quanto ao acesso aos direitos e garantias. Bittar reforça a necessidade de proteção frente a qualificativos ofensivos explicando que, “constitui, pois, violação a esse direito a atribuição genérica de qualificativos deprimentes ou constrangedores, reprovados pelo ordenamento jurídico, em prol da

45 BRASIL, *loc. cit.*

46 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

47 SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: em busca do direito justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

48 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 1.

49 PAIM, Antônio; PROTA, Leonardo; RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. **Cidadania**: o que todo cidadão precisa saber. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002, p.18.

tranquilidade social. [...]”⁵⁰

A lei tem de dar igual acesso aos direitos de participação para os cidadãos, por meio da equidade, tornar possível a prática da cidadania sem excluir injustificadamente alguém da participação de atos da vida civil e social. Como ressalva Dallari, a cidadania é a demonstração do exercício dos direitos.

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.⁵¹

Sores diz que “[...] a inobservância de um princípio ofende não apenas um específico mandamento obrigatório, mas todo um plexo de comandos normativos. [...]”⁵², este fato expõe a necessidade de respeito às bases constitucionais que oferecem o equilíbrio normativo, que impediria colisões hierárquicas e disparates quanto as estipulações descritivas das leis. No livro *Direito à diferença*, a relevância dos preceitos constitucionais é apresentada ressaltando argumentos importantes contra o que dispõe o art. 64, IV da Portaria 158/2016, dizendo que quanto ao que dispõe as normas constitucionais “[...] essas normas oferecem, ainda que de maneira implícita, tutela constitucional a qualquer características e opções sexuais, sendo proibido que o direito infraconstitucional as trate de maneira discriminadora”.⁵³

Como norma infraconstitucional a Portaria 158/2016 da Anvisa deve estar adequada ao que precede a Constituição, a garantia de uma existência digna, de tratamento igualitário perante a lei e condições para exercer a cidadania é o básico necessário para o funcionamento do Estado e da sociedade.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se ante o exposto que há uma necessidade evidente de controle constitucional sobre as normas infraconstitucionais, pois sendo essas hierarquicamente inferiores devem ser elaboradas e aplicadas de acordo com as premissas constitucionais, respeitando os direitos e garantias já pré-estabelecidos, que mantém o equilíbrio entre proteção aos interesses individuais e coletivos. É em prol da defesa ao que preza a constituição que há a ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADIN/5543). O art. 64, inciso IV da Portaria 158/2016 se mostra inadequado em vista de todos os progressos já conquistados e dos esforços

50 BITTAR, *op. cit.*, p. 139.

51 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Cidadania e Direitos Humanos**. São Paulo Brasiliense, 1998.

52 SOARES, *op. cit.*, 2010, p. 115.

53 JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença**: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013, p.79.

ainda incentivados para o fim de quais quer preconceito ou discriminação ilegítima.

A Anvisa, entidade responsável pela regulamentação, mostrou não ter argumentos contundentes que comprovem a necessidade da medida para a eficácia da segurança do sangue doado a ser utilizado, revelando a falta de respeito aos direitos dos homossexuais ou daqueles que se relacionem sexualmente com estes, além de reforçar o preconceito com a ênfase no uso do conceito de “grupos de risco” ao invés de “comportamento de risco” no que diz respeito as condições propensas para contração de doenças transmissíveis na transfusão de sangue.

A solidariedade contida no ato da doação de sangue demonstra a contribuição do indivíduo para a área da saúde, que tem impacto direto no serviço de atendimento à população para determinados tratamentos ou situações de emergência, a quantidade de doadores é ínfima diante da quantidade de pessoas que compõe a sociedade brasileira em vista da necessidade na demanda deste material humano. Não sendo, portanto, razoável que dentre os impedimentos que visam a segurança do sangue para transfusão, seja mantido dispositivos sem fundamentos relevantes, ou que tenha natureza preconceituosa, como no caso que dá tema ao trabalho, em que estigmatiza os homossexuais, reforçando uma ideia prejudicial que relaciona a opção sexual à condição para contrair doenças, ao invés de salientar a questão comportamental, o inciso analisado arremete a conceitos ultrapassados, as doenças sexualmente transmissíveis atingem de diversas maneiras as pessoas, além de não ter estereótipo, podendo ocorrer em qualquer indivíduo independente da opção sexual.

Sendo a norma infraconstitucional, tem de respeitar a natureza de autoridade suprema contida no ordenamento constitucional, subordinando desde a elaboração a aplicação ao que a carta magna prescreve. Portanto não deve estimular o preconceito com ato que retroaja a ideia conceitual dos demais cidadãos e dos próprios homossexuais que são lesados moral e civilmente, o Estado tem o dever de corrigir as desigualdades imerecidas, de modo que não tolere normas que criam entraves desnecessários e sem ponderação.

A norma que dá tema ao presente trabalho constitui obstáculo ao exercício da cidadania do homossexual, bem como ofende a dignidade, o direito a igualdade e a soberania da Constituição brasileira, confirmando sua inconstitucionalidade em vista da inadequação legal mediante a realidade atual da sociedade.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Nota Técnica n.º 015/2016/GSTCO/GGMED/DIARE/ANVISA. Brasília. **Portal Anvisa**, 05 jul. 2016. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33840/330709/Nota+T%C3%A9cnica+n%C2%BA+15+de+2016/db515892-2d2e-4f49-b789-f3655dce79fb>> Acesso em:

29 jul. 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto (1909-2004); VERSIANI, Daniela Buccaccia (trad.); POLITO, Pietro (org.). **O terceiro ausente**: ensaios e discurso sobre a paz e a guerra. Barueri, SP: Manoele, 2009, p. 158.

BRASIL. Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde. **O movimento homossexual e a aids**. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manHSH202.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Educação, 1989.

BRASIL. Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais Ministério da Saúde. **O que é HIV**. **Aids.gov**. 2017. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.289, de 20 de maio de 2016. Dispõe sobre o Selo Empresa Solidária com a Vida e dá outras providências. **Planalto**. Brasília, 20 mai. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13289.htm>. Acesso em: 5 ago. 2017.

BRASIL. Ministro de Estado da Saúde. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. **Portaria n. 158**, 4 fev. 2016, **DOU**, 5 fev. 2016. Disponível em: <<http://portalquivos.saude.gov.br/images/pdf/2016/abril/12/PORTARIA-GM-MS-N158-2016.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

BRASIL. Ministro de Estado da Saúde. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Portaria n. 1.820**, 13 ago. 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em: 12 mar. 2017.

BRASIL. Suspendo julgamento que discute restrições a doação de sangue por homossexuais. **STF Jus**. 25 out. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=360115>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

CASSÉTTE, Júnia Brunelli. et. al.. HIV/aids em idosos: estigmas, trabalho e formação em saúde. **Scielo**. Divinópolis, MG. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbgg/v19n5/pt_1809-9823-rbgg-19-05-00733.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2017.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer OAB doação sangue por gay. **Conjur**. Brasília, DF, 21 set. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-doacao-sangue-gay.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Cidadania e Direitos Humanos**. São Paulo Brasiliense, 1998.

FERRAZ, Carolina Valença (coord), et. al. **Manual do direito homoafetivo**. São Paulo: Saraiva,

2013.

FLORENCIO, Gilbert Ronald Lopes. **Direitos da Personalidade no novo Código Civil**. São Paulo: Editora de Direito, p. 2005.

FRY, Peter; MACRAE, Edward. **O que é homossexualidade**. São Paulo: Abril Cultural: brasiliense, 1985. Disponível em: <<http://www.giesp.ffch.ufba.br/Textos%20Edward%20Digitalizados/4.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

GAIARSA, José A. **O que é corpo**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 2002.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade humana: princípio constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (coords). **Direito à diferença: aspectos institucionais e instrumentais de proteção às minorias e aos grupos vulneráveis**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é HIV**. Brasília/DF. Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das IST, do HIV/Aids e das Hepatites Virais, 23 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAIM, Antônio; PROTA, Leonardo; RODRIGUEZ, Ricardo Vélez. **Cidadania: o que todo cidadão precisa saber**. Rio de Janeiro: Expressão e cultura, 2002.

PORTAL Brasil. Apenas 1,8% dos brasileiros são doadores de sangue. **Governo do Brasil**. 14 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/06/apenas-1-8-dos-brasileiros-sao-doadores-de-sangue>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

PORTAL Brasil. Campanha promove combate à homofobia no País. **Governo do Brasil**. 10 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/07/campanha-promove-combate-a-homofobia-no-pais>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

SANTOS, Luiz A. de Castro; MORAES, Cláudia; COELHO, Vera Schattan Pereira. Os anos 80: a politização do sangue. *PHYSIS - Revista de Saúde Coletiva* Vol. 2, Número 1, 1992. **SciELO**. São Paulo, SP. 1992. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v2n1/05.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEODORESCU, Lindinalva Laurindo; TEIXEIRA, Paulo Roberto. **Histórias da aids no Brasil, v. 1: as respostas governamentais à epidemia de aids**. Brasília: Ministério da Saúde/Secretaria de

Vigilância em Saúde/Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, 2015. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002355/235557POR.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

UNAIDS. Estatísticas. **UNAIDS Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: < <http://unaid.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

UNAIDS. **Estigma e Discriminação**. Disponível em: < <http://unaid.org.br/estigma-e-discriminacao/>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

VALOIS, Rebeca. Ministério da Saúde lança campanha para incentivar doação regular de sangue. **Portal da Saúde**. Brasília, DF, 14 jun. 2017. Disponível em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/sas/sas-noticias/28746-ministerio-da-saude-lanca-campanha-para-incentivar-doacao-regular-de-sangue>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

VIZZONI, Alexandre Gomes. **Fundamentos e técnicas em banco de sangue**. São Paulo: Érica, 2015.

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A SEGURANÇA PÚBLICA: REFLEXÕES À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Fernanda Mendes Sales ALVES¹
José Eduardo Lourenço dos SANTOS²

RESUMO

A Segurança Pública é um dos principais desafios a serem enfrentados pelo Estado e pela sociedade cujo modelo de gestão das políticas tradicionais, não tem sido capazes de diminuir os fenômenos criminais, transformando o país, num dos lugares mais violentos do mundo. O Estado não cumpridor do seu papel de guardião constitucional, estabelecido no Contrato Social e omissos com as questões sociais, torna frágil sua estrutura e abala os alicerces democráticos; legitima a violência e contribui para o seu acirramento. O objetivo do estudo é refletir o modelo tradicional de segurança e pensar um novo paradigma de atuação democrática que pode ser construído no Brasil, a partir dos direitos fundamentais. O problema surgiu da necessidade de enfrentamento da violência e da criminalidade como questão de ordem social, a ser encarado pelo poder público sob o viés de proteção social. Assim, estabelecer conceitos e embasar estudos acerca desta temática, é criar um novo parâmetro de atuação na área de segurança pública. A pesquisa justificou-se pelo interesse público e pela relevância social, bem como pela necessidade de construção de uma política de segurança pública, demonstrando a omissão do Estado no incentivo e fomento de políticas voltadas à proteção da vida humana e ao exercício da cidadania. Os estudos foram embasados pelos pressupostos constitucionais e universais, perpassando pelos aspectos da dialética como contribuição crítica à análise. O método de pesquisa utilizado será o *hipotético-dedutivo*, com abordagem qualitativa e de objetivos exploratórios.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Contrato Social; Democracia; Segurança Pública.

ABSTRACT

Public Security is one of the main challenges facing the state and society whose traditional policy management model has not been able to reduce criminal phenomena, transforming the country into one of the most violent places in the world. The State not fulfilling its role of constitutional guardian, established in the Social Contract and omission with social questions, makes its structure fragile and shakes the democratic foundations; legitimizes violence and contributes to its intensification. The objective of the study is to reflect the traditional model of security and to think about a new paradigm of democratic action that can be built in Brazil, based on fundamental rights. The problem arose from the need to confront violence and crime as a social issue, to be faced by the public power under the bias of social protection. Thus, to establish concepts and base studies on this subject, is to create a new parameter of action in the area of public security. The research was justified by the public interest and social relevance, as well as by the need to build a public security

- 1 Mestranda em Teoria do Direito e do Estado - Programa de Mestrado do UNIVEM/Marília SP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM/Marília/SP. Graduada em Ciências Sociais Aplicadas - Bacharelada em Serviço Social pela Universidade de Marília - UNIMAR/Marília/SP. Integrante do Grupo de Pesquisa INPP (Intervenção do Poder Público na Vida da Pessoa) - UNIVEM - Marília SP. Pesquisadora sobre segurança pública, cidadania e controle social. Advogada.
- 2 Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Atualmente é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direito e Internet, Direito Processual Penal, Direitos Fundamentais, Derrotabilidade Normativa e Novos Direitos.

policy, demonstrating the State's omission to encourage and foster policies aimed at protecting human life and exercising citizenship. The studies were based on the constitutional and universal presuppositions, going through the aspects of the dialectic as a critical contribution to the analysis. The research method used will be the hypothetico-deductive, with a qualitative approach and exploratory objectives.

KEY WORDS: State; Social Contract; Democracy; Public Security.

INTRODUÇÃO

O presente estudo traz reflexões relativas à base constitucional e política do processo de construção da segurança humana como uma nova ordem na agenda política e social de segurança pública, que seja congruente com o Estado Democrático de Direito.

Isto significa dizer que tal política afasta-se dos paradigmas tradicionais de segurança, fundados meramente nas ideias de poder/força/violência, em desconformidade com a valorização da vida e os princípios humanos e fundamentais, cuja construção se dá pelos direitos sociais, fundamentalmente consagrados tanto pela Constituição Federal de 1988 como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, devem ser os pressupostos norteadores a alcançar na política de segurança, haja vista, a proteção de o corpo social ser um instrumento de preservação da vida e de garantias dos direitos difusos e coletivos.

Além disso, visa demonstrar que, o documento constitucional de 1988 preconizou ao longo do artigo 144, como dever do Estado à garantia da segurança pública, cabendo ao Poder Público, em cada esfera de governo - União, estados e municípios - trabalharem conjuntamente, em prol de uma segurança pública cidadã, que seja, de fato, eficaz, participativa e inclusiva, por meio de políticas públicas, que visem ao interesse coletivo e ao exercício da cidadania, assim, merece destaque o direito fundamental à Segurança.

Neste sentido, o modelo de segurança pública vigente não tem sido capaz de líder de maneira eficaz com a escaldada da violência, o que tem contribuído para o seu acirramento e desorganização social, conforme verificado na sociedade contemporaneamente.

No presente estudo, buscou-se refletir sobre a construção da segurança pública e demonstrar por meio do viés histórico e social sua relevância enquanto elemento estruturante na engrenagem social e o embate existente na relação de força indivíduo/Estado para manutenção do sistema vigente.

Perpassando pelos teóricos contratualistas Hobbes (século XVII) e Rousseau (século XVIII), na tentativa de demonstrar os aspectos fundacionais e de organização do Estado e da sociedade civil, como regramento primeiro da segurança humana e dos grupos sociais, abordou-se

de forma ilustrativa a omissão do Estado frente à resolução de questões sociais cruciais no mecanismo estruturador da sociedade, que não cumpridor do seu papel de guardião primeiro da segurança e da vida humana, abre espaço para a violência e criminalidade de toda ordem na sociedade, levando ao rompimento do acordo – pacto social – outrora estabelecido no Contrato Social e ao enfraquecimento do tecido social e dos alicerces democráticos.

Nesse viés, o objetivo deste trabalho é suscitar a reflexão em torno dessa questão, tão cara ao povo brasileiro - a segurança pública - há tempo, negligenciada pelo Poder Público, enfatizando seu caráter humano fundamental constitucional, os aspectos formais - expressamente indicados pela Constituição Federal de 1988, e materiais - sem os quais a espécie humana não viveria, ou viveria sem dignidade.

Preconizou em seu artigo 144 “*caput*” que é dever de todo a segurança pública, ou seja, o poder público sem exceção, em todas as suas esferas, municipais, estaduais e federal tem o dever de garantir a segurança pública a sociedade, que pode ser interpretada como um direito humano da população que precisa de um mínimo de dignidade para se conviver.

Dessa forma, consagrados pelo texto constitucional de 1988 e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os direitos humanos foram inseridos no nosso ordenamento jurídico com vistas a assegurar o mínimo de proteção ao cidadão, ao exercício da cidadania e a observância dos valores supremos da dignidade da pessoa humana, como escopos norteadores de toda e qualquer política pública, principalmente, as de segurança.

Ao longo do trabalho, foram demonstradas as constantes violações dos direitos humanos e os elevados índices de violência e de criminalidade, que tem submetido à sociedade viver sob o medo e a insegurança, que atinge a todos os segmentos da sociedade de maneira desenfreada; pois, presenciamos, diuturnamente, na mídia brasileira, casos de extrema violência e barbárie – tanto de criminosos – como de agentes policiais.

Busca-se a analisar a violação dos direitos humanos através de uma segurança pública tradicional e ineficiente, deixando toda a população exposta ao risco iminente de dano e/ou perigo e a mercê de criminosos de toda a espécie, observando que ordenamento constitucional contempla direito e garantias, mas é ineficaz na sua aplicação e efetividade, bem como a análise da atuação policial diante dos direitos dos cidadãos.

A metodologia de pesquisa empregada foi à bibliográfica, com abordagem crítica. O método de pesquisa utilizado foi o *hipotético-dedutivo*, com abordagem qualitativa e de objetivos exploratórios. Os estudos foram embasados pelos pressupostos constitucionais e universais, perpassando pelos aspectos da dialética como contribuição crítica à análise.

A pesquisa justificou-se pelo interesse público e pela relevância social que exerce, bem

como, pela necessidade de construção de uma política de segurança pública, demonstrando a omissão do Estado no incentivo e fomento de políticas voltadas à proteção da vida humana e ao exercício da cidadania.

Por fim, demonstrou-se que, a segurança pode ser instrumento capaz de conduzir ao progresso humano e social, assumindo uma postura crítica do Estado frente a qualquer prática que atende a sua promoção e efetividade, justificando a satisfação dos direitos fundamentais como fio condutor de justiça, igualdade e fraternidade, principalmente na construção de uma sociedade de paz.

1. SEGURANÇA: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL

Historicamente, segurança sempre foi motivo de preocupação dos povos, desde as formações sociais mais remotas, as quais se ocupavam, prioritariamente, da proteção dos grupos humanos, como primeiro requisito de sobrevivência e de manutenção da vida em um meio hostil e inóspito.

O filósofo Aristóteles (2008), também refletiu a necessidade de pensar a segurança dos cidadãos como finalidade de sobrevivência e entendeu que, o fim, ou desígnio, aos homens que apreciam viver naturalmente em liberdade, é a busca pela conservação da própria espécie e a garantia de uma vida feliz.

Assim, segurança é daquelas expressões utilizadas tão frequentemente no dia-a-dia, que parece ser desnecessário, perguntar o seu significado. Todavia, uma busca conceitual sobre o termo revelará, que, segurança, é um estado, uma qualidade ou condição de quem está livre de perigos, incertezas, assegurados de danos e/ou riscos. Situação que nada há a temer. Segurança é mais do que um simples conceito. É uma engrenagem estruturante no sistema social vigente, de controle e pacificação da sociedade, por meio dos diversos instrumentos do Estado.

Entendendo que a segurança é uma construção sócio-histórico-política de determinado contexto, e tendo como aporte teórico os contratualistas Hobbes (século XVII) Rousseau (século XVIII), os quais embasaram racionalmente a necessidade do Estado e da sociedade civil – como instrumento de legitimação de força/poder/opressão – capazes de assegurar aos indivíduos, por meio do pacto, ou seja, da “vontade geral”, expressa no Contrato Social.

Assim, a passagem do estado de natureza à sociedade civil se dá por meio de um pacto social entre os homens, os quais, renunciando à liberdade natural e à posse natural de bens, riquezas e armas concordam em transferir a um terceiro – o soberano – o poder de aplicar as leis, tornando-se autoridade política. O contrato social funda a soberania/Estado, que demonstrará sua força; por meio, da “vontade geral” dando-lhe “cumprimento” à sua razão de existir, enquanto instituição

política, cujo alcance da norma e das decisões seja o “bem comum”. (Rousseau, 2008).

No estado de natureza de Hobbessiano, onde vigorava a guerra de todos contra todos, “o homem é lobo do homem”, e seu maior temor é o da morte violenta, circunstância em que o leva a criar seus próprios instrumentos de proteção, tais como: armas e a cercar suas terras para coibir a invasão do seu território, o que não é o suficiente para protegê-lo; pois, sempre haverá alguém mais forte que o vencerá.

Neste estado, “a vida não têm garantias; a posse não tem reconhecimento e, portanto, não existe; a única lei é a do mais forte, que pode tudo quanto tenha para conquistar e conservar”. (CHAUÍ, 2000, p. 220-230).

Já o “bom selvagem” de Rousseau, vive “num estado original de felicidade” e paz constante e assim permanecem até que alguém se aproprie de um pedaço de terra e diga: “É meu”. É a divisão entre o meu e o teu, isto é, a propriedade privada, que dá origem à sociedade, correspondendo, agora, ao estado de natureza hobbesiano da guerra de todos contra todos.

Depreende-se, a partir, de então, que, a necessidade de *segurança* somente é motivo de preocupação quando há o despertar à noção de propriedade privada, base fundadora da sociedade civil e, conseqüentemente, o surgimento do Estado, por meio do contrato social, conforme se verifica na belíssima passagem da Origem Das Desigualdades entre os Homens, o Estado surge como consequência do pacto social, deixando bastante evidente as bases fundantes da sociedade civil.

O primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: “Isto é meu” e encontrou pessoas bastantes simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinatos, misérias e horrores não teriam sido poupados ao gênero humano àquele que, arrancando as estacas ou tapando o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Não escutem esse impostor! Vocês estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!”. (ROUSSEAU, 199, p. 57).

Está necessidade de se viver em sociedade para proteger a vida, surge junto com o nascimento da propriedade privada, pois com esta há a origem da desigualdade entre os homens, origem do perigo, da necessidade, com a propriedade privada inicia-se a opressão, o direito do mais forte, a imposição de vontade de quem tem a propriedade sobre quem não tem.

Zeni e Reckziegel (2009, p. 344), asseveram que para formação das “sociedades civilizadas foi necessário um choque de interesses particulares”, cujo “acordo entre esses particulares que as mantem possíveis”. Porquanto, a vontade geral se dirige para o bem do ser que quer, e a vontade particular sempre tem por objetivo o bem privado, enquanto que a “*vontade geral*” se dirige ao *interesse comum*, somente está última é, ou deve ser o verdadeiro motor do corpo social”, ensina (ROUSSEAU, 2008).

Ou seja, são os interesses antagônicos que fazem surgir os conflitos sociais, porque os bens

da natureza não são o suficiente para a satisfação de todos os seres humanos, surgindo, assim, o Direito como instrumento regulador da via social.

À luz dessas considerações, Hobbes, dirá, que:

A segurança do povo não deve ser obtida mediante um cuidado com os súditos individualmente, no sentido de defendê-los contra as ofensas sempre que eles se queixam, mas por meio de uma providência geral, contida em instrução pública, quer de doutrina quer de exemplo, e da elaboração e execução de boas leis, que os indivíduos possam aplicar em seus casos peculiares. (HOBBS, p. 262, 2014).

Portanto, é no meio social que o Direito surge e desenvolve-se para a consecução dos objetivos buscados pela sociedade, como, por exemplo, a manutenção da paz, da ordem, da segurança e do bem-estar comum; de modo, a tornar possível a convivência e o progresso social.

Assim, com processo de evolução e de adaptação ao meio social, o homem é levado a criar um mecanismo de regulação social entre os indivíduos; que os faça por temor à punição, cumprir pactos, regras e leis. A formação histórica do Estado e a força reguladora do Direito.

2 O DIREITO À SEGURANÇA COMO DIREITO SOCIAL

No Estado Democrático de Direito, a segurança pública é considerado um direito humano³ fundamental⁴, cuja construção pelos valores humanos e sociais⁵, consagrados tanto pela Constituição Federal de 1988 como pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, devem ser os pressupostos norteadores da política de segurança, haja vista, ser um instrumento de preservação da vida humana de garantias dos direitos difusos e coletivos.

À medida que a sociedade evolui e segue o seu curso de evolução e desenvolvimento, a construção da segurança pública pelo viés social se faz necessário; pois, deve acompanhar a evolução da sociedade e ser desenvolvida na sociedade e para a sociedade, priorizando, a vida humana, em primeiro lugar.

A sociedade de risco é, em contraste com todas as espécies anteriores (incluindo a sociedade industrial), marcada fundamentalmente por uma carência: pela impossibilidade de imputar externamente as situações de perigo. À diferença de todas as culturas e fases de desenvolvimento social anteriores, que se viam confrontadas a ameaças das mais variadas formas, atualmente a sociedade vê, ao lidar com os riscos, confrontada consigo mesma. Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressões de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a autogeração das condições sociais de vida torna-se problema e tema (de início, negativamente, na demanda pelo afastamento dos perigos). Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigos já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para a

3 Art. 3º. “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade, e a *segurança* pessoal”.

4 Os direitos fundamentais de segunda dimensão constituem-se em direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembra-los da razão de ser que os ampara e estimula.

5 Art. 6º. São direitos sociais [...] a segurança.

autotransformação e para a autodestruição das condições de reprodução de toda a vida neste planeta. (BECK, 2011, p. 275).

É relevante observar, que, desde os anos de 1990, o Brasil tem sido cenário de acirrada contrarreforma do Estado e os direitos sociais, conquistados na Constituição Federal de 1988, tem sido objeto de desmonte e redimensionamento pelo Poder Público.

Assim, evidenciando-se, que a segurança pública se constrói de diferentes formas e suas expressões conceituais alinhavam-se de acordo com os interesses políticos de determinado contexto sócio – histórico, ensina Santos (2011), que:

A segurança já foi considerada no âmbito individual, inserida no bojo da primeira onda de direitos humanos – direitos de liberdade ou liberdades públicas -, tendo como titular a pessoa individualmente considerada e representava o direito de resistir e de opor-se ao Estado, obrigando-o a uma competência negativa. Contemporaneamente, segurança contextualiza-se na denominada terceira geração de direitos – os direitos de fraternidade -, que consagram o princípio da solidariedade e visam à proteção de direitos difusos e coletivos, e por isso transcendem a esfera do indivíduo, entre os quais está o direito à paz. Assim, ontem: segurança individual e hoje: segurança pública [...]. (SANTOS, 2011, p. 04).

Dessa forma, a segurança pública elevada ao patamar dos direitos humanos e fundamentais, os quais são indispensáveis como regra norteadora das decisões políticas de segurança deve “assegurar ao indivíduo uma convivência harmônica e igualitária para com os seus pares, numa situação de respeito mútuo e tratamento fraterno”, ensinam (POZZOLI; SILVA, 2015, p. 998).

Neste sentido, a partir da década de 1980, com o processo de globalização em curso no Brasil, a segurança pública tem ganhado novos contornos e frente ao (re)alinhamento e (re)definição do modo de produção capitalista vigente na sociedade pós-moderna, fazendo com que ajustado aos pressupostos neoliberais de “força avassaladora” (Agostini, 2010, p. 62), a relação cidadão/Estado, se modifique, ganhando novo enfoque.

É por meio da negligencia e omissão do Estado Poder Público na garantia de direitos conquistados e na elaboração de políticas públicas sociais, que as contradições sociais se acirram gerando mais violência e criminalidade; parcela significativa da população é deixada à margem da sociedade e o Estado é chamado a intervir nas expressões das questões sociais – por meio da força policial – para “amenizar” os conflitos oriundos da má gestão do Poder Público.

Neste cenário, ganha força a “militarização de nossas vidas e, especialmente, a militarização das populações pobres, negras e periféricas”, o que tem sido a tônica e dado contorno às decisões políticas na área de segurança pública na atualidade. (COUTO, 2018).

Passados mais de 20 anos da redemocratização do país, não temos, no Brasil, ainda, uma política pública de segurança cidadã, cujo objetivo, de fato, seja a proteção das pessoas e da sociedade como um todo. Assistimos diariamente nas mídias brasileiras notícias de ações policiais,

que culminaram em graves violações aos direitos humanos e de vidas inocentes ceifadas.

Estudos realizados pela Anistia Internacional no Brasil mostrou, que o Brasil é um dos países onde mais se mata no planeta e destaca que “cultivamos a ideia de um país pacífico, mas convivemos com números de homicídios que superam, inclusive, situações onde existem conflitos armados e guerras”. É inadmissível que haja cerca de 56 mil vítimas de homicídios por ano, a maior parte composta por jovens, e este não seja o principal tema de debate na agenda pública nacional”, afirma Atílio Roque.

Em mesmo sentido aponta Ignácio Cano (2018), ao demonstrar que, a polícia do estado do Rio de Janeiro, é a que mais morre no país. Só em 2017 foram 134 policiais militares assassinados e para proteger a vida dos policiais, a polícia tem que matar menos, e não matar mais. Quanto mais morrem policiais, mais a polícia mata, e na tentativa de dar uma resposta “genérica”, castigam o crime, sem saber quem foi o autor da morte, gerando mais violência e conflito social.

Nas áreas dominadas por milícias e outras facções criminosas, todos estão em guerra. Operações policiais param a cidade e fecham escolas. “Não se faz operação para trocar tiro. Se faz operação para não trocar tiro. Tiro é o fracasso de uma operação”, ressalta (CANO, 2018).

Essas são situações devem ser veementemente repudiadas, principalmente, pelo compromisso de todos nós com os valores éticos e democráticos, cujo ponto de sustentação é a dignidade da pessoa humana. É na dignidade da pessoa humana, que os valores supremos da vida são firmados e necessários à “proteção dos direitos humanos pela imperiosidade da Lei, objetivam o advento” de um mundo onde todos tenham o mínimo necessário para uma existência digna e liberdade de pensar, falar, viver, e agir (POZZOLI; SILVA, 2015, p. 998).

Bernardes e Ferreira (2018, p. 37), ensinam que são nos direito fundamentais, que repousam “o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a fraternidade”, cujo condão é o de equilibrar a relação de desigualdade entre o cidadão e o Estado visando o alcance a tão almejada justiça e paz social.

Assim, no contexto social vigente, é de fácil percepção que a negligência do Estado em áreas fundamentais de manutenção da sociedade e de contenção dos conflitos sociais, tem acirrado ainda mais a violência e a criminalidade, principalmente pela ingerência do Poder Público em investimentos e política pública estruturante pelo Estado.

Carlos Alberto Baptista (2007, p. 98), assevera que “o Estado existe como necessidade imprescindível para a garantia da execução da continuidade do conjunto de práticas necessárias para a sustentação da sobrevivência”.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde a Constituição Federal representa a

vontade constitucional de realização do Estado Social, ainda não implementado – e longe de ser – em nosso país. Nossa Constituição contempla os direitos chamados de segunda e terceira dimensões, preconizando instrumentos para a sua configuração material, em explícita demonstração no sentido de que ainda não estão implementados, em razão da falta de realização da função social do Estado. (SBADELLOTTO apud FAVERO; SILVA, 2015, p. 802).

Nesta razão, a segurança pública é uma demanda social que necessita urgentemente de estruturas estatais e demais organizações da sociedade para ser efetivada. Por outro lado, a falta de intervenção e investimento do Estado em setores considerados fundamentais de desenvolvimento social sadio e equilibrado da sociedade tem levado ao acirramento da violência e da criminalidade.

Não basta, porém, tratar da segurança isoladamente, sem antes atender às questões sociais sensíveis ao campo do viver, tais como saúde, educação, trabalho, moradia; áreas fundamentalmente importantes para a pacificação da sociedade. A segurança pública isolada não resolverá as contradições sociais inerentes ao sistema capitalista, que se reconfigura a cada tempo histórico para sua própria manutenção e poder.

Para Carvalho e Silva (2011, p. 60),

As instituições ou órgãos estatais incumbidos de adotar ações voltadas para garantir a segurança da sociedade, denomina-se sistema de segurança pública, tendo como eixo político estratégico a política de segurança pública, ou seja, o conjunto de ações delineadas em planos e programas e implementos como forma de garantir a segurança individual e coletiva. (CARVALHO; SILVA, 2011, p. 60).

Percebe-se que mesmo após décadas da democratização do Brasil, as instituições de segurança ainda tem grande dificuldade de adaptação ao regime democrático⁶, não reconhecendo “na população pobre uma cidadania titular de direitos fundamentais, apenas suspeitos que, no mínimo, devem ser vigiados e disciplinados” pelo sistema.

Seguindo este raciocínio, um estudo mais aprofundado sobre o tema revelará, ainda, que segurança, é mais do que de conceito: é uma peça importante na engrenagem da estrutura social vigente, cuja finalidade é a de manutenção da ordem pública e do bem estar social⁷ (SANTOS 2011).

Entretanto, é relevante esclarecer, que:

Ordem não é um conceito neutro e sua definição operacional, em todos os níveis do processo de tomada de decisão política, envolve escolhas que refletem as estruturas políticas e ideológicas dominantes. Portanto, a noção de (des)ordem envolve julgamentos ideológicos e está sujeita a estereótipos e preconceitos sobre a condução (in)desejada de

6 No Brasil, a reconstrução da sociedade e do Estado democrático de, após 20 anos do regime autoritário, não foi suficientemente profunda para conter o arbítrio das agências responsáveis pelo controle da ordem pública. Não obstante as mudanças dos padrões emergentes de criminalidade urbana violenta, as políticas de segurança e justiça criminal formuladas e implementadas pelos governos democráticos, não diferenciam grosso modo daquelas adotadas pelo regime autoritário. A despeito dos avanços e conquistas obtidos nos últimos anos, traços do passado autoritário revelam-se resistentes às mudanças em direção ao Estado Democrático de Direito.

7 Sintomaticamente, a ideia de segurança pública encontra-se diretamente relacionada à noção de ordem pública e vale destacar que essa ideia estaria calcada na temperança movida pelo consenso social.

determinados grupos e indivíduos. (ZAVERRUCHA, 2010).

O sistema de segurança pública brasileiro é uma configuração histórica de avanços e retrocessos, que foi construído no viés ideológico de combate ao “inimigo” do Estado, característica marcadamente presente nos dias atuais.

Os modelos convencionais gestores de segurança pública, classicamente, consagrados, não conseguem mais lidar de forma eficaz com a escalada da violência e do crime, de forma a impulsionarem a necessidade de transformação mais ampla na vida social contemporânea, para dar conta da complexidade e da fragmentação da realidade social. [...] Não basta à mera transmissão de falsa sensação de segurança à sociedade por meio de reinvestimentos no atual modelo gestor reativo-repressivo – com o aumento da repressão estatal –, sem examinar mais a fundo toda a problemática dos conflitos sociais, que deve, antes de tudo, analisar macroestruturalmente fatores como a prévia omissão do Estado na garantia dos direitos fundamentais. (FÁVERO, SILVA, 2015, p. 794).

Assim, não obstante tratar-se de uma polícia improdutiva, é notório que esse modelo de segurança, além de figurar entre o mais letal e violento do mundo, reflete a reprodução das questões sociais, reforçando o estigma e o preconceito já vivido pela população das periferias e favelas brasileiras.

Ou seja, numa visão contratualista do Estado, ele como violador das próprias regras estabelecidas dá espaço para o surgimento da barbárie e do caos social e contribui para o enfraquecimento das suas instituições, deixando margem à barbárie de toda ordem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência e a criminalidade são fenômenos sociais culturalmente arraigados nas sociedades humanas desde o seu processo civilizatório, as quais se ocupavam da segurança como o primeiro requisito de preservação da vida e dos grupos sociais, em meio hostil e inóspito, razão pela qual, a segurança, é vital para o desenvolvimento sadio e equilibrado da sociedade.

Desta forma, à medida que a sociedade evolui e segue o seu curso de evolução e desenvolvimento, a construção da segurança pública pelo viés social se faz necessário; pois, deve acompanhar a evolução da sociedade e ser desenvolvida na sociedade e para a sociedade, priorizando, a vida humana, em primeiro lugar.

Todavia, tratar da segurança pública na sociedade brasileira é tarefa das mais desafiadoras, sobretudo pela forma como culturalmente foi estruturada a nossa sociedade, cujo privilégio de classes sempre foi o escopo norteador das decisões políticas. Na segurança pública não é diferente, tendo em vista seu direcionamento de assegurar proteção aos bens patrimoniais em primeiro lugar, conforme o regramento dado pelo artigo 144 da CF/1988. O que deveria ser diferente – porque a pessoa humana é sagrada, o “patrimônio” não; o que implica dizer que, ele só se justifica pela sua utilidade e função social que exerce.

Toda medida de contenção dos conflitos sociais sem antes adentrar questões cruciais de estruturação e de embate de forças antagônicas serão apenas tratamentos paliativos e ressignificadores de força e violência, seja ela estatal ou do cidadão.

A omissão do Poder Público em administrar a máquina e organizar a vida em sociedade, tem gerado conflitos sociais de toda ordem e colocado em questão sua capacidade de governabilidade e de proteger a pessoa humana, pois a crise institucional que se estabeleceu em todas as esferas do país tem refletido, sobremaneira, na segurança pública.

A ausência de políticas públicas efetivas em áreas sensíveis da sociedade – expressas pela vulnerabilidade e exclusão – tem permitido o acirramento da violência e da criminalidade, chegando ao ponto de provocar barbárie e atrocidade de toda ordem.

Com efeito, o Estado não cumpridor do seu papel de guardião da vida humana, outrora, estabelecido no Contrato Social, enfraquece os alicerces democráticos e legitima a violência e a criminalidade, contribuindo para o seu acirramento.

Assim, diante dos elevados índices de violência e de criminalidade que assolam o país e pelo medo e insegurança vivido por todos os estamentos sociais, é passado a hora do Poder Público (re)discutir a política de segurança e lançar novas perspectivas de atuação, que rompa com paradigmas tradicionais e caminhe para a construção de uma segurança pelo viés social, de preservação da vida e da paz social.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Nilo. **Ética: diálogo e compromisso**. São Paulo: FDT, 2010.

ARISTÓTELES. **Política**. 4ª. ed. São Paulo, 2001. Martin Claret. Trad. Pedro Constantini Tolens. Coleção: A Obra-Prima de cada Autor.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto; Marcia Cristina Vaz dos Santos; Windt e Livia Céspedes. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANO, Ignácio. Especialistas em segurança pública afirmam que o país deve priorizar combate à violência e a desigualdade social. Disponível em: <
<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/12/especialistas-em-seguranca-publica-afirmam-que-pais-deve-priorizar-combate-violencia.html>>. Acesso em: 14 jul.2018.

CARVALHO, Viobaldo Adelídio de. SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. **Política de segurança**

pública no Brasil: avanços, limites e desafios. Revista katalysis

CHAUÍ, Marilena. **Estado de Natureza, contrato social, Estado Civil na Filosofia de Hobbes, Lock e Rousseau**. Filosofia. Ed. Ática. São Paulo, 2000, pág. 220-230. Disponível em: <<https://moiseslima.wordpress.com/2011/10/18/estado-de-natureza-contrato-social-estado-civil-na-filosofia-de-hobbes-locke-e-rousseau/>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

COUTO, Maria Isabel. “Carta aberta à professora Alda Zaluar”. ESCUTA: Revista de Política e Cultura. Rio de Janeiro, 24 mar. 2018. Disponível em: <<https://revistaescuta.wordpress.com/2018/03/24/carta-aberta-a-professora-alba-zaluar/>>. Acesso em: 11 de jul. 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas. 10 de dez. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaracao-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 10 de jul. 2018.

FÁVERO, Vanessa Rui. SILVA, Letícia Emanuelli Cruz. **O Estado Democrático de Direito Brasileiro e o vigente modelo gestor da segurança pública nacional: por uma melhor operacionalização do sistema**. In: 1º. SIMPÓSIO: CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO, 11 e 12, 2015. Revista Eletrônica do Direito, v. 1. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/1simposioconst>>. Acesso em: 10 de jul. 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. Rosina D’Angina. 1ª. ed. São Paulo: Martin Claret, 2014. (p. 226).

POZZOLI, Lafayette; SILVA, Paulo Alessandro Padilha de Oliveira. **Dignidade da Pessoa Humana e Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho – Paradigmas atuais**. In: 1º. SIMPÓSIO: CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO, 11 e 12, 2015. Revista Eletrônica do Direito, v. 1. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/1simposioconst>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

OLIVERIA, Jorge Rubem Folea de. **O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social?** Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/324/odireitocomomeio.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

ROQUE, Atílio. Anistia Internacional destaca crise da Segurança Pública no Brasil. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/anistia-internacional-destaca-crise-da-seguranca-publica-brasil/>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A Origem das Desigualdades entre os Homens**. 7ª. ed. São Paulo: Escala, sd.. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal, p. 57.

_____. **O Contrato Social**. 2ª. ed. São Paulo: Escala, 2008. Col. Grandes Obras do Pensamento Universal, p. 139.

SANTOS, Larissa L. Villas Boas. **O princípio da Igualdade**. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039.
Acesso em: 11 jul. 2018.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO FRENTE À SOCIEDADE DE RISCO

Fernanda PRADO¹
Izabeli Mayra GASPAR²

RESUMO

O presente estudo objetiva demonstrar a importância da efetivação dos princípios da precaução e da preservação ambientais para uma real proteção do meio ambiente. Por meio do método dedutivo, faz um breve retrospecto histórico sobre a legislação ambiental internacional. Em seguida, destaca as principais normas nacionais. Depois, analisa a sociedade de risco e conceitua os princípios da precaução e da prevenção. Por fim, destaca a importância do Estado na adoção de medidas que concretizem os citados princípios.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente equilibrado; Sociedade de risco; Princípio da precaução; Princípio da prevenção; Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate the effectiveness' importance of the principles of environmental precaution and preservation for a real protection of the environment. Through the deductive method, it gives a brief history about international environmental legislation. Then, it highlights the main national standards. It analyzes the society of risk and it conceptualizes the principles of precaution and prevention. Lastly, it emphasizes the importance of the State in adopting measures that implement these principles.

KEY WORDS: Balanced environment; Society of risk; Precautionary principle; Principle of prevention; Responsibility of the State.

1 INTRODUÇÃO

A intervenção desmedida do homem no meio ambiente gerou um desequilíbrio ambiental atualmente enfrentado pela humanidade. Este período contemporâneo denomina-se sociedade de risco, caracterizado pela constante ameaça de tragédias ambientais.

Nesta perspectiva, impõe-se à coletividade e ao Estado o gerenciamento destes riscos por meio de políticas ambientais que devem se basear fundamentalmente nos princípios da prevenção e da precaução.

Isto porque, convém prevenir a remediar, considerando a magnitude e, em regra, a irreversibilidade dos danos ao ambiente, e a excessiva onerosidade para sua reparação, quando possível.

1 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Mestranda do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas – Campus Jacarezinho – UENP. E-mail: fernandaa_pradoo@hotmail.com

2 Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. E-mail: izabeli.gaspar@hotmail.com

Portanto, a sociedade contemporânea exige que, a partir de uma cidadania ambiental participativa, de colaboração entre a coletividade e o Poder Público, sejam efetivados instrumentos derivados dos princípios da prevenção e da precaução, a fim de preservar o meio ambiente e, conseqüentemente, a existência humana.

Nesse sentido, o presente estudo inicia-se com um breve histórico acerca da evolução da proteção do direito ambiental, por meio de diplomas internacionais. Em seguida, destaca as principais legislações brasileiras que tratam da questão ambiental.

Posteriormente, traz a problemática da sociedade de risco, decorrente, principalmente, do modo de vida capitalista adotado. Após, conceitua os princípios da precaução e da prevenção e demonstra porquê a efetivação dessas normas principiológicas é relevante para uma real proteção do meio ambiente.

Por fim, enfatiza não apenas a importância da sociedade, como também a do Estado na adoção de medidas que visem concretizar referidos princípios e, conseqüentemente, assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Os direitos relacionados à proteção do meio ambiente surgem em resposta à crise ambiental observada após a Segunda Guerra Mundial, conforme explica Wolkmer (2013, p.130), ao afirmar que

A explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados a natureza pelo desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional

Diante deste quadro ambiental, iniciou-se a formação de verdadeiras correntes em prol da positivação dos direitos ambientais, ou ainda, da “ecologização da Constituição”. (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 85).

Assim, em 1972, na Itália, foi produzido o Relatório do Clube de Roma – Os limites do crescimento –, com o objetivo de repensar a forma de utilização dos recursos naturais, defendendo o “crescimento zero” para fins de evitar uma calamidade global.

Em seguida, e ainda no ano de 1972, realizou-se a primeira conferência mundial sobre meio ambiente e desenvolvimento, em Estocolmo, Suécia – Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano – que debateu a necessidade de ações governamentais globalizadas.

Criou-se, como consequência, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA; o Programa Observação da Terra; e a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Em 1987, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, após uma avaliação de dez anos da Conferência de Estocolmo, produziu o Relatório Brundtland, intitulado “Nosso Futuro Comum”, que baseou as propostas políticas para a Rio-92.

No ano de 1992, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cúpula da Terra), no Rio de Janeiro (Rio-92).

Com efeito, os países se comprometeram a elaborar uma Agenda 21 Nacional, de acordo com sua realidade socioeconômica, mas dentro dos parâmetros globais.

Destaca-se, também, a Conferência Mundial de 1997, no Japão, que resultou no Protocolo de Kyoto, cujo objetivo era a redução da emissão de gases causadores do efeito estufa; e o Rio + 10 (Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável), acontecido em Johannesburgo, África do Sul, em 2002.

Neste contexto, o Brasil foi um dos pioneiros a amparar legalmente a temática ambiental e, ainda, constitucionalizar a tutela deste direito. Por conseguinte, o direito brasileiro é considerado “um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente” (MILARÉ, 2000, p. 211).

Com efeito, o artigo 225 da Constituição Federal dispõe que

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

Em seguida, prevê, ao longo dos incisos I a VII, do parágrafo primeiro, medidas a serem adotadas pelo Poder Público para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

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

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

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

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

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

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

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

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

Outras normas que compõem o ordenamento jurídico nacional também merecem destaque.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA e instituiu o Cadastro de Defesa Ambiental (art. 1º).

Por sua vez, a Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, instituiu o Fundo Nacional de Meio Ambiente, com o objetivo de “desenvolver os projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental no sentido de elevar a qualidade de vida da população brasileira” (art. 1º).

Tem-se também a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/1979), Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), Lei da Exploração Mineral (Lei nº 7.805/1989), Lei dos Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997), Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) e o novo Código Florestal Brasileiro (Lei nº 12.651/2012).

As resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA também regulam de maneira importante a matéria ambiental, órgão este constituído pela Lei nº 6.938/1981, de caráter consultivo e deliberativo e que tem como “finalidade assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida” (art. 6º).

No Brasil, a garantia de um meio ambiente sadio é dever de todos os entes federativos (união, estados e municípios), e, também, da coletividade, sendo que existe uma “descentralização de entidades ou poderes para disciplinar o uso dos recursos naturais” (BRAGA et al., 2007).

De acordo com SOUZA (2000, p. 38), os instrumentos da política nacional brasileira podem ser a) de ação: atuação preventiva; e b) de apoio: caráter reativo.

Em análise às normas que regulamentem a questão ambiental no Estado brasileiro, pode-se elencar, ainda, os princípios essenciais à tutela do direito ambiental, denominados por Canotilho e Leite (2012, p. 182) como “princípios estruturantes”, visto que caracterizam “princípios constitutivos do núcleo essencial do direito do ambiente, garantindo certa base e caracterização”.

Para os citados autores, são estruturantes os princípios: da participação, cidadania, democracia e cooperação ambiental; da atuação preventiva e da precaução; do poluidor-pagador e da responsabilização.

Entretanto, denota-se que, em razão do contexto histórico atual, denominado “sociedade de risco”, e da natureza imprescindível do bem tutelado – meio ambiente –, merecem maior relevância, a adoção de medidas preventivas pelo Estado, estritamente ligadas aos princípios da prevenção e da precaução. Isto porque, os instrumentos capazes de inibir a progressão da degradação ambiental

derivam da efetivação destes princípios.

Apontadas as principais normas referentes ao direito ambiental, os próximos capítulos destinam-se à efetiva exploração do problema apresentado nesse estudo – a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução ambientais frente a sociedade de risco.

Para tanto, de início, são apresentadas as características da sociedade de risco e, em seguida, conceitua-se os citados princípios e demonstra-se de que forma eles podem ser relevantes para a reversão e/ou minimização dos atuais problemas ambientais, decorrentes, principalmente, do modelo de desenvolvimento baseado no consumo.

3 A SOCIEDADE DE RISCO

A revolução capitalista ocasionou, no plano científico e tecnológico, a transformação da sociedade agrícola em sociedade industrial, orientada pelo lucro e baseada na acumulação de capital e incorporação de progresso técnico, necessários para o desenvolvimento econômico dos Estados capitalistas.

Entretanto, este modelo econômico, somado à apropriação, à expansão demográfica e à mercantilização, possibilitou o surgimento, na sociedade atual, de ameaças ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, decorrentes do uso ilimitado do bem ambiental, o que origina a denominada sociedade de risco.

Segundo José Rubens Morato Leite, a Teoria da Sociedade de Risco representa a conscientização do esgotamento do modelo de produção industrial capitalista. Nas palavras do autor, “A sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental” (CANOTILHO; LEITE, 2012, p.158).

Neste sentido, depreende-se que os desastres e as catástrofes que assolam a humanidade nos dias atuais decorrem direta ou indiretamente da ação antrópica, inserida no contexto capitalista.

Exemplificadamente, o homem pode ser entendido como o autor do crescente processo de aquecimento global, sendo, portanto, indiretamente responsável pelas catástrofes naturais decorrentes desta condição climática.

Quanto a este ponto, Padilha, em análise aos Relatórios emitidos pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC), afirma que “o aquecimento global é um fato real e atual, as mudanças climáticas dele derivadas são irreversíveis e a causa não é atribuível a fatores naturais, mas ao próprio homem e sua atividade sobre o Planeta”. (PADILHA, 2010, p. 10)

Ademais, alguns desastres e catástrofes decorrem da intervenção direta do homem sobre o meio ambiente, como nos casos do desastre nuclear de Chernobyl, na Ucrânia; do vazamento de

petróleo no Golfo do México, nos Estados Unidos; e do rompimento das barragens da mineradora Samarco em Mariana/MG, no Brasil.

Portanto, as tragédias ambientais não devem ser vislumbradas como manifestações naturais e intrínsecas da natureza, mas, sim, como consequências da desmedida e gananciosa intervenção do homem no meio ambiente.

Desta forma, ao se imputar ao homem a autoria, direta ou indireta, das tragédias ambientais, impõem-se a este a responsabilidade de garantir, por meio de medidas concretas, a continuidade da vida humana, que depende fundamentalmente do equilíbrio ecológico.

Em outras palavras, “Não se trata de ‘catastrofismo’, mas de uma realidade que está posta e que precisa ser enfrentada, pelos Estados, pela população e pela iniciativa privada”. (CARVALHO, 2012, p. 88)

Ademais, depreende-se que estes riscos possuem magnitude global e intertemporal, ou seja, ameaçam toda a humanidade, inclusive as gerações futuras. Neste sentido, Leite explana que

Os riscos possuem, agora, grande aptidão de expor uma série indeterminada de sujeitos a estados de desfavorabilidade, estendendo-se potencialmente em uma escala global, e afetando, também, os membros das futuras gerações, com resultados de decisões atribuíveis à limitada participação de membros desta geração, responsáveis pela proliferação de riscos globais, intergeracionais. (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 160)

Diante deste quadro, é necessária a adequação dos mecanismos jurídicos para combater os problemas da sociedade de risco, o que impõe ao Estado a efetiva utilização dos instrumentos apresentados pelo direito ambiental, a fim de salvaguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Outrossim, depreende-se que os princípios da precaução e da prevenção sobressaem aos demais, tendo em vista a magnitude e, em regra, a irreversibilidade dos danos emergentes da sociedade de risco.

4 OS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO COMO FUNDAMENTOS BASILARES PARA O GERENCIAMENTO DA SOCIEDADE DE RISCO

Os princípios da precaução e da prevenção compõem o rol dos princípios estruturantes apresentado por Canotilho. Ambos remetem à máxima segundo a qual convém prevenir a remediar.

Em suma, impelem uma ponderação prévia dos impactos ambientais que determinada atividade humana possa causar, minimizando, assim, os prejuízos ambientais. Desta forma, pretende-se antecipar e evitar a ocorrência destes danos ao invés de contabilizá-los e repará-los, o que se mostra coerente com a justiça ambiental e intertemporal.

Portanto, estes princípios convergem no sentido de evitar que o dano se concretize, atuando

de forma antecipatória, inibitória e cautelar. Isto posto, zelam para que nenhum prejuízo ambiental assole tanto as gerações presentes quanto as futuras.

Nesta perspectiva, Leite entende que “Tais princípios estão, decididamente, conectados ao objetivo da equidade intergeracional, que deles depende para a sua melhor relação com um futuro e com o bem ambiental de forma ecossistêmica”. (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 199)

No entanto, ainda que ambos objetivem prevenir a degradação ambiental, não são sinônimos, sendo distinguidos segundo o critério de avaliação do risco ao meio ambiente que buscam evitar.

Com efeito, a atuação preventiva é um mecanismo orientado a inibir riscos ou impactos já conhecidos pela ciência, ou seja, concretos ou potenciais, visíveis e previsíveis pelo conhecimento humano, priorizando o controle das fontes de poluição.

Padilha (2010, p. 253) entende que o princípio da prevenção se realiza por intermédio da “imposição de medidas acautelatórias, antes da implantação de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras”.

Ademais, a autora acrescenta que estas medidas são fundamentais à tutela ambiental e “precisam atuar de forma dinâmica, por meio de constantes reavaliações” (PADILHA, 2010, 254). Ou seja, a atuação preventiva é constante, aplicando-se tanto na proibição de implementação de atividades potencialmente degradantes ao meio ambiente quanto na fiscalização e na análise das atividades já consolidadas.

Por outro lado, o princípio da precaução atua em momento anterior ao da prevenção, orientando-se a impedir a materialização de risco abstrato, que, em regra, é de difícil visualização e previsão, mas que apresenta uma verossimilhança ou plausibilidade mínima.

Assim, deduz-se, de acordo com o princípio da precaução, que na incerteza quanto aos riscos que determinada atividade imputa ao meio ambiente, sempre se primará por este em detrimento do potencial poluidor, constituindo “uma espécie de princípio ‘*in dubio pro ambiente*’”. (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 70)

Nesta perspectiva, a Declaração de Princípios da RIO/92 dispõe em seu Princípio 15:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Fonte: Ministério do Meio Ambiente).

Portanto, os princípios da precaução e da prevenção operam como garantias em face dos riscos do progresso científico ilimitado, atuando com vistas a inibir ocorrência do dano em distintas situações fáticas.

Em suma, David Freestone distingue os princípios em debate da seguinte forma:

Enquanto a prevenção requer que os perigos comprovados sejam eliminados, o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos no ambiente seja tomada antes de um nexos causal ter sido estabelecido com uma evidência científica absoluta. (FREESTONE, David. The 1992 Maastricht Treaty – Implications for European Environmental Law. *European Environmental Law Review*, v. 1, 1992).

Os citados princípios se empenham conjuntamente com o fim de evitar a materialização dos danos ambientais, nesta sequência, gerenciam futuras e possíveis ameaças ao meio ambiente para impedir suas concretizações.

Portanto, estes princípios apresentam-se como fundamentos basilares para o gerenciamento da sociedade de risco contemporânea. Assim, a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no contexto atual, depende da efetivação dos instrumentos de implementação dos princípios da prevenção e da precaução.

5 O DEVER DO ESTADO NA GARANTIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Conforme descrito, a sociedade de risco, característica da crise ambiental, é consequência do modo de desenvolvimento da sociedade consistente na inexistência de equilíbrio entre a exploração dos recursos naturais e a capacidade de suporte da natureza.

Contudo, apenas a previsão de princípios e medidas destinadas à garantia desse direito são insuficientes para sua proteção integral e eficaz. Nesse sentido, cabe, não somente à sociedade, mas também ao Estado a adoção e o desenvolvimento de ações necessárias à proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Este é o entendimento defendido na Constituição Federal de 1988, ao dispor que

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
(...)
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

Afirmou-se, ainda, a importância da aplicação dos princípios da precaução e da prevenção ambientais, justamente porque, em regra, os danos causados ao citado direito são irreversíveis e amplamente propagados, atingindo um número incontável de indivíduos.

Dessa forma, considerando que os princípios são construções teóricas, sua efetivação depende de instrumentos de política ambiental. Nas palavras de Padilha (2012, p. 118),

A complexidade da efetividade da promessa constitucional impõe a aplicabilidade simultânea de uma série de instrumentos e mecanismos para a implementação da busca do equilíbrio ambiental – bem jurídico protegido pelo art. 225 do texto constitucional de 1988.

A profundidade do princípio da precaução impõe a utilização de medidas como as

“proibições, recusas de licenciamento, embargos, notificações, monitorizações, obrigações de registro, financiamento de ações de investigação, ou informação do público”. (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 71)

Quanto aos instrumentos que podem ser utilizados em razão do princípio da prevenção, tem-se os “estudos de impacto ambiental, ecoauditorias, licença ambiental, desenvolvimento obrigatório de testes e procedimentos de notificação prévios à colocação de novos produtos no mercado (...)” (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 74).

Neste seguimento, o direito ambiental brasileiro prevê várias destas medidas cautelares, dentre elas, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental que, segundo Padilha, é de relevante importância:

Destaca-se a importância para a precaução e/ou prevenção da degradação ambiental, como um grande instrumento viabilizador destes princípios, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, que deve ser obrigatoriamente aplicado perante toda obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, tendo como função a análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, portanto, determinar o grau de risco de degradação ambiental, para ponderar-se as formas de evitá-lo por mecanismos de prevenção. (PADILHA, 2012, p. 251)

Todavia, a manifestação jurídica configura apenas uma proteção ficta ao meio ambiente, criando “a falsa impressão de que existe uma ativa e completa assistência ecológica por parte do Estado”. (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 161), o que impõe a efetiva utilização das medidas protetivas desse direito.

A inexistência, ou inexecução satisfatória das políticas de gestão, frente a manifesta sociedade de risco em que a humanidade se insere configura fenômeno denominado “irresponsabilidade organizada”. (BECK, 2001).

Assim, não basta a realização normativa das medidas anteriormente mencionadas, é necessária sua concretização, uma vez que o “Direito Ambiental tem aversão ao discurso vazio; é uma disciplina jurídica de resultado, que só se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras” (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 93)

Não basta dispor de aparato normativo ambiental viável, é necessário implementar as tarefas de proteção ambiental. E, ainda, esta implementação deve apresentar rigorismo equivalente a importância do bem jurídico tutelado.

Isto porque, é comum que mesmo quando atendidas todas as disposições relativas à preservação do meio ambiente, ainda ocorrem acidentes e danos de grandes proporções. Este fenômeno demonstra que existe um *déficit* de execução no sistema de comando e controle público ambiental.

Nestes casos, o Estado pode configurar-se como próprio degradador indireto, sendo

degradador-conivente, ao apoiar ou legitimar projetos privados potencialmente poluidores ou, ainda, degradador-omissivo, ao desprezar ou cumprir insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da legislação ambiental.

Em ambos os casos, o Estado figura como partícipe da degradação ambiental que venha a ocorrer, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º impõe ao Poder Público, de forma vinculante, uma atuação positiva pró-ambiente.

Progressivamente a jurisprudência vêm adotando esse entendimento. Em julgado recente a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu-se pela responsabilização solidária do Estado por danos causados ao meio ambiente decorrentes de uma atuação omissiva. Quanto à execução de eventual condenação, entendeu-se como subsidiária a responsabilidade do ente público:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL E URBANÍSTICO. CONSTRUÇÕES IRREGULARES. **DEVER DE FISCALIZAÇÃO. OMISSÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. CARÁTER SOLIDÁRIO, MAS DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA.** PRECEDENTES.

1. A responsabilidade do Estado por dano ao meio ambiente decorrente de sua omissão no dever de fiscalização é de caráter solidário, mas de execução subsidiária, na condição de devedor-reserva. Precedentes.

2. **Há responsabilidade do Estado ainda que, por meios apenas indiretos, contribua para a consolidação, agravamento ou perpetuação dos danos experimentados pela sociedade.** Hipótese que não se confunde com a situação de garantidor universal.

3. No caso dos autos, ainda que o acórdão recorrido tenha entendido pela inexistência de omissão específica, os fatos narrados apontam para o nexo claro entre a conduta do Estado e o dano, constituído pela edição de normativos e alvarás autorizando as construções violadoras do meio ambiente e não implementação das medidas repressivas às obras irregulares especificadas em lei local. Ressalte-se, os danos permanecem sendo experimentados pela comunidade há mais de duas décadas e foram declarados pelo próprio ente público como notórios.

4. O reconhecimento da responsabilização solidária de execução subsidiária enseja que o Estado somente seja acionado para cumprimento da obrigação de demolição das construções irregulares após a devida demonstração de absoluta impossibilidade ou incapacidade de cumprimento da medida pelos demais réus, diretamente causadores dos danos, e, ainda, sem prejuízo de ação regressiva contra os agentes públicos ou particulares responsáveis.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ – AgInt no REsp: 1326903 DF 2012/0116422-6, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 24/04/2018, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJE 30/042018) (grifo nosso).

Desta forma, o dever do Estado de efetivar os princípios ambientais, primordialmente os princípios da precaução e da prevenção, atribuem ao ente público responsabilidade solidária pelos danos causados ao meio ambiente.

Em suma, a gestão dos riscos da sociedade contemporânea pelo Estado e pela coletividade relaciona-se com a execução, concreta e satisfatória, dos instrumentos de efetivação dos princípios da prevenção e da precaução. Portanto, a materialização destes princípios deve ser primada sobre a dos demais.

Assim, diversos fatores convergem para o entendimento quanto à supremacia da atuação preventiva: em muitos casos, após o dano, é impossível a reconstituição natural da situação anterior; ou, ainda que possível, a recuperação ambiental é demasiadamente onerosa, sendo, economicamente, muito mais dispendioso remediar do que prevenir.

No entanto, ainda que os princípios da prevenção e da precaução se apresentem como diretrizes primárias à gestão da sociedade de risco, os demais princípios também importam ao amparo do equilíbrio ambiental, sendo que, a execução de muitos deles também influi na prevenção dos danos ambientais.

Nesta perspectiva, por exemplo, a responsabilização civil, administrativa e penal do agente pelo dano causado apresenta, de certa forma, uma vocação preventiva, uma vez que, “além de trazer segurança jurídica, pela certeza da imputação, e fazer com que o eventual poluidor evite o dano, contribuirá para a conscientização da preservação” (CANOTILHO; LEITE, 2012, p. 216).

Ainda que se impute ao Poder Público o dever de tutelar as garantias individuais, sendo uma delas o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a proteção ambiental também é de responsabilidade da coletividade, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, a sociedade desenvolve um importante papel na implementação e efetivação das políticas públicas, já que atua como acompanhante nas formulações e processos decisórios, estabelecendo uma relação de corresponsabilidade entre o Estado e a coletividade.

Por consequência, é fundamental que se busque diretamente a percepção da população acerca do tema, principalmente quanto à identificação de problemas e fragilidades da gestão ambiental.

Haveria, assim, uma aproximação do gestor com o que a população entende por sua realidade local e, conseqüentemente, uma orientação na organização das ações do poder público.

Dessa forma, LANNA (1995, p. 17), ao definir gestão ambiental, afirma a necessidade de um

processo de articulação das ações dos diferentes agentes sociais que interagem em um dado espaço, visando garantir, com base em princípios e diretrizes previamente acordados/definidos, a adequação dos meios de exploração dos recursos ambientais – naturais, econômicos e sócio-culturais – às especificidade do meio ambiente.

Portanto, manifesta-se imprescindível à gestão da sociedade de risco a efetivação dos princípios da participação, cidadania, democracia e cooperação, uma vez que é de interesse maior de todos que se preserve o meio ambiente.

A cidadania ambiental participativa, em que o Estado e a coletividade agem conjuntamente, permite a melhor efetivação dos instrumentos de implantação das políticas ambientais.

6 CONCLUSÃO

A intervenção ilimitada do homem no meio ambiente fez com que questões relacionadas à sua preservação e proteção recebessem um olhar mais cuidadoso da sociedade e do Poder Público nos últimos tempos.

Vive-se num período denominado “sociedade de risco”, decorrendo do modelo econômico baseado no consumismo e caracterizado pela constante ameaça à humanidade de tragédias naturais

Nesta perspectiva, é dever da coletividade e, principalmente, do Estado o gerenciamento dos riscos ambientais, uma vez que este dispõe de instrumentos mais eficazes para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ainda, a magnitude e a irreversibilidade dos danos emergentes da sociedade de risco e a desmedida onerosidade da reparação destes danos quando possível, apontam para a necessidade de priorização de medidas que atendam aos princípios da prevenção e da precaução.

Assim, a concreta proteção ambiental, a partir do gerenciamento dos riscos ambientais, depende da efetivação, satisfatória, dos instrumentos derivados dos princípios da prevenção e da precaução. Necessidade esta que se impõe tanto ao Poder Público quanto à coletividade.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. A ciência é causa dos principais problemas da sociedade industrial. Entrevista concedida para Antoine Reverchon. Folha de São Paulo, São Paulo, 20 nov. 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2011200101.htm> - Acesso em: 15 jul. 2018.

BRAGA, Benedito. et al. **Introdução à Engenharia Ambiental. O desafio do desenvolvimento sustentável**. 2 ed. São Paulo: Pearson Pretice Hall, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1326903 DF 2012/0116422-6. Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 24/04/2018, T2 – SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJE 30/04/2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental. Revista de informação legislativa, v. 49, n. 193, 2012.

Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

FREESTONE, David. The 1992 Maastricht Treaty – Implications for European Environmental Law. European Environmental Law Review, v. 1, 1992.

LANNA, Antônia Eduarda. **Gerenciamento de bacia hidrográfica: aspectos conceituais e metodológicos**. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1995

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos Constitucionais do direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SOUZA, Marcelo. Pereira de. **Instrumentos de Gestão Ambiental: fundamento e práticas**. 1. ed. São Carlos: Editora Riani Costa, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral dos “Novos” Direito.

A RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO MUNICIPAL NO CONTROLE DA DESPESA COM PESSOAL

Mateus Tamura ARANHA¹

RESUMO

A preocupação com a estabilidade dos gastos públicos, o que inclui a gestão das despesas com pessoal, decorre da ideia de boa governança da *res publica*. Diante disso, faz-se necessária grande atenção do ordenador de despesa na adequação das contas públicas levando-se em consideração as previsões constitucionais e legais quanto ao tema. No âmbito municipal esse assunto ganha maior importância, tendo em vista a necessidade de obtenção de repasses da União e dos Estados. Todavia, para que estejam aptos a receber tais repasses, os municípios devem manter seus dispêndios sob os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. Constata-se, pois, a relevância de o gestor municipal estar atento ao controle financeiro para que não tenha ceifada parte de suas receitas por esse motivo. Vale lembrar, por oportuno, que as obrigações com servidores não podem superar um determinado percentual da receita corrente líquida. Logo, essa proporção pode ficar maior quando decorre de aumento de gasto a esse título (contratação de novos servidores e/ou aumento de suas remunerações), bem como na hipótese de redução da receita. Destarte, exige-se muita cautela do administrador nesta última situação, eis que não decorre necessariamente do aumento no número de servidores ou de sua remuneração, mas, sim, da redução exponencial da receita. E se isso ocorrer, o gestor deverá tomar algumas medidas, sob pena de responder pela sua inércia.

PALAVRAS-CHAVE: Despesa Pública Municipal. Limite de Despesa com Pessoal. Lei de Responsabilidade Fiscal. Boa Governança.

ABSTRACT

The concern with the stability of public spending, which includes the management of personnel expenditures, stems from the idea of good governance of the *res publica*. Given this, it is necessary to pay great attention to the person authorized to approve expenditures in the adequacy of public finances, taking into account the constitutional and legal provisions on the subject. At the municipal purview, this issue becomes more important, given the need to obtain onlendings from the Union and from the States. However, in order to be able to receive such transfers, municipalities must keep their expenditures within the limits established by the Fiscal Responsibility Law. Wherefore, verify it the importance of the municipal manager to be aware of the financial control so that he has not withdraw part of his revenues for this reason. It is worth remembering, for due consideration, that the obligations with public servant can not exceed a certain percentage of net current revenue. Therefore, this proportion may increase when it results from a rise in expenses for this purpose (hiring new employees and/or increasing their remuneration), as well as in the event of a reduction in revenue. Thereat, it is necessary to be very cautious of the administrator in this last situation, since it does not necessarily result from the increase in the number of government officials or their remuneration, but rather from the exponential reduction of revenue. And if this occurs, the manager should take some measures, otherwise he will respond for his inertia.

1 Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná), possui MBA (Master of Business Administration) em Direto Empresarial pela GVlaw (Fundação Getúlio Vargas) - 2014 e Especialização em Direito Civil pela FADISP (Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo/SP) - 2008. Conclusão de cursos de Extensão Universitária pela Rede de Ensino LFG - 2006, Marcato Cursos Jurídicos - 2005 e Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus - 2003. Professor Universitário, Assessor Jurídico concursado na Câmara Municipal de Bocaina/SP, Advogado, Contador e Coordenador Regional do Exame de Ordem em Jaú/SP da OAB - Seção de São Paulo.

KEY WORDS: Municipal Public Expenditure. Personnel Expenditures Ceiling. Fiscal Responsibility Law. Good Governance.

INTRODUÇÃO

O erário mereceu especial atenção na Assembleia Constituinte, demonstrando a sua preocupação com o patrimônio público. Urge mencionar que foram outorgados poderes a vários atores sociais com o escopo de facilitar a sua proteção.

Prova disso são as previsões atinentes às diversas formas de se permitir o seu controle e a sua defesa, por exemplo: i) art. 5º, inc. LXXIII (ação popular a ser proposta por qualquer cidadão que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público); ii) art. 23, inc. I (competência comum dos entes federados em conservar o patrimônio público); iii) art. 37, § 4º (atos de improbidade acarretarão suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidades dos bens e ressarcimento ao erário); iv) art. 70, *caput* (controle externo efetuado pelo Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas e controle interno exercido em cada Poder) e v) art. 129, inc. III (função institucional do Ministério Público a proteção do patrimônio público).

Denota-se, assim, a prudência que deve pautar a atuação do gestor público, notadamente ao modo como será assumida cada obrigação e como será efetuado cada pagamento.

Dessa forma, necessário salientar a preocupação que deve haver em relação aos gastos com pessoal, levando-se em conta a natureza e as peculiaridades dessas obrigações estatais.

Para tanto, impende ressaltar que a regra para contratação de servidores dá-se por meio de concurso público. Com isso, exige-se certo rigor para admiti-los, sendo que o mesmo ocorre para poder romper a relação jurídica com essas pessoas. Aliás, imperioso consignar que o rompimento se revela ainda mais rigoroso, pois deve obedecer estritamente as possibilidades para essa delicada situação.

Logo, percebe-se a necessidade de a administração pública contratar somente quando indispensável, sob pena de onerar os cofres públicos e eventualmente prejudicar a sua gestão.

Vale lembrar, por oportuno, que a folha de pagamento dos órgãos públicos tendem somente a crescer, posto que anualmente é efetuada a revisão geral da remuneração. Ademais, pelo fato de os servidores progredirem na carreira, as respectivas remunerações, durante os anos, certamente irão aumentar de valor, fazendo com que se onere cada vez o erário.

Diante disso, abordaremos o limite de despesa com pessoal desde a promulgação da Constituição Federal, passando pelas legislações quanto ao tema. Na sequência, trataremos das medidas a serem tomadas pelo administrador público no caso de superação desse limite. E, por fim,

iremos tecer esclarecimentos quanto às consequências ao gestor municipal se não lograr manter essa despesa abaixo do limite legal.

No que tange aos aspectos metodológicos, adotaremos o método dedutivo, eis que tomaremos as premissas e as aplicaremos para a obtenção da conclusão do presente trabalho. E sobre a sua abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa, tendo a natureza aplicada, pois pretende a resolução de problemas específicos, com a respectiva aplicação prática. E em relação à sua natureza, a pesquisa em tela é exploratória e explicativa, almejando aprofundar o conhecimento sobre o tema. E quanto à fonte de dados, temos uma pesquisa bibliográfica, consultando-se a doutrina pertinente à temática, bem como artigos, dissertações e teses.

DOS LIMITES DA DESPESA COM PESSOAL

A preocupação com as despesas com pessoal no nosso ordenamento jurídico encontra previsão na Constituição Federal de 1988, em seu art. 169, demonstrando o intuito do constituinte de impor ao administrador público o dever de controlar as contas do ente que estará à frente. Aliás, a partir do art. 163 há a disciplina das finanças públicas, estabelecendo na sequência normas quanto ao orçamento público.

Vale citar, assim, que no *caput* do supracitado art. 169 há a previsão de que lei complementar traria limites de despesa com pessoal. No entanto, até que fosse promulgada essa lei complementar, deveria prevalecer o disposto no art. 38 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo limite de despesa com pessoal para os entes federados não poderia superar 65% (sessenta e cinco por cento) das respectivas receitas correntes.

Porém, em 27 de março de 1995 houve a promulgação da Lei Complementar nº 82 que disciplina os limites das despesas com o funcionalismo público, na forma do art. 169 da Constituição Federal (Lei Camata). Em seu art. 1º estabelecia limites de despesas com pessoal, fixando em 60% (sessenta e cinco por cento) da receita corrente líquida para União e Estados, sendo que para o Distrito Federal e Municípios determinou como teto o valor correspondente a 60% (sessenta por cento) da respectiva receita corrente.

Contudo, fora revogada expressamente essa norma pela Lei Complementar nº 96, de 31 de maio de 1999, que disciplina os limites das despesas com pessoal, na forma do art. 169 da Constituição. Esta lei determinou o limite de despesa com pessoal em 50% (cinquenta por cento) da receita corrente líquida federal para União, 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida estadual para Estados e o Distrito Federal, sendo de 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida municipal para os Municípios (art. 1º).

Por sua vez, a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de

finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, revogou-a expressamente.

Desde então, o limite de despesa com pessoal, levando-se em conta a receita corrente líquida, é de 50% (cinquenta por cento) para a União e 60% (sessenta por cento) para Estados e Municípios, de acordo com o seu art. 19. O que prevalece até hoje.

Uma das novidades trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal foi a divisão do percentual de despesa com pessoal, levando-se em conta as peculiaridade de cada ente federado (art. 20).

Podemos destacar, com isso, que no âmbito municipal o Executivo não poderá superar, a esse título, 54% (cinquenta por cento) de sua receita corrente líquida e o Legislativo, 6% (seis por cento).

Verifica-se, assim, uma demonstração de maior preocupação com a gestão pública no decorrer dos anos, chegando à legislação atual quanto ao tema que o disciplina no modo exposto acima.

Podemos trazer à baila, com o fito de melhor problematizar a questão, o fato de as despesas vinculadas, como a saúde e educação, possuírem percentual aquém ao limite com pessoal (SCAFF, 2016).

Explico. Os Municípios possuem a obrigatoriedade de aplicar em saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da sua receita prevista no art. 6º, *caput*, Lei Complementar nº 141/2012, em atenção ao art. 198, § 2º, inc. III e seu §3º, inc. I, da Constituição Federal.

Ademais, necessita efetuar despesas com educação corresponde a, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) da receita exposta no art. 212 e seus parágrafos da Constituição Federal.

Denota-se, pois, que se somarmos o gasto obrigatório com saúde e educação perfaz-se 40% (quarenta por cento) da receita, sendo que a despesa com pessoal nos municípios pode chegar a até 60% (sessenta por cento) de sua receita corrente líquida, conforme demonstrado anteriormente.

Talvez essa situação não seja adequada, especialmente num país em que a saúde e a educação estão sempre em estado periclitantes.

Outro ponto que merece destaque é o fato de se almejar alterar uma prática então existente:

A aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal foi outra medida de grande importância, a qual comprovou a mudança de postura do Governo Central em relação à austeridade fiscal e representou uma grande evolução em relação à exigência de disciplina nos GSNs. Até então, a legislação não punia com rigor a indisciplina fiscal dos níveis inferiores do governo, e permitia o surgimento de comportamentos oportunistas por parte dos políticos. Os limites impostos pela LRF (e Resoluções nº 40 e 43 do Senado Federal) restringiram a utilização da política fiscal por prefeitos e governadores, pois prevêm punições administrativas e criminais caso não sejam cumpridos. A lei estabeleceu também, uma série de normas de transparência na gestão e divulgação dos dados referentes aos gastos públicos, visando ampliar o controle do eleitor sobre o comportamento dos políticos.

(MENEZES, 2006, p. 25)

Percebe-se, pois, a preocupação com a boa governança na administração pública no Brasil a ser observados por todos os agentes públicos.

Aliás, embora anteriormente houvesse uma maior preocupação com as finanças públicas na esfera federal, nos dias atuais compete especial atenção também na esfera estadual e municipal, denominados pelo autor de Governos Sub-Nacionais (GSNs).

DA BOA GOVERNANÇA NO ÂMBITO MUNICIPAL

A boa governança está ligada à ideia de se efetuar a melhor gestão possível, com especial atenção voltada à população, tendo em vista que são estes que destinam verbas ao erário para que o administrador público possa atingir os preceitos legais e constitucionais em relação às políticas públicas.

Necessário consignar então que, desde a promulgação da Constituição Federal, houve um aumento da autonomia dos municípios. Com isso, passou-se a exigir uma ampliação da eficiência e eficácia no controle das contas públicas também no âmbito municipal.

Assim sendo, podemos destacar que o administrador público da atualidade deve zelar pela boa governança, que se consubstancia na “capacidade do Estado de servir os cidadãos”, conforme preconizado pela Comissão das Comunidades Europeias (COSTA, 2012, p. 161).

É de salientar ainda que a noção de boa governança gera ainda o dever de bem gerir as contas públicas, inclusive com a consequente prestação de contas. Com isso, podemos frisar que:

O dever de prestar contas à sociedade e a responsabilização do agente público por seus atos (accountability) é um dos pilares mais importantes da governança pública, especialmente em matéria de finanças públicas, onde o bom uso dos recursos públicos é essencial para os interesses da sociedade. (CAMARGO, 2010, p. 61)

DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Cumprir observar que a Lei de Responsabilidade Fiscal é de suma relevância para se adequar às novas formas de gestão pública.

Da (in)constitucionalidade da Lei Complementar nº 101/2000

Urge mencionar o fato de a supracitada norma ter sido objeto de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), todas em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, podemos destacar que tramitam em conjunto as ADIs nº 2.238, 2.241, 2.256, 2.261 e 2.365, cujo objetivo é impugnar diversos dispositivos da Lei Complementar nº 101/2000 –

Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Vale citar que o mérito dessas ações ainda não foi julgado. No entanto, houve a apreciação dos pedidos em sede de medida cautelar.

Um dos pedidos refere-se à inconstitucionalidade formal da mencionada lei complementar, tendo em vista que não teria sido obedecido o processo legislativo ante a ausência de encaminhamento à Câmara dos Deputados após a apresentação de emendas no Senado Federal. Porém, fora rejeitado tal pleito por haver tido apenas alteração na redação.

Ademais, por não ter regulado de forma integral o art. 163 da Constituição Federal, também padeceria de vício insanável. Contudo, não fora acolhido tal pleito por não haver obrigatoriedade de o mencionado dispositivo constitucional ser regulamentado por apenas uma lei complementar.

No mais, quanto ao mérito, foram requeridas outras inconstitucionalidades.

E, quanto ao tema ora proposto, necessário destacar o pedido dos autores da ação para se reconhecer a vedação de a lei complementar em tela quando delimita o percentual de despesa no âmbito municipal, cindindo o limite do Executivo e do Legislativo (art. 20).

Todavia, esse pleito fora indeferido, por maioria de votos, após ampla discussão quanto ao tema, cujo trecho da ementa segue transcrito:

[...] XV - Art. 20: o art. 169 da Carta Magna não veda que se faça uma distribuição entre os Poderes dos limites de despesa com pessoal; ao contrário, para tornar eficaz o limite, há de se dividir internamente as responsabilidades. [...] - (STF, ADI 2238 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950)

Pois bem. O quadro atual é o indeferimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 20, LRF, em sede de medida cautelar. Aguarda-se ainda o julgamento do mérito dessas ações, mas até que isso venha a ocorrer, prevalece hígida essa previsão legal.

Da receita corrente líquida

Revela-se de suma importância a definição de receita corrente líquida, tendo em vista que esse é o parâmetro adotado para se verificar a qual porcentagem atingida referente à despesa com pessoal.

Noutras palavras, a despesa com pessoal não pode superar certo percentual da receita corrente líquida.

Constata-se, pois, a sua relevância para o gestor público, notadamente para que possa verificar constantemente qual o percentual comprometido com a despesa com pessoal.

Diante disso, a Lei Complementar nº 101/200, de forma prudente, traz já em seu início o

seu conceito:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como:

(...)

IV - receita corrente líquida: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos:

a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea a do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição;

b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional;

c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

§ 1º Serão computados no cálculo da receita corrente líquida os valores pagos e recebidos em decorrência da Lei Complementar no 87, de 13 de setembro de 1996, e do fundo previsto pelo art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 2º Não serão considerados na receita corrente líquida do Distrito Federal e dos Estados do Amapá e de Roraima os recursos recebidos da União para atendimento das despesas de que trata o inciso V do § 1º do art. 19.

§ 3º A receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.

Assim sendo, insistimos que o percentual da despesa com pessoal em relação à receita corrente líquida é essencial para o gestor público.

Do limite de alerta

Seguindo na linha de que o intuito de todos é que os agentes públicos estejam a perceber o percentual da receita corrente líquida comprometido com as despesas com pessoal, é que consta a medida em tela.

Assim sendo, de forma prudente, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que se o percentual com tal gasto chegar em 90% (noventa por cento) do seu limite legal, os Tribunais de Contas emitirão alerta para aos órgãos/Poderes, mormente para que procurem diminuir, se possível, essa índice.

Cabe citar que o Tribunal de Contas saberá dessa situação, pois constantemente são entregues relatórios de gestão fiscal para a sua análise.

Observa-se, com isso, que o ordenador de despesas que eventualmente esteja desatento ao teto a ser gasto com seus servidores públicos, será informado de que está prestes a chegar ao patamar máximo dessa conta pública.

Importante mencionar que essa medida se mostra extremamente pertinente, não podendo, num futuro, ser alegado desconhecimento desse fato.

Do limite prudencial

Como forma de demonstrar o zelo para com o erário, o legislador previu em seu art. 22,

parágrafo único, algumas vedações quando o Poder ou órgão atingir 95% (noventa e cinco por cento) do limite de despesa com pessoal previsto em seu art. 20.

Revela-se, assim, a cautela que o gestor público deve ter para se evitar superar o limite a esse título.

Com isso, transcrevemos a norma quanto ao tema:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I - concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição;

II - criação de cargo, emprego ou função;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança;

V - contratação de hora extra, salvo no caso do disposto no inciso II do § 6º do art. 57 da Constituição e as situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

Percebe-se, assim, que a apuração do percentual dar-se-á a cada quadrimestre, sendo que no caso de se superar 95% (noventa e cinco por cento) do limite, ficará vedada a concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, com exceção de decorrentes de sentença judicial ou determinação legal ou contratual, bem como a revisão geral anual da remuneração prevista no art. 37, inciso X da Constituição Federal.

Veda-se ainda a criação de cargo, emprego ou função; a alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa; o provimento de cargo público, admissão ou contratação a qualquer título, com exceção de reposição oriunda de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança.

Resta proibido ainda o pagamento de hora extraordinária, ressalvada a convocação extraordinária do Congresso Nacional e situações previstas na lei de diretrizes orçamentárias.

E, conforme mencionado, comprova-se o intuito do legislador em zelar pelo erário, notadamente pelo fato de a maioria das despesas listadas na norma legal transcrita acima tratar-se de despesa contínua e que só aumentam com o tempo.

DA CONSEQUÊNCIA REFERENTE À SUPERAÇÃO DO LIMITE LEGAL

Tivemos a oportunidade de citar que a Constituição Federal trouxe um capítulo para tratar das finanças públicas. E dentro dessas normas, há uma seção tratando do orçamento.

Percebemos, com isso, a preocupação do constituinte com tais normas jurídicas.

Desse modo, com o fito de melhor esclarecer o tema ora sob análise, podemos trazer a

previsão constitucional no que tange ao limite de despesa com pessoal, lembrando que fora objeto de alterações pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

Assim, transcrevemos a seguir o texto atual:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

§ 2º Decorrido o prazo estabelecido na lei complementar referida neste artigo para a adaptação aos parâmetros ali previstos, serão imediatamente suspensos todos os repasses de verbas federais ou estaduais aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios que não observarem os referidos limites.

§ 3º *Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:*

I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II - exoneração dos servidores não estáveis.

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou semelhantes pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º.

E, para melhor esclarecer a questão em tela, transcrevemos também a redação originária do art. 169 da Constituição Federal:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

Parágrafo único. A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, só poderão ser feitas:

I - se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II - se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Confrontando o teor das normas acima, verificamos a grande preocupação do constituinte com o controle das contas públicas, notadamente em relação às despesas com pessoal.

Prova disso é a maior especificação de condutas a serem tomadas pelo administrador público com o escopo de manter a despesa pública com o pessoal abaixo do limite legal.

Manteve, porém, a obrigatoriedade de haver prévia dotação orçamentária suficiente a cobrir a despesa com pessoal para poder se efetuar qualquer acréscimo de gasto a esse título.

Além disso, com o escopo de demonstrar planejamento de seus atos, a conduta que ocasionar o aumento de obrigações com servidores públicos, deve estar prevista na lei de diretrizes orçamentárias aprovado no ano anterior.

Verifica-se, assim, exigências razoáveis e pertinentes para se manter o equilíbrio das contas públicas.

Contudo, conforme já mencionado acima, o texto do art. 169 supracitado sofreu importantes acréscimos em sua redação. Para tanto, devemos esclarecer que, se os municípios não cumprirem a limitação imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal, no prazo dado para a sua adequação, terão imediatamente suspensos os repasses oriundos da União e dos Estados.

Ademais, na hipótese de superação do limite legal, deverá haver a redução em pelo menos 20% (vinte por cento) a título de cargos comissionados e função de confiança. Mas se mesmo assim não lograr reduzir a despesa com pessoal ao teto, deverá haver a exoneração de servidores não estáveis.

Veja o ato severo a ser adotado pelo administrador público se não observado o patamar máximo de gasto com folha de pagamento.

A questão que fica é qual será o critério a ser adotado pelo gestor para a exoneração dos servidores não estáveis. Podemos cogitar de exonerar os servidores que tomaram posse por último. Trata-se de um critério temporal, levando-se em consideração o momento da contratação. Porém, pode ser que essas contratações, por serem recentes, sejam as mais necessárias à administração pública.

Diante disso, qual a saída? Exonerar os servidores públicos que não tenham muita serventia para o ente público? Se adotada essa postura, como fundamentar essa decisão?

E se no mesmo departamento contar com servidores que foram admitidos na mesma data, qual o critério para exonerá-los? Leva em conta a classificação no concurso público? Faz uma nova prova com o escopo de verificar quem, na atualidade, tem melhor rendimento?

Denota-se a grande dificuldade que terá o gestor para agir.

Pois bem. Se forem tomadas essas condutas, mas mesmo assim houver a superação do teto de gasto com pessoal, os servidores públicos estáveis também poderão perder o cargo. Aqui vale registrar que os mesmos problemas listados acima se repetirão. Porém, os estáveis farão jus a uma indenização correspondente ao valor mensal de uma remuneração para cada ano trabalhado.

Conseguimos constatar que o constituinte foi extremamente rígido com a despesa com pessoal, demonstrando que seus limites deverão ser cumpridos à risca pelo gestor público.

Em contrapartida, necessário destacar que o momento sócio-econômico vivenciado nos últimos anos no país faz com que os municípios tenham que tomar maior cautela com essas despesas com pessoal.

Aliás, importante mencionar que o gasto com pessoal nos municípios já era um problema sabido nos anos 1990, conforme explanado por Bresser-Pereira (1996, p. 17):

A partir de 1995, com o governo Fernando Henrique, surge uma nova oportunidade para a reforma do Estado em geral, e, em particular, do aparelho do Estado e do seu pessoal. Esta reforma terá como objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos Estados e municípios, onde existe uma claro problema de excesso de quadros; a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento dos cidadãos.

Mister salientar que se trata de uma obra escrita em 1996. Portanto, antes da edição, por exemplo, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O que mais chama atenção, porém, é o fato de a abrupta queda de arrecadação fazer com que a proporção em despesa com pessoal em relação à receita corrente líquida aumente sobremaneira. Logo, não decorreria de majoração das remunerações dos servidores públicos, tampouco de novas contratações efetuadas, mas, sim, de uma nefasta consequência da crise financeira por que passa o país.

Todavia, as normas constitucionais ou legais não fazem ressalva. Portanto, entendemos que, embora a superação do limite não decorra de efetivo aumento de gasto com pessoal, o administrador deverá adotar as condutas impostas pelos preceitos supracitados.

Ou dito de outro modo, não nos parece que será suficiente a justificativa de que essa proporção tenha aumentado por conta da diminuição da arrecadação, pois, ainda que seja essa a causa, ainda assim o Prefeito Municipal ou o Presidente da Câmara de Vereadores deverão agir com o escopo de adequar as finanças públicas.

Caso assim não ajam, os consectários a eles e ao Poder que estão à frente serão suportados.

DA CONDOTA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO QUANDO OUTRO PODER/ÓRGÃO DESCUMPRE O SEU LIMITE

Chama a atenção a peculiaridade no caso de o gestor público perceber que o outro Poder ou o outro Órgão estiver descumprindo o limite que a lei lhe impõe.

Conforme verificamos anteriormente, essa situação fará com que, ao menos em tese, os repasses sejam cortados.

No entanto, cabe a reflexão se seria justo o corte de repasses se nem todos os Poderes/Órgãos estejam desrespeitando o limite imposto pelo art. 20, LC nº 101/2000.

Pois bem. Esse tema já chegou para a apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio

da ACO (Ação Cível Originária) nº 1.612/MS, cujo relatoria fora do Ministro Celso de Mello.

Em seu voto, o relator determinou a impossibilidade de se frear o repasse por força do denominado “postulado da intranscendência das medidas restritivas de direitos”, que pode ser compreendido pela transcrição do seguinte trecho da ementa do acórdão ao julgar Agravo Regimental na supracitada demanda judicial:

O Poder Executivo estadual **não pode** sofrer sanções **nem expor-se** a restrições **emanadas** da União Federal, **em matéria** de realização de operações de crédito, **sob a alegação** de que o Poder Judiciário, a Assembleia Legislativa, o Tribunal de Contas ou o Ministério Público locais **teriam descumprido o limite individual** a eles imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 20, **inciso** II, “**a**”, “**b**” e “**d**”), **pois** o Governo do Estado **não tem** competência **para intervir** na esfera orgânica de referidas instituições, **que dispõem** de plena autonomia institucional a elas outorgada **por efeito** de expressa determinação constitucional. **Precedentes.** (STF, ACO 1612 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 12-02-2015 PUBLIC 13-02-2015)

Verifica-se, com isso, que um dos Poderes/Órgão não poderia sofrer sanções em decorrência de descumprimento do limite por outros Poderes/Órgãos.

Compreendemos o escopo dessa decisão, todavia, tememos um pouco as implicações desse entendimento, eis que poderá ser a justificativa a ser dada pelos gestores doravante.

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê, em seu art. 73, a responsabilização do agente público no caso de descumprimento de suas disposições.

Assim sendo, resta certo que o gestor público pode vir a responder no âmbito criminal, bem como por crime de responsabilidade e por ato de improbidade administrativa, além de outras sanções decorrentes da não observância da referida lei.

Percebe-se, diante desse quadro, o caráter cogente da supracitada norma legal, podendo gerar severos conseqüências a quem venha desprezar os seus preceitos.

Da responsabilidade criminal

Quanto à esfera penal, podemos citar que a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, incluiu no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) delitos contras as finanças públicas, cujas rubricas são as seguintes: *Contratação de operação de crédito* (art. 359-A); *Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar* (art. 359-B); *Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura* (art. 359-C); *Ordenação de despesa não autorizada* (art. 359-D); *Prestação de garantia graciosa* (art. 359-E); *Não cancelamento de restos a pagar* (art. 359-F); *Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura* (art. 359-G) e

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado (art. 359-H).

Dos crimes acima, o único que trata especificamente da despesa com pessoal, é o art. 359-G, que veda o aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura, cujo teor é transcrito a seguir:

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Verifica-se a preocupação do legislador em não permitir que o gestor público utilize a máquina administrativa como mote de campanha eleitoral, tampouco para onerar a gestão do próximo mandatário. Explico.

Sabemos que, infelizmente, trata-se de conduta não fora do comum a elaboração de concurso público, contando com certo reconhecimento no futuro por aquele que vier a ocupar esse cargo público em favor do administrador que o contratou. Ou seja, conquanto possa não ser uma prática rotineira na esfera federal e estadual, nos pequenos municípios pode ser uma boa moeda de troca a contratação de alguém, ainda que por meio de concurso público, almejando a recompensa com voto como um dever moral daquele que está a atuar como servidor público.

Ademais, o intuito do legislador foi coibir que aquele Chefe do Executivo, ao final de seu mandato, venha a deixar uma onerosa despesa com pessoal ao próximo administrador, tendo em vista a colossal dificuldade de romper o vínculo com os servidores públicos que venham a ser contratados. Noutras palavras, como o gestor sabe que não se revela fácil desligar um ocupante de cargo público, ele aumentaria sobremaneira o gasto com folha de pagamento, prejudicando o mandato de seu sucessor.

No entanto, observamos que essas condutas são vedadas nos cento e oitenta dias que antecedem o fim de seu mandato.

O que chama atenção, porém, é a possibilidade de o Prefeito, na esfera municipal, efetuar esses gastos antes do período tido como ilícito. Contudo, infere-se que o objetivo fora impedi-lo de agir no período que antecede as eleições, sob pena de macular os pleitos eleitorais e as suas consequências. Assim, o período anterior não está sujeito a essas vedações.

Do crime de responsabilidade

Outra sanção que pode ser imposta ao gestor público que descumprir os ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal é o denominado crime de responsabilidade.

Conquanto não sejam propriamente crimes, como espécie de infração penal, tais espécies volitivas estão atreladas à ideia de responsabilização de condutas inadequadas ao ordenamento

jurídico.

Assim sendo, compete mencionar as sanções aplicáveis a tais condutas, cujas previsões estão contidas na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 e no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, este aplicável na esfera municipal.

Imperioso consignar que a punição advinda de tais legislações pode acarretar a cassação do mandato do administrador público, algo extremamente relevante.

Portanto, necessário mencionar que se trata, em verdade, de uma punição política.

Diante disso, vale registrar que a sanção estará a cargo do Poder Legislativo, notadamente pela natureza dessa sanção.

Insta salientar, pela relevância, tratar-se de condutas contra a probidade na administração, contra a lei orçamentária ou guarda e legal emprego dos dinheiros públicos, dentre outros.

Verifica-se, uma vez mais, o zelo do legislador para com o erário.

Desse modo, caso o administrador público venha a descumprir os preceitos insertos na Lei de Responsabilidade Fiscal, poderá suportar as consequências, tendo em vista tratar-se do denominado crime de responsabilidade.

Dos atos de improbidade administrativa

Imperioso registrar também que desde a edição da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, os agentes públicos estão sujeitos às sanções insertas em seu bojo, notadamente quando ensejam o enriquecimento do agente ou o prejuízo, direto ou indireto, à administração pública (arts. 9º e 10).

Mister registrar, contudo, que o mero descumprimento dos princípios da Administração Pública já pode ser tido como ato ímprobo (art. 11, Lei nº 8.429/92).

Denota-se, portanto, que o agente político que descumprir as normas trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal perpetrará, ao menos, afronta ao princípio da legalidade, estando sujeito às penas tipificadas no art. 11, Lei nº 8.429/92, por descumprir o disposto no art. 37, *caput*, Constituição Federal. Lembrando, entretanto, que outros princípios administrativos certamente serão feridos junto a afronta à legalidade.

Portanto, fica evidente que o gestor público poderá estar sujeito ao ressarcimento integral do dano ao erário, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios.

Imperioso registrar, pela relevância, que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de o agente público (no caso, um Presidente da Câmara de Vereadores) responder por improbidade administrativa, ante o fato de afrontar o limite de despesa imposto pela Constituição Federal, conforme trechos da ementa do julgamento a seguir transcritos:

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92. DESCUMPRIMENTO DE LEIS ORÇAMENTÁRIAS. RETENÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. INEXIGIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. DOLO GENÉRICO. PRESENÇA DE ELEMENTO SUBJETIVO. DEMAIS ALEGAÇÕES. AFASTAMENTO PELA CORTE A QUO COM BASE NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. I - Sustenta-se, em síntese, que ex-vereador do Município de Catalão-GO foi eleito Presidente da Câmara Municipal de Catalão e, durante sua gestão 2001/2002, violou, nas contas relativas ao ano de 2001, o disposto no art. 29-A, inciso I, da Constituição Federal ao ultrapassar o limite constitucional de 8% do duodécimo, acima do permitido. [...] VIII - O acórdão contraria a jurisprudência desta Corte quanto à configuração do ato de improbidade nos casos de descumprimento das leis orçamentárias. IX - A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) determina, no art. 73, que as infrações aos seus dispositivos serão punidas segundo a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente. X - Também prevê a Lei de Responsabilidade Fiscal restrições às operações financeiras, exigindo a observância dos procedimentos estabelecidos por ela. Tais exigências reforçam as previsões contidas nos incisos VI e IX do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, que enunciam constituir ato de improbidade: "realizar operações financeiras sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea" e "ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento". XI - O exame das contas constitui tarefa nobre, complexa e abrangente atribuída aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal e legislação correlata, seja por sua singular relevância, por permitir à sociedade o conhecimento do resultado das atividades públicas, seja pela amplitude e profundidade da atividade realizada pelo Tribunal de Contas, que contribui para o aprimoramento da gestão pública.[...] XVII - Fica caracterizada, assim, a existência de ato de improbidade, seja pela ofensa aos princípios administrativos, como diante do descumprimento do previsto no art. 10, VI, da Lei de Improbidade. [...] (STJ, AgInt no AREsp 964.974/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018)

Resta clara a possibilidade de responsabilização do mandatário por seu ato de improbidade.

DOS CONSECUTÓRIOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Tivemos a oportunidade de registrar acima as punições a que o agente público estará passível. Por óbvio, trata-se de algo relevante.

Todavia, importa-nos ainda mais a consequência advinda ao ente federado que vier a descumprir as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para tanto, forçoso frisar que o município que vier a não observar as previsões legais trazidas na norma acima, bem como na Constituição Federal, terá parte de seus repasses cortados pela União e pelos Estados.

O que queremos deixar claro é que o consecutório advindo ao município certamente será maior que a punição trazida o Chefe do Executivo ou do Legislativo, eis que não terão os repasses, a que fazem jus.

Isso quer dizer que uma das receitas mais importantes dos municípios será retirada de forma abrupta. Aliás, se com tais repasses o gestor já não conseguiu manter o equilíbrio das contas públicas, sem elas essa situação se agravará ainda mais, obviamente.

Portanto, queremos deixar claro que os maiores prejudicados pela contumácia do Prefeito ou do Presidente da Câmara serão os munícipes, porque terão parte da fonte de subsistência cortada.

Desse modo, na eventual hipótese de não serem cumpridos os limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, tampouco observadas as normas do art. 169 da Constituição Federal, certamente os municípios entrarão em colapso em relação às suas contas, sobretudo quando pensamos em momentos de crise econômica, como as vividas nos últimos anos.

Destarte, na esfera municipal cabe grande atenção a ser dada pelo Prefeito, mas também aos Vereadores, que deverão fiscalizar os atos do Executivo, sobretudo para que sejam cumpridas as normas referentes às contas públicas, sob pena de serem causados colossais prejuízos à administração municipal, que sequer poderão ser superados, em muitas ocasiões.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho foi procurar demonstrar a importância das regras impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial as contas referentes às despesas com pessoal

Diante disso, logramos evidenciar que, mesmo com as sanções impostas ao Prefeito ou Presidente da Câmara de Vereadores, ainda assim os consectários a que estarão sujeitos os municípios serão muito maiores, sobretudo no que tange aos repasses oriundos da União ou dos Estados.

Dessa forma, os munícipes deverão estar atentos aos índices trazidos nos RGFs (Relatórios de Gestão Fiscal), publicados a cada quadrimestre, para verificar o histórico do seu município em relação aos gastos públicos. E, caso estejam com as despesas com pessoal, acima das previsões legais, deverão ser tomadas as medidas preconizadas pela Constituição Federal, com o fito de regularizá-las.

Mas, caso isso não ocorra, certamente terão um importante fonte de receita cortada.

Não se olvida, outrossim, que se com a vinda dos repasses o gestor municipal não conseguiu controlar as contas públicas, sem tais verbas, a sua gestão será prejudicada sobremaneira, fazendo com que o declínio dos resultados de sua urbe sejam facilmente notados por todos.

Por isso, obviamente se mostra mais salutar evitar que se chegue a essa difícil situação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 9 jul. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950.** Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1079.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

_____. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

_____. **Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10028.htm#art2>. Acesso em: 15 jul. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 82, de 27 de março de 1995.** Disciplina os limites das despesas com o funcionalismo público, na forma do art. 169 da Constituição Federal. (Lei Camata). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp82.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 96, de 31 de maio de 1999.** Disciplina os limites das despesas com pessoal, na forma do art. 169 da Constituição. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp96.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm#art75>. Acesso em: 12 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 964.974. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Ação Cível Originária nº 1.612. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial.** Revista do Serviço Público - RSP, ano 47, v. 120, n. 1, p. 07-40
Número padronizado: v. 47, n. 1 (1996).

CAMARGO, Guilherme de Bueno. **Governança Republicana como vetor para a interpretação das normas de direito financeiro.** Tese (Doutorado) em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em 13. jul. 2018.

CONTI, José Mauricio. **Levando o direito financeiro a sério** [livro eletrônico]. São Paulo: Blucher, 2016.

COSTA, Paulo Jorge Nogueira da. **O Tribunal de Contas e a boa governança: contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal**. Tese (Doutorado) em Direito. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/21154>>. Acesso em 13. jul. 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MENEZES, Rafael Terra de. **Efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre as categorias e funções de despesas dos municípios brasileiros (1998 – 2004)**. Dissertação (Mestrado) em Economia. Ribeirão Preto: Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/>>. Acesso em 13. jul. 2018.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito Financeiro e Controle Externo**. 9. ed. São Paulo: Método, 2015

SCAFF, Fernando Facury. **Contas à Vista. Não é obrigado a gastar: vinculações orçamentárias e gastos obrigatórios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-17/contas-vista-vinculacoes-orcamentarias-gastos-obrigatorios>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2 - Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

CIDADES SUSTENTÁVEIS: O MEIO AMBIENTE URBANO COMO INTERESSE PÚBLICO A SER VELADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL

Isabelle Muraro GONÇALVES¹

RESUMO

O administrador público governa coisa de outrem e, para fazê-lo, deve observância estrita aos ditames da lei, não estando autorizado a agir senão amparado nela. O escopo de sua gestão é a finalidade comum, o que se poderia traduzir na linguagem administrativista para “supremacia do interesse público”, sem a qual sua atuação torna-se pessoalizada, o que não se admite no ordenamento jurídico. Trata-se de um princípio decorrente logicamente da Constituição Federal, além de estar previsto expressamente na Lei 9.784/99. Entre inúmeros interesses públicos que poderiam ser elencados, a cidade sustentável insere-se nesse rol infindável de demandas a serem atendidas pelo Poder Público. Também chamadas “ecocidades”, este modelo encontra guarida no art. 2º, inciso I, do Estatuto das Cidades, e pode ser entendida como aquela cidade em que a legislação, projetos e ações são voltados não apenas às presentes, mas às futuras gerações, notadamente no que se refere a questões de cunho ambiental, abarcando um interesse transcendente do qual o administrador público não pode esquivar-se, sob pena de sofrer as sanções previstas na lei, além dos efeitos a serem suportados pelos administrados e pelo meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: Supremacia do Interesse Público. Sustentabilidade. Meio Ambiente Urbano.

RIASSUNTO

L'amministratore pubblico governa cosa di altro, e per farlo, deve osservare rigorosamente i dettami della legge, non essendo autorizzato ad agire se non protetto da lei. La portata della sua gestione è la finalità comune, ciò che potrebbe essere tradotto nel linguaggio amministrativo per "la supremazia dell'interesse pubblico", senza il quale la sua azione diventa personale, che non è ammessa nell'ordinamento giuridico. Questo è un principio che deriva logicamente dalla Costituzione Federale, oltre ad essere espressamente previsto dalla legge 9.784 / 99. Tra i molti interessi pubblici che potrebbero essere elencati, la città sostenibile fa parte di questo infinito ruolo delle richieste che devono essere soddisfatte dal potere pubblico. Chiamato anche "ecocittà", questo modello trova rifugio nell'articolo 2º, I, dello Statuto Delle Città, e può essere inteso come quella città in cui la legislazione, i progetti e le azioni sono orientati non solo al presente ma anche alle generazioni future, soprattutto in ciò che riguarda le questioni ambientali, che comprende un interesse transcendente che l'amministratore pubblico non può evitare, a pena di soffrire le sanzioni previste dalla legge, inoltre agli effetti a essere supportato per gli amministratori e per lo mezzo ambiente.

PAROLE-CHIAVE: Supremazia di interesse pubblico. Sostenibilità. Mezzo ambiente urbano.

1 INTRODUÇÃO

As práticas sustentáveis vêm sendo adotadas paulatinamente na sociedade, que se deparou tardiamente com o fato de que os recursos naturais não são inesgotáveis e de que outros seres

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá e em Humanidades pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. E-mail: isa_muraro@hotmail.com.

humanos têm habitado sucessivamente o mesmo espaço e concorrido aos mesmos recursos, num ciclo sem termo conhecido, mas que demanda iniciativas no sentido da utilização racional dos recursos disponíveis, do adequado descarte dos produtos consumidos, da recuperação das riquezas naturais destruídas, da adoção de energias limpas, e, entre outros, da cessação de práticas degradantes ao meio ambiente, de modo a neutralizar ou minimizar os efeitos que a produção e o consumo humanos desenfreados têm gerado na Terra.

Iniciativas individuais, ainda que importantes, têm um impacto menor se comparadas com as práticas em maior escala, de forma que, se as técnicas sustentáveis forem legalmente adotadas como um padrão a ser seguido em determinado território e direcionada a determinadas pessoas, terão uma força significativa maior para a produção de bons resultados.

A Administração Pública, nesse contexto, possui não só o poder, mas também o dever de, em nome da Supremacia do Interesse Público, permear o âmbito de sua gerência de práticas sustentáveis. No caso do Município, o Prefeito e os Vereadores devem, utilizando-se dos meios legais para fazê-lo, prever na legislação local planos e projetos aptos a realizarem uma cidade sustentável e velar pela sua adoção e fiscalização na prática, de modo que tais ditames venham a proteger as presentes e futuras gerações de sofrer os impactos resultantes de uma política consumista e descomprometida, atentando-se para o caráter solidário que deve reger a humanidade.

O presente trabalho tem a proposta de demonstrar como a garantia à cidade sustentável insere-se no âmbito do interesse público a ser velado pelo administrador, propondo maneiras legais de adoção de práticas sustentáveis, além de fundamentar a sua obrigatoriedade junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

2 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO: SUPRAPRINCÍPIO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O Direito Administrativo consubstancia-se nos princípios constantes expressamente no art. 37 da Constituição Federal e na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo a nível federal, além daqueles advindos logicamente do ordenamento jurídico e da organização política brasileira, os quais devem guiar a atuação do administrador público e a interpretação das leis e atos em geral em casos de dissensões no sistema administrativo.

Estão dispostos expressamente na lei maior do país os princípios da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²”. O princípio da supremacia do interesse público, ou simplesmente princípio da finalidade pública, considerado um “supraprincípio” do direito administrativo, a seu turno, é implícito na Constituição Federal, embora exposto na Lei

2 BRASIL, Constituição, 1988, *on-line*.

9.784/99, em seu artigo 2º, que conta com a advertência de que são princípios a serem obedecidos pela administração pública, entre outros, os da “legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, **interesse público** e eficiência³”. Conquanto o diploma tenha caráter federal, acaba por ser observado nos demais âmbitos federativos, que também pautam sua atuação por ele, inspirando tanto a atividade legiferante quanto a atuação do administrador e do intérprete.

De acordo com o art. 2º da referida lei, o princípio da finalidade pública constitui-se no “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei⁴”. A preponderância do interesse público sobre o particular, para o administrativista Hely Lopes Meirelles⁵:

[...] é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; daí a dificuldade que os autores enfrentam para sua definição. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.

É esse princípio que autoriza, nas relações próprias da vertente administrativa, a dessemelhança quanto ao tratamento jurídico entre a administração pública e os indivíduos administrados, eis que a primeira abrange o interesse geral prevalente, enquanto os segundos representam o interesse individual e secundário em relação ao todo. Essa desigualdade “[...] advém da lei, que, assim, define os limites da própria supremacia⁶” e permite que o poder público goze de prerrogativas que o colocam numa situação privilegiada em relação aos administrados, já que protege um interesse geral e público, resguardados os direitos e garantias dos indivíduos, que permanecem protegidos de atuações estatais arbitrárias. É o que leciona os autores Ricardo Alexandre de Almeida Santos e João de Deus Moreira Calheiros Junior⁷:

[...] a supremacia do interesse público sobre o interesse privado fundamenta a atribuição ao Estado de prerrogativas nas suas relações com os particulares, mas o exercício desses privilégios somente será legítimo se respeitados os direitos e garantias individuais. Já nos casos em que a Administração atua segundo um regime de direito privado, ela se despe da maioria de suas prerrogativas estatais e se equipara a um particular, não se podendo assumir que sua atuação busque o atendimento de interesses públicos primários, de modo a não ser legítima a invocação do supraprincípio [...]

O interesse público é, pois, a razão de ser da administração pública, não havendo outra finalidade senão o bem comum a ser perseguido pelo administrador. Pode-se concluir, nesse viés, que tal poder⁸:

3 BRASIL, Lei 9.874, 1999, *on-line*.

4 *Ibid.*, *on-line*.

5 MEIRELLES, 2013, p.110.

6 *Ibid.*, *loc. cit.*

7 SANTOS; CALHEIROS JUNIOR, 2015, p.137.

8 *Ibid.*, p. 136, (grifos do autor).

[...] é atribuído por ser necessário à consecução de finalidades públicas, consistindo, justamente por isso, num **poder-dever** a ser exercido, nos casos, na forma, e nos limites estabelecidos em lei. Eventuais atos administrativos que tenham sido praticados sem finalidade pública incorrerão em vício de **desvio de poder** ou **desvio de finalidade**, devendo ser anulados. É o que se passa, por exemplo, na hipótese de um ato de desapropriação de uma propriedade particular, realizado com o objetivo de vingança contra um inimigo da autoridade competente. Nesse caso, por tal ato não possuir finalidade pública, será tachado de ilegal, devendo ser invalidado.

Partindo-se dessas digressões iniciais é possível vislumbrar que a administração pública deve pautar sua atuação sob a ótica da finalidade pública, de modo que políticas públicas devem ser criadas e fomentadas com o fim de atender às demandas dos administrados. O meio ambiente urbano sustentável é, sem dúvida, um dos pleitos cuja presença deve imergir no debate político e acadêmico.

3 MEIO AMBIENTE URBANO SUSTENTÁVEL: UM INTERESSE PÚBLICO

O direito administrativo anda acompanhado pelo ramo urbanístico, já que a administração pública pode e deve articular e promover as ações tendentes a realiza-lo no plano concreto. Assim também ocorre com seus princípios. Sob a égide do interesse público, dois princípios do direito urbanístico vêm a calhar: o do urbanismo como função pública e o da sustentabilidade.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) é o instrumento legal que dispõe sobre as diretrizes gerais da política urbana. No entanto, o poder público, particularmente, no âmbito de sua competência e abrangência, edita normas que dispõem sobre questões urbanísticas, tal como o Plano Diretor. Para Adir Ubaldo e Adivandro Rech, é o princípio do urbanismo como função pública que permite à administração “[...] atuar no meio social e no domínio privado, regulamentar a função social da propriedade a ser ocupada, o interesse e bem-estar coletivos, como forma de assegurar a *cidadania e a dignidade da pessoa humana*”⁹.

O urbanismo, por si só, já é uma função pública. Para os autores, a atuação do poder público nesse sentido não se insere no âmbito das faculdades, mas configura-se propriamente um dever do administrador público:

O urbanismo é norma de Direito Público cogente, tendo o Poder Público não apenas o dever de atuar no meio social e privado, mas de tornar real um planejamento jurídico urbanístico, cientificamente correto e sustentável, com o efetivo cumprimento do princípio da função pública do urbanismo. Na omissão do Poder Público ou de regras, invoca-se o princípio, como norma superior, exigindo do Poder Público sua atuação, estabelecendo normas de ordem pública e interesse social.¹⁰

Inimaginável, assim, uma atuação pública desvinculada da preocupação urbanística, já que a desordem das cidades desaguaria num completo caos e colocaria em cheque a vida em sociedade,

9 RECH; RECH, 2016, p. 174. (grifos do autor).

10 Ibid., p. 175.

bem como a sua qualidade.

O princípio urbanístico e ambiental da Sustentabilidade, a seu turno, encontra guarida no art. 225 da Constituição Federal, pelo qual é direito de todos o “meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações¹¹”.

Sob o lume mais preciso das cidades sustentáveis, o Estatuto da Cidade traz disposição específica no seu art. 2º, inciso I, que prevê a sustentabilidade como uma das diretrizes gerais da política urbana para desenvolvimento das funções sociais da cidade a “garantia do **direito a cidades sustentáveis**, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações¹²”.

O princípio da Sustentabilidade é, assim, o que “[...] determina a obrigatoriedade de todas as normas de Direito Urbanístico serem instrumento de garantia do desenvolvimento da cidade e Município sustentável [...]”¹³, daí que o planejamento legal deve observância ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sustentabilidade das cidades. Tais interesses, note-se, ultrapassam o tempo presente e remetem o administrador a visar o futuro dos administrados e suas gerações seguintes, exigindo-lhe planejamento e visionarismo. É, pois, um interesse público atual mas cuja efetividade deve transcender seu tempo, podendo e devendo garantir um meio ambiente saudável para além do presente.

Não obstante, os princípios referidos nesta abordagem também se atrelam, ampla e indubitavelmente, ao direito à saúde, que corresponde a um interesse público salvaguardado pela Constituição Federal no seu art. 6º e cuja efetividade deve ser garantida pelo poder público, que deve controlar questões como o abastecimento da população com água potável, sistema de esgoto, o destino dado ao lixo e seu reaproveitamento, além de poluição e contaminação ambiental, contato com substâncias tóxicas, entre outros.

Mais ainda, a urbanização sustentável alinha-se à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro consagrado no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, eis que “[...] não há cidadania tampouco dignidade da pessoa humana, com cidades desordenadas, não planejadas, e com ocupações urbanas ou rurais sem sustentabilidade física, social, econômica e ambiental.”¹⁴

11 BRASIL, Constituição, 1988, *on-line*.

12 BRASIL. Lei n.º 10.257, 2001, *on-line*.

13 RECH; RECH, 2016, p. 178.

14 *Ibid.*, p. 179.

Demonstrado o interesse público inerente à sustentabilidade das cidades, é de relevo compreender em que consiste a sustentabilidade em seus vários aspectos.

4 SUSTENTABILIDADE: ANÁLISE DOS CONCEITOS SOB DIFERENTES ASPECTOS

Em 1987 a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, publicou o relatório Brundtland, cujo nome advém da liderança à sua frente, a médica norueguesa Gro Harlem Brundtland. Tal documento, relativamente recente, foi pioneiro a conceituar desenvolvimento sustentável como o “que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades¹⁵”.

O teólogo Leonardo Boff, ao tecer suas considerações acerca da definição, alerta para duas de suas limitações: a de que “é antropocêntrica (só considera o ser humano) e nada diz sobre a comunidade de vida (outros seres vivos que também precisam da biosfera e de sustentabilidade)¹⁶”. Por estas razões, realiza sua própria definição, de caráter mais holístico, segundo ele:

[...] sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando a sua continuidade e ainda a atender as necessidades da geração presente e das futuras de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução, e coevolução.¹⁷

Esta acepção marca a integração de todos os seres vivos com a Terra e a aptidão deles para cooperação mútua e solidária, tanto em relação às criaturas presentes quanto às que estão por vir, considerando que todos mantêm uma ligação sinérgica. Para o teólogo, “as futuras gerações têm o direito de herdar uma Terra e uma natureza preservadas¹⁸”.

Observada sob o viés jurídico, sustentabilidade seria “[...] um princípio, uma norma superior que subordina as demais normas urbanísticas e resolve conflito de normas [...]”¹⁹. De modo que, “[...] qualquer norma de Direito Urbanístico que comprometa a sustentabilidade, ou outro princípio, é ilegal e passível de nulidade²⁰”.

Em contrapartida, sob o prisma do cidadão, ou, no caso, do administrado, a sustentabilidade traduz-se em um “direito subjetivo social, que deve ser assegurado no ordenamento jurídico e disponibilizado concretamente no processo de construção do projeto de cidade e de Município²¹” de modo a garantir qualidade de vida presente e futura. Neste diapasão:

[...] Verifica-se que todas as diretrizes do Estatuto da Cidade, prevista no seu art. 2º, são

15 ONU, 1987, *on-line*.

16 BOFF, 2012, *on-line*.

17 *Ibid.*, *on-line*.

18 *Ibid.*, *on-line*.

19 RECH; RECH, 2016 p 179.

20 *Ibid.*, *loc. cit.*

21 *Ibid.*, p. 178.

metas obrigatórias que devem ser contempladas nos Planos Diretores, mas que a sustentabilidade não é apenas uma meta, mas um princípio superior; a sua não observância pelas demais normas torna nula a própria norma”²².

Observa-se, pois, que se trata de um conceito complexo “[...] contextualizado a cada realidade, epistêmico e em constante construção científica. É um verdadeiro princípio, porque está no começo, como base, premissa de todo um sistema de Direito Urbanístico”²³.

Tem-se ainda a sustentabilidade social, relacionada à distribuição de espaços de acordo com as necessidades e as desigualdades da população; também a física, conexas à infraestrutura da cidade, como “[...] existência de vias adequadas, sistema de transporte público priorizado, sistema de saneamento de água e esgoto pluvial e cloacal, que atenda a todo o potencial de ocupação [...]”²⁴.

Por derradeiro, a sustentabilidade econômica atrela-se à administração responsável dos recursos naturais e à diminuição ou neutralização dos impactos que a atividade econômica e a produção de bens venha causar, além da análise acerca da possibilidade de técnicas que utilizem procedimentos menos degradantes ao meio ambiente.

5 CIDADES SUSTENTÁVEIS, CIDADES INTELIGENTES OU ECOCIDADES

As cidades são o reflexo da atuação humana na natureza e a própria expressão desta interação do homem no ambiente. Para Andrade, “as cidades são a expressão máxima do impacto do ser humano sobre a natureza” e a “a interação entre o sistema natural e o sistema cultural”²⁵. Só no Brasil, mais de 84,72% de toda a população reside em área urbana, segundo senso realizado pelo IBGE em 2015²⁶. A nível global, um relatório das Nações Unidas publicado em 2014 apontou que:

54 por cento da população mundial vive em áreas urbanas, uma proporção que se espera venha a aumentar para 66 por cento em 2050. As projeções mostram que a urbanização associada ao crescimento da população mundial poderá trazer mais 2,5 mil milhões de pessoas para as populações urbanizadas em 2050 [...].
A população urbana a nível mundial tem crescido rapidamente passando de 746 milhões em 1950 para 3,9 mil milhões em 2014 [...]
Espera-se que em 2045 a população Urbana a nível Mundial ultrapasse os seis mil milhões [...]²⁷.

A respeito do relatório, Jhon Wilmoth, diretor da Divisão da população das Nações Unidas do Departamento dos Assuntos Econômicos e Sociais, afirmou que "gerir áreas urbanas tem-se tornado um dos desafios mais importantes do Século XXI. O nosso sucesso ou fracasso na construção sustentável das cidades vai ser o principal fator de sucesso da agenda da ONU pós

22 Ibid., p. 182.

23 Ibid., p. 179.

24 Ibid., p. 180.

25 ANDRADE, 2001, p. 20.

26 IBGE, 2015, *on-line*.

27 UNRIC, 2014, *on-line*.

2015²⁸”.

Vê-se, pois, que as cidades são os centros culturais, sociais, econômicos e produtivos. Sua organização, portanto, tem reflexos diretos em todo o arranjo social.

Todavia, antes de adentrar propriamente no bojo da sustentabilidade das cidades é preciso compreender as interações recíprocas dos organismos com o meio ambiente (biótico e abiótico), o que se denomina “ecologia”, e que “ecossistema” significa um sistema estável formado por diferentes espécies que vivem em um determinado local realizando trocas com o meio e entre si. Tem-se, sob essa explanação, que as cidades são ecossistemas complexos e que, como tal, para se sustentarem devem obedecer a um certo equilíbrio a reger as mútuas trocas realizadas no ambiente e entre os seres.

No entanto, as cidades trazem consigo diversas consequências negativas, aquelas que o administrador público deve atentar-se em busca de minimizá-las ou extirpá-las através de políticas públicas de planejamento urbano.

Apesar das cidades serem centros de inovação, crescimento econômico, transformação social, saúde e educação, seu crescimento traz para discussão questões sobre aquecimento global, administração de recursos, economia baseada na baixa emissão de carbono e desigualdade social. As cidades requerem soluções inovadoras em seu *design*, em sua governança e em sua infraestrutura de investimentos, para que possam responder essas questões de maneira apropriada²⁹.

Desta forma, no contexto urbano reside severa preocupação com questões de sustentabilidade e são as cidades que devem contar com uma atuação mais ferrenha do poder público nesse sentido, já que “nelas se consomem os maiores recursos do planeta; nelas se geram os maiores resíduos³⁰”, ou seja, ela é o centro da produção e também do consumo, é nela que o ciclo que vai da matéria-prima até o descarte acontece.

“Cidades sustentáveis”, “cidades como ecossistemas sustentáveis” ou “cidades inteligentes” são, portanto, as comunidades urbanas que, mediante planejamento, atuação do poder público e participação dos administrados, adotam condutas que visam a manutenção do equilíbrio ecossistêmico nas trocas realizadas entre os organismos e entre esses e o ambiente, visando reduzir ou neutralizar os impactos da atuação humana, produtiva e econômica sobre a natureza.

Este modelo de cidade consagrou-se no Programa das Nações Unidas para o Meio ambiente, que lançou os “Dez princípios de Melbourne para as Cidades Sustentáveis”, que contemplam, em apertada síntese, a sustentabilidade intergeracional, o reconhecimento da biodiversidade, a minimização de efeitos humanos negativos na natureza, capacitação e cooperação da comunidades, senso de produção e consumo conscientes, mas, principalmente, o quinto

28 Ibid., *on-line*.

29 AMORIM *et al.*, 2013, *on-line*.

30 LEITE; AWAD, 2012, p.14.

princípio, que prevê “cidades-modelo de ecossistemas”, que seria a construção de “[...] cidades sob as características dos ecossistemas para o desenvolvimento e consolidação da sua saúde e sustentabilidade³¹”.

A ecocidade, segundo Register, poderia ser definida como: “[...] um assentamento humano modelado sobre estrutura de autossuficiência resiliente funcionando como os ecossistemas naturais. [...]”³² Esta concepção é exemplificada por Roseland, ao dizer que “a ecocidade tem comunidades saudáveis, áreas verdes e rios recuperados, usa tecnologias sustentáveis e apropriadas dentro de uma comunidade econômica desenvolvida que consiga solucionar seus problemas econômicos comuns³³”. Ainda para Roseland, a cidade inteligente “é o tipo mais durável de assentamento que o ser humano é capaz de construir. É a cidade capaz de propiciar um padrão de vida aceitável sem causar profundos prejuízos ao ecossistema ou aos ciclos biogeoquímicos de que ela depende³⁴”.

Importante ressaltar que a expressão “cidades sustentáveis” não se restringe unicamente ao meio urbano, senão diz respeito à totalidade do território Municipal, de acordo com o § 2º do art. 40 do Estatuto da Cidade, que requer o englobamento do território municipal completamente junto ao Plano Diretor.

A cidade sustentável, nesse sentido, compreende seu lugar e sua função no espaço, abandonando a ideia do esgotamento dos recursos sem uma solução alternativa. Traduzida na população que dela participa, têm compreensão do seu espaço e sua função dentro do ecossistema, e nele realiza trocas balanceadas e consequentes à geração presente e futura.

6 COMPETÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL NA EFETIVAÇÃO DE UMA CIDADE SUSTENTÁVEL

A Constituição Federal institui, em seu art. 24, inciso I, a competência legislativa concorrente entre a União e os Estados para legislar sobre direito urbanístico, contrariando o fato de a “execução da política urbanística ser de inteira responsabilidade dos Municípios, constituindo-se numa questão eminentemente local³⁵”, o que traduz-se num contrassenso, tendo em vista que o estabelecimento da competência legislativa dos Municípios, ainda que concorrente, permitiria que fossem melhor atendidas questões pontuais e específicas de cada cidade.

A saída para o Poder Legislativo Municipal poder dispor sobre a organização urbana, guardadas as particularidades do local da atuação legiferante, encontra guarida no art. 30, inciso II, da Carta Magna, pelo qual os Municípios têm competência para suplementar a legislação federal e

31 OLIVEIRA; MILIOLI, 2014, p.152.

32 Ibid., loc. cit.

33 Ibid., loc. cit.

34 AMORIM, op. cit, *on-line*.

35 RECH; RECH, op. cit, p. 163.

estadual no que couber, residindo neste dispositivo a autorização para fazê-lo acerca das questões relativas à urbanização.

Não obstante, o art. 182 da Constituição Federal, que dá início ao capítulo referente à Política urbana, confere ao Poder Público Municipal a elaboração e execução da política de desenvolvimento urbano, o que dá grande margem de atuação para o administrador público Municipal.

Ademais, o art. 30 da Constituição, que trata das competências a cargo dos Municípios, deixa transparente, em seu inciso I, que é dele a competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

Desta forma, inobstante o pequeno entrave do inciso I do art. 24, que deixou a desejar a previsão mais expressa e pontual do legislativo Municipal, o Poder Público das cidades contam com um grande espaço para atuação, tanto no âmbito executivo quanto legislativo.

As alíneas do inciso III do 4º artigo da Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade – preveem certos instrumentos do planejamento Municipal. São eles:

- a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo; c) zoneamento ambiental; d) plano plurianual; e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual; f) gestão orçamentária participativa; g) planos, programas e projetos setoriais; h) planos de desenvolvimento econômico e social.

O Plano Diretor, entre os mencionados, pode ser considerado o instrumento imprescindível num primeiro nível de planejamento e que servirá como guia para todo o aparato de organização urbana, sendo os demais os subsequentes à ele, daí que ser-lhe-á conferido especial destaque neste trabalho.

7 PLANO DIRETOR SUSTENTÁVEL E OUTROS INSTRUMENTOS LEGAIS E GERAIS DE PLANEJAMENTO

O Capítulo III da Lei 10.257/2001 é dedicado ao tratamento acerca do Plano Diretor, dizendo-o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, prevendo ampla participação e publicidade em sua elaboração, estabelecendo os casos de sua obrigatoriedade e delimitando sua estrutura mínima, além de previsões específicas para Municípios com áreas de risco e casos de ampliação do perímetro urbano.

Demais disso, reza no § 3º do art. 40, que a lei que o instituir deve ser revista num íterim temporal de 10 (dez) anos.

No entanto, antes de adentrar em suas especificidades, necessário estar clara sua definição. Para Dallari e Ferraz:

[...] o plano diretor é o mais importante instrumento de planificação urbana previsto no Direito Brasileiro, sendo obrigatório para alguns Municípios e facultativo para outros; deve

ser aprovado por lei e tem, entre outras prerrogativas, a condição de definir qual a função social a ser atingida pela propriedade urbana e de viabilizar a adoção dos demais instrumentos de implementação da política urbana³⁶.

Não se trata de uma lei, mas um projeto expresso num ato administrativo patente de admissão mediante o processo legislativo ordinário, cuja aprovação lhe confere o caráter vinculante, sem o qual não poderia ter efetividade.

A natureza jurídica diversa da lei impede que sua alteração se dê mediante processo legislativo e evita, ainda, que disposição em contrário superveniente venha a revogar qualquer de seus ditames, características próprias das leis.

Sua criação e revisão segue um procedimento próprio com observância do § 4º do art. 40 do Estatuto da Cidade, que demanda audiências públicas, participação da população e associações representativas da comunidade, num processo direcionado pelo administrador público (Poder Executivo), com posterior envio ao poder legiferante para aprovação. Tal processo de execução do Plano Diretor pode, inclusive, ter previsão na Lei Orgânica Municipal, o que tende a lhe conferir mais rigidez.

Há certos elementos, apontados por Rech e Rech, que devem influenciar ou compor o Plano Diretor e até suceder dele, quais sejam: Lei Orgânica, que deve exercer influência direta na sua elaboração; diagnóstico e prognóstico, indispensáveis ao conteúdo do Plano Diretor; o próprio projeto de lei para aprovação do Plano, além da elaboração das demais leis municipais, planos setoriais e projetos, estes que refletirão os objetivos do documento e permitirão sua concretização, todos os quais passam a ser sucintamente abordados.

Como já mencionado, é importante que a Lei Orgânica preveja o processo de elaboração do Plano Diretor, conferindo-lhe maior legitimidade e segurança, no entanto, sua participação no desenvolvimento sustentável da cidade não se restringe à isso. A Lei Orgânica, em sintonia com o Estatuto da Cidade e, principalmente, com a Constituição Federal, deve nortear o processo de elaboração do Plano Diretor não somente do ponto de vista metodológico, mas especialmente do principiológico.

É a Lei Orgânica que vai definir quais os direitos urbanísticos a que aquele Município vai conferir maior atenção, de acordo com as particularidades do local, impondo uma direção para a elaboração do Plano Diretor, que se pautará nas suas previsões. Sob o enfoque da sustentabilidade, pode-se exemplificar alguns direitos de especial relevo, tais como: função social da propriedade, mobilidade e transportes urbanos, destino sustentável do lixo, diminuição da poluição do ar, infraestrutura urbana, saneamento ambiental, preservação e reconstrução de áreas verdes, incentivo à preservação ambiental, entre outros. Tais direitos norteariam, por exemplo, projetos de

36 DALLARI; FERRAZ, 2010, p.324.

arborização urbana, de desincentivo aos automóveis particulares e construção de ciclovias e pistas específicas para o transporte coletivo, de reciclagem de lixo, de estímulo à compensação ambiental e à adoção de novas práticas limpas para empresas poluidoras, programas de conscientização no âmbito da educação e tantos mais.

No que se refere ao conteúdo do Plano Diretor, são elementos imprescindíveis à ele o diagnóstico da realidade e o prognóstico. Não se trata do conteúdo mínimo exigido pelo art. 42 do Estatuto da Cidade, mas de uma carga de conteúdo fático e projeções que fazem dele uma percepção da realidade e a perspectiva de mudança desta.

O diagnóstico da realidade trata-se de um trabalho técnico, de caráter científico e elaboração profissional que, conjugando dados urbanísticos, naturais, físicos, geográficos, financeiros, orçamentários e sociais do local, poderá apresentar o panorama com que se irá trabalhar, identificando as vulnerabilidades, os elementos de riscos, os anseios, o que demanda consulta e participação popular. O aspecto humano deve ser observado quando da elaboração do diagnóstico, segundo Rech e Rech:³⁷

O diagnóstico é muito mais do que um simples levantamento de dados físicos dos espaços a serem ocupados. Mas, de forma concomitante, é preciso que esses dados seja reproduzidos em detalhes e associados às interferências humanas ocorridas ontem, hoje e que podem ocorrer no futuro. O Plano Diretor não pode ser uma mera ocupação ordenada em termos de espaço físico, mas deve contemplar todos os outros aspectos que resultam da presença do homem nesse espaço, como forma de respeitar, criar e modificar o próprio espaço, com vistas à assegurar um ambiente ecologicamente equilibrado, o desenvolvimento sustentável, a dignidade e a convivência humanas. A falta de diagnóstico é a causa de projetos não efetivos, no crescimento das cidades de forma descontrolada, do caos, do desequilíbrio entre o ambiente natural e o ambiente criado, entre o que o povo necessita e o que efetivamente lhe é proporcionado.

Os dados obtidos servirão de suporte para as proposições que darão origem ao prognóstico, onde restará estabelecida as diretrizes adotadas pelo Plano Diretor, que nesta fase corresponde a um pré-plano. Tão importante quanto as diretrizes é a eleição das prioridades sobre as quais o Plano Diretor intervirá. A cartilha fornecida pelo Governo do Estado de São Paulo, com o passo a passo para a elaboração do Plano Diretor, aconselha que:

A escolha de aspectos que serão trabalhados pelo Plano Diretor parte de uma leitura do Município real para, se imaginar o Município desejado e, por último, estabelecer acordos para alcançar esse objetivo. Evidentemente, todas as etapas devem considerar as reais possibilidades da execução de determinado plano, pois de nada valerá elaborar um plano perfeito se as condições econômicas não permitirem sua execução.³⁸

O prognóstico é a projeção das transformações que se pretende realizar dos dados e informações levantadas no diagnóstico. A título de exemplo, o Plano Diretor Estratégico da cidade de São Paulo desenvolvido na gestão de Fernando Haddad e aprovado em 2014, premiado, junto

37 Op. cit, p.488.

38 MOREIRA, 2005, p.106.

com outras três iniciativas, pela ONU-Habitat(programa da Organização das Nações Unidas para Assentamentos Humanos), como uma das melhores práticas inovadoras de agenda urbana de 2015, prevê como uma das estratégias a título de sustentabilidade, a de “incorporar a agenda ambiental ao desenvolvimento da cidade”, cujas ações se traduzem, resumidamente, em, demarcação de zonas, criação de mecanismos financeiros de incentivo e articulação de políticas públicas. Quanto à demarcação de áreas³⁹:

- Demarcação da Zona Rural com nova concepção, multifuncional. Ou seja, além de ser uma área de produção de alimento e de água do abastecimento, de manutenção da biodiversidade e de serviços ambientais, da localização de unidades de conservação é também área de lazer, ecoturismo, agroecologia, produção orgânica e geração de empregos.
- Demarcação de 167 novos parques para ampliar os espaços verdes e livres da cidade tornando-a mais humana e equilibrada ambientalmente. Os novos parques serão somados aos 105 parques já existentes.

No que atine ao aspecto financeiro das estratégias de iniciativas sustentáveis⁴⁰:

Criação do Fundo Municipal de Parques, mecanismo inédito de co-financiamento entre sociedade civil e Poder Público para aquisição de parques planejados no PDE. A cada real doado por cidadãos a Prefeitura contribui com o mesmo valor.

Pagamento por Prestação de Serviços Ambientais (PSA): Implementação de novo instrumento para recompensar os proprietários ou possuidores de imóveis que reconhecidamente preservam áreas que prestam relevantes serviços ambientais para a sustentabilidade da cidade, como produção de água, agricultura orgânica, preservação de remanescentes da Mata Atlântica e da biodiversidade.

Por fim, no que se refere às Políticas setoriais de gestão ambiental, prevê a “conformação de uma política articulada entre os sistemas de abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem e gestão integrada de resíduos sólidos, permitindo assim a universalização do acesso aos serviços de saneamento básico⁴¹”.

São estratégias modernas e sugestivas para a implementação das cidades sustentáveis, que devem ser primadas pelo administrador público em toda sua atuação, haja vista seu caráter de interesse público, e notadamente na elaboração e revisão do Plano Diretor, que, superada as fases de diagnóstico e prognóstico, requer um projeto de lei para sua aprovação pelo Poder Legislativo.

No que tange à técnica legislativa, a Constituição Federal e a Lei 10.257/2001 não trazem previsão expressa acerca da iniciativa do projeto de lei do Plano Diretor, podendo-se entender, pela interpretação do § 4º do art. 40 do Estatuto de Cidade, que prevê os Poderes Legislativo e Executivo Municipais como garantidores no processo de elaboração e fiscalização do Plano Diretor, que tal iniciativa seria concorrente, por falta de previsão legal mais específica, salvo na Lei Orgânica de cada Município.

Superada a iniciativa e a elaboração com base nos elementos já suscitados, cabe à Câmara

39 PREFEITURADE SÃO PAULO, 2014, p. 53.

40 Ibid., loc. cit.

41 Ibid., loc. cit.

de Vereadores realizar sua votação, mediante debate público e participação popular democrática, com audiências públicas, podendo inclusive valer-se de profissionais para esclarecer adequação do projeto à realidade e aos anseios populares, podendo ser os mesmos que auxiliaram o poder executivo ou outros convidados, evitando-se, no mais, “[...] emendas que contemplem interesses eleitoreiros, cooperativistas e demagogos [...]”, mantendo-se a unidade do projeto⁴²”. A aprovação obedecerá ao disposto na Lei Orgânica no tocante a turnos de discussão e votação do projeto.

A partir da aprovação do Plano, as ações, leis e projetos Municipais serão voltados à sua realização e efetividade. Rech e Rech apontam as leis municipais de “Parcelamento e uso do Solo, Código de Obras, Código de Posturas e Código Tributário”, entre outras, como instrumentos imprescindíveis à concretização do Plano Diretor, de forma que o trabalho legiferante no sentido da efetividade do Plano Diretor não termina com sua aprovação, mas apenas se inicia com ela. Tais leis são⁴³:

Uma etapa posterior, mas obrigatória, sob pena de comprometer a efetividade e eficiência do próprio plano. A revisão dessas leis, que são verdadeiros instrumentos de concretização do Plano Diretor, buscando evitar que sejam apenas uma profusão de normas, com objetivos em si mesmas, é parte obrigatória do processo de planejamento urbanístico. Essas leis vão expressar, tornar cogente condutas, posturas, normas urbanísticas complementares indispensáveis à concretização do Plano Diretor e fundamentalmente vão penalizar os desvios de condutas, criando inclusive obrigações de fazer que, executadas no Judiciário, se transformam em desobediência civil à ordem judicial.

Outro importante aliado à consecução do Plano Diretor são os planos, programas e projetos setoriais, que levam em conta as especificidades de cada local. A título de exemplificação, tem-se o Plano Setorial de Desenvolvimento Ambiental de Curitiba, ou Plano Municipal de Controle Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, de 2008, que prevê objetivos, metas, programas e ações mais específicas.

Assim, no que se refere ao tema “sustentabilidade”, o plano setorial traz como objetivo específico a “indução do desenvolvimento sustentável, a partir do uso do poder de compra do governo municipal”, cuja meta é “desenvolver e implantar a licitação sustentável na PMC como uma ferramenta de integração das considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo de compra e da contratação de serviços⁴⁴”, através do Programa Municipal de Compras Sustentáveis, que tem como ações:

- 1.1.1.1 Levantar experiências implantadas de compras sustentáveis.
- 1.1.1.2 Promover exposições e debates internos acerca do tema.
- 1.1.1.3 Desenvolver e aplicar programas de sensibilização e tomada de consciência acerca da importância das compras sustentáveis como mecanismo de promoção de uma sociedade sustentável.
- 1.1.1.4 Promover mudanças nos padrões de consumo e estimular a inovação tecnológica ecologicamente eficiente, usando o poder de compra como política ambiental.

42 RECH; RECH, 2016, p. 496.

43 Ibid., p. 497.

44 PREFEITURA DE CURITIBA, 2008, p. 26.

1.1.1.5 Fomentar a adoção de critérios ambientais nas especificações de produtos e serviços a serem adquiridos pela Administração Municipal, respeitada a legislação federal e municipal de licitações e contratos.

1.1.1.6 Articular, coordenar e sistematizar as políticas ambientais setoriais dos órgãos da administração direta e indireta, tendo em vista a sustentabilidade sócio-ambiental.⁴⁵

Veja-se que é um projeto mais específico, que não necessariamente deve estar contemplado no Plano Diretor, mas cuja finalidade dele decorre, bem como vem a concretizar as suas diretrizes e colaborar com seus resultados.

A concretização de uma ecocidade é, portanto, a conjugação de diversos esforços, sendo certo que a existência de previsão legal e formal sustentam as ações nesse sentido. Daí que o administrador público deve estar atendo à promoção e à iniciativa desse interesse público, velando pela sua positivação e efetividade por meio dos instrumentos elencados.

8 CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE PROMOÇÃO DE UMA CIDADE SUSTENTÁVEL PARA O ADMINISTRADOR PÚBLICO

O Plano Diretor é considerado obrigatório pelo art. 41 da Lei 10.257/2001 e, mais ainda, pelo art. 182, § 1^a da Constituição Federal. Obrigatória também é sua revisão, nos termos do § 3^o do art. 40, do Estatuto de Cidade, cujo prazo mínimo é de 10 (dez) anos, não havendo óbices a que esse prazo seja diminuído, podendo haver essa previsão no próprio Plano. As cidades que ainda não contavam com o Plano Diretor na data da promulgação da Lei 10.257, a seu turno, tiveram o prazo de 5 (cinco) anos para fazê-lo, a partir de 8 de outubro de 2001.

Além das obrigações quanto à elaboração e revisão, há também que se atentar para o conteúdo, minimamente estabelecido pelo Estatuto da Cidade nos seus arts. 42 e 42-A, além das diretrizes gerais previstas no art. 2^o referido Estatuto, cujo inciso I elenca a garantia do direito a cidades sustentáveis. Este direito, entre os demais previstos no referido artigo⁴⁶:

Constituem-se em direitos subjetivos do cidadão e, nesse norte, podem ser buscados pelo cidadão por meio de ações judiciais. Poderá o administrador municipal alegar que não tem recursos suficientes para incrementar determinadas políticas públicas, conforme tem entendido a doutrina, quando se trata de direitos denominados de terceira geração⁴⁷, mas jamais poderá o agente público alegar que lhe falta o ordenamento jurídico para incrementar tais políticas, pois, sendo o Plano Diretor obrigatório, o mesmo deverá contemplar políticas públicas de construção do projeto de cidade previsto.

Desta forma, ainda que faltem condições para efetivar totalmente as leis e planos municipais, o administrador público não pode ser furtar de atuar pelo menos no plano legislativo.

Cumpra salientar que tais obrigações não se direcionam tão somente ao administrador público assentado no âmbito executivo, senão a todo o Poder Legislativo, que comunga de

45 Ibid., 26-27.

46 RECH; RECH, 2016, p. 502.

47 Ibid., loc. cit.

responsabilidades análogas no âmbito de sua atuação.

Vê-se que a Constituição Federal e a Lei outorgaram ao administrador público uma carga de responsabilidade que não deve ser ignorada, sob pena de os administrados sofrerem duras penas pela desconsideração desses preceitos essenciais à boa ordem das cidades, de o meio ambiente sofrer danos irreversíveis ou de difícil reparação, além das reprimendas previstas ao administrador público, que pode incorrer em determinadas sanções, tais como a do art. 4º da Lei 8.429/92, pela qual o administrador público é obrigado a zelar pela estrita observância de determinados princípios, entre eles o da legalidade, além do art. 11 do mesmo diploma legal, pelo qual é considerado ato de improbidade administrativa aquele que viole o dever de legalidade, bem como o retardamento ou ausência da prática de atos de ofício previstos em lei.

Também é passível de punição, a título de crime de responsabilidade do Prefeito Municipal, a negativa de execução à lei federal ou municipal, de acordo com o Decreto-lei 201/67, donde decorre que a inexistência de Plano Diretor ou a ausência de sua revisão, por força da Constituição Federal e o Estatuto da Cidade, faria o administrador público incorrer nas sanções do referido decreto.

Não obstante não haja previsão expressamente definida, Rech e Rech⁴⁸ salientam que, a desvinculação dos atos do administrador dos ditames do parágrafo único do art. 1º do Estatuto da Cidade, por si só, já são passíveis de caracterizar-se como improbidade administrativa.

O próprio Estatuto da Cidade logrou prever determinadas condutas do administrador público que demandam sanções a título de prática de improbidade administrativa, como é o caso do art. 52 da Lei.

Ademais, a referida Lei teve o mérito de adicionar como um dos objetos a ser protegido pela Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a ordem urbanística, assim considerada um interesse difuso, cuja implementação pode ser cobrada judicialmente pelos legitimados a fazê-lo.

Há, portanto, previsões legais suficientes para direcionar a atuação do administrador público à cumprir os ditames constitucionais e legais voltados ao ordenamento das cidades, dando-lhe alternativas sustentáveis e propiciando um ambiente saudável às presentes e futuras gerações, sendo indúbil que as piores sanções não se encontram no âmbito do administrador público, mas de todo o meio ambiente e comunidade.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Supremacia do Interesse Público é um princípio que advoga em favor das demandas sociais, sem discriminar um sentido ou imputar um âmbito específico, não sendo juridicamente

⁴⁸ Ibid., p. 503.

concebível no ordenamento brasileiro que o Poder Público adote práticas personalizadas para atuar, buscando atender interesses escusos e particulares. Tais práticas, embora tenham permeado a administração pública por muito tempo e ainda subsistam clandestinamente, são, ainda que na teoria, fulminadas pelo princípio da finalidade pública, o qual pode, na prática, vir a reverter o cenário de uma administração pública para uns para uma administração pública para todos.

“Todos”, no entanto, vai além dos sujeitos administrados, mas abrange também suas futuras gerações e “todos” os demais coabitantes da Terra, os quais usufruem de riquezas naturais comuns e dividem o mesmo espaço para viver, produzir, consumir, procriar e morrer.

Não é possível, pelo que se conhece das limitações inerentes aos recursos naturais do planeta Terra, conceber práticas desalinhadas dos ditames sustentáveis, sob pena de poucas pessoas poderem viver as suas vidas dentro dos padrões mínimos de dignidade, fato que insere a sustentabilidade dentro do que se entende, em Direito Administrativo, por interesse público.

A sustentabilidade, no entanto, não é não apenas um interesse público da maneira que se concebe tecnicamente no Direito, mas o é de uma forma transcendental e solidária, que ultrapassa os administrados para abarcar os seus filhos, bem como suas futuras gerações, até perder de vista.

Poder-se-ia ousar a entendê-lo como um interesse público de relevância mais elevada, nesse sentido. Daí decorre que o Poder Público não pode se esquivar de adotar práticas sustentáveis para administrar, sob pena de comprometer a saúde e a vida digna não apenas de seus administrados, mas de suas futuras gerações.

Trata-se de um compromisso da administração pública que, mesmo praticado dentro do território gerenciado, exorbitará seus efeitos para além das limitações fronteiriças e temporais em que se situa a municipalidade, tanto a nível de influência de conduta quanto a nível de solidariedade com outros povos, presentes e futuros, haja vista que a Terra não se esquivava de distribuir aquilo que lhe é dado – sua degradação ou seu cuidado – entre todos os seus habitantes.

O Poder Público Municipal deve contar com atividades de incentivo e prática de sustentabilidade, mormente com a outorga legal dada aos seus administradores para fazê-lo, pelos arts. 30, incisos I e II, e 182 da Constituição Federal, que conferem instrumentos legais para que se promova, desde a regulamentação até efetivação, políticas públicas voltadas à sustentabilidade das cidades, estas fundadas no art. 2º, inciso I, da Lei 10.257/2001.

Trata-se, pois, de um poder-dever, eis que a atuação nesse sentido não se encontra no âmbito das faculdades do gestor público, especialmente no que se refere ao aspecto legiferante, que não demanda a existência de recursos financeiros bastantes para ser implementado, configurando-se mesmo uma obrigação da qual não se pode furtar.

A ausência de empreendimento público nesse sentido, além de acarretar sanções

individuais à pessoa do administrador público, que, ao se disponibilizar a exercer um múnus público, deve fazê-lo em atendimento ao interesse e ao bem comum, leia-se: com finalidade pública e atendo à supremacia do interesse público, pode também ocasionar um prejuízo que alcança, numa visão estreita, os administrados, que não recebem incentivo para a adoção de práticas sustentáveis a nível geral, restringindo-se às individuais, que não produzem impacto suficiente no todo; ao meio ambiente local, que sofre os danos da ausência de uma política pública que use conscientemente os recursos e os reaproveite, com reciclagem, direcionamento adequado de dejetos, degradação de área, etc., e, numa visão mais ampla, a todos os habitantes presentes e futuros da Terra, considerando que esta é um todo indissociável e uno, de modo que as ações praticadas em um local inevitavelmente ocasionarão reflexos no todo, havendo que se empregar boas práticas para assegurar a continuidade da vida, com o mínimo de dignidade e condições de sobrevivência.

Situada a garantia à sustentabilidade das cidades como um interesse público, revelou-se que a sua promoção está entre os poderes-deveres do administrador público, o qual não pode esquivar-se de promovê-lo principalmente no âmbito legislativo, devendo ainda promover ações práticas para viabilizá-la, bem como exercer a fiscalização sobre a sua efetividade, realizando, assim, uma administração da coisa pública cujos resultados transcendem aos munícipes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rivail Vanin de. **O Processo de Produção dos Parques e Bosques Públicos de Curitiba**. 2001. 129 fls. Dissertação (Mestrado em Geografia: Produção do Espaço Urbano) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

AMORIM, J. A. *et al.* **Cidades sustentáveis: lidando com a urbanização de forma ambiental, social e economicamente sustentável**. Disponível em: <<http://www.sinus.org.br/2013/wp-content/uploads/2013/03/17.-PNUMA-Artigo.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 04 jan. 2018.

_____. Lei 9.874/99, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 04 jan. 2018.

BOFF, L. **Sustentabilidade: tentativa de definição**. Jornal do Brasil. 2012. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/sociedadeaberta/noticias/2012/01/18/sustentabilidade-tentativa-de-definicao/>> Acesso em: 17 jan. 2018.

Centro Regional de Informação das Nações Unidas – UNRIC. **Relatório da ONU mostra população mundial cada vez mais urbanizada, mais de metade vive em zonas urbanizadas ao**

- que se podem juntar 2,5 mil milhões em 2050.** Disponível em: <<https://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- DALLARI, A. A.; FERRAZ, S. (Coord.). **Estatuto da Cidade:** comentários à Lei Federal 10.257/2001. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Porcentagem de residentes nas zonas urbana e rural (2015).** Disponível em: <<https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacao/populacao-rural-e-urbana.html>>. Acesso em: 05 jan. 2018.
- LEITE, C.; AWAD, J. C. M. **Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes:** Desenvolvimento Sustentável num Planeta Urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, M. A. - Gestão Urbana e Qualidade de Vida. In: **Análise Ambiental:** estratégias e ações. TAUKE-TORNESIELO, S. M. *et al.* São Paulo: T.A. Queiroz Fundação Salim Farah Maluf, 1995.
- MOREIRA, M. (coord.). **Plano Diretor Passo a Passo.** São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 2005.
- OLIVEIRA, I. R.; MILIOLI, G. **Sustentabilidade urbana & Ecossistema:** relações entre a Sociedade, o Desenvolvimento e o Meio Ambiente nos Municípios. Curitiba: Juruá, 2014.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL - ONUBR. **A ONU e o meio ambiente.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.
- PREFEITURA DE SÃO PAULO. **Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo:** Lei 16.050, de 31 de julho de 2014: Estratégias Ilustradas. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2014.
- PREFEITURA MUNICIPAL DE CURITIBA. **Plano Municipal de Controle Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.** Curitiba: Prefeitura de Curitiba, 2008. Disponível em: <http://www.ippuc.org.br/visualizar.php?doc=http://admsite2013.ippuc.org.br/arquivos/documentos/D312/D312_016_BR.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.
- RECH, A. U.; RECH, A. **Cidade sustentável, direito urbanístico e ambiental:** instrumentos de planejamento. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.
- SANTOS, R. A. A.; CALHEIROS JUNIOR, J. D. M. **Direito Administrativo Esquematizado.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

DA POLÍTICA PÚBLICA DE INCLUSÃO JURÍDICA DOS HIPOSSUFICIENTES: DA CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA AO ATENDIMENTO MEDIANTE CONVÊNIOS

Flávia Elaine Soares FERREIRA¹

RESUMO

O presente estudo pretendeu analisar a criação da Defensoria Pública como exigência do Estado Democrático de Direito e finalidade de garantir os direitos dos hipossuficientes. Para tanto se estudou os dispositivos da Constituição Federal que preveem a criação deste órgão, bem como da legislação infraconstitucional que visa garantir o acesso à justiça. Foi estudado o posicionamento do Supremo em relação à necessidade de criação da Defensoria e da afirmação de independência do mesmo, ainda que com posicionamentos políticos contrários de alguns estados que alegavam prestar a assistência jurídica efetiva. Analisou-se também que a atuação da Defensoria Pública em alguns Estados é deficitária, o que exige que o atendimento seja complementado com o auxílio de Convênios celebrados com Escritórios modelo. Chegou-se à conclusão de que a efetividade do acesso à justiça só se dá com paridade de armas e, que, portanto, compete ao estado membro dar guarida à criação de um órgão responsável por possibilitar o acesso à Justiça de maneira integral, e quando este acesso integral não é fornecido pelo órgão responsável, deverá ser efetivado mediante a celebração de convênios.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência jurídica, acesso à justiça, inclusão.

ABSTRAT

The present study aimed to analyze the creation of the Public Defender's Office as a requirement of the Democratic State of Law and the purpose of guaranteeing the rights of those who are underpaid. In order to do so, we studied the provisions of the Federal Constitution that provide for the creation of this body, as well as the infraconstitutional legislation that seeks to guarantee access to justice. It was studied the position of the Supreme in relation to the need to create the Ombudsman's Office and the affirmation of its independence, albeit with contrary political positions of some states that claimed to provide effective legal assistance. It was also analyzed that the Public Defender's work in some States is deficient, which requires that the service be complemented with the assistance of Agreements signed with Model Offices. It was concluded that the effectiveness of access to justice only occurs with parity of arms and that, therefore, it is the responsibility of the member state to provide for the creation of a body responsible for making access to justice fully available, and when this integral access is not provided by the responsible body, it must be effected through the signing of agreements.

KEY WORDS: Legal aid, access to justice, inclusion.

INTRODUÇÃO

1 Aprovada no processo seletivo para ingresso no Doutorado em Ciências Sociais sub-área de Relações Internacionais no ano de 2019 (UNESP - Marília). Professora convidada do curso de MBA em Gestão Empresarial e Tributária do UNIVEM (Centro Universitário Eurípedes de Marília). Professora Universitária de Direito Empresarial no Centro Universitário Toledo de Araçatuba - SP, lecionou nos Cursos de Administração, Direito e Gestão em Recursos Humanos. Advogada. Atuou como orientadora de estágios supervisionados I, II, III e IV no Núcleo de Prática Jurídica. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Foi aluna especial na disciplina Tópicos Avançados de Responsabilidade Civil no Mestrado em Direito Negocial da UEL. Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Direito Civil Contemporâneo e Direito Processual Civil.

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhecida pela doutrina como cidadã, além de trazer um extenso rol de direitos e garantias individuais é responsável por trazer as funções essenciais à Justiça e dentre estas elenca a criação da Defensoria Pública como órgão essencial a consecução dos fins da República.

No ano em que completa 30 anos de sua promulgação, ainda não existe Defensoria Pública instalada em todo o território nacional, capaz de atender aos necessitados.

Condições políticas são responsáveis pela manutenção desta inconstitucionalidade, uma vez que embora exista legislação ordinária que disponha acerca do acesso à Justiça àqueles que declararem insuficiência de recursos, não se pode afirmar que tal acesso seja efetivo e eficiente, desrespeitando, mais uma vez, o diploma normativo constitucional.

Ocorre que na maioria dos estados federados o serviço de prestação de assistência jurídica gratuita é prestado por advogados inscritos na ordem que, em convênio celebrado com órgão do Poder Executivo, em razão de atuação judicial recebem honorários pelos atos praticados de acordo com uma tabela previamente aprovada pelo órgão que presta a assistência.

A quantia que estes advogados dativos recebem é muito aquém do que seria adequado em termos de honorários advocatícios, contudo, muitos destes advogados têm uma rotatividade alta de nomeações o que, por vezes, possibilita que o advogado atue com exclusividade na prestação assistência judiciária gratuita.

Foi o que aconteceu com o estado de São Paulo, no interior do estado muitos advogados realizam advocacia quase que com exclusividade recebendo nomeações da Assistência Judiciária Gratuita que até a criação da Defensoria Pública de São Paulo, no ano de 2006, recebiam por convênio celebrado entre a Ordem dos Advogados do Brasil, subseção de São Paulo e a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por meio de sua Procuradoria de Assistência Judiciária.

Neste trabalho procura-se demonstrar a importância da Defensoria Pública como órgão independente capaz de amparar os excluídos seja por meio de seus núcleos de apoio, seja pela advocacia preventiva, bem como a necessidade de autonomia financeira da Instituição, vez que em razão da crise financeira muitas certidões são recusadas, sob argumentos meramente formais, impossibilitando o recebimento dos honorários pelo advogado que atuou na causa.

1. INCLUSÃO POR MEIO DO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal prevê em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Ocorre que esta dignidade está longe de ser alcançada, existem muitos excluídos de serviços básicos, como água, esgoto, energia elétrica, quando se menciona a exclusão de pessoas do acesso a bens ou produtos básicos, mais difícil ainda

viabilizar o acesso à Justiça como condição essencial de amparo àquele que teve lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos.

Como argumenta BOBBIO (1992, p. 45): (...) Não se pode pôr o problema dos direitos do homem abstraindo-o dos dois grandes problemas de nosso tempo, que são os problemas da guerra e da miséria (...).

A assistência jurídica integral e gratuita está prevista no diploma constitucional em seu artigo 5º, LXXIV, como dever do Estado, dessa forma compete ao Estado garantir a paridade de armas, duas instituições devidamente amparadas para acusar e defender, no âmbito criminal, por exemplo.

Essa garantia de acesso à Justiça por meio de um órgão responsável pela prestação da assistência jurídica integral e gratuita àqueles que declararem insuficiência de recursos significa a redemocratização do acesso à Justiça que, por muito tempo, era vista como um privilégio e, até mesmo, atualmente, embora em menor grau, significa um privilégio para aquele que pode arcar com o ônus da demora do processo.

A criação da Defensoria Pública representa a ideia central de que o Estado deve fornecer um profissional habilitado e capacitado para a defesa dos interesses dos necessitados, sendo que esta instituição deve prezar pelo pluralismo e diversidade.

O acesso à justiça é direito fundamental que concretiza a cidadania, tendo em vista que o Estado atua como o instrumento da sociedade civil para possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais (Gonçalves e Brega Filho, 2010).

Considerando a tripartição dos poderes divulgada por Montesquieu a função jurisdicional representa o próprio estado-juiz o responsável por aplicar o direito ao caso concreto.

Ao mencionar os obstáculos ao acesso à Justiça, CAPPELLETTI e GARTH (1988, p. 31-33) fundamentam a insuficiência de recursos financeiros como objeto da primeira onde renovatória.

Não se pode impor àquele que não tem condições financeiras o ônus de lutar pelo seu direito a todo custo, pois é função do Estado garantir que pessoas vulneráveis tenham acesso à Justiça, até mesmo porque estas já estão em condição desfavorecida, impor a estas a contratação de um advogado às suas expensas seria o mesmo que prejudicá-la duas vezes, quando não significa o perdimento do próprio direito lesado.

Nesse sentido são as palavras de Neme e Moreira (2011, p. 23), quando se referem ao direito à tutela jurisdicional efetiva:

Um grupo socialmente minoritário deve ter assegurado, em um Estado Democrático de Direito, a inclusão social com respeito para suas diferenças, como forma possível de abolição da discriminação. Essa luta não pode ser travada nas ruas, “no braço”, mas através de mecanismos inerentes aos Poderes instituídos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

A violação de direitos fundamentais dos “excluídos” diariamente é objeto de denúncia perante o Ministério Público e o Poder Judiciário. Neste contexto, o prazo razoável do processo, como direito fundamental, mostra-se como importante remédio a contribuir para a inclusão social. Apenas para exemplificar, refletimos sobre dois exemplos: a) mulher: as dificuldades suportadas pela mulher em sociedade merecem profunda reflexão e abordagem nas suas mais variadas nuances.

Em sociedade, no tocante à identidade de gênero, não se garantiu plenamente à mulher o direito à igualdade de chances na concorrência por postos de trabalho, prestígio social, diplomas, poder político, sem dizer o número alarmante de casos de agressão física e moral em relação àquela. Há dúvida que a morosidade da justiça pode acarretar perecimento de direito da mulher? E isso não é causa de agravamento

de exclusão social do supracitado grupo social? b) crianças: situação específica: adoção. Inúmeras crianças aguardam em “casa abrigo” o seu encaminhamento “à adoção”. O sentimento geral é pela demora na tramitação de processo deste gênero.

Há dúvida do dano à saúde psíquica da criança na demora de seu encaminhamento a uma família? E isso também não é causa de agravamento de exclusão social do supracitado grupo social?

Poderíamos ainda, citar questões referentes aos idosos, portadores de deficiência física, dentre tantos outros excluídos, cuja morosidade da justiça (que possuem causas diversas) implica no agravamento da exclusão social. E essa exclusão social leva ao esgarçamento do tecido social, agravando o processo de discriminação social, gerando crise de legitimidade nas instituições, com agravamento da criminalidade, justamente porque o Estado acaba não sendo capaz de gerar oportunidades para todos, a promover solidariedade entre estranhos, já que o Estado Nacional está constantemente, em sua ordem interna, sendo desafiado por uma perceptível força explosiva do multiculturalismo.

A criação da Defensoria Pública tem por objetivo garantir a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil², sem os quais a manutenção da desigualdade social e do estado de inconstitucionalidade para com os desprovidos de recursos se perpetuará.

Inicialmente, como forma de possibilitar a defesa dos interesses daqueles que não possuem suficiência de recursos há previsão da Lei da Justiça Gratuita, lei da década de 50 que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Referido diploma normativo prevê que aquele que declare não possuir recursos suficientes gozará de direito à prestação da justiça gratuita que prevê a isenção de custas judiciais³. Esta isenção é possível, ainda que a parte contrate advogado particular para representá-la.

Para concessão dos benefícios da Justiça gratuita impende verificar se o beneficiário não tem dinheiro para pagar pelo custeio de uma ação. (SILVA, 2006).

Embora, atualmente, nos casos de contratação de advogado particular, muitos magistrados têm exigido a comprovação da insuficiência de recursos para deferir o pedido de assistência jurídica gratuita, não deve ser este o posicionamento mais adequado, posto que a própria lei menciona que a

2 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3 O hipossuficiente pode fundamentar seu pedido nos dispositivos da Lei nº 1.060 de 05 de fevereiro de 1950 que estabelece normas para concessão de justiça gratuita aos necessitados, bem como o disposto no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, o qual garante que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

simples declaração é suficiente.

Dessa forma, a comprovação da ausência de recursos para a concessão da justiça gratuita deve ser exigida como exceção à regra de simples declaração, sob pena de se afrontar até mesmo o princípio da boa fé objetiva.

Embora a Constituição preveja que a justiça gratuita será concedida àquele que comprovar a insuficiência de recursos, esta não é a medida mais adequada, uma vez que, a produção de prova negativa é inviável. Deste modo, compete à parte adversa suscitar impugnação aos benefícios da justiça gratuita, documentando o porquê desta argumentação.

Observe-se, que se faz necessária distinção entre justiça gratuita e assistência judiciária gratuita. Enquanto que a justiça gratuita é aquela concedida com fundamento na lei federal nº 1.060/1950, a assistência judiciária gratuita deve ser exercida pela Defensoria Pública, seja por seus próprios meios, seja mediante a realização de convênios.

Em 2012 o Supremo decidiu que a Defensoria Pública tem autonomia administrativa (conforme dispõe o artigo 134, § 2º, Constituição Federal) para realizar convênios com outras instituições, não havendo que se falar em exclusividade na manutenção do Convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo.

A discussão surgiu para saber se a previsão de convênio exclusivo – previsto no artigo 109 da Constituição de São Paulo e no artigo 234 da Lei Complementar 988/2006 – e imposto à Defensoria Pública do Estado de São Paulo agrediria ou não a autonomia funcional, administrativa e financeira prevista para as Defensorias Estaduais pelo artigo 134, parágrafo 2º, da Constituição Federal. A Constituição do Estado de São Paulo autoriza, no artigo 109, a designação de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para suprir a falta de defensores públicos, mediante a celebração de convênio entre o Estado e aquela instituição. Outra norma contestada é o artigo 234 da Lei Complementar 988/2006, que diz que a OAB deve credenciar os advogados participantes do convênio e manter rodízio desses advogados. Estabelece também que a remuneração de tais profissionais será definida pela Defensoria Pública e pela Ordem dos Advogados do Brasil, mediante uma tabela de honorários.

Inicialmente o presidente do Supremo, Ministro César Peluso converteu a ADI em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pois os dispositivos questionados são anteriores à Emenda Constitucional (EC) 45. Essa emenda atribuiu autonomia para as Defensorias Públicas estaduais a fim de, sem qualquer ingerência, exercerem plenamente a assistência jurídica gratuita àqueles que não dispõem de meios econômicos para a contratação de advogados.

O voto do relator deu procedência parcial para a ação, para considerar a possibilidade de

celebração do convênio entre a OAB/SP e a Defensoria de São Paulo, sem, contudo, que este convênio seja obrigatório nem exclusivo.

Dessa forma, foi considerado inconstitucional o artigo 234. No entanto, o ministro Cezar Peluso entendeu que o artigo 109 da Constituição paulista poderia ser mantido na ordem jurídica, desde que interpretado conforme a Constituição Federal, para autorizar a celebração do Convênio entre Defensoria e OAB, sem obrigatoriedade, nem exclusividade, uma vez que a Defensoria goza de autonomia administrativa, funcional e financeira.

Nos estados em que a infraestrutura da Defensoria não é suficiente para atender a demanda da população carente, o serviço continua sendo prestado por advogados inscritos no convênio e por Faculdades de Direito, que prestam tal serviço como parte integrante do estágio supervisionado.

Os Escritórios de Assistência Jurídica Gratuita ou Núcleos de Prática Jurídica⁴ das Faculdades de Direito possuem, neste caso, duas finalidades que se complementam: a atuação prática seria um laboratório do Curso de Direito e a Assistência Jurídica, a função social do curso sendo aplicada desde a graduação (SILVA, 2006).

Contudo, ainda que com tais opções, não se pode dizer que o acesso à justiça, nestes casos, seja efetivo, uma vez que a prestação destes serviços se dá eminentemente na seara judicial, pois não há possibilidade de remuneração de advogados na via administrativa.

Eis aqui mais um empecilho para a efetivação do acesso à Justiça, posto que muitas questões poderiam ser resolvidas mediante intervenção administrativa e até mesmo conscientização acerca dos direitos dos assistidos, é o que acontece, por exemplo, no caso da Defensoria Pública de São Paulo que, na capital conta com o apoio de núcleos específicos, capazes de intermediar e divulgar efetivação de direitos dos vulneráveis (minorias).

Na Defensoria Pública de São Paulo existem Núcleos Especializados – de natureza permanente – que possuem como objetivo promover uma atuação estratégica da instituição em áreas de especial importância, os Núcleos coordenam os debates produzidos pelos Defensores Públicos em sua área de atuação, fornecendo suporte técnico necessário, propõem ações judiciais e são responsáveis por coordenar acionamento de Cortes Internacionais se for necessário. Cada Núcleo possui um Defensor e equipe de Defensores integrantes⁵.

4 Segundo a resolução 9 de 2004 do Conselho Nacional da Educação, alterada pela Resolução 3/2017, publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 17 de julho de 2017, Seção 1, p. 12, modificou o Art. 7º para constar que “O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização. § 1º O estágio de que trata esse artigo poderá ser realizado: I - Na própria Instituição de Educação Superior, por meio do seu Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo seu órgão colegiado competente, podendo ser celebrado convênio com a Defensoria Pública para prestação de assistência jurídica suplementar”;

5 Competências previstas pela Lei Complementar Estadual nº 988 de 2006 aos Núcleos Especializados:

A criação da Defensoria Pública tem como objetivo efetivar o direito de acesso à justiça garantido constitucionalmente, posto que tal efetivação pode ser considerada ineficaz quando a prestação da assistência jurídica se dá somente pela nomeação de advogados dativos nos termos da lei de assistência judiciária. Para Mattos, a criação da Defensoria Pública como órgão estatal “[...] é absolutamente necessária para a concretização deste direito fundamental e fomentador de todos os outros direitos, em especial no que se refere à prestação de serviços jurídicos extraprocessuais” (2011, p. 96, 97).

A criação de uma instituição independente e com aparato financeiro para desempenhar o seu mister é salutar para garantir o acesso à justiça efetivo, pois, na maioria das vezes, a parte vulnerável não tem condições de arcar com o ônus da demora na prestação do serviço judicial.

Contudo, embora tenha havido projeto de lei, de autoria da própria bancada do governo, que regulamentasse a autonomia financeira da Defensoria Pública, a Presidente da República o vetou sob o fundamento de que seria contrário ao interesse público.

Garantir a existência da instituição não significa garantir a efetividade de sua atuação, assim, interesses políticos ainda contribuem para a ineficácia de direitos fundamentais, vez que a Defensoria Pública, instituição que visa dar efetividade a estes direitos, ainda luta constantemente para efetivamente existir.

Existe proposta de Lei complementar estadual de autoria do Deputado Campos Machado, que representa interesses da Ordem dos Advogados do Brasil seção de São Paulo, na qual requer que a administração do fundo de assistência judiciária seja revertida à Secretaria de Justiça e Cidadania, um grande retrocesso para a luta da instituição pela autonomia na prestação de seus serviços⁶.

Somente com uma instituição ativa que a prestação do serviço de assistência jurídica integral será possível, sem os aparatos e autonomia necessários, a simples implantação da Defensoria seria mero formalismo, com o qual ainda haveria a situação de inconstitucionalidade face à omissão estatal de garantir o efetivo acesso à Justiça aos desamparados.

I - compilar e remeter informações técnico-jurídicas, sem caráter vinculativo, aos Defensores Públicos;

II - propor medidas judiciais e extrajudiciais, para a tutela de interesses individuais, coletivos e difusos, e acompanhá-las, agindo isolada ou conjuntamente com os Defensores Públicos, sem prejuízo da atuação do Defensor Natural;

III - realizar e estimular o intercâmbio permanente entre os Defensores Públicos, objetivando o aprimoramento das atribuições institucionais e a uniformidade dos entendimentos ou teses jurídicas;

IV - realizar e estimular o intercâmbio com entidades públicas e privadas, bem como representar a instituição perante conselhos e demais órgãos colegiados, por qualquer de seus membros, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado;

V - atuar e representar junto ao Sistema Interamericano dos Direitos Humanos, propondo as medidas judiciais cabíveis;

VI - prestar assessoria aos órgãos de atuação e de execução da Defensoria Pública do Estado;

VII - coordenar o acionamento de Cortes Internacionais.

6 Pelo projeto de lei complementar 65/2011 de autoria do Deputado Campos Machado.

O Estado Constitucional de Direito só será efetivo quando as lesões a direito puderem ser amparadas pelo Judiciário, de forma que a desigualdade social não seja obstáculo ao acesso efetivo à Justiça, de modo que exista paridade de armas entre litigantes.

2. EXPANSÃO DA ATIVIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO MEIO DE GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA

Após a inércia estatal na criação de Defensorias Públicas e na disponibilidade de aparato técnico e econômico para dar efetividade ao órgão se discute a ampliação das atividades da instituição como consectário de suas funções, possibilitar o acesso à justiça àqueles que não tenham suficiência de recursos.

Nesse sentido, compete à Defensoria Pública atuar na prevenção de conflitos e precipuamente na mediação destes, como forma de se possibilitar um acesso à Justiça eficiente, no qual os interessados resolvam a lide e não apenas cumpram uma decisão judicial imposta.

A atuação recente da Defensoria Pública também deve ser responsável pela desjudicialização dos conflitos. Esta atuação se dá com o apoio de seu corpo técnico, daí a necessidade de dar guarida à instituição, de forma que se possibilite que esta atuação não seja apenas judicial, mas extrajudicial, através da mediação de conflitos, por exemplo.

São os núcleos de apoio multidisciplinares que são os responsáveis por essa atuação extrajudicial, até mesmo para que seja possível analisar as condições especiais de determinadas pessoas, para então dar o apoio institucional adequado.

Dessa forma, não cumpre com a determinação constitucional o estado-membro que cria a Defensoria, mas não a concede um aparato adequado para que esta realize a sua própria função institucional, que vai muito além da representação judicial daqueles que não possuem recursos financeiros suficientes para arcar com o ônus do processo.

Como consequência desta ampliação de competência da Defensoria Pública tem-se a alteração na legislação que regula a Ação Civil Pública, incluindo entre os legitimados para a sua propositura o Defensor Público.

Observe-se que a Defensoria passou a ter legitimidade legalmente reconhecida para tutelar os interesses difusos e coletivos, não havendo que se demonstrar que toda a coletividade atenda o requisito da hipossuficiência, segundo argumento de Didier Júnior e Zaneti Júnior (2012, p. 218).

No entanto, tal alteração legislativa foi objeto de contestação pelo Ministério Público, sob o argumento de que esta modalidade de tutela seria mais restrita e, que não competiria à Defensoria Pública atuar na representação dos interesses tutelados via Ação Civil Pública, uma vez que esta competência seria do Ministério Público.

Tal questionamento já foi objeto de Recurso Extraordinário 733433⁷ questionando a legitimidade da Defensoria Pública para atuar na representação de interesses transindividuais, tendo em vista que para esta tutela haveria o Ministério Público.

Ora, tratando-se de direitos transindividuais, garantir que outro órgão, também em representação à função do Estado, atue visando garantir a proteção destes direitos seria nada mais do que conceder eficácia ao mandamento constitucional, defender argumento contrário significaria a restrição da efetividade destes direitos, o que não corresponde aos objetivos da Constituição.

Podem ser citadas outras alterações legislativas que também demonstram a ampliação da competência da Defensoria, sobretudo, como órgão responsável pela promoção do efetivo acesso à justiça, é o caso, por exemplo, de alterações promovidas na Lei de Execução Penal⁸ e do Código de Processo Penal⁹ que contribuíram para reafirmar a essencialidade da instituição. A primeira alteração incluiu a Defensoria Pública na lista de órgãos da execução penal tornando-a corresponsável pela execução da pena e da medida de segurança, enquanto que a segunda tornou obrigatório o envio, dentro de 24 horas, da cópia dos autos de prisão em flagrante para a Defensoria Pública quando o preso não indicar um advogado.

Esta ampliação na atuação da Defensoria Pública visa garantir o amparo ao cidadão que, desprovido de recursos financeiros não tem acesso ao Judiciário para amparar seus direitos lesados. Ainda mais, a instituição quando é fortalecida, ganha respaldo estatal para ter a sua atuação ampliada e garantir o efetivo acesso à justiça, que pode ser possibilitado também na via administrativa.

É fato que a atuação do advogado também no processo administrativo contribui para a regularidade do procedimento, deste modo, se a parte ré em processo administrativo não tem como contratar advogado particular, nada mais justo que a Defensoria Pública preste esta assistência jurídica, visando evitar irregularidades e injustiças.

Embora haja Súmula Vinculante do Supremo que entenda que a defesa feita por advogado em processo administrativo disciplinar é facultativa, isso não significa, que, na medida do possível ele não seja desejável.

Aliás, referida súmula¹⁰ é criticada pela doutrina do Direito Administrativo, posto que teria sido editada por critérios de razão política, uma vez que representa retrocesso no entendimento

7 A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública em ordem a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas." Com esse entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade dos votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 733433.

8 Lei nº 12.313/2010 – alterou a LEP

9 Lei 12.403/2011

10 A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

favorável à assistência de advogado no processo administrativo, que já era consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, a atividade da Defensoria Pública deve se dar sempre que a assistência de um advogado possa contribuir para a regularidade do ato, e se em caso de pessoa com capacidade financeira esse direito seria resguardado, porque, em razão da vulnerabilidade econômica este direito seria diminuído?

Essa previsão de ampliação na atuação da defensoria pública encontra respaldo no documento intitulado 100 regras de acesso à Justiça, que são regras de Brasília sobre acesso à Justiça das Pessoas em condição de vulnerabilidade.

O texto foi elaborado, com o apoio do Projecto Eurosocial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana, da qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA).

As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que ocorreu em Brasília durante os dias 4 a 6 de Março de 2008.

Nesse sentido, segundo o documento acima descrito:

Secção 2ª.- Assistência legal e defesa pública

1.- Promoção da assistência técnica jurídica à pessoa em condição de vulnerabilidade

(28) Constata-se a relevância da assessoria técnico-jurídica para a efectividade dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade:

- No âmbito da assistência legal, ou seja, a consulta jurídica sobre todas as questões susceptíveis de afectar os direitos ou interesses legítimos da pessoa em condição de vulnerabilidade, inclusive quando ainda não se iniciou um processo judicial;
- O âmbito da defesa, para defender direitos no processo perante todas as jurisdições e em todas as instâncias judiciais;
- E em matéria de assistência letrada ao detido.

(29) Destaca-se a conveniência de promover a política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais: quer seja através da ampliação de funções do Defensor Público, não somente na ordem penal mas também noutras ordens jurisdicionais; quer seja através da criação de mecanismos de assistência letrada: consultorias jurídicas com a participação das universidades, casas de justiça, intervenção de colégios ou barras de advogados

A legitimidade da atuação da Defensoria Pública tende a aumentar na medida em que a Instituição passe a contar com o aparato financeiro necessário, pois, como instituição que visa dar guarida aos direitos humanos, direitos das minorias e dos hipossuficientes, se torna verdadeira guardiã do Estado Social de Direito, na implementação de políticas públicas que visem dar efetividade aos direitos outrora conquistados.

3. DA PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: DOS OBSTÁCULOS AOS FACILITADORES

Embora a criação da Defensoria Pública tenha sido um grande passo na democratização do acesso à Justiça, a crise pela qual passa o Estado tem influenciado decisões que diminuem a função de tal instituição, dessa forma, muitas decisões administrativas colocam em xeque a prestação do serviço de assistência jurídica gratuita.

Diversos entraves estão obstaculizando o acesso à Justiça aos hipossuficientes, tais como negativa de atendimentos, negativa de pagamento de honorários advocatícios e redução do plano de expansão do atendimento da Defensoria.

Atualmente, a Defensoria não tem atuação integral em todas as Comarcas do país, tal atuação é dividida com os Escritórios Modelo das Faculdades de Direito, e no caso do Estado de São Paulo, é dividida com o convênio celebrado com a Ordem dos Advogados do Brasil, que atende, especialmente, no interior onde não há atuação de defensores, dessa forma em Comarcas onde há atuação da Defensoria, esta normatiza quais casos serão de sua responsabilidade e quais serão de responsabilidade dos conveniados.

Entretanto, embora os convênios tenham sido criados com a finalidade de se proporcionar maior acesso aos hipossuficientes, alguns entraves burocráticos acabam inviabilizando tais condutas, quanto aos atendimentos pelos Escritórios Modelo das Faculdades de Direito (cujo atendimento é feito pelos estagiários, como rotina de aprendizado) há limitação de quantidade de atendimentos feita pela Ordem dos Advogados do Brasil¹¹. Quanto ao atendimento efetuado pelos próprios advogados por meio do Convênio celebrado com a Defensoria Pública, portarias criadas pelo próprio órgão dificultam o pagamento dos honorários dos próprios advogados, e, por diversas vezes criam óbices para o pagamento dos honorários de um serviço que foi prestado, o que culmina com a dificuldade em manutenção de bons profissionais no convênio.

Relatos de advogados apontam para a negativa de pagamento de honorários nos juizados especiais, sob a alegação da desnecessidade de advogado na causa, ocorre que quando se diz respeito aos juizados especiais da fazenda pública a competência é absoluta, o que significa dizer que o advogado nomeado não tem a opção pelo foro competente, e em casos de defesas em medidas executivas, por exemplo, o executado necessita da defesa por advogado, a fim de que seja promovida a medida mais adequada, entretanto, nestas situações a Defensoria nega o pagamento dos honorários do advogado sob o argumento de que não há pedido de nomeação determinado pelo Poder Judiciário.

11 No caso do Estado de São Paulo a autorização de atendimentos jurídicos pelos escritórios modelos é concedida pela OAB-SP no limite de 20 atendimentos por mês na área cível e 20 atendimentos por mês na área criminal, quantidade insuficiente para atender à demanda.

Se por um lado a instituição criada para dar eficácia ao acesso à Justiça obstaculariza a efetividade deste acesso quando não é efetivado por ela própria, por outro, existem condutas que permitem que o acesso seja mais efetivo, nesse sentido, existem julgados que estendem aos Núcleos de Prática Jurídica ou Escritórios Modelo as prerrogativas conferidas à Defensoria Pública, a exemplo da concessão de prazo em dobro¹².

No ano de 2012 já decidiu José Antonio Lavouras Haicki, da 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, nos autos nº 0062122-26.2012.8.26.0100:

Considerando que os interesses do Requerido J. M. De F. Nesta demanda estão sendo patrocinados pelo prestigioso Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, o qual, como é cediço, presta serviços de advocacia em razão de convênio firmado com a não menos prestigiosa Defensoria Pública do Estado de São Paulo, temos que o caso vertente subsume-se à hipótese de incidência do artigo 5º, § 5º, da Lei Federal nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950 (Lei da Assistência Judiciária), porquanto os insignes Advogados signatários da petição acostada a fls. 74/77, doutores N. F., OAB/SP nº..., e R. R. B. L., OAB/SP nº..., integrantes daquela instituição, exercem, inquestionavelmente, na condição de longa manus, "cargo equivalente" ao de Defensor Público, o que significa dizer, em bom vernáculo, que deverão ser intimados pessoalmente de todos os atos do processo, em todas as Instâncias, "**contando-se-lhes em dobro todos os prazos**", o que deverá ser rigorosamente observado pelo Cartório (grifo do autor).

Seguindo este raciocínio o novo Código de Processo Civil tratou do prazo em dobro para a Defensoria Pública e o estendeu aos Escritórios de Advocacias a ela conveniados¹³.

CONCLUSÃO

O acesso à Justiça, direito fundamental, tão estudado em tempos de supremacia da Constituição e efetivação de direitos outrora conquistados, tem como fundamental apoio a criação de Defensorias Públicas, com o intuito de garantir que este acesso não seja exclusivo daqueles que têm condições financeiras de arcar com os custos de uma lide.

Os estados-membro têm cumprido com o mister na criação de referida instituição, contudo, o aparato necessário para a consecução das finalidades da Defensoria Pública está longe de ser conquistado.

Interesses políticos tem impedido a expansão da instituição que zela pelos interesses daqueles que não têm recursos financeiros e, por isso, muitas vezes encontram-se em situação de

12 Nesse sentido já dispunha o artigo 5º, § 5º, da antiga Lei 1060/50: Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, **contando-se-lhes em dobro todos os prazos**" (grifo do autor).

13 Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.

§ 1º O prazo tem início com a intimação pessoal do defensor público, nos termos do art. 183, § 1º.

§ 2º A requerimento da Defensoria Pública, o juiz determinará a intimação pessoal da parte patrocinada quando o ato processual depender de providência ou informação que somente por ela possa ser realizada ou prestada.

§ 3º O disposto no caput aplica-se aos **escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito** reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

vulnerabilidade.

O efetivo acesso à Justiça como direito de todos só deixará de ser uma promessa e passará a ter efetividade quando interesses políticos convergirem com os objetivos da República Federativa do Brasil.

O desrespeito do estado-membro que não ampara suficientemente o órgão responsável pela prestação de assistência jurídica aos carentes significa inconstitucionalidade evidente, por ofender a norma constitucional e impedir a consecução dos fins da República Federativa do Brasil.

Iniciativas de entidades que visam manter um serviço fracionário e inefetivo não devem sobrepor-se aos direitos fundamentais do cidadão vulnerável.

A criação relativamente recente de Defensorias Estaduais pelos Estados de São Paulo, Paraná e Santa Catarina é só o primeiro passo para a efetividade do acesso à Justiça, com ele devem vir outros passos mais importantes, a garantia da autonomia financeira e administrativa é um deles, pois sem estas, a instituição se verá limitada pelo próprio ente que a criou.

Da mesma forma, a ampliação da legitimidade ativa da Defensoria Pública só tem como finalidade garantir a efetivação de direitos fundamentais a um maior número de destinatários, assim tratando-se de direitos transindividuais, qualquer alteração legislativa que vise garantir que outro órgão, também em representação à função do Estado atue visando a proteção destes direitos seria nada mais do que conceder eficácia ao mandamento constitucional.

Dessa forma, a criação da Defensoria Pública é essencial para consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil, sem os quais a manutenção da desigualdade social e do estado de inconstitucionalidade para com os desprovidos de recursos se perpetuará.

Embora os Estados tenham cumprido com a obrigação de criação da Defensoria Pública como órgão responsável por tutelar os direitos dos hipossuficientes, referida conduta por si só não garante efetividade na prestação da assistência jurídica gratuita, uma vez que com a crise financeira sofrida muitos Estados não estão garantindo o aparato necessário para a efetividade do acesso à Justiça.

Nessa situação, devem ser mais utilizados outros mecanismos capazes de garantir o acesso à Justiça, tais como os convênios celebrados com outras instituições, como é o caso dos Escritórios Modelo das Faculdades de Direito, tais convênios permitem o atendimento de hipossuficientes por alunos supervisionados por advogados na atuação em casos delimitados.

Ainda, há no Estado de São Paulo o convênio celebrado com a Ordem dos Advogados do Brasil que por meio de sistema seleciona advogados previamente inscritos para atuarem na defesa dos direitos dos reconhecidamente hipossuficientes, tal convênio é capaz de suprir a ausência da Defensoria Pública em todas as Comarcas do Estado.

Diante do breve estudo, conclui-se que embora alguns entraves existam para a efetividade da assistência jurídica aos hipossuficientes, admite-se que a celebração de convênios supra o vácuo deixado pela atuação da Defensoria Pública. Pode-se verificar, ainda, que tais convênios foram amparados pelo novo Código de Processo Civil quando previu o prazo em dobro para os Escritórios Modelo que atuam suprimindo a função da Defensoria Pública.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

_____, **Lei Federal nº 1060**, de 05 de fevereiro de 1950.

_____, **Lei Complementar nº 80**, de 12 de janeiro de 1994.

_____, **Lei Federal nº 12.313/2010**.

_____, **Lei Federal 12.403/2011**.

_____, **Ministério da Educação e Cultura**. Resolução nº 09 de 29 de setembro de 2004.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante nº 5. Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 03.03.2018.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. RE 733433. Disponível em www.stf.jus.br, acesso em 03.03.2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASTRO, André Luís Machado. **Veto a autonomia financeira da Defensoria surpreende**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-31/andre-luis-veto-autonomia-financeira-defensoria-publica-surpreende>, acesso em 04.03.2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Editora Juspodivm, Salvador, 2012.

DOS SANTOS, Denise Tanaka. **Efetividade e Interpretação das 100 regras de Brasília**. O acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. In: Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, Brasília, DF, n. 3, p. 1-192, jun. 2013. Disponível em: <http://www.dpu.def.br>. Acesso em: 10/07/2018.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa; BREGA FILHO, Vladimir. **Descenso à justiça como fator de inclusão social**. In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos...** Fortaleza: CONPEDI, 2010.

<<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3055.pdf>>

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça: um princípio em efetivação**. Curitiba: Juruá,

2011.

MENDONÇA, Camila Ribeiro. **Defensores são contra mudanças na gestão do convênio.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-dez-07/defensoria-proposta-oab-sp-assistencia-juridica>, acesso em 05.03.2018.

NEME, Eliana Franco; MOREIRA, José Cláudia Domingues. **Acesso à Justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais: possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do Homem.** Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - UENP. Nº14 (janeiro/junho) – Jacarezinho, 2011.

SILVA, Luiz Marlo de Barros. **O acesso ilimitado à Justiça através do Estágio nas Faculdades de Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIREITO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Arthur Ramos do NASCIMENTO¹
Wellington Henrique Rocha de LIMA²

RESUMO

Tendo como ponto de partida a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a tutela ambiental prevista neste artigo analisa, mediante o exame das questões jurídicas, doutrinárias e legais pertinentes e com incidência no referido fenômeno, analisar a configuração do ato de improbidade administrativa ambiental de forma histórica e conceitual e apresentar as razões pelas quais tais práticas devem ser encaradas como ilegítimas e injustas, principalmente dentro de uma ideia de Estado Democrático Ambiental que (aparentemente) se está construindo no Brasil. A análise busca responder se a previsão constitucional e o atual estágio de compreensão da proposta constitucional permite verificar a relevância da tutela ambiental nas situações identificadas como atos de improbidade administrativa que afetem o patrimônio ambiental. Através dos métodos bibliográficos e de análise dialética a pesquisa conclui pela possibilidade de configuração do crime de improbidade administrativa ambiental, como um ato criminoso, devendo, portanto, receber do Estado e da sociedade a repulsa e punições necessárias.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa Ambiental; Direito Constitucional Ambiental; Controle Social.

ABSTRACT

Taking as its starting point the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the environmental protection envisaged, this article analyzes, through the examination of legal, doctrinal and legal issues pertinent and with incidence in said phenomenon, to analyze the configuration of the act of environmental administrative improbity in a historical and conceptual way, and to present the reasons why such practices should be viewed as illegitimate and unjust, especially within an idea of an Environmental Democratic State (apparently) being built in Brazil. The analysis seeks to answer if the constitutional forecast and the current stage of understanding of the constitutional proposal allows to verify the relevance of the environmental protection in the situations identified as acts of administrative improbity that affect the environmental patrimony. Through bibliographic methods and dialectical analysis, the research concludes that the crime of environmental administrative impropriety can be configured as a criminal act and must therefore receive from the State and society the repulsion and necessary punishments.

KEY WORDS: Environmental Administrative Improbability; Environmental Constitutional Law; Social Control.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Novas dinâmicas sociais refletem na necessária apreciação do Direito como ramo do

-
- 1 Professor do Magistério Superior (efetivo) da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2006) e mestrado em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2012). E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br
 - 2 Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Bacharel em Direito pela UNIGRAN (2015). E-mail:

conhecimento humano que detém respostas (ou pelo menos mecanismos) para enfrentar esses desafios. A realidade contemporânea é muito rica em novas situações, o que representa também um desafio, visto que a globalização potencializa situações e, mesmo questões que se limitam (em um primeiro momento) à dimensão territorial apenas do Brasil, permite identificar esses efeitos trans estatais por refletirem aspectos de Direitos Humanos e preocupações que são globais (como a preservação dos recursos naturais e a responsabilidade estatal nessa perspectiva).

O avanço de novas temáticas aponta para a necessidade de se ampliarem os debates interdisciplinares, jurídicos e extrajurídicos, pois as questões se tornam cada vez mais complexas e inter-relacionadas. Observa-se que demandas surgem forçando o Direito a romper paradigmas disciplinares e temáticos, verificando-se que as problemáticas são de interesse individual, interesse público, interesses coletivos e trans individuais³.

A preocupação global se volta, de forma reiterada, para temáticas sobre participação democrática e proteção ambiental, dentro de uma perspectiva dialógica que demanda o diálogo *inter*, *trans* e *pós*-disciplinar tanto dentro de searas distintas do Direito, como seu diálogo com outros ramos do conhecimento humano. Se apresenta atualmente “uma grande preocupação sobre a preservação do meio-ambiente, com uma busca constante de instrumentos governamentais, legislativos ou mesmo privados” buscando “alcançar o propósito da sua manutenção, nas manifestações de meio-ambiente natural, artificial, cultural ou do trabalho” (TORRES, 2011, p. 11).

Acompanha-se a visão otimista de que “o Direito, ou melhor, a Ciência Jurídica tem evoluído inquestionavelmente no ordenamento da sociedade humana. Ela visa aos interesses individuais e aos da coletividade” visto que por meio da “legislação, define direitos, e estabelece deveres que devem balizar a organização da sociedade como um todo” (MILARÉ, 2007, p.100).

Verifica-se clara a relevância da matéria científica e social da questão. A Ciência Jurídica passa por um período de ampliação de seus horizontes epistemológicos e também de quebra de paradigmas. Também a própria legitimidade da teoria administrativista como mecanismo de organização da máquina estatal e de meio de realização do plano constitucional passa por críticas quanto a sua efetividade real. A temática dialoga com preocupações do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e Direito Ambiental, além de refletir como uma preocupação que foge dos limites do conhecimento jurídico. Também é um aspecto socialmente relevante de reflexão visto que é necessário que a sociedade encontre seu lugar no protagonismo de suas relações com o Estado, vendo a si mesma como um agente co-construtor e co-realizador da proposta e missão

3 Nesse mesmo sentido se manifesta Édis Milaré ao indicar que as ciências têm progressivamente ampliado o conhecimento sobre o “ecossistema planetário, particularmente do fenômeno da vida e do seu significado” (2007, p.100).

constitucionalmente estabelecida para o (meio) ambiente⁴.

A questão que norteia a pesquisa pode ser resumida na seguinte indagação: a previsão constitucional e o atual estágio de compreensão da proposta constitucional permite verificar a relevância da tutela ambiental nas situações identificadas como atos de improbidade administrativa que afetem o patrimônio ambiental?

Para responder a questão a presente pesquisa adotou o método de revisão bibliográfica para captação de informações em documentos (legislativos) e trabalhos acadêmicos e da literatura especializada. Após o levantamento de dados, optou-se pela análise dialética das fontes, permitindo a elaboração de reflexões críticas da realidade contemporânea.

O enfoque eleito para conduzir as reflexões e análises limitou-se a uma tentativa de conceituação e esclarecimentos teóricos sobre a realidade do ato de improbidade administrativa ambiental, servindo como um estudo inicial para análises que estão sendo desenvolvidas sobre a responsabilidade estatal na ocorrência desses atos. Não há uma preocupação em estabelecer a dimensão da responsabilidade ou mesmo elementos procedimentais de apuração do ato de improbidade ou as consequências (no aspecto das responsabilidades civil, administrativa e penal), se limitando a ser um olhar inicial sobre essas questões ainda pouco estudadas.

ESTADO CONSTITUCIONAL E ESTADO AMBIENTAL

Quando se fala em Estado Constitucional, é necessário compreender que se fala de um sistema (e sociedade) que adota a constituição como marco normativo e ideológico, numa perspectiva de inafastabilidade do texto constitucional. Esse modelo estatal se funda em “novo paradigma” por acumular “os ideais de garantia de direitos individuais e coletivos aos interesses difusos” (KLOCK, 2001, p. 62). Muitas vezes esses interesses dialogam com preocupações globais e transgeracionais como é o caso do Direito Ambiental e da proteção do (meio) ambiente. Nesse sentido:

Con el despertar a la urgente necesidad de proteger el medio ambiente y frenar el acelerado o proceso de degradación, aquel se transforma en un objeto nuevo que merece la protección del ordenamiento jurídico. El origen de la protección y preocupación por la defensa del medio ambiente tiene perfil internacional, sobre todo porque los problemas ambientales presentan diferentes niveles, sean ellos transfronterizos, globales, nacionales, regionales, o incluso combinados entre sí (LEAL, 2010, p. 162).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 apresenta uma série de diretrizes que amparam um novo horizonte para as análises e proposições jurídicas. Essas novas proposições

4 A expressão comumente adotada de “meio ambiente” é uma redundância visto que todo ambiente é um meio e todo meio é um ambiente, por essa razão e reconhecendo essa redundância, o presente artigo adota a expressão “(meio) ambiente” como forma de sinalizar que está ciente de tal fato linguístico, mas, por força da expressão ser tradicionalmente adotada (inclusive na órbita legal) não se opta exclusivamente por “meio” ou por “ambiente”.

jurídicas englobam tanto aspectos de valorização da dignidade da pessoa humana, dos direitos e garantias fundamentais, como fortalecer os direitos de minorias, mas também para aspectos que fogem a lógica antropocêntrica⁵ que norteia historicamente o direito. Uma visão mais sensível a respeito da ampliação da concepção de quem é ou não titular de direitos, quem é ou não é sujeito de direitos, passando a discutir uma lógica, ainda que não se possa falar que já é reconhecida, de que animais e recursos naturais figuram como sujeitos de direito.

A lógica herdada da perspectiva social pautou o Estado na proteção das coletividades (e de direitos coletivos) norteando também a forma como a Administração Pública foi sendo parcial ou totalmente reformulada (passando por diversas “propostas” de novos modelos que assumiam para si a função de “moralizar” ou “buscar eficácia” para as práticas e atos administrativos)⁶. O Direito Ambiental se destaca como um desses direitos coletivos tutelados pelo Estado, vez que o (meio) ambiente é tido como patrimônio de todos cabendo também à sociedade protegê-lo conjuntamente.

Os avanços teóricos e jurídicos sobre a tutela do direito ambiental (ou direito do ambiente) tem vocacionado uma maturidade de debates na busca da realização de uma promessa de Estado Ambiental. O Estado Democrático de Direito é aquele em existe uma “submissão a uma ordem constitucional garantidora de direitos fundamentais” como sua base conceitual, bem como se apresenta um “instrumento de concretização dos seus valores e fundamentos” (TORRES, 2011, p. 39). O Estado Ambiental é, portanto, preocupado com a questão do meio ambiente como tema central e essencial para o desenvolvimento e para a sobrevivência humana⁷. Nesse sentido

Em razão da crise ambiental que assola o planeta, a necessidade de normatização das condutas humanas em relação ao meio ambiente faz-se patente. No cenário internacional, surge com força total, principalmente a partir de 1970, o Direito Internacional Ambiental. No cenário nacional (de vários países do mundo), surge a formação de um Estado Ambiental de Direito. Por isso não é exagero afirmar que o Direito, principalmente o assim chamado Direito Público, está sendo dominado pela questão ambiental, que é eminentemente holística. Com efeito, desde a instituição da Política Nacional do Meio

5 Quando se fala na lógica antropocêntrica, se está a afirmar sobre a perspectiva de entender o ser humano como centro de toda a discussão e análise jurídica, entendendo apenas a pessoa humana como sujeito e titular de direito.

6 Muitas tentativas já foram apresentadas referentes a modelos de gestão pública. Não é foco do presente trabalho estabelecer análise pormenorizada dos modelos de gestão pública, caberá estabelecer somente algumas considerações elementares. Apenas para limitar a análise à realidade brasileira, num formato patrimonialista a Administração Pública não se diferenciava entre o particular e o público, confundindo-se a coisa pública com o que era da família imperial, com a proclamação da república a “coisa” pública continuou sendo tratada como uma extensão da propriedade privada de coronéis e senhores de terra. O modelo burocrático se apresentou como uma tentativa de procedimentalizar e organizar a Administração, separando a coisa pública da coisa privada. Por certo esse modelo não se consolidou plenamente no Brasil coexistindo ainda com resquícios (ou até mais do que só resquícios) do patrimonialismo. Além disso, o modelo burocrático começou a ser encarado como pouco eficiente, parecendo muito mais proteger o processo do que a preocupação com o resultado e o benefício para a população (para a sociedade). Passou-se a buscar um modelo de Administração Pública Gerencial, inspirada na forma de gestão da iniciativa privada, especialmente ligada a diminuição de custos e a potencialização de resultados, além da eficiência do trabalho dos servidores públicos, entre outras medidas. A história da Administração Pública Brasileira é pródiga em demonstrações que há um déficit estrutural que, até o momento, não apresentou nenhum modelo como perfeitamente adequado para resolver os problemas identificados nos modelos implementados ou propostos.

7 Nesse aspecto cabe apenas mencionar que há uma movimentação no direito latino americano (por força também do Novo Constitucionalismo Latino-Americano) por reconhecer esse novo horizonte jurídico.

Ambiente (Lei 6.938/81), e ainda, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que o Brasil vem construindo um Estado Ambiental de Direito (ARAÚJO, 2008, p. 02).

A história legislativa brasileira aponta a existência de poucas “normas setorizadas e esparsas de proteção ambiental, aprovadas a partir de 1930”, e apenas na década de 70, “quando a questão ambiental aflorou mais intensamente em todo o mundo, o país passou a contar com um órgão federal de meio-ambiente e, na década seguinte, com uma lei que sistematizou Política Nacional de Meio Ambiente” (a Lei nº 6.938/81). Essa legislação passou por alterações cuidando de estabelecer “os princípios e objetivos dessa política, o sistema integrado de sua atuação institucional, bem como os instrumentos de execução” (FALCONI, 2010, p.79).

O papel do Direito Ambiental, dentro desse contexto é salutar, considerando que:

El Derecho ambiental es un signo de nuestra sociedade actual, por tanto, conviene reflejar las preocupaciones de la humanidad y es por esta elemental razón que el Derecho ambiental existe y ha alcanzado su desarrollo actual. A razón de su configuración encuentra sustento em los derechos fundamentales, pero, aún así, no deja de experimentar un inconveniente, el de la eficacia simbólica del Derecho (FAUTH; CAVALLAZZI, 2015, p.33).

A questão nesse aspecto é tanto mais pensar na questão da efetividade dos direitos ambientais reconhecidos (visto que a mera previsão legal-constitucional, não é garantia de sua efetividade e realização).

O (meio) ambiente por sua ligação direta com o bem-estar social da coletividade não pode ser afastado da proteção estatal (bem do que pode afetar a sustentabilidade dos recursos naturais como dos excessos quantitativos e qualitativos da produção econômica) e de qualquer abuso (especialmente das liberdades constitucionalmente conferidas), criando-se para o Poder Público um dever constitucional “geral e positivo”, que são verdadeiras obrigações de fazer, o que significa dizer “zelar pela defesa (defender) e preservação (preservar) do meio ambiente”. Além disso, cabe destacar que “deixa o cidadão de ser mero titular (passivo) de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e passa também a ter a titularidade de um dever, o ‘de defendê-lo e preservá-lo’” (MILARÉ, 2007, p. 149 e 151). Nessa dupla dimensão constitucionalmente prevista de responsabilidade (Estado e cidadão) observa-se a influência dessa previsão para o Direito Administrativo e para o agente (servidor) público (além da própria Administração) e para o cidadão no sentido de coparticipar dessa proteção e de reivindicar (pelos meios democráticos e remédios jurídicos) prestações estatais⁸.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: RESPONSABILIDADE

8 Como se observa ao fim da análise, ainda que exista a previsão legal dessa responsabilidade e “função social” do cidadão em reivindicar do Estado uma prestação administrativa adequada (o direito à boa administração pública ambiental) há um verdadeiro déficit democrático em razão da reduzida participação popular.

DO ESTADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, destacadamente no contexto brasileiro pós-constituição de 1988, tem possibilitado a expansão das ferramentas de controle dos atos da Administração Pública. Mais do que isso, já não há muita divergência quanto a existência do direito à boa administração, estando esse reconhecimento diretamente ligado ao princípio da eficiência da Administração Pública.

Essa característica de forte vinculação entre Direito Administrativo e Constituição em razão de terem “nascido” juntos, visto que o princípio da legalidade surge ao mesmo tempo que o princípio da separação dos poderes, e de outros princípios que exigem o controle (inclusive judicial) dos atos estatais (como o princípio da isonomia e da justicialidade), especialmente por estarem na Constituição os fundamentos dos (principais) institutos do Direito Administrativo (DI PIETRO, 2010, p.169).

Em um sentido complementar, é preciso destacar que os princípios que orbitam ao redor da Administração Pública apenas reforçam e norteiam esse ideal da boa Administração Pública. Note-se que o Administrador que age em sua função com *isonomia*, *igualdade*, *impessoalidade*, garantindo a *publicidade* de seus atos, fundamentando todos os seus atos com a devida *motivação*, se mantendo dentro da *legalidade*, sempre respeitando a *supremacia do interesse público* e sua indisponibilidade, observando a busca pela *eficiência* na gestão pública e, mesmo em sua discricionariedade adotar a *razoabilidade* e observação da *oportunidade* estará, inegavelmente, vocacionado à uma *boa administração*.

Cumprido destacar que o neoconstitucionalismo se apresenta como fundamento basilar da concepção de Estado Constitucional, que é aquele que está acompanhado de “mecanismos jurídico-processuais efetivos de implementação normativa e garantias de cumprimento dos direitos fundamentais” cabendo o destaque que esses direitos foram “antes proclamados nos estados liberal e social com fraca densidade regulativa” se aplicando “mesmo no caso de omissões administrativas ou decisões administrativas falhas”. Essa nova lógica atribui ao intérprete constitucional o dever de explorar o sentido da norma (seja ela legal ou infralegal) que mais se encaixe ao projeto constitucional vigente, podendo-se mesmo afirmar que surge envolta em polêmicas, como a da reaproximação do Direito e da Moral (CADEMARTORI; OLIVEIRA, 2016, p. 172). Assim, é nesta conjuntura que

(...) se insere uma das facetas da denominada constitucionalização do direito, que tem fundamentos políticos e socioeconômicos.

A necessidade de um Estado Social, ativo, tendente a satisfazer as necessidades da população, mediante a efetivação de direitos e garantias individuais é ambiente propício à constitucionalização. O Estado Constitucional continua a agir por meio da lei, mas a concebe como meio para atingir a determinado objetivo, dentro dos anseios determinados

A CRFB/88 é cristalina em prever que todos possuem direito ao (meio) ambiente ecologicamente equilibrado, prevendo seu uso como sendo comum do povo e sendo essencial para a qualidade de vida sadia, o que acaba por impor ao Poder Público e à coletividade o dever de preservação e proteção. Um ponto importante dessa questão é que já se assume uma “dívida” perante as próximas gerações (além a vida humana contemporânea), devendo-se resguardar o direito de usufruir dos recursos naturais daquelas gerações que ainda não nasceram (nos termos do Art. 225 da CRFB/88). Incumbe ao Poder Público, conforme o texto constitucional, a proteção da fauna e da flora, proibindo-se qualquer prática que coloque em risco a função ecológica (da fauna e da flora), que sejam capazes de provocar a extinção de espécies ou a sua submissão à situações cruéis (CRFB/88, art. 225, § 1º, VII). A tutela incluiu previsão de competência para julgar crimes ambientais, consignando-se que

a competência da Justiça Federal aplica-se aos seguintes crimes ambientais, que também se enquadram nas hipóteses previstas na Constituição, quando: a) atentarem contra bens, serviços ou interesses diretos e específicos da União ou de suas entidades autárquicas; b) previstos tanto no direito interno quanto em tratado ou convenção internacional, tiverem a execução iniciada no País, mas o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou na hipótese inversa; c) tiverem sido cometidos a bordo de navios ou aeronaves; d) houver grave violação de direitos humanos; ou ainda e) guardarem conexão ou continência com outro crime de competência federal, ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, conforme previsão expressa da Constituição (STF, 2017).

Tais diretrizes consolidam que “no Direito brasileiro, o controle e a fiscalização ambientais (e urbanísticos também) integram a esfera da mais vinculada atividade administrativa”. É possível compreender que a partir do princípio da indisponibilidade do interesse público impede que se possa negociar esse interesse para atender interesses privados (sejam de particulares, iniciativa privada ou mesmo do próprio gestor público), vedando que a “órbita da representação estatal”⁹ possa ser espaço para “papel de moeda de troca, nem de objeto de escambo”. Assim, o poder-dever do Estado (de controle e fiscalização ambiental, bem como de implementação da proteção ambiental) está diretamente prevista no marco constitucional¹⁰, infraconstitucional¹¹. Assim, a improbidade administrativa ambiental fere “o fundamento da probidade administrativa que se espera do agente público, tanto ao agir, como ao se omitir e ao reagir” e, ao mesmo tempo, fere “o princípio da legalidade, em si mesmo um limite à atuação do Estado, mas igualmente um motor a combater sua passividade, quando dele se esperam comportamentos positivos” (MIRANDA;

9 Salutar destacar que essa representação estatal é fruto do voto popular e exercida pelo Administrador Público não em seu próprio nome, mas em nome da sociedade e por delegação dessa mesma sociedade (MIRANDA; DINIZ, 2014, p. 298).

10 Com especial destaque para os dispositivos constantes nos Arts. 23, VI e VII, 17, VI e 225 da CRFB/88.

11 Aqui se está a referir a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81, Art. 2º, I e V e 6º) e Lei dos Crimes e Ilícitos Administrativos contra o Meio Ambiente (Lei 9.605/98).

DINIZ, 2014, p. 298).

Assim, na visão de Falconi (2010, p.80) a tradição constitucional brasileira considera “o direito à vida, ao lado da liberdade, igualdade, segurança e propriedade, como direito fundamental, inviolável, e a saúde como direito social”, cabendo a tutela do meio ambiente na ordem social, de forma que o Estado reconheça a natureza cabendo-lhe “o dever de promovê-la, protegê-la e recuperá-la”. A própria constituição incumbe ao Poder Público “uma série de deveres tendentes a”:

assegurar a efetividade do ambiente ecologicamente equilibrado; concretizar a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais e prover o manejo de espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País; definir espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; exigir estudo prévio de impacto ambiental para obras ou atividades potencialmente causadoras de degradação; promover a educação ambiental, e proteger a fauna e a flora” (FALCONI, 2010, p.80).

Superada a relevância constitucional da tutela do (meio) ambiente, bem como o dever de proteção conferido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cabe analisar as dimensões da improbidade administrativa e a modalidade conhecida como *improbidade administrativa ambiental*.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

O Administrador Público deve agir com probidade no exercício de suas funções, estando este pautado na boa-fé, na legalidade e principalmente na honestidade no gerir dos atos públicos. A improbidade administrativa está diretamente ligada às disposições constitucionais sobre a Administração Pública, com destaque para o disposto no Art. 37, dispositivo norteador geral e específico¹².

O princípio da Moralidade Administrativa prega a observância de regras éticas na atividade administrativa, e com isso, são afetadas pelos princípios e valores da “boa-fé, das diretivas de boa administração, da honestidade, da lealdade, do interesse público, assim como da imparcialidade”, e com isso, conduzem o administrador público na prática de atos que garantem a lisura dos processos e procedimentos públicos. (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 99).

Para Wallace Paiva Martins Júnior, tem-se o princípio da Moralidade Administrativa como gênero, do qual se desdobra como espécie o princípio da Probidade Administrativa, ou seja, a ética como escopo dos atos do gestor público, a qual “é instrumentalizada pela probidade integrada expressamente ao sistema jurídico, além de executar essa função interna na relação jurídica entre o agente público e a Administração Pública, proporciona externamente um maior controle desta”.

12 Geral no sentido que o Art. 37 apresenta parâmetros principiológicos norteadores da atividade pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Específica no sentido de que em seu parágrafo 4º dispõe sobre a improbidade administrativa.

(2001, p. 100).

Ao contrário do gestor que age com base nos princípios elencados na Constituição Federal, principalmente em seu Art. 37¹³, estão os gestores que não são probos, ou seja, praticam atos ímprobos na administração pública.

Com isso, para rechaçar as práticas de atos de improbidade na administração pública, fora editada a Lei sob n. 8.429 de 02 de junho de 1992, a qual dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Calil Simão diz que improbidade administrativa se revela do ponto de vista material, como sendo uma conduta desonesta e desleal, e que a “desonestidade consubstancia-se na manifestação direta em sentido oposto a probidade, a decência, a moral e aos costumes; enquanto a deslealdade é a quebra da lealdade” sendo esta “um abuso das prerrogativas administrativas que lhe foram facultadas para o desempenho de determinada atividade administrativa”. (2017, p. 48).

Nesse passo, Calil Simão esclarece que “nem todo ato de improbidade é um ato de improbidade administrativa”, ou seja, improbidade é gênero, no qual é espécie a improbidade no setor público. (2017, 48).

Silvio Antonio Marques afirma que “há situações em que o agente sucumbe a algumas tentações e defende o interesse privado e não o público, trocando, assim, a legalidade pela ilicitude. Em suma o representante do Estado infringe o dever de probidade”. (2010, p. 38).

De acordo com Marcello Caetano é imposto ao funcionário uma conduta de absoluta isenção “de modo que não seja suspeito a prevaricar, de deixar-se corromper ou de por outro modo ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar”. (2004, p. 749).

Marcelo Harger contribui que “ato de improbidade é o ato ilícito doloso, decorrente de desonestidade do agente, que cause prejuízo à Administração, acarrete enriquecimento ilícito a um cidadão ou pessoa jurídica” ou também estejam esses atos previstos em um dos incisos do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. “Por outro lado não são atos de improbidade aqueles praticados em decorrência da inabilidade do administrador público, que representem equívocos exclusivamente formais ou praticados com boa-fé”. (2015, p. 17).

Portanto para que sejam configurados os atos do administrador público como atos ímprobos devem estar estes evitados de culpa ou dolo, não devendo assim este ser penalizado por atos equivocados ou praticados na boa-fé.

Com isso, passa-se a análise dos atos públicos de improbidade, especificamente os atos de

13 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

improbidade administrativa ambiental. Tema que possui grande relevância, mas que pouca atenção tem dos pesquisadores sobre a questão não analisando com profundidade para a possibilidade de aplicação da Lei Geral de Improbidade Administrativa para agentes públicos ligados, em suas atividades, às questões ambientais (HENRIQUES FILHO, 2011, p.31).

Considerando a valorização dos “novos” direitos oriundos da perspectiva não antropocêntrica dos debates jurídicos, a improbidade administrativa também tem tido seu aspecto ambiental reconhecido. Nesse sentido, podemos compreender a improbidade administrativa ambiental como sendo o ato do administrador público que afeta culposa ou dolosamente na atividade pública o Meio Ambiente, ou seja, uma parcela significativa e específica dentro do grande tema “improbidade administrativa”.

A Constituição Federal em seu art. 225¹⁴ impõe a todos e ao Poder Público o dever de zelar e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ou seja, qualquer ato administrativo que cause danos ao meio ambiente se tornará hábil a ser enquadrado como ato de improbidade administrativa. Entende-se por dano ecológico “qualquer lesão ao meio ambiente causado por condutas de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado”. (DA SILVA, 2011, p. 207). Nesta senda, prevê a Magna Carta em seu art. 23, VI, que é de competência conjunta dos Estados, Municípios e da União “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”.

Com o reforço Constitucional para a proteção do meio ambiente, bem como as garantias principiológicas da nova ordem aludida na Magna Carta de 1988, o meio ambiente passou-se a ostentar a condição de bem ou direito de fundamental importância para a coletividade para com todos os seres humanos.

O art. 225 da CF/88 já aludido, traz a previsibilidade de punição aos agentes públicos ou particulares na prática de qualquer ato que cause dano ao meio ambiente. Está disposto no parágrafo 3º do referido artigo que: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. A punibilidade do agente causador de danos tem sua guarida Constitucional, ou seja, é possível a aplicabilidade de qualquer norma legal para o cumprimento da referida punição.

Nesse aspecto vem a baila a Lei 8.429 de 1992, conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa, a qual prevê em seus artigos 9º, 10, 10-A e 11 os atos de improbidade administrativa que serão aplicados aos gestores públicos ímprobos. Poderá este gestor ser

14 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

investigado por atos que importam enriquecimento ilícito (9^o), que causam prejuízo ao erário (10), decorrentes de concessão ou aplicação indevida do benefício financeiro ou tributário (10-A), bem como atos que atentam contra os princípios da administração pública (11).

Nesta senda, pode-se destacar os princípios da prevenção e da precaução, os quais são basilares para a proteção ambiental, seja de forma prévia ou posterior. O “princípio da precaução tem como centro de gravidade a aversão ao risco”, ou seja, havendo a ausência de certeza na ocorrência de danos ambientais, “deveram ser tomadas todas as medidas cabíveis para realização de qualquer ato”. (COSTA NETO, 2003, p. 68).

Já o princípio da prevenção, está na “adoção de medidas prévias a ocorrência de um dano concreto”, porém, em causas bem conhecidas, “com o fim de evitar a verificação desses danos, ou pelo menos minorar significativamente seus efeitos”. (CANOTILHO, 2010, p. 44).

Ao mesmo passo, também como mecanismo de proteção ambiental está o princípio do Poder de Polícia Ambiental, qual seja, é o poder pelo qual a Administração Pública pode “restringir e disciplinar, em nome da coletividade, direitos e liberdades individuais”, e com isso “o poder de polícia confere a Administração Pública a prerrogativa de disciplinar e restringir o direito de uso, de gozo e de disposição da propriedade e o exercício da liberdade individual em nome do bem-estar da coletividade”. (TOLOSA FILHO, 1999, p. 128).

Com base no Poder de Polícia a Administração Pública, através de seus gestores e agentes políticos deveram tomar todas as prevenções e precauções para que nenhum ato ímprobo seja realizado sem o devido zelo e lealdade no Meio Ambiente, garantindo assim a moralidade e a probidade administrativa.

Nesse sentido que o gestor público/agente público deve proibir, vetar, cessar todos os atos públicos, assim como os privados que possivelmente ou veemente afetaram o direito coletivo do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Aparatos legislativos estes apresentados são de extrema importância e necessários para a proteção do Meio Ambiente, bem como para a penalização do agente que incorre na improbidade administrativa, ao passo que “muito embora, doutrinaria e jurisprudencialmente o tema se mostre acanhado, possui suporte no nosso ordenamento jurídico”, pois a Administração Pública Ambiental, enquanto parte integrante da Administração Pública, submete-se a toda carga principiológica aplicável a atividade estatal” (FRIDRICZEWSKI, 2014). Ainda, por consequência Vanir Fridriczewski brilhantemente aduz:

Por consequência condutas lesivas ao meio ambiente ou que atentem aos princípios reitores da atuação da administração pública ambiental, quando revestidas de má-intenção do agente, assim compreendidas as condutas dolosas ou marcadas pela culpa grave, atrairão a incidência da legislação de improbidade administrativa, sem prejuízo da responsabilização administrativa, civil e penal, quando cabível, desde que respeitados

princípios como o da legalidade, da tipicidade, da responsabilidade subjetiva, do non bis in idem, da presunção de inocência e da individualização da pena, de observância obrigatória tanto para evitar a impunidade, como eventuais e indesejáveis duplicidades de penalização (bis in idem), nocivas a qualquer regime democrático de direito e atentatórias, dentre outros, ao princípio da dignidade da pessoa humana (FRIDRICZEWSKI, 2014).

Não todos, mas elencados estão alguns aportes legais que dão respaldo jurídico a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa na proteção do Meio Ambiente, bem como, na garantia de que a moralidade pública e a probidade administrativa devem ser alicerçadas pela Administração Pública Ambiental no trato da coisa pública. Também caso

seja a contribuição do Estado ao dano ambiental direta ou indireta, sua responsabilização sempre observará, na linha de fator de atribuição, o critério objetivo. No seu dizer, se é certo que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, tirado da leitura do texto constitucional, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, enfrenta pelo menos duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/81, art. 3º, IV, c.c. o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um dever de ação estatal – direto e mais rígido – que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional (MIRANDA; DINIZ, 2014, p. 299-300).

É salutar observar que a natureza e os recursos naturais fazem parte do patrimônio nacional, bem como fazem parte da previsão que estabelece a preservação desse patrimônio e sua exploração dentro de condições que assegurem a preservação do (meio) ambiente, tal como previsto no Art. 225, §4º da CRFB/88 (MADALOZZO; LIMA, 2014, p. 233). Sob essa perspectiva Gilmar Madalozzo da Rosa e Lorena Pinheiro Costa Lima apontam, fazendo referência a Emerson Garcia (2011, p. 204), destaca que “patrimônio público é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público” (MADALOZZO; LIMA, 2014, p. 233). Nesse sentido, não há como afastar a importância da tutela administrativa sobre os recursos naturais (bens ambientais) como bens públicos (mais especificamente como bem de uso comum do povo) e, por isso mesmo, sob a influência (in)direta do Direito Administrativo.

Quando se trata da tutela sobre o (meio) ambiente a eficiência se torna ainda mais relevante, “tendo em vista [a] degradação ambiental por inobservância deste princípio”. A eficiência é elemento “norteador da administração pública” o que permite identificar que o descaso do Administrador Público relativo ao ambiente e a coletividade implica em desrespeito às diretrizes da boa administração. À luz dessas considerações é de fácil compreensão que a “atuação ineficiente do agente público, portanto, é ilegítima e pode inclusive, configurar o ato de improbidade administrativa” tal como previsto no Art. 11 da Lei 8.429/92¹⁵ (BERNARDO, 2010, p.72).

15 Nesse mesmo sentido se manifesta Marino Pazzaglini Filho em sua obra “Princípios constitucionais reguladores da administração pública” (2003, p. 36).

Destaca-se também que “se tratando os bens ambientais de riqueza incomensurável, enquadram-se os atos de improbidade dos quais resulte qualquer forma de degradação ao patrimônio ambiental nas sanções previstas na Lei 8.429/92”, visto que essa lei, em seu artigo 5º, “impõe o integral ressarcimento do dano lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro” (MADALOZZO; LIMA, 2014, p. 233). Por tal razão

Nesse contexto, reconhece a responsabilidade solidária do Estado quando, devendo agir para evitar o dano ambiental, mantém-se inerte ou age de forma deficiente ou tardia. Ocorre aí inexecução de uma obrigação de agir por quem tinha o dever de atuar, no sentido de prevenir, mitigar o dano, cobrar sua restauração e punir exemplarmente os infratores. Como se vê, é objetiva, solidária e ilimitada a responsabilidade ambiental do Estado, em caso de omissão do dever-poder de controle e fiscalização; mas, ressalva o ministro relator, a sua execução é de natureza subsidiária (com ordem ou benefício de preferência. Explica que a responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser chamado quando o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934, do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil (MIRANDA; DINIZ, 2014, p. 300).

Assim, sempre que na gestão pública houver por ação ou omissão do gestor público prática de atos que atentem contra o (meio) ambiente, causando prejuízos ou se negando à tutela preventiva desse patrimônio, cabe analisar a possibilidade de ato de improbidade administrativa. Ricardo da Silva Bernardo, ao referenciar Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (2003, p. 306), aponta que a improbidade administrativa “pode acarretar reflexos na ordem pública ambiental, na medida em que a ação ou omissão do agente público possam refletir direta ou indiretamente no bem jurídico meio ambiente” (2010, p. 79).

CONTROLE SOCIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, O DÉFICIT DEMOCRÁTICO E O (DES)INTERESSE SOCIAL

O amadurecimento da teorização sobre a Administração Pública tem conduzido os debates para cercear abusos e garantir que, enquanto “gestor” da máquina pública e do patrimônio que é público¹⁶, se permita estar passível de controle e fiscalização por parte dos atores sociais. Surge, nesse sentido, a importância de existirem (e serem efetivos) mecanismos de controle como “formas de corrigir os desvios de conduta pelos agentes públicos, garantindo a conformação da atividade administrativa à persecução do interesse público” de forma a atribuir “maior grau de legitimidade à ação estatal” (PIRES; MOURA, 2015, p. 277).

16 O controle da Administração Pública pode ocorrer pela via institucional (quando é a própria Administração Pública controlando e revendo seus atos), pela via judicial (quando o Estado-Juiz é provocado para apreciar alguma demanda jurídica envolvendo os atos administrativos e políticas públicas) e o controle social. Em razão do recorte temático proposto na presente análise a abordagem se limita ao controle social.

Como destacado por Thula Rafaela de Oliveira Pires e Emerson Affonso da Costa Moura, as modalidades de autocontrole (feito pela própria Administração) e o controle pelo Poder Judiciário apresentam problemas práticos. O autocontrole esbarra na falta de aparelhamento e corporativismo impedindo que se identifiquem e corrijam os desvios administrativos. O controle do poder judiciário, ainda que eficiente, acaba por se apresentar muitas vezes como campo pouco adequado, visto que o campo para decisões de gestão pública é o da deliberação pública e não do processo judicial (2015, p. 278). Assim, ressaltam os autores:

Erige-se, portanto, a fiscalização social como forma de ampliação do grau de legitimidade na atividade de persecução do interesse público pela Administração Pública, uma vez que é a seara originária para a fiscalização da ação pública, participação do indivíduo na definição dos objetivos da sociedade e atribuição de responsabilidade aos agentes estatais. Não obstante, uma gestão administrativa com participação da sociedade pressupõe o preenchimento de condições mínimas necessárias para participação dos atores sociais e o diálogo pelas instituições com a sociedade quanto à decisão administrativa o que envolve a maximização do direito à informação como pressuposto indispensável a fiscalização (PIRES; MOURA, 2015, p. 278).

Pode-se afirmar, em suma, que controle social significa a participação dos cidadãos (por meio da fiscalização, monitoramento, entre outros) de forma a participar da Administração Pública e de suas ações (atos), configurando-se como importante mecanismo para se prevenir abusos, corrupção e de fortalecimento da cidadania. Dito de outra forma é a “participação dos cidadãos e da sociedade organizada no controle do gasto público, monitorando permanentemente as ações governamentais e exigindo o uso adequado dos recursos arrecadados” (CGU, 2010, p. 16).

O fortalecimento dos instrumentos de participação e mobilização social implica em uma perspectiva emancipadora de verdadeiro protagonismo do cidadão, especialmente por reforçar a ideia de que a Administração Pública (e o Gestor Público) está ocupando um espaço de gerenciar algo que é da coletividade e que, por isso mesmo, deve ser acompanhado pela sociedade como principal interessada e não como indivíduos alheios à tomada de decisões e dos gastos públicos.

A despeito das ferramentas sociais disponíveis para controle dos atos administrativos (preventivos ou não) o que se verifica é um fenômeno de apatia social. No âmbito brasileiro (mas não se trata de um fenômeno isolado) é possível identificar um déficit democrático nesse processo de coparticipação da gestão administrativa.

Esse déficit pode ser compreendido quando se analisa a história brasileira. Trata-se de uma sociedade que pouca experiência (e vivência) possui com a democracia, pois, por estranho que isso soe, muito se *fala* em “democracia”, em “cidadania”, mas pouca aplicação prática esses conceitos possuem no cotidiano da maior parcela da população. O próprio mecanismo do voto é mal compreendido pela população, em grande parte resultado de uma percepção de descrédito e de uma crise de legitimidade dos poderes políticos nacionais (que parecem não representar a populações ou

os próprios interesses nacionais). A CRFB/88 por sua vez oportunizou a criação de novos mecanismos de participação democrática, inclusive, para fiscalizar a atuação da Administração Pública garantindo que não se desvirtuasse o fim da coisa pública, nem a utilização da máquina administrativa para interesses particulares ou escusos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação da tutela garantista oferecida pelo Estado Democrático de Direito (ao reconhecer direitos e garantias fundamentais) não basta para atender as demandas sociais que surgem diariamente como resultado da globalização, da preocupação com o reconhecimento da responsabilidade transgeracional (preocupação com as gerações presentes e futuras) bem como pela ampliação da participação democrática como necessária para a legitimidade das ações governamentais.

Quando se verifica o déficit democrático nesse processo, especialmente à luz da promessa constitucional, acaba a questão por desembocar no Judiciário. Obviamente aqui a questão é menos controversa (mas não menos complexa) que outras apreciações judiciais quanto aos atos da Administração Pública. A improbidade Administrativa é um ato criminoso e, portanto, é legítima a apreciação judicial sobre a questão (questão que se acentua em complexidade quando se tratam de outros atos administrativos, ou mesmo a apreciação judicial de políticas públicas).

A construção de um Estado Democrático de Direito que se norteie pela relevância do Direito Ambiental se mostra necessário dentro de um contexto de desenvolvimento econômico que possui um alto poder destrutivo dos recursos naturais. Além disso, a própria Administração Pública está pautada por uma série de princípios que norteiam o dever de se oferecer uma gestão pública de qualidade que seja capaz de atender aos ditames sociais e que possa garantir o direito a um ambiente saudável para as gerações presentes e futuras, como previsto constitucionalmente.

Existem legislações e dispositivos tanto constitucionais quanto infraconstitucionais que amparam essa questão, mas a presente análise aponta pela necessidade de estudos mais aprofundados sobre as formas de se garantir a efetividade do previsto na órbita normativa. É necessário tecer estudos mais detidos sobre a procedimentalização de um processo administrativo disciplinar para apurar o ato de improbidade administrativa ambiental, bem como a dimensão judicial dessa questão (além de uma verificação da jurisprudência a respeito da matéria).

A pesquisa encontra limitações de ordem doutrinária e científica, visto que ainda são poucos os pesquisadores que se desdobram sobre essa questão, merecendo um debate ampliado, que faça com que dialoguem de forma mais otimizada as áreas de Direito Ambiental e Direito Administrativo sobre essa questão.

Com relação ao questionamento motivador dessa análise, acredita-se que a previsão constitucional e o atual estágio de compreensão da proposta constitucional permite verificar a relevância da tutela ambiental nas situações identificadas como atos de improbidade administrativa que afetem o patrimônio ambiental. Temos marcos normativos suficientes para essa compreensão e para identificação dos atos de improbidade administrativa ambiental, com clara dimensão da lógica ambiental e de sobrevivência construída nos textos legais e socialmente aceito e reconhecidos.

Como observado, a presente análise não se pretende exaustiva ou conclusiva sobre a questão, propondo-se principalmente como meio de reflexão sobre a necessidade de tutela ambiental nos atos administrativos, também como forma de suscitar reflexões sobre os contornos que traçam o direito à boa administração pública, não se podendo olvidar que uma Administração Pública eficiente será aquela que não renegue ou despreze a importância da tutela ambiental em suas práticas e atos, especialmente quando estiver legitimada de uma participação social consciente de sua posição de fiscal e co-responsável pela gestão dessa tutela ambiental junto do Estado Democrático (Ambiental).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Estado de Direito Ambiental. **Revista da AGU**, Brasília, 2008, n. 14, p. 167-177.

BERNARDO, Ricardo da Silva. **A improbidade administrativa ambiental**. Monografia (Direito). Universidade do Itajaí. Itajaí, 2010. <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ricardo%20da%20Silva%20Bernardo.pdf>

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09.07.2018

BRASIL. **Lei n 8.479, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 10.07.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 853**. Brasília, 6 a 10 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo853.htm> Acesso em

CADEMARTORI, Luiz Henrique Cademartori; OLIVEIRA, Vitória Cristina. A Constitucionalização do Direito Administrativo e a Sindicabilidade do Ato Discricionário. **Revista Estudos Institucionais**, v. 2, p. 168-191, 2016. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/38/48> Acesso em 23 de jun 2018.

- CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CGU – Controladoria Geral da União. **Controle Social**: orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social. 2ª Edição. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/control-social/arquivos/controlsocial.pdf> Acesso em 20 de maio 2018.
- COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. **Proteção Jurídica do meio ambiente – I Florestas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DA SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 9. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do Direito Administrativo: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Orgs.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de Direito Administrativo**. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010, p. 169.
- FALCONI, Luiz Carlos. **Desapropriação da propriedade destrutiva (das APP e ARLS)**. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2010.
- FAUTH, Gabriela; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Crisis ambiental y desarrollo sostenible desde la teoría crítica. La eficacia social de la norma como desafío a la vulnerabilidad. In: PENTINAT, Susana Borràs; ANNONI, Danielle (coord) **Retos internacionales de la protección de los Derechos Humanos y el medio ambiente**. Curitiba: Gedai/UFPR, 2015, p. 09 – 46.
- FRIDRICZEWSKI, Vanir. **Improbidade Administrativa e a Tutela do Meio Ambiente**. Dissertação. Porto Alegre, 2014. Acesso: 11.07.2018. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5832/1/000457763-Texto%2bParcial-0.pdf>.
- HARGER, Marcelo. **Improbidade Administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015.
- HENRIQUES FILHO, Tarcísio. A lei de improbidade administrativa e a tutela do meio ambiente. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, v. Especial, p. 29, 2011.
- KLOCK, Andréa Bulgakov. Estado Ambiental de Direito. In: **Argumenta**: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 15 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2011. p. 59-76.
- LEAL, Virgínia de Carvalho. El daño ambiental y los problemas de determinación de causalidade y carga de la prueba em el régimen jurídico tradicional de reparación em España. In: **Revista Videre**, ano 2, n 3, Dourados, jan-jun/2010. p. 161-181.
- MADALOZZO, G. R.; LIMA, Lorena Pinheiro Costa. Improbidade Administrativa Ambiental. In: **Anais do XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**, 2014, João Pessoa. Direito Ambiental II, 2014. v. XXIII. p. 224-248. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/>

cod=2ace6e5456b0e48d Acesso 23 de abril de 2018.

MARQUES, Silvio Antonio. **Improbidade Administrativa**: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5 ed. ref., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, S. M. C.; DINIZ, C. C. S.. Responsabilidade do Estado por danos decorrentes da omissão do poder público no exercício do poder de polícia. In: CONPEDI; UFSC. (Org.). **Direito Ambiental III**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. , p. 292-309. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0a94234e0f6cc541> Acesso em:

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**: agentes públicos – discricionariiedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Controle Social da Administração Pública, Transparência Administrativa e Acesso à Informação: Análise Comparada da Lei Brasileira nº 12.527 de 2011 e da Lei Espanhola nº 19 de 2013.. In: Orides Mezzaroba, Francisco Javier Garcia Roca. (Org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**. 1ed. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v. 1, p. 275-295.

SIMÃO, Calil. **Improbidade Administrativa**: teoria e prática. 3. ed. Leme: JHMIZUNO, 2017.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Direito Administrativo**: Noções Fundamentais. São Paulo: Iglu, 1999.

TORRES, Heleno Taveira. Desenvolvimento, meio ambiente e extrafiscalidade no Brasil. In: **Revista Videre**, ano 3, n 6, Dourados, jul-dez/2011. p. 11-52.

DIREITOS DO CORPO MORTO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO À LUZ DO ACÓRDÃO 1.003.493-8 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

Ana Beatriz Moura TAIOQUI¹

RESUMO

O presente artigo científico efetuou a análise do acórdão de número 1.003.493-8, do Tribunal de Justiça do Paraná. O julgamento trata-se da aferição de responsabilidade do Estado pelo sepultamento do pai da autora como pessoa desconhecida, quando era cabalmente possível a sua identificação. O objetivo da pesquisa é expor os direitos que foram violados, além de demonstrar, de maneira mais extensa, os critérios que foram utilizados pelos julgadores ao proferir a decisão confirmatória da responsabilização do Estado do Paraná, quais sejam, a obediência aos pressupostos, a teoria aplicada, a classificação do instituto e os respectivos dispositivos legais. Foram empregados os métodos dedutivo e indutivo, e pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e documentais para obter a elucidação do caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Estado. Sepultamento. Danos Morais.

ABSTRACT

This scientific article analyzed the judgment of number 1.003.493-8 of the Court of Paraná. The judgment is a question of assessing the State's responsibility for the event, that is, the burial of the author's father as an unknown person, when it was fully possible to identify him. The objective of the research is to expose the rights that have been violated, in addition to demonstrating, in a more extensive way, the criteria that were used by the judges in the confirmatory decision of the State of Paraná, namely obedience to the presuppositions, applied theory, the classification of the institute and the respective legal provisions. It was used the deductive and inductive methods, and bibliographical, jurisprudential and documentary research to obtain the elucidation of the concrete case.

KEY WORDS: Civil Responsibility. State. Burial. Moral Damages.

INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é analisar a aplicação prática da regra do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal e os seus desdobramentos, com base no caso concreto apresentado.

Em um primeiro momento, após a exposição dos fatos, foram explanados os direitos que foram transpassados. Quando um indivíduo é sepultado como indigente, quando era possível obter a sua identidade, são violados direitos da personalidade, mesmo que este já não tenha mais sinais vitais.

Os direitos da personalidade, especialmente os direitos do corpo morto e o direito à honra são reparáveis por indenização por danos morais, motivo pelo qual o Estado do Paraná foi condenado a pagar o valor de 40 (quarenta) salários mínimos à autora da ação, filha do falecido.

1 Graduada na Universidade Estadual do Norte do Paraná

Para justificar a obrigação revelada, estudou-se o instituto da responsabilidade e suas peculiaridades. Iniciando pelo seu significado, uma pessoa física ou jurídica torna-se responsável pelos atos praticados que gerem algum tipo de desequilíbrio para a vítima, explicitando que o prejuízo sofrido pela autora da ação analisada merece ser indenizado na seara civil.

Após, considerando que o sujeito passivo é um ente da Administração Pública, explorou-se a evolução das normas pertinentes ao tema no ordenamento jurídico brasileiro, e na sequência, foi apontado o caráter objetivo da responsabilidade aplicada no caso material.

Ato contínuo, os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil do Estado foram exibidos, esmiuçando os aspectos do caso concreto concomitantemente, o que resultou na demonstração de que a responsabilização foi acertada, na medida em que todos os elementos foram satisfeitos.

Prosseguindo para o final, foi realizada a análise das teorias da responsabilidade estatal, e da teoria adotada no julgamento em tela, compatível com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais contemporâneos.

Por fim, concluiu-se o artigo científico, com a síntese do estudo empenhado e a justificativa completa do ensejo indenizatório tratado.

1. O CASO CONCRETO

O ínclito Tribunal de Justiça do estado do Paraná proferiu acórdão (Apelação Cível nº 1.003.493-8), em 26 de março de 2013, que reconheceu a responsabilidade civil do Estado, na categoria objetiva, pelo enterro do genitor da autora como indigente, por falha na identificação do cadáver pelo Instituto Médico Legal (IML).

O ensejo indenizatório originou-se do fato de que a autora, Elaine Alves de Mattos, que durante um ano buscou por seu pai, até então considerado desaparecido, para somente após ter conhecimento de seu falecimento, por um atropelamento na data de 12 de junho de 1997. O pedido de indenização por danos morais foi provido em primeiro grau, com a condenação do estado do Paraná.

O Estado interpôs apelação, alegando em síntese, a inexistência de dano imaterial compensável financeiramente. Ato contínuo, a apelada apresentou recurso adesivo, pleiteando, no entanto, a majoração do quantum da indenização.

Miguel Getúlio de Mattos, ora genitor da autora, foi atropelado na data mencionada e encaminhado ao Hospital Evangélico, que figurou como polo passivo nos autos de primeira instância, porém o pedido em relação a este foi julgado improcedente.

Após o atendimento e o óbito, a unidade de saúde lavrou Boletim de Atendimento Médico,

com a devida identificação de Getúlio, bem como a certificação do óbito. Na sequência, o corpo foi transferido para o Instituto Médico Legal.

Ocorre que, neste último órgão, procedeu-se a qualificação do genitor da autora como “desconhecido”, e, em razão disso, este foi sepultado como indigente, ao dia 03 de julho de 1997.

O erro se deve ao fato de que o Instituto Médico Legal – IML possuía meios para identificar o genitor de Elaine. A decisão expôs que, da análise das provas dos autos, depreende-se que constava na guia de recolhimento de cadáver o número do Registro Geral de Miguel, além da informação de que portava uma carteira de associação recreativa e outra da EMPAR.

Além disso, o Instituto classificou o corpo como pessoa desconhecida, antes de receber o resultado do exame datiloscópico, efetuado como procedimento padrão da instituição quando da chegada de um corpo sem identificação.

Ainda, informou-se que o laudo do exame datiloscópico chegou ao IML no dia 10 de julho de 1997, e mesmo após a sua chegada, não houve atualização do cadastro. A ex-esposa do falecido compareceu ao órgão, em busca de informações, mas não obteve sucesso, sob a alegação de que não havia registros daquele nome.

Ora, não fossem as sucessivas falhas o Instituto Médico Legal, a família de Miguel poderia ter o encontrado em período muito inferior a um ano, além de não encontrar o falecido na situação exposta. Acrescenta-se que a identificação apenas se deu graças a filmagens de corpos sepultados como desconhecidos.

Ante o exposto, a decisão do colegiado por manter a condenação mostra-se correta, o que será demonstrado adiante.

2. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DANO MORAL

Preliminarmente, é intuitivo que somente há razão para a responsabilização de alguém se a vítima sofreu algum tipo de prejuízo. Na situação em tela, são evidentes os males que Elaine, ora filha do falecido, sofreu devido à atividade falha do Instituto Legal de Medicina do Estado do Paraná.

Assim, para o melhor entendimento do caso analisado, impõe-se o conhecimento sobre os direitos que foram transgredidos e sua previsão no ordenamento jurídico, para então justificar o acerto em responsabilizar o ente estatal, com a condenação por danos morais.

Os direitos da personalidade abrangem o direito à vida, à integridade física, psíquica e moral, regulados pelo Código Civil Brasileiro, a partir do artigo 11. Bittar (1995, p.11) ensina que são “direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*”.

No caso em estudo, foram violados os direitos à integridade física e moral, a saber, os direitos do corpo morto e a honra, respectivamente. Corrobora com o exposto a opinião de Sérgio Iglesias (2003, p. 41): “A morte ocorre quando da extinção total dos sinais vitais, remanescendo tão somente a matéria, da qual, desta, havendo para os familiares o direito ao cadáver e às suas partes”.

Por conseguinte, o direito da autora foi transgredido. Como familiar, o direito ao cadáver significa ter a possibilidade de realizar cerimônia de despedida, e ainda a garantia de que o ente familiar foi sepultado com dignidade, o que não ocorreu no caso de Elaine Alves de Mattos. Não obstante, Iglesias (2003, p. 41) acrescenta:

Trata-se de um direito de caráter eminentemente moral e social, uma vez que, dada a ligação de afeição, os familiares têm direito a um sepultamento digno de seu ente (...). O corpo morto se apresenta como uma irradiação da personalidade, no que tange à honra e até à própria integridade física, ainda que desconstituída de qualquer vida.

Os direitos da personalidade são amparados e protegidos pela possibilidade do dever de reparação por danos morais, prevista nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, além de estarem implícitos em seu artigo 1º como corolários do princípio da dignidade humana. Nesse sentido:

(...) prevalece o entendimento que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, não apenas pelo fato de serem direitos decorrentes do princípio maior da dignidade da pessoa humana adotado pela República Federativa do Brasil, mas também porque resultam da mesma proteção à subjetividade do ser humano (KUNRATH, online).

Estão previstos também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 12: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Sobre a classificação do dano, este pode ser compreendido como moral ou material, a depender do modo de apuração e dos direitos violados.

A apuração do dano moral tem caráter subjetivo, pois tutela direitos personalíssimos da vítima, *a priori* não dedutíveis monetariamente. De abrangência ampla, tutela os direitos da personalidade, como integridade moral, intimidade, privacidade, integridade física, dentre outros (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 94).

Em contrapartida, “material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido” (GONÇALVES, 2012, p. 336). Nessa hipótese, o direito protegido é o direito ao patrimônio, que pode ser deduzido monetariamente.

Conforme o artigo 402 do Código Civil, dano material é aquele que pode ser aferido pela diminuição patrimonial do titular e pelo que este deixou de ganhar (dano emergente e lucros cessantes).

Deste modo, o fato em exame, por violar os direitos da personalidade honra e integridade física (direito do corpo morto), deve ser indenizado por danos morais, por ser de caráter subjetivo e não dedutível economicamente.

Pelas razões aduzidas, explica-se a condenação do Estado do Paraná em danos morais em favor da autora, e o erro do ente ao alegar, em sede de apelação, que não havia dano imaterial compensável monetariamente. Resta aferir qual o instituto que permite tal punição.

3. RESPONSABILIDADE

A responsabilidade nasce da necessidade de compensação por um ato. Ora, a atuação de uma pessoa dotada de personalidade jurídica é capaz de gerar resultados, que se ocasionarem um injusto a terceira pessoa, perfaz a necessidade de responsabilização.

Com efeito, já vistos os direitos desrespeitados, cabe averiguar o motivo pelo qual a atuação do Estado do Paraná, por meio do Instituto Legal de Medicina, gerou a responsabilização do ente.

Etimologicamente, a palavra deriva do latim *respondere*, que significa a obrigação de arcar com as consequências de um ato, proveniente da ação ou omissão de pessoa física ou pessoa jurídica, em relações de direito público ou de direito privado.

Para ter relevância jurídica, e não apenas moral, a prática do injusto deve gerar um desarranjo no equilíbrio social, de modo que este deve ser restituído, por meio da responsabilização civil ou penal. O princípio da “não ofensa”, ou *alterum non laedere (neminem laedere)*, de Ulpiano, traduz a necessidade da repulsa do ato de lesionar a outrem, garantindo a convivência social.

A obrigação de indenizar é decorrência lógica do injusto, como ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2015, p. 47): “Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato (...)”.

Isto posto, denota-se que o conceito precípua da responsabilização restou preenchido, pois, claramente a situação concreta gerou desequilíbrio. Elaine, sem saber o paradeiro de seu pai, passou por momentos de intensa aflição e sofrimento durante um ano, enquanto este estava enterrado como se desconhecido fosse.

Assim, o Estado afigura-se responsável, uma vez que o injusto decorreu de sua atividade. Em razão disso, o ente merece ser condenado à obrigação de indenizar a filha do sepultado, assumindo as consequências jurídicas do fato.

3.1. Responsabilidade Civil e Penal

A responsabilidade penal obriga o agente a responder pessoalmente pelo ilícito cometido por meio da sanção penal, que pode consubstanciar-se em uma pena privativa de liberdade, pena restritiva de direitos ou aplicação de multa.

Um ilícito penal desrespeita uma norma de direito público e tem como vítima imediata a sociedade. Ademais, a punição possui caráter pessoal e intransferível (GONÇALVES, 2012, p. 42).

Em contrapartida, a responsabilização cível é responsável pela composição dos danos materiais ou morais sofridos por um particular. No mesmo sentido, Pereira (1997, p.11) ensina que o instituto consiste na “reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”.

Assim, o civilmente responsável deve dispor de seu patrimônio para indenizar o prejudicado ao valor pecuniário determinado, se não for possível retornar ao *status quo ante*, em busca do restabelecimento do equilíbrio.

Importante notar que o direito penal é regido pelo princípio da legalidade (artigos 1º do Código Penal e 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal), de modo que os atos que ensejam a responsabilização penal devem estar previamente previstos em lei.

Sobre a diferença entre as faces da responsabilidade, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 42) ensina que:

A tipicidade é um dos requisitos genéricos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. No cível, no entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem (CC, art. 186).

No caso em tela, a responsabilização possui natureza cível, pois o Estado foi condenado a ressarcir economicamente a vítima, por danos morais, haja vista que era impossível reconstituir o equilíbrio de outra maneira. De mais a mais, quando o polo passivo é pessoa jurídica de direito público, existem peculiaridades na relação jurídica que carecem de apuração.

3.2. Responsabilidade Civil do Estado

Preliminarmente, há que se considerar que o Estado é uma pessoa jurídica de direito público. Como qualquer entidade do gênero, é dotado de personalidade jurídica própria e autônoma, portanto apta a contrair obrigações e reunir direitos.

A Administração Direta abrange a União, os Estados-membro, os Municípios e o Distrito Federal. Por outro lado, a execução indireta da atividade administrativa pode ser realizada por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que fazem parte da Administração Indireta (DI PIETRO, 2017, p. 128).

Como a pessoa jurídica é um organismo abstrato, criado pela vontade humana, requer a

ação de um elemento humano para realizar as suas atividades em seu nome. Assim, quando a pessoa física atuar por esta, estará representando o próprio ente.

Portanto, seguindo a definição dada por Hely Lopes Meirelles (2016, p. 779), a responsabilidade civil da Administração é a obrigação imposta à Fazenda Pública de reparar o dano causado a terceiros pelos agentes públicos, no desempenho de suas atribuições, ou sob o pretexto de exercê-las.

Tomando como verdadeiro o fato de que os atos do Estado correspondem aos atos praticados por meio de seus agentes ou servidores, reflexamente, tais atos são aptos a lesionar o administrado. Defende-se, inclusive, a admissão da responsabilização do Estado em razão de danos decorrentes dos atos de quaisquer categorias de agentes públicos (ESTEVEZ, 2003, p. 72).

É neste sentido o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS (...) SEPULTAMENTO COMO INDIGENTE – DEFEITO DO SERVIÇO PÚBLICO (Artigo 37, §6º, CF) – DANOS MORAIS CONFIGURADOS. (...) O Ente Estatal responde objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, consoante §6º, do artigo 37, da Constituição Federal. (TJRJ – Apelação/Reexame Necessário: Nº 0150919-86.2006.8.19.0001, Relator: Des. José Geraldo Antonio, Data de Julgamento: 09/09/2010)

Realizando um paralelo com o julgado, temos que IML é um órgão da Secretaria Estadual de Segurança Pública, por isso eventuais danos provenientes de suas atividades, invariavelmente realizadas por seus funcionários, serão imputáveis ao Estado-membro a que está vinculado.

3.2.1. Classificação da Responsabilidade Civil do Estado

Considerando o caráter civilista da responsabilização do Estado, este instituto, em geral, pode ter cunho subjetivo ou objetivo. A classificação leva em conta os requisitos para a caracterização da responsabilidade, sendo que a subjetiva é mais difícil de ser demonstrada, em comparação com a objetiva.

Para a melhor análise do caso apresentado, e dos critérios utilizados pelos julgadores, importante apreciar em qual categoria a responsabilidade civil do Estado se enquadra.

O *animus* do agente tem posição de destaque na responsabilização civil subjetiva, que tem como princípio o *unuscuque sua culpa nocet*, que significa que cada qual deve responder por sua própria culpa. A categoria está descrita no artigo 186 do Código Civil de 2002, impondo a demonstração do elemento psíquico para a configuração da responsabilidade.

Definindo a responsabilidade subjetiva, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 47) esclarece que esta “se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável”.

Em relação à responsabilização objetiva, não se preza o elemento anímico, irrelevante para

a sua caracterização. Deste modo, para a consubstanciação da responsabilidade objetiva, basta a comprovação do vínculo etiológico entre o ato gerador e o dano que dele exsurgiu.

Ainda segundo Gonçalves (2012, p. 47), na responsabilidade objetiva a culpa é totalmente irrelevante, pois seu reconhecimento independe de sua comprovação. É suficiente a presença do nexo causal entre a ação e o dano.

O Diploma Civilista institui a responsabilidade objetiva em seu artigo 927, parágrafo único, deixando clara a desnecessidade de dolo ou culpa (culpa em *lato sensu*).

Assim, esta modalidade consagra o princípio do favorecimento da vítima, e é a mais ampla para a tutela desta, que necessita demonstrar apenas o liame objetivo, ônus muito mais simples em comparação à constatação do liame subjetivo, que exige mais complexidade para a sua comprovação.

Analisando o caso concreto, extrai-se que o sujeito passivo é um ente de direito público, qual seja, o Estado do Paraná. Assim, para melhor compreensão, merece ser estudada a evolução do instituto no ordenamento jurídico pátrio, por meio dos dispositivos legais que o regulavam, para então demonstrar a subsunção do caso concreto à capitulação vigente.

A primeira positivação do instituto se deu na Constituição de 1891, em seu artigo 82, que previa apenas a responsabilização dos funcionários públicos.

Destacando a necessidade de culpa, o artigo 15 do Código Civil de 1916 previa que as pessoas jurídicas de direito público eram responsáveis pelos atos de seus representantes que tenham procedido contrariamente ao direito, ou faltando a seu dever por lei definido.

Em sequência, o artigo 171 da Lei Maior de 1934, previa a responsabilidade solidária entre os agentes públicos e a Fazenda.

Finalmente, com o diploma constitucional de 1946 surge a responsabilidade civil objetiva do Estado, com a previsão de que as pessoas jurídicas de direito público interno podiam ser responsabilizadas, ressalva superada pela Carta Magna de 1967, que fazia menção apenas a “pessoas jurídicas de direito público”.

Ante o exposto, a evolução do instituto foi gradativa, no sentido de ampliação das hipóteses de responsabilização estatal. A Carta Maior de 1988 acompanhou o progresso, mantendo a classificação da responsabilidade civil do Estado como objetiva.

O tema está regulado pelo artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Por exigir a configuração de dolo ou culpa apenas para efeito de regresso contra o responsável, a responsabilidade estatal é objetiva, na medida em que não exige a perquirição de culpa, no sentido lato, para qualificar-se, mas tão somente o elo etiológico entre a conduta e o resultado danoso.

Por sua vez, seguindo os parâmetros constitucionais, o Código Civil, em seu artigo 43, disciplinou a matéria, fixando a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas de direito público interno na esfera cível, pelos atos dos agentes, que, atuando nessa qualidade, causarem, garantindo o direito de regresso contra estes, se houver dolo ou culpa.

É certo que o critério objetivo é o mais acertado para a relação jurídica entre o particular e o Estado. Ora, visto que este é detentor de inúmeros privilégios e prerrogativas, e aquele é desprovido de tais garantias, outra regra seria deveras prejudicial ao administrado, e a relação mencionada contemplada com clara desproporção.

O acórdão em pauta (TJPR, 2013) seguiu as disposições legais, sedimentando que “da análise da norma constitucional, retira-se a matiz objetiva da responsabilidade estatal”. Desde modo, o colegiado não considerou a culpa para reconhecer a obrigação do estado do Paraná de indenizar Elaine, mas tão somente a relação de causalidade entre a conduta e o resultado prejudicial.

Ainda, não é suficiente apontar apenas a prescindibilidade da culpa e a existência do liame entre a ação e o dano, é preciso demonstrar que estão presentes os pressupostos para a responsabilização.

3.3. Elementos ou pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado

Em linhas gerais, são os pressupostos ou elementos da responsabilidade civil o dano experimentado pelo prejudicado, a conduta que efetivamente causou o prejuízo, e, instintivamente, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

No tocante às relações com a Administração Pública, são os mesmos, porém com peculiaridades: *eventus damni*, nexo de causalidade material e oficialidade da conduta geradora do dano.

Os julgadores, considerando o caráter objetivo da responsabilidade do Estado, consideraram como necessário apenas que “sejam identificados a **ação administrativa, o dano, e a relação de causa e efeito ente os dois**” (grifo nosso) (TJPR, 2013).

A condição *sine qua non* para o ensejo ressarcitório, qual seja, o dano, pode provir tanto de um ato ilícito, quanto de prerrogativas do poder público, isto é, de atos lícitos – desapropriação, por exemplo - sendo que ambos deverão ser injustos para o administrado.

Porém, segundo CAHALI (2013, p.67), para ser considerada injusta ou danosa a atividade

administrativa, o prejuízo não poderá atingir uniformemente a sociedade, mas sim em especial um indivíduo. Exige-se a especialidade e não universalidade, ou seja, que o dano possa ser individualizado, respeitando o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

O entendimento jurisprudencial assenta que “a falha na prestação do serviço público, caracterizada pela negligência, falta de comunicação e pelo precipitado sepultamento de corpo como indigente, gera danos morais aos familiares da vítima” (TJRJ, 2010).

O caso em discussão obedeceu às exigências mencionadas. Em primeiro lugar, é inequívoco o dano moral sofrido pela autora durante o período de procura por seu pai, e no momento em que descobriu que ele fora enterrado como indigente. Ademais, o injusto atingiu especialmente a vítima, sem atingir a sociedade como um todo.

Lógica é a exigência da prática do ato por um agente público, pois, caso contrário, não há razão para a imputação de qualquer ônus a um ente estatal.

Quanto à terminologia “agente” utilizada pela Lei Maior, são indenizáveis os atos praticados por esta categoria, a qualquer título. Para as finalidades em tela, o termo constitui a percepção genérica de servidor público, abrangendo todas as pessoas que realizam serviço público, em caráter permanente ou transitório (MEIRELLES, 2016, p. 785).

Ademais, seguindo os preceitos elementares da responsabilidade civil, o Estado não deve responder por fenômenos da natureza, visto que a pessoalidade é exigência constitucional. Também não será responsável por atos de terceiros, estranhos às atividades estatais.

Logo, a oficialidade da conduta foi observada, pois os agentes públicos do Instituto Médico Legal, órgão vinculado à Secretaria de Estado da Segurança Pública, ordenaram a liberação do corpo do pai da autora para o sepultamento, antes do exaurimento das tentativas de identificação.

Neste viés, não basta a mera ocorrência do dano e da conduta para fundamentar o pleito indenizatório, o prejuízo deve como causa uma ação ou omissão administrativa, realizada por um agente público.

Além disso, devem ser inexistentes as causas que excluem a responsabilidade em favor da Administração Pública, o que ocorre nos casos em que a vítima concorreu para o resultado danoso ou por fatores que não lhe são imputáveis.

Em relação ao nexo causal e às causas excludentes de responsabilidade, há precedente inequívoco do mesmo Tribunal:

Vislumbra-se a ocorrência do nexo causal entre o dano sofrido pela apelada e a conduta culposa do IML, uma vez que, se este órgão tivesse atentado para o fato do corpo do filho da apelada estar identificado e agido conforme prescrito em lei, não teria sido ele enterrado como indigente. Por fim, não estão presentes causas excludentes da responsabilidade estatal, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, força maior ou caso fortuito. (TJPR – Apelação/Reexame Necessário: 339341-7, Relator: Des. José Marcos de Moura, Data de

Decorrência automática dos outros dois primeiros pressupostos ora explanados, o nexo causal pode ser definido como o liame, a ligação, entre o ato praticado e o prejuízo (DI PIETRO, 2017, p. 881). Há nexo de causalidade quando a conduta praticada efetivamente deu causa ao evento danoso.

Examinando o caso material, é possível compreender que o elemento é incontestado. Os danos sofridos pela autora são decorrência lógica da ação do Instituto Médico Legal.

Na conjuntura em debate, Elaine, no caso a vítima, não contribuiu para a ocorrência do fato, e nem poderia, pois desconhecia totalmente a situação em que o corpo de seu pai se encontrava, sequer tendo ciência do óbito.

Assim, os fatores são totalmente imputáveis ao Estado, porque o órgão responsável, qual seja, o Instituto Médico Legal atuou com total desídia e descaso em relação a suas atribuições. A entidade possuía condições de identificar o corpo, não o fez, e precipitou-se com a não obediência ao procedimento padrão.

Por fim, de rigor precisar qual teoria da responsabilidade civil do Estado que é consoante com a classificação e os requisitos acima explanados.

3.4. Teorias acerca da responsabilização estatal

Cabe ser observada a grandiosa evolução do instituto em análise. Em um primeiro momento a indenização por entes estatais não era admitida, em meados da evolução fora reconhecida, porém com ressalvas, e ao fim, consagrada de maneira pacífica e vasta.

A primeira delas é a chama Teoria da Irresponsabilidade, responsável pela imunidade total do Estado para pleitos reparatórios. Vigorou na fase de Estado absolutista e soberano, em que não se permitia atentar contra o poder estatal, apenas contra o indivíduo que dera razão ao dano.

A remota possibilidade da oponibilidade surge com o advento das ideias liberais, enfraquecedoras do absolutismo, mas a culpa não era prescindível. São diversas as teorias subjetivistas que explicam esse momento.

A teoria da culpa civilística considerava possível a reparação estatal sob o fundamento de que os servidores da Administração Pública seriam seus prepostos, e, por sua vez, a teoria da culpa administrativa considerava o servidor como parte da Administração, agindo em seu nome. Assim, a primeira determinava a responsabilidade indireta, e deveria ser comprovada, *in casu*, a culpa na vigilância ou na eleição (*culpa in vigilando* ou *in eligendo*) do Estado, e a segunda, a responsabilidade direta, que não exigia tal demonstração.

Propagou-se ainda a teoria da culpa anônima, segundo a qual era apenas necessário demonstrar que o dano originou-se de uma atividade pública, a teoria da culpa presumida, que pregava a presunção de culpa do Estado, invertendo o ônus da prova, e, por fim, a teoria da falta administrativa, que se baseava na falta ou má prestação do serviço estatal.

Segundo essa conjectura, a comprovação do elemento subjetivo era tarefa adversa, seja pela impossibilidade de comprovação da culpa do Estado, ou ainda pela dificuldade de identificação do agente responsável. Cenário diverso se consolidou com a insurgência das perspectivas objetivistas, que promoveram as teorias adiante analisadas.

A teoria do risco administrativo é a teoria de maior importância, visto que é adotada pela doutrina e jurisprudência majoritárias. O entendimento não permite excessos, mas garante o equilíbrio nas relações dos particulares com o Estado.

Nas palavras de Yussef Said Cahali (2013, p. 36), mencionando o entendimento de Hely Lopes Meirelles: “(...) a teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração; não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes (...)”.

Com a sua adoção, há possibilidade de contraprova por parte da Administração, que poderá eximir-se da obrigação alegando eventuais excludentes de responsabilidade, nos casos em que a vítima concorreu para o resultado danoso ou por fatores que não lhe são imputáveis.

Diante disso, surge a ideia da caracterização da responsabilidade civil do Estado com a mera comprovação do nexo causal entre a atividade – de preposto ou agente público – e o prejuízo, sem questionar a qualidade da prestação do serviço público. Nesse sentido, preconiza o Supremo Tribunal Federal:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NOTÍCIA SOBRE DECISÃO JUDICIAL ENVOLVENDO MAGISTRADOS. PUBLICAÇÃO NO SITE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARE 748.371. TEMA 660. VALOR FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ARE 743.771. TEMA 655. MATÉRIAS COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO PLENÁRIO DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. Decisão: (...) 2. **Trata-se, in casu, de responsabilidade objetiva, que possui como base a teoria do risco administrativo, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, segundo a qual, para que haja o dever de indenizar, é irrelevante a conduta do agente, bastando o nexo de causalidade entre fato e dano.** 3. Em se tratando de dano moral, doutrina e jurisprudência dizem que basta a prova do fato, não havendo necessidade de demonstrar-se o sofrimento moral, mesmo porque é praticamente impossível, uma vez que o dano extrapatrimonial atinge bens incorpóreos. (...) (STF – AI: 867907 PR –PARANÁ, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 30/11/2017, Data de Publicação: 05/12/2017) (grifo nosso)

Ementa: Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no art. 102, III, da Constituição Federal, em face de acórdão que possui a seguinte ementa (fl. 272, Vol. 2):

Apelação Cível. Responsabilidade Civil do Estado. Pretensão à reparação pelos danos originados da conduta praticada por Policial Militar que efetuou disparo de arma de fogo contra o Autor. Sentença de procedência parcial. **Teoria do risco administrativo consagrado no art. 37, § 6º, da CRFB/88** (...). (STF – RE: 679785 RJ – RIO DE JANEIRO, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 01/08/2017) (grifo nosso)

A mais extremista é a teoria do risco integral, por permitir a responsabilização de maneira absoluta, sem possibilidade de prova em contrário, desde que haja a presença do nexo de causalidade. A sua adoção abriria margens a arbitrariedades, pois a Administração estaria sujeita a arcar com o risco de toda a sua atividade.

Os julgadores do caso concreto sob análise utilizaram-se da teoria do risco administrativo para justificar a condenação do Estado. Aduziram que a norma insculpida no artigo 37, parágrafo 6º da Carta Magna tem base na teoria mencionada, dispensando-se a análise do elemento subjetivo, qual seja, a culpa *lato sensu*.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, com base no conteúdo do acórdão de número 1.003.493-8 e da análise doutrinária e jurisprudencial do tema, infere-se que foi acertada a decisão em manter a condenação do Estado.

Desta feita, os atos do Instituto Médico Legal, como órgão vinculado à Secretaria Estadual da Segurança Pública, obrigam o Estado a que estão vinculados, no caso o Paraná, a reparar eventuais danos causados por aqueles.

Primeiramente, é inegável a necessidade de responsabilidade do Estado do Paraná, como dever jurídico sucessivo de sua atuação, causa do dano sofrido pela autora. Outrossim, a responsabilização, por ser cível, deve traduzir-se em pecúnia, ou seja, a indenização, fixada no valor correspondente à 40 (quarenta) salários mínimos.

A capitulação legal do instituto (artigo 37, §6º da Constituição Federal), por não exigir a configuração de culpa, permite a classificação da responsabilização estatal como objetiva. Significa assumir que basta a ação administrativa, o prejuízo e o nexo de causalidade entre eles para embasar o ensejo indenizatório.

Da decisão apresentada, pode-se extrair que a conduta foi de cunho administrativo, uma vez que praticada pelo Instituto Médico Legal, por meio de seus agentes.

A filha do falecido, ora autora, permaneceu por um ano sem saber a localização do pai, além de posteriormente deparar-se com o fato de que este estava enterrado como indigente. O prejuízo resultante da violação do direito ao corpo morto e do direito à honra, constituído em danos morais, é evidente.

Na sequência, foi demonstrado que a negligência da instituição foi o motivo do dano experimentado por Elaine, estabelecendo, enfim, a relação de causa e efeito.

De mais a mais, preenchidos os pressupostos, por conta do acolhimento da teoria do risco administrativo, calha notar que não foi concebida qualquer causa excludente de responsabilidade, afastando-se qualquer tentativa do ente estatal para tentar eximir-se.

Finalmente, reputa-se totalmente justificada a responsabilidade civil do Estado do Paraná pelo sepultamento de Miguel Getúlio de Mattos, uma vez que comprovadamente houve a transgressão dos direitos da autora, justificando a ensejo indenizatório, bem como foram satisfeitos os requisitos para a responsabilização e as formalidades da teoria do risco administrativo.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, **Código Civil de 1916**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 29 jun 2018.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 29 jun 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 07 jul 2018.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 07 jul 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 08 jul 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul 2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)**. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 08 jul 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível

em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf > . Acesso em 09 jul 2018.

_____. **Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária: Instituto Médico Legal, Polícia Científica.** Disponível em: <<http://www.iml.pr.gov.br/>>. Acesso em: 25 jun 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento: AI 867907.** Relator: Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 30/11/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533886151/agravo-de-instrumento-ai-867907-pr-parana-0266179-6520094040000?ref=serp>>. Acesso em 23 jun 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE 679785.** Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 01/08/2017. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492523478/recurso-extraordinario-re-679785-rj-rio-de-janeiro?ref=serp>>. Acesso em 23 jun 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Cível: APL 1.003.493-8.** Relator: Desembargador Ruy Cunha Sobrinho. Data de Julgamento: 26/03/2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11431196/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1003493-8>>. Acesso em 20 jun 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação/Reexame Necessário: 0339341-0339341-7.** Relator: José Marcos de Moura. Data de Julgamento: 29/08/2006. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1516265/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-339341-7>>. Acesso em 10 jul 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação/Reexame Necessário: 0150919-86.2006.8.19.0001.** Relator: Desembargador José Geraldo Antonio. Data de Julgamento: 09/09/2010. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/390353513/apelacao-reexame-necessario-reex-1509198620068190001-rio-de-janeiro-capital-1-vara-faz-publica>>. Acesso em 10 jul 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ESTEVES, Júlio César dos Santos. **Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2012.

IGLESIAS, Sérgio. **Responsabilidade Civil por danos à personalidade.** Barueri: Manole, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2016.

MORATO, Antonio Carlos. **Quadro Geral dos Direitos da Personalidade.** In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 106/107, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941/70549>>. Acesso em 22 jun 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988.**

Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PINTO JUNIOR, João José. **Curso Elementar de Direito Romano**. Pernambuco: TypographiaEconomica, 1888. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/47474/pdf/47474.pdf>>. Acesso em: 20 jun 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Cláusula Geral de Risco e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores**. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional///index.php/Dout25anos/article/view/70/3811>>. Acesso em 10 jul 2018.

ÉTICA ECOLÓGICA EM CRISE E SEU ENFRENTAMENTO: O PAPEL DO PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE NA BUSCA PELA SUSTENTABILIDADE

Gabriela Lopes CIRELLI¹
Ilton Garcia da COSTA²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo discorrer sobre o tema da crise ambiental sob uma perspectiva ético-ecológica, de maneira a associá-la à adoção do atual paradigma antropocêntrico - próprio do sistema de produção atualmente adotado - segundo o qual a natureza acaba por ser relegada a segundo plano. Pretende-se, assim, dar enfoque ao papel da sustentabilidade na formação de uma consciência ecológica, baseada em medidas que considerem a natureza e os demais seres vivos (não humanos), bem como aqueles que ainda não chegaram a existir (gerações futuras), também como sujeitos de direitos, com vistas a alcançar vias de enfrentamento ao quadro caótico de degradação ambiental hodierno. Para tanto, pautar-se-á no princípio responsabilidade de Hans Jonas, além de serem abordados alguns pontos cruciais como a Bioética e o Biodireito. Por fim, será trazido à tona o caso concreto em que um rio entra com uma ação judicial contra o governo federal e o governo de Minas Gerais, para proteção de toda a população da bacia do Rio Doce, que sofreu o maior desastre ambiental do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Ética ambiental. Crise ambiental. Sustentabilidade.

ABSTRACT

This paper aims to discuss the subject of the environmental crisis from an ethico-ecological perspective, in order to associate it with the current anthropocentric paradigm of the production system adopted nowadays, according to which nature ends up being relegated to a second plan. The goal is to focus on the role of sustainability in the formation of an ecological consciousness, based on measures which consider nature and other living beings (not humans), besides those that have not yet come (future generations), also as subjects of rights, with a view to reaching ways of coping with the chaotic picture of environmental degradation nowadays. In order to do so, the principle responsibility of Hans Jonas will rule the study, as well as some crucial points such as bioethics and biolaw. Finally, it will be shown the concrete case in which a river enters a lawsuit against the federal government and Minas Gerais government to protect the entire population of Rio Doce bay, which suffered the largest environmental disaster in Brazil.

KEY WORDS: Environmental ethics. Environmental crisis. Sustainability

INTRODUÇÃO

O cenário atual traz consigo os desdobramentos de uma crise de civilização instalada em virtude da adoção de uma visão antropocêntrica de mundo, segundo a qual a existência da natureza

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, membro do Grupo de Pesquisa/Investigação em Constituição, Educação, Relações do Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS registrado no CNPq - e-mail: gabriela.cirelli@gmail.com

2 Doutor e Mestre em Direito – PUC SP, Professor do Doutorado, Mestrado e Graduação da UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná, Líder do Grupo de Pesquisa/Investigação em Constituição, Educação, Relações do Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS registrado no CNPq – email iltoncosta@uenp.edu.br

teria serventia para exclusivo atendimento das necessidades humanas. O reconhecimento dessa visão – aliada à utilização dos recursos naturais de modo predatório e a serviço do capital – tem sido determinante para explicar as causas da crise ambiental e, ainda, os possíveis caminhos para buscar seu devido enfrentamento.

O processo de desenvolvimento técnico-científico se aproxima do descontrole absoluto, da autodestruição humana e da catástrofe ecológica, tornando medida de rigor o amadurecimento e responsabilidade nas decisões que tomamos, dos compromissos que fazemos, de modo a atenuar a racionalidade utilitária e instrumental da natureza, ante o problema da escassez dos recursos naturais.

Vive-se em um planeta em que a ação humana possui interferência direta na natureza, de maneira indiscriminada e – absolutamente – a serviço dos interesses humanos, sem qualquer preocupação de se assegurar o gozo dessa benesse às gerações futuras, já que o modelo de exploração predominante se baseia em atingir lucro imediato, de maneira irresponsável, ainda que isso possa comprometer o futuro da humanidade.

Não é necessário muito esforço para se notar que as transformações surgidas a partir da Revolução Industrial no século XVII trouxeram a ideia de progresso e desenvolvimento, encontrando, contudo, seus limites na questão ambiental, haja vista os recursos serem finitos e a natureza ter seus limites de exploração. Ocorre que – com a evolução da tecnologia e dos modos de produção ocorrida nas últimas décadas – os índices de poluição e degradação ambiental chegaram a níveis estratosféricos, o que despertou na consciência humana uma maior preocupação com os recursos naturais, justamente quando os sinais de escassez se tornam visíveis: surge-se, pois, a percepção de que o planeta não nos pertence, mas que apenas fazemos parte dele.

Com isso, torna-se imperiosa a tarefa de trazer à tona os fundamentos éticos do Direito Ambiental: o desafio de pensar o meio ambiente com base em preceitos éticos se trata da proposta da presente análise, já que o atual sistema de desenvolvimento econômico – ao mesmo tempo em que gera riqueza – também produz infindáveis impactos ambientais, cuja repercussão se dá tanto no ambiente quanto na saúde humana.

Conforme se verá adiante, a suplantação dessa crise ambiental exige uma profunda reflexão ética da conduta humana em relação ao meio ambiente, sendo que – para tanto – serão abordados alguns pontos cruciais como a Bioética e o Biodireito, a sustentabilidade/desenvolvimento sustentável e a responsabilidade ambiental, bem como a questão da ética ambiental, cujo fundamento básico consiste na manutenção da vida humana, com o olhar voltado ao futuro do planeta.

Para tanto, a pesquisa conduzirá ao conceito de responsabilidade, elemento central nesta

nova ética, a fim de que seja discutido até que ponto o ser humano tem direito de interferir na natureza. Assim, com base na lição de Hans Jonas, proceder-se-á à leitura de tais preceitos sob um prisma sistemático, de maneira que os fenômenos não sejam considerados isoladamente, mas coadunados com as questões sociais, humanistas, bioéticas e sociopolíticas.

Ante essas constatações, propõe-se dar enfoque ao papel da sustentabilidade na formação de uma consciência ecológica, segundo a qual a própria natureza em si – e não somente o ser humano, o qual deve ser tratado como mero curador dos recursos naturais – seja considerada efetivamente um sujeito de direitos, sem deixar de lado o fato de que – conseqüentemente – a própria sobrevivência humana também está em jogo ao se falar na proteção dos demais seres vivos.

1. OS CONTORNOS DA CRISE SOCIOAMBIENTAL

De início, impende registrar que, com o advento da Revolução Industrial, o ser humano passou a interferir – de forma mais direta – no equilíbrio dos fatores naturais, que começaram a sentir desvios incompatíveis com a sua regeneração e sustentação natural; tais constatações – associadas ao aumento da densidade populacional – ameaçam a existência da própria humanidade, tornando-se “cada vez mais paradoxal a constatação da desproporção crescente entre a fragilidade do objeto da ação humana, os fatores naturais e o poder dos meios capazes de destruí-los” (CUNHA, 2004, p. 109-110).

Assim, com o passar dos tempos e – principalmente – no cenário da sociedade tecnocientífica, a humanidade acabou se desprendendo da ideia de culto aos deuses, passando a cultivar apenas os frutos do seu próprio labor. Afirmam Wasem e Gonçalves (2011, p. 146) que o antropocentrismo moderno alocou o ser humano no centro de todas as atenções, o qual passou a adorar apenas a si mesmo e se esquecer dos deuses que antes adorava:

Com a criação do contrato social, a natureza foi olvidada e o homem passou a acreditar que a força animadora da vida humana, que antes provinha da natureza e de seus recursos naturais, de tal momento em diante – ou seja, com a criação do contrato social – passou a advir apenas da mente humana e da sua capacidade intelectual e criadora. Essa nova mentalidade conduziu à devastação progressiva do meio ambiente, uma vez que, por ter-se autoerigido à posição de “senhor de todas as coisas”, o homem passou a explorar desenfreadamente os recursos e os bens disponíveis na natureza, ocasionando, dessa maneira, a crise ecológica presenciada nos dias de hoje. (WASEM; GONÇALVES, 2011, p. 146)

Consoante lembra Graff (2012, p. 45), “a modificação dos modos de produção, decorrente da crescente evolução tecnológica das últimas décadas, permitiu ao ser humano transformar a natureza com velocidade e magnitude jamais imaginadas”. Segundo a mesma autora, muito embora esses avanços favoreçam algumas faculdades humanas – no âmbito da saúde, lazer, conhecimento, segurança, por exemplo –, não beneficiam a todos igualmente, restando uma grande massa de

excluídos que não alcançam sequer a satisfação de suas necessidades diárias de alimentação (Idem).

Nesse aspecto, conforme assevera Alencastro (2009, p. 14), nota-se que a atual crise ambiental que assola a humanidade é fruto de uma lógica de ação – um *ethos* – que tem caracterizado as modernas sociedades industriais capitalistas, de modo que o ambiente natural é visto apenas como fonte de matéria-prima para a produção de mercadorias, disponível para todo tipo de manipulação e exploração técnico-científica com fins econômicos.

Urge analisar a relação ética do ser humano com a natureza, já que – conforme explica Teixeira (2012, p. 31) – “a solução para a crise ambiental passa pela revisão dos paradigmas jurídicos, devendo ser atribuída às normas jurídicas uma carga ética, especialmente com valores baseados na Ética Ambiental”. Nesse viés, o referido autor assevera que - das variadas correntes e posições defendidas que permeiam o pensamento ecológico - duas concepções extremas buscam tratar dessa relação, de maneira que as ações humanas, modificadoras do meio ambiente, sejam avaliadas sob o aspecto da responsabilidade para que a capacidade do ecossistema seja respeitada: o biocentrismo e o antropocentrismo.

Segundo a ótica antropocêntrica, não se atribui relevância ética a objetos não humanos, os quais são vistos como bens a serem explorados, porquanto desprovidos de direitos e dignidade, não lhes sendo reconhecido qualquer valor intrínseco, mas puramente o valor de uso, em especial do uso econômico, sob uma perspectiva utilitária.

Sob o prisma antropocêntrico, portanto, a natureza e os animais são considerados meros recursos ambientais: ao desconsiderar a singularidade de cada criatura e o caráter sagrado da vida, tal sistema justifica a tutela da fauna conforme a serventia que os animais possam ter. “Tratados, via de regra, como mercadoria, matéria-prima ou produto de consumo, os animais – do ponto de vista jurídico – têm negada sua natural condição de seres sensíveis” (LEVAI, 2006, p. 172).

Em razão disso, essa corrente sofre severas críticas, porque colocar o ser humano como centro - em seu aspecto radical - significa desenraizá-lo e descompromissá-lo com outras formas de vida:

Atrofia sua essência, na hipótese mais otimista da sua manutenção biológica, contradizendo o seu objetivo expresso: a preservação sancionada pela dignidade do seu ser. Dito de outro modo, o antropocentrismo clássico, ao desvincular o homem da natureza e das outras formas de vida, coloca-o no centro da própria ética, e excluir a vida em todas as suas formas, pois o homem se sente como se fosse senhor absoluto delas; conforme refere Hans Jonas, a ética clássica, tradicional, é antropocêntrica. (TEIXEIRA, 2012, p. 31)

Alternativamente a essa concepção antropocêntrica, encontra-se o biocentrismo (do grego *bios*, “vida”; e *kentron*, “centro”), uma concepção segundo a qual todas as formas de vida (vegetal e animal, humana e não-humana) são igualmente importantes, razão por que assumem a titularidade de direitos.

Nesse passo, cumpre destacar a relevância da ética biocêntrica de Hans Jonas, que consiste na preservação da vida levando em conta as gerações futuras e a vulnerabilidade da natureza, na forma de um imperativo categórico semelhante ao de Kant³, rompendo com o enfoque da ética tradicional que se caracteriza como antropocêntrica, a qual restou por liquidar as forças naturais existentes, tornando imperiosa a formulação de uma nova ética que leve em conta também o futuro da humanidade e do planeta Terra, diante desse cenário de crise (WASEM; GONÇALVES, 2011, p. 146).

Nesse aspecto, tal imperativo pode ser interpretado, simplesmente, da seguinte maneira: “Não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”; ou “inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer” (JONAS, 2006, p. 48).

Mais propriamente no terceiro capítulo, esse novo paradigma será objeto de análise, a fim de que se torne possível visualizar a natureza como genuíno sujeito de direitos.

2. A BIOÉTICA E O BIODIREITO: O DIREITO AMBIENTAL SOB UMA PERSPECTIVA ÉTICO-ECOLÓGICA

Em se tratando do tema relativo à proteção ambiental, faz-se imperioso destacar a relevância dos ramos da Bioética e do Biodireito, já que - conforme discorre Nalini (2010, p. 22) - “a ameaça ao ambiente é questão eminentemente ética. Depende de uma alteração de conduta”.

De início, insta registrar que o vocábulo “ética” deriva do grego *ethos*, que significa “modo de ser” ou “caráter”; em outras palavras, trata-se de modelos de comportamento que são típicos de uma comunidade ou grupo social, em determinado marco temporal. Nesse ínterim, cumpre referir que - pelo paradigma da sustentabilidade - não há que se dissociar o tema do desenvolvimento do estudo da ética e do direito, já que essa última – dando importância ao bem-estar – cuida do problema de “como devemos viver” (SEN, 1999, p. 19).

Assim, nas palavras de Montipó (2012, p. 118), “a Bioética consiste no estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais”; segundo Engelhardt JR. (1996, p. 12), tais princípios estão em constante questionamento, já que a Bioética comporta visões morais, obrigações, direitos e valores diversos entre si, o que desafia – inclusive – a premissa de que exista uma bioética secular.

Para Potter (1988), a “bioética é uma nova ciência ética que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural e que potencializa o senso de

3 “Age de maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de autêntica vida humana sobre a terra”; “age de maneira tal que os efeitos de tua ação não sejam destrutivos da possibilidade de autêntica vida humana futura na terra”. (JONAS, 2006, p. 47)

humanidade”. O Biodireito, por sua vez, consiste na positivação dessas normas bioéticas, dos avanços da biologia, da biotecnologia e da medicina, porquanto as intervenções científicas sobre a pessoa que possam atingir sua vida e integridade físico-mental deverão se subordinar a preceitos éticos, ou seja, não poderão contrariar os direitos humanos (DINIZ, 2002, p. 19-20).

Nesse viés, segundo Martins-Costa (2000, p. 233), o Biodireito não deve se prestar ao cerceamento do desenvolvimento científico; seu escopo deve ser, portanto, o de traçar aquelas exigências mínimas que assegurem a compatibilização entre os avanços biomédicos que importam na ruptura de certos paradigmas e a continuidade do reconhecimento da Humanidade enquanto tal, e como tal portadora de um quadro de valores que devem ser assegurados e respeitados.

Dadas tais definições, importa salientar que é de inegável relevância, nessa seara, a obra *Ética Ambiental* de José Renato Nalini, publicada em 2001, a qual – consoante expressa Paulistch (2012, p. 93) – constituiu-se em referência no estudo do Direito Ambiental, funcionando também como eficaz instrumento de conscientização e educação dos problemas ambientais da atualidade, os quais demandam uma compreensão do processo interativo entre homem e natureza, além de exigirem uma mudança de atitude no comportamento individual e social, a fim de se garantir a continuidade da existência sobre o planeta.

O escritor da obra acima referida assevera que essa ideia de ética ambiental pode ser definida como a aplicação da ética social a questões de comportamento em relação ao ambiente. Ainda nessa mesma toada, pondera que a crise não é do ambiente, mas uma crise dos valores humanos, da ética em todas as dimensões, que traz à tona novos pensamentos e soluções (NALINI, 2010, p. 27).

Como uma primeira providência, há que se reconhecer a admitir a existência dessa crise, acerca da qual Hutchison (2000, p. 22) afirma que “negar totalmente a crise ambiental seria trair não apenas nosso melhor julgamento, mas também a capacidade essencial da percepção humana”.

Nesse passo, tem-se que a preservação do ambiente depende de uma compreensão ética do problema, de modo a influenciar o comportamento humano em prol da natureza, o que exige uma mudança de consciência, com a adoção de atitudes diferentes que promovam uma mudança paradigmática, pois se ninguém é capaz – individualmente – de reverter o processo destrutivo, todos são capazes, em pessoa, de uma correção de rumos: “respeitar a natureza, respeitar a vida, empenhar-se na reposição das espécies, plantar uma árvore, cuidar de um jardim, não poluir, alimentar pássaros, libertar-se do consumismo” (NALINI, 2010, p. 536).

Forçoso mencionar a imprescindibilidade de compreensão ética dessa relação homem-natureza, a fim de elucidar os principais aspectos da responsabilidade ambiental, os quais devem estar voltados a estimular práticas sustentáveis. A harmonização desse vínculo se torna fundamental

na medida em que se constata um quadro de crise ambiental cada vez mais preocupante e com níveis de degradação ilimitados.

Na sequência, buscar-se-á demonstrar que a providência sugerida, como um possível caminho a ser trilhado, é a mudança de paradigma, que se pautar por uma postura mais biocêntrica, segundo a qual a natureza também passe a ser elevada como sujeito de direitos, com assento na perspectiva de Jonas.

3. A SUSTENTABILIDADE E A RESPONSABILIDADE AMBIENTAL: A NATUREZA COMO GENUÍNO SUJEITO DE DIREITOS

De início, calha destacar que o conceito de desenvolvimento sustentável inevitavelmente comporta traços éticos, os quais fundamentam uma crítica à forma pela qual o progresso técnico no século XX se desenvolveu (CAMPOS JUNIOR, 2012, p. 222).

Em 1983, ao retomar os debates acerca das questões ambientais, a Organização das Nações Unidas – ONU – criou a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que produziu, em 1987, um relatório intitulado “Nosso Futuro Comum”, cuja proposta consiste na promoção do desenvolvimento sustentável, uma categoria do desenvolvimento que se ocupa em equacionar a exploração do meio ambiente para as satisfações e necessidades da geração presente, sem que essa exploração comprometa o igual direito das gerações futuras.

O conceito de sustentabilidade – princípio constitucional – consiste em um dever ético de compreensão das liberdades, em correspondência com o valor expresso pelo princípio da dignidade humana. Assim, segundo Campos Junior (2012, p. 226), atitude ética sustentável é, pois, aquela em cuja ação se considere o desenvolvimento como bem-estar atemporal, isto é, um bem para a geração presente e as futuras.

Esse princípio - na lição de Canotilho (2012, p. 20) - decorre de uma ponderação que deverá ser feita casuisticamente entre o direito fundamental ao desenvolvimento econômico e o direito à preservação ambiental, à luz do princípio da proporcionalidade, atendendo - a rigor - às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de existência digna das gerações futuras.

Cumprido ressaltar que o referido ideal de sustentabilidade encontra supedâneo na Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), chamada - conforme Milaré (2009, p. 147) - de “Constituição Verde”, em razão do amplo espectro de proteção do macrobem ambiental, já que coloca em foco - com uma adequação inerente à alma nacional - a necessidade de se aprender a conviver harmoniosamente com a natureza, transmitindo por vários de seus dispositivos o complexo da tutela do meio ambiente ali pretendida.

A Carta Constitucional como reflexo dos auspícios sociais que ocorriam no mundo em defesa do meio ambiente e, ainda, como reflexo de um pacto que deve perdurar por diversas gerações (solidariedade intergeracional), contemplou - no art. 225 - o meio ambiente como direito fundamental difuso com grandes inovações na esfera ambiental (SILVA, 2012, p. 108).

Diferentemente da forma trazida pelas constituições anteriores, o constituinte originário de 1988 procurou dar efetiva tutela ao meio ambiente, trazendo mecanismos para sua proteção e controle, a qual - para Benjamin (2007, p. 57) - propala um inequívoco dever de não degradar, contraposto ao direito de explorar, inerente ao direito de propriedade, preconizado no art. 5º, XXII, da CF/88.

Delineado todo esse panorama de proteção constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é classificado – segundo Mirra (2002, p. 53-58) – como um “direito humano fundamental”, impende ressaltar que – para se alcançar um patamar adequado de sustentabilidade – faz-se imperiosa a mitigação da ótica absolutamente antropocêntrica predominante no cenário atual, para que se permita considerar - cada vez mais - a aplicação de uma ética voltada à valorização da natureza em virtude de seu valor intrínseco, sob um prisma biocêntrico.

Isso porque – conforme já ressaltado alhures – o antropocentrismo ético considera moralmente relevante apenas o ser humano, uma vez que os animais e os demais seres vivos pertencentes ao meio ambiente natural são portadores de um valor utilitário (VIEIRA et. al., 2012, p. 66).

Essa supervalorização do ser humano em detrimento da natureza torna necessária uma reflexão mais profunda sobre a bioética em virtude dos efeitos deletérios que essa visão utilitária da natureza pode gerar. Com efeito, Nalini (2010, p. 2-3) certifica que “somente a ética pode resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado antropocentrismo num saudável biocentrismo”.

Nota-se, pois, que a consideração dos animais e da natureza como sujeitos de direito parece ser o caminho para a efetiva reversão do quadro caótico atual, no qual a natureza é subjugada e relegada a segundo plano (JUNGES, 2010, p. 94-95).

Essa revisão de atitudes deve ser foco, sobretudo, da Educação Ambiental (EA), que – conquanto não seja objeto do presente estudo – tem por finalidade, dentre outras coisas, incutir nas pessoas um senso de sustentabilidade, baseada na forma de uma consciência ecológica sob o prisma de um novo princípio da responsabilidade, já que - por meio de uma política educacional eficaz – será possível perquirir o reconhecimento do direito das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O referido princípio - idealizado, em 1979, pelo filósofo alemão Hans Jonas – é, segundo Aragão (2008, p. 9), fruto das preocupações com questões referentes às ameaças geradas à humanidade, o que faz surgir uma “ética do futuro” e uma obrigação precaucional transgeracional de evitar catástrofes (ARAGÃO, 2008, p. 09).

Em sua obra *Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*, Hans Jonas (2006) propõe uma ética da responsabilidade que nortearia o agir humano ao reconhecimento de que a geração presente possui responsabilidade perante a geração futura, garantindo-se a sobrevivência planetária. Assim, o que justifica um biocentrismo no princípio da responsabilidade é o fato de que “a ‘continuidade’ da existência gera uma obrigação com a vida que clama viver, não um mero sobreviver, mas um viver com qualidade, porque dizer ‘sim’ a ela é ser. Ser sem obrigação não tem sentido” (ZANCANARO, 2002, p. 154).

Essa necessidade de mudança de paradigma se justifica em virtude de que – por maiores que fossem as interferências humanas no planeta, até o século XX – tais ações não tinham o poder de alterar significativamente a natureza, o que permitia que a ética tradicional se limitasse ao âmbito das relações humanas, “porque antes de nossa época as intervenções do homem na natureza, tal como ele próprio via, eram essencialmente de natureza superficial e sem poder de perturbar o equilíbrio imutável.” (JONAS, 2006, p. 32)

Ao idealizar uma ética para a civilização tecnológica – fundamentada em um direito próprio aos entes naturais, bem como àqueles seres não existentes ainda – Jonas prevê uma proposta de vanguarda radical e que representa um enorme avanço, uma vez que sustenta a existência de um direito próprio da natureza e não porque ela serve aos interesses humanos.

Nesses termos, Naves e Sá (2012, p. 14) explicam que Jonas sugere como necessária uma Ética que contemple a natureza e não somente a pessoa humana, impondo alterações na própria natureza da Ética: de antropocêntrica para biocêntrica.

Esta nova ética do futuro - calcada em um novo parâmetro de responsabilidade - necessita ser pensada juntamente com um novo paradigma: o ecológico, o qual fará com que tendências puramente antropocêntricas deem espaço a modelos mais biocêntricos, que - pela formação do contrato natural - darão voz aos direitos daqueles seres vivos não humanos (animais, plantas, e demais seres vivos).

Alerta Teixeira (2012. p. 33), desse modo, que é preciso adotar posições éticas muito próximas ao biocentrismo, reconhecendo à natureza uma significação ética e defendendo o dever de cuidar do ambiente para que o homem possa ter a vida futura e com qualidade. A lição que se extrai dos ensinamentos de Hans Jonas, portanto, é a de que a ética da responsabilidade para com a vida deve ser primada nos princípios responsabilidade e solidariedade entre as gerações: “na tese

jonasiana, o homem é o único ser que pode ter responsabilidade; isso significa que a responsabilidade é cuidado reconhecido como dever” (TEIXEIRA, 2012, p. 33).

Outra preocupação que assalta o filósofo em comento está na apreensão com as gerações vindouras, uma vez que o futuro carece de representação no presente, o que exige que essa nova Ética contemple a preocupação com o futuro, com as gerações futuras; por isso, tais ditames só se fazem possível a partir da responsabilidade:

(...) Porém, tal responsabilidade não trata da reparação de danos ou da imputação de penas, pois a natureza não comporta reparo, devido à manipulação equivocada. Trata-se de uma responsabilidade assentada num novo modelo de relação, que se estende a todos os seres vivos. Assim, a responsabilidade direciona-se à liberdade e pode ser expressa por um imperativo categórico. (NAVES; SÁ, 2012, p. 14-15)

Nesses termos, é o que concluem Wasem e Gonçalves (2011, p. 146), no sentido de que a formulação de um novo contrato social que tenha como fundamento uma bioética ambiental - reformulada sob o prisma do princípio da responsabilidade - é a solução possível para a desmitificação da relação entre homem e natureza:

Logo, ao garantir um lugar de maior destaque à natureza e aos demais seres vivos, esta nova ética e este novo contrato, baseados em um novo paradigma e em um novo princípio de responsabilidade, não deixarão de contemplar o ser humano. Em verdade, esta nova ética e este novo paradigma ecológico, que engendrarão a criação de um novo contrato com a natureza, almejam a superação do paradigma moderno solipsista e individualista. Esta nova ética não deixará de considerar a figura do ser humano, uma vez que o homem é e sempre será o fim último de toda ética. (Idem)

Verifica-se, pelo excerto acima transcrito, que a intenção de se dar maior destaque à natureza e aos demais seres vivos é proceder à tomada de consciência – de verdadeiro reconhecimento do valor “humildade” – de que a espécie humana, em razão da racionalidade da qual é portador – consiste em apenas um “gestor” dos bens naturais, os quais são inegavelmente finitos, deixando de ser o onipotente senhor do universo para a condição de mero “administrador”.

O desafio consiste, pois, em buscar uma forma pela qual se poderá conciliar a liberdade humana sem freios frente à exigência de responsabilidade frente ao mundo – obrigação, que tem como paradigma uma relação parental – de forma solidária preservar a vida na Terra, sendo que – para isso – exige-se que os atos sejam pensados de forma coletiva.

Frise-se: a ideia de formular um novo contrato com a natureza, que leve em consideração o valor moral do entorno natural e dos seres vivos não humanos, parece eficaz à reversão da atual situação de crise ambiental, uma vez que “ (...) é o meio ambiente que fornece as condições de uma vida humana digna, portanto, é necessário que este meio natural e vivo, que é tão importante para a humanidade, seja respeitado e mantido” (WASEM; GONÇALVES, 2011, p. 144).

Nesse diapasão, uma ética verdadeiramente ecológica não pode ser construída sob as bases do modelo moderno de ética antropocêntrica, é preciso que esta ética seja calcada em um ecologismo biocêntrico, que valorize a natureza e os demais seres viventes como sujeitos de

direito. É claro que não há ética sem intencionalidade humana, desse modo, não existe ética que não seja “antropocentrada”; no entanto, é preciso ir além do tipo de antropocentrismo “prometeico”, introduzido pela modernidade e responsável pela crise ecológica, e buscar uma ética que provoque uma transformação radical e uma consequente modificação das atitudes humanas diante do meio ambiente. (Ibidem, p. 145)

Nessa esteira: “é necessário superar visões antropocêntricas que só pensam no bem-estar humano, sem levar em consideração a sobrevivência dos outros seres vivos do entorno, pois esse autocentrismo biológico ameaça o próprio ser humano” (JUNGES, 2010, p. 142).

A fim de melhor elucidar essa perspectiva “biocentrada”, a qual se trata de uma tendência cada vez mais comum, pode ser verificada pelo caso em que - pela primeira vez na história do Brasil - um rio entra com uma ação judicial contra o governo federal e o governo de Minas Gerais, ocasião na qual foi pleiteado um Plano de Prevenção a Desastres para proteger toda a população da bacia do Rio Doce, que sofreu o maior desastre ambiental do Brasil; pleiteou-se, assim, proteção judicial contra futuros desastres, representado pela Associação Pachamama, atuante na América Latina.

Conforme extraído do site da Revista Forum⁴, “pela primeira vez na história do Brasil, um Rio entra com uma ação judicial: o Rio Doce, que sofreu o maior desastre ambiental do Brasil, pede proteção judicial contra futuros desastres”, afirma o advogado que moveu a ação na justiça, Lafayette Garcia Novaes Sobrinho, que explica que a Constituição Brasileira ainda não reconhece o direito da natureza, mas existem vários tratados internacionais assinados pelo Brasil que foram usados para que o Rio Doce pudesse entrar com a ação. A primeira vez que um rio teve seus direitos reconhecidos no mundo foi no Equador, em março de 2011.

“Não é qualquer pessoa que pode entrar com ação ambiental na Justiça, tem órgãos responsáveis para isso, como o Governo Federal e Estadual. Já o rio entrando com a ação na Justiça, pode ser representado por qualquer pessoa”, explica.

A diretora da Associação Pachamama, Graziella Beck, explica o que muda quando o Rio Doce é considerado um sujeito de direitos no Brasil. “Isso garante maior proteção ao rio, seu entorno e a população em geral. Também se quebra um paradigma, onde a natureza é vista como um recurso natural, com um bem, passível de apropriação e exploração. E, a partir de então, começa a ser vista e tratada juridicamente como um Ser de Direitos, quebrando uma visão onde o ser humano deixa de ser o centro e a própria vida assume sua posição”, explica Graziella.

Desse modo, denota-se que – na situação acima descrita – reconheceu-se a possibilidade de o rio (ser não humano) ser considerado sujeito de direitos, ainda que representado pela Associação Pachamama para postular em Juízo, na tentativa de evitar futuros desastres, garantindo a higidez do

4 <https://www.revistaforum.com.br/2017/11/11/rio-doce-pela-primeira-vez-na-historia-um-rio-entra-com-uma-acao-judicial/>

ambiente para as futuras gerações, tudo em uma perspectiva eminentemente jonasiana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo discorrer sobre o evidente processo de crise pelo qual o Planeta Terra está vivenciando, que se trata, em verdade, mais de uma crise de valores éticos do que do próprio meio ambiente.

Restou evidenciado que os males causados ao ambiente possuem influência direta na saúde humana, não havendo como se falar em Direito Ambiental de forma desassociada às questões sociais.

Infere-se - de todo o panorama traçado em linhas anteriores - que se faz imprescindível uma reflexão sobre os preceitos éticos que envolvem a questão atinente à intervenção humana no meio ambiente, haja vista esse comportamento devastador e predatório, de total aniquilação dos bens naturais; além disso, não raros são os excessos da exploração do ambiente - pautada pelo modo de produção capitalista - o que exige a responsabilização do ser racional diante das consequências de suas ações e/ou omissões.

Ao longo do trabalho, buscou-se elevar como marco teórico a abordagem de Hans Jonas sobre o princípio responsabilidade, segundo o qual se propõe uma reflexão cada vez mais necessária a nossa sobrevivência e a do planeta, sob o viés de uma perspectiva de diálogo crítico.

Desta feita, a tentativa de abordar a ética da responsabilidade de Hans Jonas tem por objetivo quebrar o silêncio diante de tamanha destruição da natureza, por meio de uma ética ao meio ambiente, quando alerta dos riscos do progresso técnico global e de seu uso inadequado, denunciando os riscos de uma Ética antropocêntrica, como a Ética clássica.

O que se pretendeu questionar, assim, é a premissa de que os seres humanos seriam os únicos seres morais, pois tenta abarcar os seres não humanos e aqueles que ainda nem vieram a existir (gerações futuras), sendo medida de rigor a definição do homem pela responsabilidade que assume em prol das gerações futuras, diante da biosfera.

A abordagem realizada não teve a intenção de esboçar uma demonização da tecnologia, mas sim demonstrar que discutir o papel da sustentabilidade na formação de uma consciência ecológica como via de enfrentamento da crise civilizatória – sob a perspectiva do princípio responsabilidade – se trata de uma atitude prudencial.

A tomada de consciência de que a natureza e os seres não humanos devem ser igualmente considerados como sujeitos de direitos não significa um completo abandono da ótica antropocêntrica prevalecente na atualidade, mas apenas a mitigação dessa perspectiva tradicional, dando vezes ao biocentrismo, cujo enfoque é reconhecer tais entes como personagens relevantes

nesse cenário.

Cumpra-se asseverar que - embora não tenha sido objeto de maior aprofundamento - foi apresentada a Educação Ambiental (EA) como ferramenta eficaz na concretização desse senso de responsabilidade no tocante à preservação do ambiente, bem como na promoção das práticas sustentáveis, as quais são hábeis a tornar claro o fato de que o ser humano deve ser considerado como mero gestor/administrador/curador dos recursos naturais, e não mais o “senhor do universo”.

Apresentou-se, por derradeiro, o caso concreto em que um rio (o Rio Doce) ajuizou uma ação judicial – representado pela Associação Pachamama – em face do Governo Federal e Estadual, pleiteando proteção para futuros desastres, o que representa uma proposta de vanguarda, já que – tradicionalmente – a natureza é vista como um recurso natural, com um bem, passível de apropriação e exploração. Assim, ao se quebrar esse paradigma absolutamente antropocêntrico, a vida – em todas as suas formas – vem a assumir sua posição de legítimo sujeito de direitos.

REFERÊNCIAS

- ALENCASTRO, Mario Sergio. **Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica.** Desenvolvimento e Meio Ambiente, n. 19, p. 13-27, jan./jun. 2009. Editora UFPR.
- ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da Precaução: manual de instruções.** Revista do CEDOUA. n. 22, ano XI, p. 9-57, 2008.
- BENJAMIN, Antonio Herman. **Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira.** In: Direito constitucional ambiental brasileiro. José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite (organizadores). São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAMPOS JUNIOR, Antonio da Silva. **Biodireito e desenvolvimento sustentável.** Revista de Informação Legislativa. Brasília v. 49, n. 196, p. 221-231, out./dez. 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496624>. Acesso em 10.12.2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia.** In: **Direito constitucional ambiental brasileiro.** José Joaquim Gomes Canotilho, José Rubens Morato Leite, organizadores. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.
- CASTRO, Ariadne Mansu de. **Antropocentrismo, Biocentrismo e Direito dos Animais.** Disponível em: <http://www.cenedcursos.com.br/antropocentrismo-biocentrismo-direito-animais.html>. Acesso em: 28.12.2017.
- COSTA, Ilton Garcia; DEMARCHI, Clovis ; MONTE, William R. Alkema . **A Sustentabilidade Ambiental e a Dignidade da Pessoa Humana: Catadores de Material Reciclável como Exemplo de sua Efetivação.** In: Gabriel Real Ferrer; Marcelo Buzaglo Dantas; Osvaldo Agripino de Castro Junior. (Org.). Direito ambiental e urbanismo: tomo 02. 1ed.Itajai: Univali, 2016, v. 1, p. 59-75

- COSTA, Ilton Garcia; OLIVEIRA, Mariana Cher. **Meio Ambiente, Tributação e Economia, Possível Caminho para Inclusão Social.** In: Sébastien Kiwonghi Bizawu. (Org.). O direito dos animais na contemporaneidade: proteção e bem-estar animal. 1ed. Curitiba: Instituto Memória, 2015, v. 1, p. 13-45.
- CUNHA, Paulo. **A globalização, a sociedade de risco, a dimensão preventiva do Direito e o Ambiente.** In **Estado de direito ambiental: tendências. Aspectos constitucionais e diagnósticos.** Org.: Heline Sivini Ferreira. José Rubens Morato Leite; autores Alexandra Aragão... [et al]. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 2.ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- FORUM, Revista. **Rio doce: pela primeira vez na história um rio entra com uma ação judicial.** Matéria Publicada em 11.11.2017. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/2017/11/11/rio-doce-pela-primeira-vez-na-historia-um-rio-entra-com-uma-acao-judicial/>. Acesso em 01.12.2017.
- GRAFF, Laise. **Ética ambiental em Leonardo Boff: a necessidade de um consenso mínimo entre os humanos.** In: *Ética ambiental e bioética [recurso eletrônico] : proteção jurídica da biodiversidade / org. Maria Claudia Crespo Brauner. Dados eletrônicos.* – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.
- HUTCHISON, D. **Educação ecológica: ideias sobre consciência ambiental.** Porto Alegre: Artmed, 2000.
- JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica.** Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2006.
- JUNGES, José Roque. **Interfaces entre saúde e ecologia em tempos de crise ambiental.** In: BRUSTOLIN, Leomar Antônio (Org.). *Bioética: cuidar da vida e do meio ambiente.* São Paulo: Paulus, 2010.
- JUNIOR, Antonio da Silva Campos. **Biodireito e desenvolvimento sustentável.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 49 n. 196 out./dez. 2012.
- JUNIOR, Hugo Tristram Engelhardt. **Fundamentos da bioética.** Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1996.
- LEVAI, Laerte Fernando. **Crueldade consentida: crítica à razão antropocêntrica.** Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10246/7303>. Acesso em 04.01.2018.
- MARTINS-COSTA, J. A. **Universidade e a construção do biodireito.** *Bioética*, v. 8, n. 2, p. 229-247, 2000.
- MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MONTIPÓ, Cristina Dias. **A bioética frente a pós-modernidade e a diversidade moral: uma visão secular.** In: *Ética ambiental e bioética [recurso eletrônico] : proteção jurídica da biodiversidade / org. Maria Claudia Crespo Brauner. Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.*

NALINI, José Renato. **Ética ambiental.** Campinas: Millennium, 2001.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental.** 3. ed. Campinas: Millenium, 2010.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio para uma ética da biodiversidade.** In: *Ética ambiental e bioética [recurso eletrônico]: proteção jurídica da biodiversidade / org. Maria Claudia Crespo Brauner. Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.*

PAULITSCH, Nicole da Silva. **Ética ambiental e crise ecológica: reflexões necessárias.** In: *Ética ambiental e bioética [recurso eletrônico]: proteção jurídica da biodiversidade / org. Maria Claudia Crespo Brauner. Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.*

POTTER, V.R. **Global bioethics. Building on the Leopold legacy.** East Lansing: Michigan State University Press, 1988.

SANTOS, **Robinson dos. Responsabilidade e consequencialismo na ética de Hans Jonas.** Aurora, v. 24, n. 35, p. 417-433, 2012.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Ângelo Antônio Vieira da; SILVA, Carla Jordanna Samuel da. **Ética ambiental e o capitalismo: esperança ou realidade.** In: *Ética ambiental e bioética [recurso eletrônico]: proteção jurídica da biodiversidade / org. Maria Claudia Crespo Brauner. Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.*

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. **A Fundamentação Ética do Estado Socioambiental / Orci Paulino Bretanha Teixeira.** – Porto Alegre, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; NOCERA, Renata Pereira; SILVA, Camilo Henrique. **Animais não humanos: responsabilidade de todos.** In: *Ética ambiental e bioética [recurso eletrônico] : proteção jurídica da biodiversidade / org. Maria Claudia Crespo Brauner. Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.*

WASEM, Franciele; GONÇALVES, Natália Ostjen. **Bioética ambiental: pensando uma nova ética para as relações entre o homem e a natureza.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.54, p.127-148, 2011.

ZANCANARO, Lourenço. **A ética da responsabilidade de Hans Jonas.** In: *Bioética: alguns desafios.* São Paulo: Centro Universitário São Camilo-Edições Loyola, 2002.

EXCLUSÃO SOCIAL E BIOPOLÍTICA: DIREITO À SAÚDE E TRATAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Larissa Aparecida COSTA¹
João Victor Mendes de OLIVEIRA²

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar o processo histórico de exclusão da pessoa com deficiência, sob o enfoque do direito à saúde, evidenciando as mazelas que marcaram o tratamento nos hospitais psiquiátricos no Brasil. Adotando-se como referencial teórico os estudos de Michel Foucault e Giorgio Agamben, além do método de pesquisa dedutivo, busca-se, a partir de uma abordagem jurídico-sociológica, investigar os mecanismos de controle e sujeição dos corpos presentes nos estudos foucaultiano a respeito da biopolítica, assim como concepção de *homo sacer* desenvolvido por Agamben, que restam por excluir aqueles que não se enquadram no padrão de normalidade pré-estabelecido, desnudando assim os mecanismos de apropriação da vida pelo Estado nas sociedades pós-modernas e os avanços em curso no campo da saúde mental, destacando a Lei nº 10.216/01 conhecida como Reforma Psiquiátrica, com vistas a tutelar a dignidade humana e a autonomia das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVES: exclusão, pessoa com deficiência, hospitais psiquiátricos, sujeição dos corpos.

ABSTRACT

The present research seeks to analyze the historical process of exclusion of the person with disability, under the right to health approach, evidencing the ills that marked the treatment in the psychiatric hospitals in Brazil. By adopting as theoretical reference the studies of Michel Foucault and Giorgio Agamben, in addition to the method of deductive research, we seek, from a legal-sociological approach, to investigate the mechanisms of control and subjection of the bodies present in the Foucaultian studies regarding of biopolitics, as well as Agamben's conception of *homo sacer*, which remain to exclude those who do not fit into the pre-established standard of normality, thus stripping the mechanisms of appropriation of life by the state in postmodern societies and the ongoing advances in the field of mental health, highlighting Law No. 10.216 / 01 known as Psychiatric Reform, with a view to protecting the human dignity and autonomy of persons with disabilities.

KEY WORDS: exclusion, person with disabilities, psychiatric hospitals, subjection of bodies.

1 INTRODUÇÃO

A tutela aos direitos fundamentais e a inclusão da pessoa com deficiência coloca-se como um dos grandes desafios da sociedade moderna.

Nesse sentido há de se questionar as incongruências no tratamento da saúde mental no

1 Mestranda em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Professora da disciplina de Prática Penal no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada.

2 Mestrando em Direito pela UENP. Professor Assistente pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Advogado.

Brasil, em especial a partir dos relatos do Hospital Colônia, o maior hospício do Brasil, localizado em Barbacena (MG), com cerca de mais de 60 mil mortes, retratado na obra: *Holocausto Brasileiro* (2013), da jornalista Daniela Arbex.

Logo, ao analisar de que forma o direito fundamental à saúde, tem sido concretizado para as pessoas com deficiência, cumpre observar os processos de exclusão desses sujeitos de direitos, que historicamente são alijados do convívio social e tem seus direitos e garantias devastados a partir dos mecanismos de controle social.

Com vistas a analisar os reflexos da biopolítica no adestramento dos corpos levados à força para o Hospital Colônia em Barbacena, muitos destes sem diagnóstico de doença mental, nos valem dos estudos de Foucault sobre a loucura e a exclusão.

De início será feito uma breve abordagem a partir das teorias propostas por Foucault e Agamben, sobre as intervenções biopolíticas na sociedade pós-moderna. A fim de conceder o suporte teórico necessário, para analisar a relação que marca a história da sociedade com os sujeitos com transtornos mentais.

Destaca-se que a reforma psiquiátrica (Lei nº 10.216/01), possui papel fundamental na alteração deste paradigma, uma vez que visa, não apenas o desaparecimento do modelo manicomial, por meio da “desinstitucionalização da loucura”, mas, sobretudo, a tutela e a proteção dos direitos dos sujeitos em sofrimento psíquico, com o compromisso do Estado em garantir de forma digna a assistência desses sujeitos de direitos.

A tutela aos direitos dos que padecem de transtornos mentais, deve corresponder aos demais sujeitos de direitos, uma vez que a condição única e insubstituível de cada ser humano, não autoriza que os poderes públicos ou o conjunto social, decida a quem deve ser atribuído o status de ‘louco’ e a este direcionado para o isolamento, consubstanciado na internação nos manicômios.

Nesta toada, denota-se a importância do exame da presente temática, a medida em que ainda persiste a exclusão e o isolamento dos sujeitos que apresentam transtornos mentais, e a negação do status de cidadão, em flagrante lesão as premissas que alicerçam o Estado Democrático de Direito, em especial pela primazia atribuída a dignidade humana pela Constituição Federal de 1988.

2 OS MECANISMOS DE BIOPODER NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

De forma a elucidar de que modo se dá a apropriação da vida pelo Estado nas sociedades pós-modernas, nos valem das contribuições de Michel Foucault e Giorgio Agamben, a fim de desnudar a atuação biopolítica na gestão da vida dos indivíduos.

A partir dos estudos Foucault sobre o controle do Estado na vida dos indivíduos, expresso

por mecanismos biopolíticos, nos valem das considerações de Hachem e Pivetta (2011, p.4):

O pensador francês Michel Foucault compreende a biopolítica enquanto tecnologia de governo através da qual os mecanismos biológicos dos indivíduos passam a integrar o cálculo da gestão do poder.

Foucault (1988) nos coloca que Estado atua por meio do agrupamento de recursos, por meio dos quais, exerce um controle na vida dos indivíduos, de modo a estabelecer um padrão a ser seguido por todos. Esse processo de ‘padronização’ da vida humana é denominado como biopoder.

Os mecanismos de biopoder são utilizados pelo Estado a fim de afeiçoar um homem disciplinado, útil e dócil, que corresponda aos padrões de “normalidade”, ditados de forma sutil e incutidos nas ações e posturas do conjunto social.

Sobre os desdobramentos e reais objetivos da sujeição dos corpos, Santiago e Andrade (2016, p.3) asseveram:

O poder disciplinar é, antes de tudo, uma forma de organizar o espaço físico e utiliza uma técnica que busca separar, dividir, para melhor controlar. No século XVIII, houve uma grande reestruturação das cidades. Nesse sentido, observou-se a instalação de um plano sanitário que previa moradias mais adequadas, investimentos na saúde pública e a criação de hospícios, hospitais e escolas, enquanto instituições terapêuticas, cujo objetivo seria promover uma educação médica, voltada para a prevenção de doenças. Inconscientemente, entretanto, tais instituições possuíam, como escopo final, dividir a população. Com essa sociedade segmentada, tornava-se mais fácil ao Estado fiscalizar o individual, bem como controlar o coletivo. Dessa feita, a vida torna-se objeto de governo. Essa política da medicalização aumenta a força do Estado e, ao mesmo tempo, mantém a ordem social.

Por meio do biopoder, o Estado interfere na vida dos indivíduos e nos rumos sociais. (FOUCAULT, 1988, p. 134). É esse processo de apropriação da vida pelo Estado, que Foucault denomina “estatização do biológico” (FOUCAULT, 1999, p. 286), por meio do qual o poder estatal regula toda a estrutura e organização social, de forma sutil, entretanto, de profundo impacto no contexto social.

De acordo com Foucault, as técnicas disciplinares com vista a consolidar um verdadeiro “adestramento dos corpos”, deveriam ser potencializadas a fim atender as premissas e intentos do modelo capitalista. (FOUCAULT, 2008, p. 97-98).

Para tanto o Estado desenvolveu um conjunto de intervenções biopolíticas, analisando a regularidade de posturas e fenômenos sociais, a fim de consolidar um arquétipo onde pudesse interferir de forma ampla e profunda, mas que esta interferência fosse capaz de gerar alarde, insubmissão ou rebeldia na população.

Dessa maneira, tendo em conta o modelo de conduta, é possível criar estimativas e antecipar ações para regular a sociedade. Esse padrão possível de vislumbrar a partir dos fenômenos sociais, foi denominado “homeostase” (FOUCAULT, 1999, p. 293).

Assim Foucault nos apresenta a ‘sociedade de segurança’ onde o Estado exerce uma

‘gerência calculada da vida’ dos indivíduos, por meio de um modelo de intervenção reguladora (FOUCAULT, 1988, p. 135), com vistas a normalizar a sociedade, e assim concretizar no plano fático os interesses da classe dominante, sem que os dominados se rebelem contra o sistema.

Por meio dos mecanismos de biopoder, Foucault conclui que a vida dos indivíduos torna-se facilmente penetrável pelo Estado, que pode intervir ‘regulando a proporção de nascimentos e de óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade da população, a incidência de doenças, a longevidade, etc. (FOUCAULT, 1999, p. 289-290)’.

Nesse sentido leciona Foucault (2008, p. 61):

(...) a segurança, sem proibir nem prescrever, mas dando-se evidentemente alguns instrumentos de proibição e de prescrição, a segurança tem essencialmente por função responder a uma realidade de maneira que essa resposta anule essa realidade a que ela responde-anula, ou limite, ou freie, ou regule. Essa regulação no elemento da realidade é que é, creio eu, fundamental nos dispositivos de segurança.

Para Foucault as “instituições de sequestro”, entre as quais se coloca os hospitais, figuram enquanto instrumento de dominação e controle, dedicado a sujeitar os corpos ao padrão pré-estabelecido e reprimir os comportamentos não tolerados.

Nesse ponto, cumpre destacar que inicialmente, os mecanismos de biopoder nos parece visível e perceptível, em realidade atuam de modo sutil, substituindo a violência explícita, por métodos airosos. Nas palavras de Foucault, (2010, p. 133):

Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõe uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar ‘disciplinas’. Muitos processos disciplinares existem há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII formulas gerais de dominação. Diferentes da escravidão, pois não fundamentam numa relação de apropriação dos corpos; é até a elegância da disciplina dispensar essa relação custosa e violenta obtendo efeitos de utilidade pelo menos igualmente grandes.

Nos estudos de Agamben é possível perceber influencias foucaultianas, mas a principal crítica daquele, reside na análise perfunctória do modelo nazi-fascista nos estudos de Foucault, que para alguns representam o modelo mais notório de gestão biopolítica na vida dos cidadãos (AGAMBEN, 2002, p. 125).

Agamben segue analisando as interferências biopolítica, a partir do conceito de “vida nua”, terminologia que representa ‘a vida desprovida de qualquer qualificação política’ (Hachem e Pivetta, 2011, p. 11).

Para explicar no que consiste a “vida nua”, Agamben utiliza como exemplo o ‘homo sacer’, (AGAMBEN, 2002, p. 81), que está exposto à violência tal, que o Estado pode decidir sobre o valor ou desvalor de sua vida, na exata medida como ocorre com os pacientes dos manicômios.

Podemos considerar que para Agamben um dos traços marcantes da biopolítica em tempos

contemporâneos é a contínua e interminável necessidade de se redefinir o limite que separa aquilo que é incluído daquilo que é excluído dos fenômenos jurídico-políticos. (Agamben, 2002, p. 138) Dessa maneira, por anos a fio, as pessoas com deficiência foram alijadas dos mais diversos contextos sociais e não figuravam aptas a ser incluídas nas análises dos fenômenos jurídicos e políticos.

As pessoas com deficiência, que apresentavam transtornos mentais, ou que de alguma forma representavam um ‘comportamento desviado’ eram encaminhadas para os manicômios, e esquecidas a sua própria sorte, uma vida desprovida de relevância política e social, conforme ilustra o lóbrego episódio da história brasileira, com a morte de mais de 60 mil pessoas, no Hospital psiquiátrico Colônia, localizado em Barbacena.

Foucault (2006, p.163) em seus estudos sobre a loucura busca analisar de que maneira se operava a exclusão e a relação da sociedade com aqueles que possuem transtornos mentais.

A loucura não pode ser encontrada no estado selvagem. A loucura só existe em uma sociedade, ela não existe fora das normas da sensibilidade que a isolam e das formas de repulsa que a excluem ou capturam. [...]“A internação clássica enreda, com a loucura, a libertinagem de pensamento e de fala, a obstinação na impiedade ou na heterodoxia, a blasfêmia, a bruxaria, a alquimia – em suma, tudo o que caracteriza o mundo falado e interditado da desrazão; a loucura é a linguagem excluída.

A sociedade historicamente exclui aqueles tidos como “anormais”, e em relação ao tratamento concedido aos sujeitos com transtornos mentais, essa postura se manteve. Neste prisma, os estudos de Foucault sobre a loucura são imprescindíveis para entender o distanciamento, a segregação e as graves lesões aos direitos fundamentais, a que os pacientes do Hospital Colônia, o maior hospício do Brasil, localizado em Barbacena (MG), foram submetidos.

Analisando a relação da sociedade com o ‘louco’, Foucault (2005, p.134) assevera:

O louco é reconhecido, pela sociedade como estranho, a sua própria pátria; ele não é libertado de sua responsabilidade; atribui-se a ele, ao menos sob as formas do parentesco e da vizinhas cúmplices, uma culpabilidade moral; é designado como sendo o Outro, o Estrangeiro, o Excluído.

Esse indivíduo desprovido de valor e dignidade, em igualdade aos demais, deveria então ser excluído e isolado da sociedade. Dessa maneira a internação foi desde a Idade Média, em especial na Era Clássica, (Foucault 2005), a resposta da sociedade e dos poderes soberanos para os que se desviavam dos padrões de normalidade.

Corroborando com a análise foucaultiana sobre a exclusão dos ‘loucos’ consubstanciados pelo isolamento e os mais diversos atentados à dignidade humana, no interior dos manicômios, Moreira, Novo e Andrade (2004, p. 163) afirmam:

Pode-se observar que as formas de lidar com os loucos migraram de um procedimento visivelmente agressivo e coercivo para um tratamento moral, não menos punitivo. Se os procedimentos de lobotomia, ducha fria, sangrias, etc representam certo avanço

tecnológico, o tratamento moral esteve presente, de forma silenciosa, na evolução tecnológica psiquiátrica, com base na sintomalogia da doença mental. Os locais privilegiados da atenção e tratamento foram os hospitais psiquiátricos que serviram à exclusão e afastamento. Este dispositivo asilar manteve a sociedade afastada e estrategicamente protegida, e de certa forma, indiferente a idéia de outras alternativas para questões que envolviam o louco e a loucura.

Como se nota, a idealização de um ambiente que pudesse receber aqueles que perturbavam a ordem e a paz social, fez com que a internação nos manicômios restasse como uma ‘ordem natural’, como se o destino assim o fizesse. Com os ‘loucos’ isolados nos manicômios, a sociedade seguia ‘segura’ e alheia ao tratamento concedido a esses sujeitos.

A internação dos ‘loucos’ nos manicômios assegurava a continuidade dos rumos sociais, ditados por aqueles que detinham o poder econômico e político, e afastava da sociedade o encargo de vislumbrar e estabelecer opção diversa da internação e isolamento nos manicômios.

A história recente ainda nos apresenta a manutenção do modelo manicomial marcado pela violência e negação de direitos, como se verifica a partir do caso de Damião Ximenes Lopes, internado no hospital psiquiátrico, que veio a óbito durante uma internação no Hospital Psiquiátrico Casa de Repouso Guararapes, localizado no município de Sobral, estado do Ceará.

Após a ineficiência de resposta jurisdicional em território brasileiro, a Corte Interamericana de Direitos Humanos restou por condenar³ o Brasil por violação ao direito à vida, expondo a inocuidade do Estado Brasileiro na efetivação dos direitos fundamentais e na mudança do paradigma de invisibilidade e exclusão (AGAMBEN, 2004).

3 TRATAMENTO PSIQUIATRICO E EXCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: HOSPÍCIOS NO BRASIL

A contínua marcha para o reconhecimento e efetivação dos direitos humanos nos remete

3 DESCIDE: 1. Admitir o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, nos termos dos parágrafos 61 a 81 da presente Sentença. DECLARA, Por unanimidade, que: 2. O Estado violou, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, tal como o reconheceu, os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 119 a 150 da presente Sentença. 3. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5º da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 155 a 163 da presente Sentença. 4. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 170 a 206 da presente Sentença. 5. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 251 dessa mesma Sentença (CIDH. CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL. SENTENÇA, 2006). Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/narrativa_final_-_ximenes.pdf. Acesso em 10 jul 2018.

para a evolução dos alicerces dos Estados Democráticos. Nesse sentido, a positivação dos direitos humanos se confunde, com a evolução da própria humanidade.

Considerando a incorporação dos direitos fundamentais a normativa interna, despontam para os Estados o encargo de concretiza-los adequadamente no plano fático, uma vez que passam a integrar o núcleo intangível do indivíduo, enquanto representação de sua dignidade.

Nesse contexto, desponta nas últimas décadas a preocupação com a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência. Nesse aspecto, cumpre destacar que a efetivação dos direitos fundamentais ocorreram de forma diversa no tocante as pessoas com deficiência, sendo que, por muito tempo, foram alijadas dos mais diversos contexto sociais.

Embora os recentes movimentos de inclusão social, com vistas a sobrepujar as barreiras culturais e sociais, restam notórios a injustificável convicção de que as pessoas com deficiência são inaptas e, assim, devem permanecer excluídas do convívio social.

Com frequência, os desejos e opiniões desses sujeitos de direitos são desprezados; negando a possibilidade de serem atores de sua própria história e atuarem de forma ativa, considerando a autonomia de cada um, nos procedimentos médicos e terapêuticos a que são submetidos.

Para adequada elaboração de políticas públicas, figura como imprescindível refletir sobre o conceito de pessoa com deficiência, e a partir disso vislumbrar os desdobramentos jurídicos e sociais dessa investigação. Para tanto, nos valem da análise de alguns instrumentos normativos, para delinear o conceito de pessoa com deficiência.

O Decreto nº 914/93, ao instituir a Política Nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, em seu Artigo 3º conceituava a pessoa com deficiência nos seguintes termos: “aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou **função psicológica**, fisiológica ou anatômica, que gerem **incapacidade** para o desempenho de atividade, dentro do **padrão considerado normal** para o ser humano.” (grifo nosso).

Como se nota na busca de sistematizar instrumentos normativos direcionados para as pessoas com deficiência, o referido decreto refere-se a um “padrão de normalidade” vago e impreciso, pois deixa de considerar, os mecanismos biopolíticos que visam à manutenção das hierarquias e organização social, e definem o sentido de “anormalidade”, atuando no sentido de isolar os “anormais”, na busca pela sujeição dos corpos, conforme os estudos de Foucault.

Ainda no que tange a análise dos instrumentos normativos, temos que o Decreto nº 3.298/99, apresentou a desproporção existente nos conceitos de deficiência permanente e de incapacidade. Em que pese a importante contribuição, o diploma não avançou no sentido de considerar além de parâmetros médicos, o aspecto socioeconômico e biopolítico como fatores que determinam a concepção de “normalidade” e “anormalidade”.

Nesse sentido, cumpre destacar a concepção de saúde trazida pela Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO– 1946):

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.

E sobre o conceito de pessoa com deficiência, o Artigo 1º do Decreto nº 6.949/099 , traz a seguinte definição:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, **em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.** (grifo nosso)

Nota-se alteração conceitual substancial, reconhecendo-se a interferência de fatores ambientais e socioeconômicos no exercício da cidadania em condições de igualdade com os demais. Tal alteração indica que a sociedade e o Estado devem atuar a fim de adequar sua infraestrutura e postura em relação à pessoa com deficiência, adotando uma prática inclusiva e de promoção do desenvolvimento das capacidades individuais.

De acordo com o Decreto nº 6.949/09 o propósito do referido instrumento normativo é: “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Podemos conceber que a Convenção da ONU traz uma definição inovadora acerca da deficiência, colocando a autonomia e emancipação como um direito fundamental, passando, assim a integrar a dimensão da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, nota-se que os elementos que compõem a dignidade do indivíduo, pertencem a todos em igual medida, independente de limitações de ordem física ou psíquica, não é dado diferenciar os indivíduos, concedendo maior ou menor grau de dignidade.

Nesse sentido, segundo Sarlet (2012, p.6):

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

Considerando as alterações trazidas pelo Estatuto, cumpre destacar que a pessoa com deficiência deixa de figurar no rol de incapacidade absoluta do Código Civil (art. 3º, II, previa a figura da pessoa com enfermidade ou deficiência mental, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil), passando a figurar apenas no rol de incapacidade relativa (art. 4º, III).

Não obstante os avanços dos direitos humanos e os diversos instrumentos internacionais de proteção, as pessoas com deficiência ainda experimentam violações de seus direitos e barreiras para sua participação como cidadãos no meio social.

Nesse sentido, considerando a atuação do Estado, por meio da biopolítica, cumpre rememorar um sombrio episódio da história do tratamento psiquiátrico no Brasil.

O hospital psiquiátrico conhecido como Colônia, foi inaugurado em 1903 e continua aberta até hoje, mas o período de maior barbárie aconteceu entre 1930 e 1980, quando pessoas eram internadas sem diagnóstico de doença mental.⁴

O livro da jornalista Daniela Arbex, reúne relatos e apresenta a história do Hospital psiquiátrico Colônia, localizado em Barbacena, e expõem a tormentosa história brasileira.

Nas seguintes palavras (2013, p.26):

Sessenta mil pessoas perderam a vida no Colônia. As cinco décadas mais dramáticas do país fazem parte do período em que a loucura dos chamados normais dizimo pelo menos duas gerações de inocentes em 18.250 dias de horror. Restam hoje menos de 200 Sobreviventes dessa tragédia silenciosa. Boa parte deles está aqui neste livro. E pelo olhar das testemunhas das vítimas e de alguns de seus algozes que a história do holocausto brasileiro começa a ser contada.

Já no prefácio do livro, escrito por Eliane Brum, e intitulado “os loucos somos nós”, já temos a exata medida do holocausto brasileiro e da ‘culpa compartilhada’ do Estado e da sociedade no tratamento concedido as pessoas com transtornos mentais. Conforme o trecho abaixo Brum (2013, p.17)

Neste livro, Daniela Arbex salvou do esquecimento um capítulo da história do Brasil. Agora é preciso lembrar. Por que a história não pode ser esquecida. Porque o holocausto ainda não acabou. [...]É preciso perceber que nenhuma violação dos direitos humanos mais básicos se sustenta por tanto tempo sem a nossa omissão, menos ainda uma Bárbara como esta. Em 1979 o psiquiatra italiano Franco Basaglia, pioneiro da Luta pelo fim dos manicômios, esteve no Brasil e conheceu o Colônia. Em seguida, chamou uma coletiva de imprensa, na qual afirmou: " estive hoje num campo de concentração nazista. Em lugar nenhum do mundo presenciei uma tragédia como esta".

De acordo com os relatos do livro, cerca de 70% das pessoas não tinham diagnóstico de doença mental, eram, em sua maioria indivíduos tidos como indesejados socialmente, eram prostitutas, alcoólatras, mendigos, negros, homossexuais, e qualquer um que incomodava os detentores do poder.

Apesar do horror, para os diretores do hospício e o Estado a morte dava lucro, cerca de 1.853 corpos foram vendidos para algumas faculdades de medicina do País. O preço médio era de 50 cruzeiros. Quando a demanda de cadáveres diminuiu a solução foi ainda mais cruel. Conforme descreve Arbex, (2013, p. 22):

Pelo menos 60 mil pessoas morreram Entre os Muros do Colônia. Em sua maioria haviam

4 Disponível em: <https://www.geledes.org.br/holocausto-brasileiro-60-mil-morreram-em-manicomio-de-minas-gerais/>. Acesso em 03 jul 2018.

sido internado à força. Cerca de 70% não tinha um diagnóstico de doença mental. Eram epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, gente que se rebelavam que se tornarem cômoda para alguém com mais poder. Eram meninas grávidas, violentadas por seus patrões, esposas confinadas para que o marido pudesse morar com as amantas e filhas de fazendeiros que perderam a virgindade antes do casamento, homens e mulheres que haviam extraído seus documentos. Alguns eram apenas tímidos. Pelo menos 33 eram crianças. Quando chegavam ao hospício suas cabeças eram raspadas, suas roupas arrancadas e seus nomes descartados pelos funcionários que os rebatizavam. [...] Os pacientes do Colônia comiam ratos, bebiam água do esgoto e urina, dormindo sobre capim eram espancados e violados. Nas noites geladas da Serra da Mantiqueira, eram deixados ao relento nus ou cobertos apenas por trapos. [...] alguns morreram de frio, fome e doença. Morriam também de choque. [...] Nos períodos de maior lotação 16 pessoas morriam a cada dia. Ao morrer davam lucro. Entre 1969 e 1980, 1.853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos para 17 faculdades de medicina do país sem que ninguém questionasse. Quando houve excesso de cadáveres e o mercado encolheu os corpos foram decompostos em ácido no pátio do Colônia diante dos pacientes para que as ossadas pudessem ser comercializadas. Nada se perdia, exceto a vida.

As péssimas condições sanitárias e de alimentação, expunham os pacientes a todo o tipo de degradação. A instituição construída para abrigar e realizar o tratamento, era na verdade o lugar para onde eram enviados aqueles que não atendiam os “padrões” sociais, e apresentavam algum tipo de “desvio”. Apenas o isolamento, somado a escassez de alimento e condições de higiene básicas, eram capazes de sujeitar esses corpos, a regras e padrões.

Esquecidos a própria sorte, os pacientes do Colônia padeciam com o frio, não tinha acesso a água potável, e seguiam, cada um a seu modo, aguardavam o triste fim. Arbex (2013, p. 15) ilustra esse cenário perturbador:

Fome e sede eram sensações permanentes no local onde o esgoto que cortavam os pavilhões era fonte de água. Nem todos tinham estômago para se alimentarem de bichos, mas os anos no colônia consumiam os últimos vestígios de humanidade. Além da alimentação racionada no intervalo entre o almoço e o jantar, servidos ao meio-dia e às 5 horas da tarde, os pacientes não comiam nada. O dia começava com café pão e manteiga, distribuído somente para os que estivessem em fila. A alimentação empobrecida não era a única a debilitar o organismo. Apesar de o café da manhã ser fornecido as 8 horas, 3 horas antes os pacientes já tinham que estar de pé. Eles seguiam para o pátio de madrugada inclusive nos dias de chuva.

A realidade inconcebível a que eram submetidos os pacientes do Colônia, foi retratada pela revista O Cruzeiro, no ano de 1961, por meio de uma reportagem de ‘José Franco e Luiz Alfredo, que visitaram o hospício e se depararam com a “sucursal do inferno” como os reportes batizaram a reportagem. (Arbex, 2013, p. 172).

Arbex (2013, p. 171 e 172) retrata o cenário perturbador que os repórteres acompanharam, que ilustra o título do livro – Holocausto Brasileiro:

A loucura que desfilava diante dos seus olhos, não o impressionava, e sim as cenas de um Brasil que reproduzia, menos de duas décadas depois do fim da Segunda Guerra Mundial, o modelo dos campos de concentração nazistas. Os homens vestiam uniformes esfarrapados, tinham as cabeças raspadas e pés descalços. Muitos, porém, estavam nus. Luiz Alfredo viu um deles se agachar e beber a água do esgoto que jorrava sobre o pátio e dava o chão do Pavilhão feminino. Nas banheiras coletivas, havia fezes e urina no lugar de água. Ainda no pátio ele presenciou o momento em que carnes eram cortadas no chão. O cheiro era

detestável, assim como o ambiente, pois os urubus espreitavam a todo instante. [...] Dentro dos pavilhões, promiscuidade. Crianças e adultos misturados, mulheres nuas a mercê da violência sexual. Nos alojamentos trapos humanos, deitados em camas de trapos. Moscas pousam em cima dos mortos-vivos. O mau cheiro provocava náuseas. Em outro pavilhão a surpresa: capim no lugar de camas. Feno, aliás, usado para encher colchões, abrigar baratas, atrair roedores. Viu muitos doentes esquecidos nos leitos, deixados ali para morrer. A miséria humana escancarada diante de sua máquina. Jamais havia flagrado nada parecido.

Sobre a chegada no hospício Colônia, Arbex (2013, p. 30) relata:

Os recém-chegados à estação do Colônia eram levados para o setor de triagem. [...] Após a sessão de desinfecção ou grupo recebi o famoso azulão uniforme azul de brim tecido incapaz de brincar as baixíssimas temperaturas da cidade. [...] as mulheres andavam em silêncio na direção do departamento A, conhecido como assistência. Daquele momento em diante elas deixavam de ser filhas mães e Esposas Irmãs. Acho que não podiam pagar pela internação mais de 80% eram consideradas indigentes. Nesta condição despidas do passado às vezes até mesmo da própria identidade. Sem documentos muitos pacientes do Colônia eram batizadas pelos funcionários. Perdi o nome de nascimento sua história original e sua referência, como se tivessem Aparecido no mundo sem alguém que as parisse. Outros recebiam a alcunha ‘ignorado de tal’.

O cenário execrável que o livro retrata, passou a ser modificado em meados de 1979, quando o movimento de reforma psiquiátrica fortaleceu-se em Minas Gerais, em defesa de extinção do modelo manicomial pautado no isolamento e negação de direitos às pessoas com transtornos mentais. Sobre a relação entre a sociedade e as pessoas com transtornos mentais Goffman, (2008, p. 154-155) assevera:

Deve-se haver um campo de investigação chamado de “comportamento desviante” são os seus desviantes sociais, conforme aqui definidos, que deveriam, presumivelmente, constituir o seu cerne. As prostitutas, os viciados em drogas, os delinquentes, os criminosos, os músicos de jazz, os boêmios, os ciganos, os parasitas, os vagabundos, os gigolôs, os artistas de show, os jogadores, os malandros das praias, os homossexuais, e o mendigo impenitente da cidade seriam incluídos. São essas as pessoas consideradas engajadas numa espécie de negação da ordem social.

O manicômio ainda existe, e é mantido pela Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (FHEMIG). Se não se verifica mais a superlotação, o hospital ainda padece do sucateamento dos serviços públicos.⁵

Os manicômios era o destino dos indesejados, para que por meio da sujeição dos corpos, se mantem-se dóceis e úteis, utilizada retirada inclusive da venda dos corpos e dos ossos. Para Foucault (1972, p.47) “o conceito de loucura não existiu sempre, mas sim começou a se estruturar a partir do momento em que se criou a distância entre razão e não razão”.

Em relação ao modelo de tratamento ofertado pelo hospício Colônia, Arbex (2013, p. 47) apresenta:

Desde o início do século XX, a falta de critério médico para as internações eram rotina no lugar ou um de ser padronizada tudo inclusive os diagnósticos. Maria de Jesus Brasileira de apenas 23 anos, teve o colônia como destino em 1911 Por que apresentava tristeza como sintoma. Assim como ela a estimativa é que 70% dos atendidos não sofressem de doença

5 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1860876-sob-protestos-mg-tenta-acabar-com-manicomio-que-ja-foi-o-maior-do-brasil.shtml>. Acesso em 04 de jul de 2018.

mental. Apenas eram diferentes ou ameaçavam a ordem pública. Por isso o colônia tornou-se destino de desafetos homossexuais militantes políticos mães solteiras álcool listas mendigos negros pobres pessoas sem documentos e todo tipo de indesejados inclusive o chamado os insanos. A teoria eugenista que sustentava a ideia de limpeza social fortalecia o hospital e justificar os seus abusos. Livrar a sociedade da escória desfazendo-se dela de preferência em local que a vista não pudesse alcançar.

Nesse cenário, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, constituem importante marco na percepção da deficiência de forma ampla, alterando o paradigma de exclusão e negação de direitos.

O processo de inclusão tem como base a máxima de que todo ser humano tem o direito de viver de forma plena, livre, sem qualquer obstáculo ou impedimento. Assim sendo, a sociedade tem o dever de viabilizar a convivência social igualitária, sem distinção de qualquer natureza. Nesse sentido Sasaki (2006, p. 40):

(...). Para incluir todas as pessoas, a sociedade deve ser modificada a partir do entendimento de que ela é que precisa ser capaz de atender às necessidades de seus membros. O desenvolvimento (por meio da educação, reabilitação, qualificação profissional, etc) das pessoas com deficiência deve ocorrer dentro do processo de inclusão e não como um pré requisito para estas pessoas poderem fazer parte da sociedade, como se elas “precisassem pagar ‘ingresso’ para integrar a comunidade.

Por meio das contribuições legislativa, incluindo o movimento de reforma psiquiátrica, que será melhor exposto no próximo capítulo, a deficiência deixa de ser vista como impeditivo a cidadania, garantindo-se meios para desenvolvimento e exercício de potencialidades.

O Estado Brasileiro deve atuar no sentido de oportunizar acesso e gozo aos direitos sociais das pessoas com deficiência, para além dos direitos básicos, minimizando as desigualdades e garantindo a cidadania.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SAÚDE E A REFORMA PSIQUIÁTRICA

Doravante a nova ordem constitucional, inaugurada pela Constituição de 1988, assente na primazia atribuída a dignidade humana e a positivação de amplo rol de direitos fundamentais, ao Estado elevou-se a incumbência e o compromisso de viabilizar o acesso e a assistência à saúde de todos, resguardando a dignidade humana e salvaguardando o inalienável direito à vida.

Nesse prisma, a Constituição Federal preceitua em seu artigo 196, o direito à saúde, tido como um direito público subjetivo, por meio do qual assegura aos cidadãos o direito de exigir uma atuação estatal efetiva, uma vez que estamos diante de uma norma de eficácia plena e imediata, promovendo, assim, condições mínimas a existência com dignidade.

Ainda em relação ao direito à saúde, na seara internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apresenta no artigo XXV, a seguinte redação:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e

bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.⁶

Dessa maneira, frente à nova ordem social e os influxos da sociedade pós-moderna, podemos perceber que o conceito de saúde é amplo, de forma que a assistência à saúde deve abranger um conjunto de ações com vistas à preservação da vida, capaz de atribuir a todos, status de cidadão.

O direito à saúde, enquanto representação da cidadania, se verifica, a medida que se analisa o contexto social e político de promulgação da Constituição de 1988, que de maneira mais profunda e pontual em relação as anteriores, tendo em vista a redemocratização do país, incorporou a proteção à saúde no rol de direitos e garantias fundamentais.

A mudança de paradigma, expresso no texto constitucional, com um olhar as necessidades básicas do ser humano, fica evidente na redação do texto original do prefácio da 1ª edição da Constituição de 1988 elaborado pelo então deputado Ulysses Guimarães, que posteriormente foi retirada de circulação, conforme ilustra Mendes (2015, p. 202):

O homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem saúde, sem casa, portanto sem cidadania. A Constituição luta contra os bolsões de miséria que envergonham o país. Diferentemente das sete Constituições anteriores, começa com o homem. Geograficamente testemunha a primazia do homem, que foi escrita para o homem, que o homem é o seu fim e sua esperança, é a Constituição cidadã. Cidadão é o que ganha, come, mora, sabe, pode se curar. A Constituição nasce do parto de profunda crise que abala as instituições e convulsiona a sociedade. Por isso mobiliza, entre outras, novas forças para o exercício do governo e a administração dos impasses. O governo será praticado pelo Executivo e o Legislativo. E a Constituição coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, viu, destroçou tabus, tomou o partido dos que só se salvam pela lei. A Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça.

Nada obstante a não aprovação do preâmbulo originalmente apresentado, nota-se no preâmbulo oficial que integra a redação final da Constituição de 1988, a preocupação com os direitos sociais, conforme abaixo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bemestar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Sendo assim, o Estado brasileiro deve oportunizar pleno acesso a saúde e tratamento, em especial aqueles que por questões econômicas e sócias, encontram-se em situação de hipossuficiência, excluídos do *status civitatis*, uma vez que em razão de transtornos mentais, são

6 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da 3ª Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf . Acesso em: 23 jun. 2018.

tratados como “coisas” e alijados dos mais diversos contextos sociais.

Nesse sentido, Rocha (2008, p.140) nos apresenta:

O homem não pode viver sem um padrão de vida que lhe assegure condições para que as suas necessidades materiais, intelectuais, psicológicas sejam atendidas. Pensando que o homem não é um ser isolado, mas que convive familiarmente, figura-se entre os direitos fundamentais aquele que se refere ao necessário para que ele viva bem com os seus. O homem fragiliza-se, especialmente, em fases de doenças com velhice, doença, pelo que também para tais inseguranças cuidou-se de lhe reconhecer titularizar-se como direitos sociais que o cubram com o que lhe seja preciso para superar as deficiências do ser humano viver. Principalmente, o nascer e o crescer humanos foram tidos como direitos que demandam olhares e cuidados especiais. São momentos mais densos e frágeis, ao mesmo tempo, para que o que a sociedade precisa tecer cuidados que sejam coerentes com a tessitura da vida. Viver é difícil, mais ainda em alguns instantes dessa experiência. Difícil é supor que se pode prescindir da estrutura social que supre as dificuldades e ajuda a transcender as fragilidades com um sistema social de engajamentos do quanto se faça necessário.

Ao atribuir primazia a dignidade da pessoa humana, o constituinte, elegeu os valores mais caros ao conjunto social, perfazendo um compromisso coletivo, expresso pela atuação do Estado e de toda a sociedade em tutelar e efetivar os direitos fundamentais no plano fático. Sobre o tema a lição de Alexandre de Moraes (2002, p. 87):

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana

A dignidade da pessoa humana, seja ela interpretada como princípio ou postulado normativo, ocupa um patamar superior a qualquer outra norma jurídica, isto porque- conforme a redação da Constituição Federal de 1988, possui status de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, vejamos:

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

III - a dignidade da pessoa humana;

Sendo fundamento do Estado brasileiro, o respeito à dignidade da pessoa humana tem uma relação íntima com a existência do Estado de Direito, uma vez que, só há que se falar em império da lei, respeito aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos humanos se houver a existência e o reconhecimento da dignidade humana.

Importante ressaltar que a dignidade da pessoa humana não pode ser interpretada como um direito fundamental, mas como um vetor interpretativo para a solução de casos difíceis, colocando o ser humano no centro da discussão jurídica.

Isto porque uma das características da teoria geral dos direitos fundamentais é a conflituosidade, ou seja: num mesmo caso, pode haver a incidência de dois ou mais direitos, devendo haver a ponderação de valores para a solução de determinado caso concreto. Basta

imaginarmos, por exemplo, caso que envolva transplante de um único coração que pode ser utilizado para salvar a vida de uma pessoa jovem ou de uma pessoa idosa, sendo que essa questão é levada ao judiciário para resolução.

Por esta razão, a dignidade da pessoa humana se torna um valor e vetor que fundamenta o Estado, embora não tenha qualidade de direito fundamental. Há, todavia, imensa dificuldade na doutrina de conceituar o que seria esta referida “dignidade” que, a princípio, foi positivada- de forma vanguardista- pela religião. Por esta razão, nos valemos da lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2015,p.32):

O problema do significado que se pode hoje atribuir à dignidade da pessoa humana, cumpre ressaltar, de início, que a ideia de um valor intrínseco do humano, e , posteriormente da pessoa humana, radica no pensamento filosófico clássico e no ideário(doutrina) judaico-cristão. Muito embora não nos pareça correto, inclusive por nos faltarem dados seguros quanto a tal aspecto, reivindicar- no contexto das diversas religiões professadas pelo ser humano ao longo dos tempos- para a religião cristã a exclusividade e originalidade quanto à elaboração de uma concepção de uma dignidade da pessoa, o fato é que tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus(...)

Neste diapasão, a irradiação deste valor ético e moral centralizado no ser humano para outros direitos só ganhou força e notoriedade nas constituições- principalmente- após a 2ª Guerra Mundial, fase esta marcada pela incessante busca por mecanismos internos e internacionais para garantia de direitos a todos. Assim, nasce a ideia de universalidade da dignidade.

Por se tratar de valor extremamente abstrato, o operador do direito encontra inúmeras dificuldades para diagnosticar o conteúdo da dignidade da pessoa humana. Para esta missão, nos valemos dos ensinamentos de Luis Roberto Barroso (2018,p.290):

(...) é indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade a sua aplicação A primeira tarefa que se impõe é afastá-la das doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas ou ideológicas. As características de um conteúdo mínimo devem ser a laicidade- não pode ser uma visão judaica, católica ou muçulmana de dignidade-, a neutralidade política -isto é, que possa ser compartilhada por toda a família humana. Para levar a bom termo esse propósito, deve-se aceitar uma noção de dignidade humana aberta, plástica e plural. Em uma concepção minimalista, dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia privada de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas e ele em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário). Portanto, os três elementos que integram **o conteúdo mínimo da dignidade, na sistematização aqui proposta, são: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário. (grifo nosso)**

Na tentativa de dar objetividade ao citado vetor, leva-se em consideração a lição do citado autor, centralizando seu conteúdo em três grandes balizas: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia individual e valor comunitário. A partir destes elementos o magistrado ou qualquer operador do direito pode solucionar casos difíceis, que envolvam colisão de direitos fundamentais.

Nesta direção, surge uma importante questão referente a postura do médico frente a

escolha de tratamento do paciente em estado terminal.

Noutras palavras, pode o paciente- a partir da dignidade humana e autonomia individual- escolher um tratamento diferente do proposto pelo médico ou até mesmo recusar eventual tratamento, sob o pretexto de ter direito a uma morte digna?

Esta questão é extremamente complexa e merece reflexão, visto que, envolve- de um lado- o direito fundamental à vida, valor importantíssimo para o Estado de Direito; e noutro lado, o direito a autodeterminação e autonomia.

O direito brasileiro ainda não tem uma resposta definitiva acerca da existência ou não do direito à morte digna; se deve prevalecer a autonomia do paciente ou o direito à vida, mesmo se esta for de forma indigna.

No entanto, embora esta questão possa dividir opiniões, é perfeitamente possível- num futuro breve – que chegue em nossos tribunais superiores, como tem ocorrido em diversos países.

Um interessante caso ocorreu na Itália, nos anos 2000, envolvendo o escritor Piergiorgio Welby. Nesse caso, o paciente sofria de distrofia muscular progressiva, o que o deixou tetraplégico por 30 anos. Neste tempo, Welby escreveu um livro, cujo título é “Deixe-me morrer”, narrando sua história. Na mesma oportunidade, o paciente ajuizou uma ação na justiça italiana reclamando o direito de autodeterminação, com o fim de que fossem desligados os aparelhos e assim pudesse morrer dignamente, contudo, seu pedido foi julgado improcedente. No fim, o escritor italiano faleceu, tendo seu médico desligado os aparelhos e sedando o paciente.

Mesmo tendo um fim trágico, a morte do escritor italiano abriu inúmeros debates jurídicos para o pensamento jurídico no sentido de que seria ou não, o oposto de vida, o direito a morte digna.

É uma pena que o legislador brasileiro não se posicionou e – está longe de se posicionar- acerca da temática. Conforme cita, em seus estudos, George Salomão Leite (2009,p.152): “na Câmara dos Deputados, praticamente nós tivemos três projetos de lei dispendo sobre a regulamentação da eutanásia, a saber: Projetos de Lei 4.662/1981,732/1983 e 1989/1991”.

Havendo a inércia do legislador, em prestígio à dignidade da pessoa humana, entendemos que a autonomia do paciente deve ser respeitada, desde que este esteja em pleno gozo de sua capacidade civil, conforme a disposição do art. 5º do Código Civil ou, não estando, tenha deixado registrado- em um testamento vital- quais os procedimentos cabíveis para seu destino final.

Sendo absolutamente incapaz, conforme as disposições do art 3º Código Civil, entendemos pela necessidade de se atingir 18 anos (momento de plenitude da capacidade civil) para que- o próprio paciente- faça a escolha dos métodos utilizados em seu tratamento, ou até mesmo, a escolha de uma morte digna, diante das especificidades do caso em contrato.

Por fim, no que se refere ao relativamente incapaz (art. 4º), entendemos pela necessidade

de intervenção familiar, ou pessoas próximas ao indivíduo em questão para a tomada desta decisão, obedecendo a regra do art. 1783-A do Código Civil, com o instituto da tomada de decisão apoiada.

Em relação ao tratamento médico concedido aos pacientes do Hospital Colônia em Barbacena, verificamos um grave atentado a dignidade humana.

Os pacientes ali perdiam não tinham direito a sua identidade, eram despídos de sua roupa e de seus nomes, despídos de qualquer identificação com aqueles que estavam além muro. Sem memória, sem nome, sem dignidade, sem voz, conforme nos traz um dos relatos mais emblemáticos do livro de Daniela Arbex (2013 p. 31/33):

Antônio Gomes da Silva, sessenta e oito anos, foi um dos pacientes encaminhados para o hospital aos vinte e cinco anos. Há poucos registros sobre o passado de Cabo, como Antônio foi apelidado. O que se conta sobre ele é que o desemprego, se somou a bebedeira, e ao “descontrole dos negócios” como Antônio diz, resultando em sua prisão. Hoje, passados mais de 40 anos do episódio, o Cabo não sabe mais o motivo pelo qual foi mandado para o Colônia, pela caneta de um delegado no dia 3 de janeiro de 1969. [...] Antônio fala baixo, quase como se não quisesse lembrar. Tem o rosto apoiado às mãos, e apesar da estatura alta parece querer esconder se de si mesmo. Dentro da unidade manteve-se calado durante vinte e um, dos trinta e quatro anos em que esteve internado. Considerado mudo, soltou a voz um dia ao ouvir a banda de música do 9º batalhão da polícia militar.

- Porque você não disse que falava? - perguntou um funcionário da unidade surpreso com a novidade.

- Uai ninguém nunca perguntou.

Cabo também passou a vida assinando documentos com as digitais. Até descobrirem que ele sabe escrever o próprio nome. Deixou o hospital em 2003, para morar numa residência terapêutica de Barbacena, uma das 28 casas mantidas pela prefeitura da cidade em parceria com a ONG Instituto Bom Pastor. Quando se viu fora dos muros do hospital, não sabia como sobreviver sem amarras.

- A que horas as luzes se apagam aqui? - perguntou na primeira noite e liberto do cativo.

O tratamento concedido aos pacientes que apresentavam transtornos mentais, ou até mesmo porque eram indesejados, era realizado a partir do isolamento e violência. A partir dos relatos que o livro Holocausto Brasileiro – Genocídio: 60 mil morto no maior hospício do Brasil, de Daniela Arbex, narra o sombrio episódio da história brasileira.

Considerando essa perspectiva, o movimento antimanicomial figura como esperança desses sujeitos de direitos, sem voz, e como compromisso do Estado e da sociedade contra a exclusão e a favor do tratamento adequado.

Diante do contexto social e político que vivemos hoje, se faz necessário, repensar o papel das políticas públicas e do sistema de saúde para receber e tutelar, estes, que ainda hoje padecem com a marginalização e a violência.

Atualmente nos deparamos com uma gama de transtornos mentais, de origens diversas, onde destacamos à população que faz uso abusivo de álcool e outras drogas, e que esquecidas, caminham sem rumo pelos centros urbanos.

Assim sendo, cumpre a reflexão de quem são os “novos loucos”, a quem é atribuído o estereótipo de “desviado” e que então deveria padecer longe dos olhos da sociedade. Aqueles que já

superlotam as unidades prisionais do país, alguns que possuem diagnóstico de transtorno mental, já consolidam a perspectiva de isolamento e violação aos direitos fundamentais. Outros porém, que não tem ligação direta com infrações penais, permanecem alijados do contexto social, sendo negados a acesso básico a saúde e tratamento.

Sobre o tema, nos coloca Vasconcelos (2010, p.78):

Estes grupos da população normalmente desconhecem, ou não tem acesso, ou certamente tem muito medo dos serviços de saúde mental e de assistência social existentes, e uma das razões principais disso está no próprio autoritarismo frequente na intervenção pública nesse campo.

Nesse prisma, importante considerar os avanços e as novas perspectivas trazidas pela Reforma Psiquiátrica no Brasil, que busca não apenas o desaparecimento dos manicômios, por meio da “desinstitucionalização da loucura”, mas, sobretudo, a tutela e a proteção dos direitos dos sujeitos em sofrimento psíquico, com o compromisso do Estado em garantir de forma digna a assistência desses sujeitos de direitos.

Importante destacar, a Lei nº 10.216/01⁷, que figura como marco da reforma psiquiátrica no Brasil, conhecida como a Lei de Reforma Psiquiátrica ou ainda Lei Paulo Delgado, visa estabelecer a internação psiquiátrica enquanto alternativa terapêutica, como último recurso, a fim de não perpetuar o isolamento e negação de direitos das pessoas que possuem transtornos mentais.

Em relação à igualdade, discorre o artigo 1º da Lei nº 10.216/01:

Art. 1o . Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

A lei orienta mudanças imprescindíveis no que diz respeito ao tratamento desses sujeitos de direitos, e em especial, alterando o paradigma que manteve indivíduos desprovidos de qualquer respeito no Hospital Colônia em Barbacena, uma vez que a atenção se volta para o indivíduo portador do transtorno mental, visto enquanto sujeito de direitos e detentor de dignidade.

Desde 2001, a Lei nº 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, busca redirecionar o modelo assistencial em saúde mental, em especial na ampliação dos serviços de assistência, como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), as Residências Terapêuticas (RS).

Em relação à Reforma Psiquiátrica, Melo (2012, p. 3) discorre:

Dois pontos são de suma importância para compreender o processo da Reforma Psiquiátrica, ainda em curso no Brasil: a centralidade nas estratégias de desconstrução da ideia do sujeito louco como perigoso para o convívio social, ou seja, um novo lugar para a loucura; e o fortalecimento dos serviços substitutivos que segundo Amarante (2009), são aqueles que além de oferecer uma assistência integral e tratamento diferenciado a

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110216.htm. Acesso em 04 de jul de 2018.

população que necessita de atendimento em saúde mental, é capaz de substituir em sua totalidade a lógica manicomial, onde o manicômio e o saber da psiquiatria clássica são considerados como as únicas estratégias de tratamento e intervenção na vida desses sujeitos.

A positivação dos direitos fundamentais, consolidam um cenário sensível as vicissitudes sociais, com vistas a responder as novas concepções de justiça e dignidade, em proveito de assegurar a supremacia normativa da Constituição no plano fático.

Mendes (2015, p. 267) explica:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades do cidadão.

A Constituição Federal de 88 altera o paradigma existente erigir o direito à saúde a condição de direito fundamental, conforme dispõem o Título VIII ao tratar da Ordem Social, e de forma específica na Seção II - Da Saúde. Dessa maneira o texto constitucional de forma clara, indica que a saúde é um direito inerente a todos e deve ser tutelada e oportunizada pelo Estado.

Por meio dos direitos fundamentais, temos a imposição de uma atuação positiva dos entes estatais, à medida que atuem para garantir, no plano fático, a eficácia plena do direito fundamental à saúde.

Em relação ao direito à saúde Luiz Alberto David Araújo (2006. p. 53), ilustra que:

Como consequência primeira do direito à saúde (direito de estar são), deve-se agregar o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer são). Assim, o Estado é responsável, tanto por manter o indivíduo são, desenvolvendo políticas de saúde, como para evitar que ele se torne doente. O direito à prevenção de doenças é, conseqüentemente, parte do direito à saúde. O direito à saúde não significa, apenas, o direito de ser são e de se manter são. Não significa apenas o direito a tratamento de saúde para manter-se bem. O direito à saúde engloba o direito à habitação e à reabilitação, devendo-se entender saúde como o estado físico e mental que possibilita ao indivíduo ter uma vida normal, integrada socialmente.

Salienta-se que até a promulgação da Constituição Federal de 88, nenhum diploma constitucional anterior se propôs de forma direta a considerar o direito à saúde como dever do Estado, decorrente diretamente da dignidade da pessoa humana.

Sob o prisma internacional, cumpre destacar a Recomendação elaborada pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, n. 14, de 2000, que prevê que os estados signatários devem adotar medidas para assegurar a tutela à saúde. Conforme apresenta OLIVEIRA (2010, p. 93).

Segundo a Recomendação Geral n. 14, de 2000, o direito à saúde não deve ser compreendido como o direito de estar sadio. Seu conteúdo abrange, além do direito de exigir do Estado que realize ações efetivas para implementá-lo, obrigação que envolve um fazer estatal; determinadas liberdades individuais, como a de controlar a própria saúde e o corpo; e a de não ser submetido nem a experimentos médicos sem consentimento nem à esterilização forçada (OMS, 2009). [...] A obrigação de realizar o direito à saúde implica

para os Estados o dever de adotar medidas de natureza legislativa, administrativa, orçamentária e judicial, direcionadas à plena realização dos direitos humanos, criando condições efetivas e materiais para que as pessoas possam fruir de seus direitos.

A busca por efetividade na tutela das pessoas com deficiência decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõem revisão e adequação de muitos conceitos enquanto instrumento de cidadania e estima ao ser humano.

À vista do exposto, temos que o conjunto de direitos e garantias das pessoas com deficiência, não deve vislumbrar apenas acessibilidade e um tratamento sem discriminação, mas do que isso, a igualdade pressupõe considerar as potencialidades de cada indivíduo, e a atenção à saúde e ao bem-estar passa por considerar com respeito e atenção a autonomia em suas escolhas.

A autonomia do paciente para a escolha do tratamento, na medida de suas potencialidades, deve ser vislumbrada como forma de igualdade no contexto social e verdadeiro apreço a sua dignidade, em total desprezo ao modelo manicomial que vigorou durante décadas em todo o mundo, e em um sorumbático episódio da história brasileira exterminou mais de 60 mil pessoas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo de uma análise constitucional do direito à saúde, a presente pesquisa buscou analisar, a partir das teorias de biopolítica propostas por Foucault e Agamben, de que forma o modelo manicomial, executa uma política de segregação e grave violação aos direitos dos indivíduos com transtornos mentais.

A análise crítica do modelo de tratamento, consubstanciado na premissa de internação, faz supor que a sociedade encontrou um meio de solucionar a problemática em torno dos transtornos mentais, isolando os considerados “anormais” do convívio social.

Do surgimento do Estado de Direito até sua transmutação em Estado Constitucional de Direito, acompanhamos a evolução da tutela a pessoa humana, sendo assim, a partir da primazia atribuída pela Constituição Federal Brasileira de 1988 a dignidade da pessoa humana, forçoso analisar os processos de exclusão das pessoas com deficiência, que ainda operam no contexto da pós-modernidade, a partir de mecanismos de controle e sujeição dos corpos.

A evolução do conceito de deficiência, tendo como marco a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, constituem importante marco na percepção da deficiência de forma ampla. Em que pese o esforço legislativo, o paradigma de exclusão e negação de direitos ainda persiste.

Destacamos ainda o papel da Lei nº 10.216/01, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental,

criando um processo de extinção dos manicômios, por meio dos quais se impõem tratamento degradante e estigmatizam o paciente.

Não podemos discorrer acerca da evolução do modelo assistencial de saúde mental do Brasil, a vista dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, sem rememorar um triste episódio que marca a história brasileira. Para explicitar o contexto em que se deu o tratamento dos pacientes com transtornos mentais no Brasil, nos voltamos para os relatos apresentados no livro *Holocausto Brasileiro* (2013), da jornalista Daniela Arbex, que traz a história do maior hospício do Brasil, conhecido como Hospital Colônia, localizado em Barbacena (MG), e que dizimou mais de 60 mil pacientes.

O isolamento e a prescrição de tratamentos cruéis e desumanos, no interior dos manicômios, parte da premissa que a internação psiquiátrica é a única alternativa terapêutica para o tratamento dos indivíduos com transtornos mentais, ignorando sua autonomia e a dignidade humana.

A política de saúde mental instituída a partir da Lei n. 10. 216/01, embora promissora, ainda esse depara com inúmeros desafios para assegurar o direito fundamental à saúde, e romper com o paradigma que impõem a pessoa com deficiência o rótulo de incapaz e perigoso, considerando cada ser enquanto titular de direitos e detentor de dignidade e cidadania ímpar.

Desse modo, o modelo assistencial de saúde mental, pautado na ampliação e consolidação dos serviços de assistência, como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), as Residências Terapêuticas (RS), podem indicar um caminho possível e atender de forma adequada as demandas específicas e urgentes destes sujeitos de direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª

AMARANTE, P. *Loucos Pela Vida. A trajetória da Reforma Psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro Fiocruz, 1995.

ANDRADE, Sinara Lacerda. SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *A Obsolescência Programada e Psicológica como forma de Biopoder: Perspectivas Jurídicas do Consumismo*. vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252>. Acesso em 10 jul 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiências. São Paulo: RT, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo: Saraiva Educação, 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 2004. Demanda em el Caso Damião Ximenes Lopes (caso nº 12.237) contra la República Federativa del Brasil. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 11 de jul 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

DIAS, Rebeca Fernandes. Vida e Direito: Poder, subjetividade no contexto biopolítico. Curitiba, 2007, 285 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

FOUCAULT, Michel. História da loucura na idade clássica. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. História da Sexualidade: A vontade de saber. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 10. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

_____. Microfísica do Poder. Tradução de Roberto Machado. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

_____. Segurança, Território, População: curso no Collège de France (1977-1978). Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOFFMAN, Erving. Estigma. Manicômios, prisões e conventos. São Paulo: Perspectiva, 2007.

HACHEM, Daniel Wunder; PIVETT Saulo Lindorfer. A Biopolítica em Giorgio Agamben e Michel Foucault: O Estado, a Sociedade de Segurança e a vida nua. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 340-361, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/15>. Acesso em 06 jul 2018.

LEITE, George Salomão. Direito fundamental a uma morte digna In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra (Co-edição), 2009.

MELO, Anastácia Mariana da Costa. APONTAMENTOS SOBRE A REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL. Disponível em: <http://incubadora.periodicos.ufsc.br/index.php/cbsm/article/viewFile/2127/2920>. Acesso em: 10 de jul de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.

Curso de direito constitucional. 10. ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Direitos de e para todos. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

VASCONCELOS, EM. Desafios políticos da reforma psiquiátrica brasileira. São Paulo: Hucitec, 2010.

IMPORTÂNCIA DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL PARA ALCANÇAR A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE

Luiza Russi DOGNANI¹

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a importância do Plano Diretor Municipal para o planejamento urbano com fim a estabelecer caminhos para a diminuição da desigualdade social. Fundamentalmente, visa buscar esclarecimentos acerca da relevância desse planejamento a fim de proporcionar a democracia do acesso à cidade. A participação efetiva da sociedade e a limitação do direito individual em prol do bem-estar comum podem ser consideradas alternativas a fim de alcançar a democracia do acesso a cidade? A pesquisa apontou que a participação popular trata-se de um meio que possibilita a construção e o desenvolvimento socioeconômico de uma cidade. As audiências públicas e a publicidade dos atos de interesse coletivo ajudam a levar para a população o dia-a-dia da administração de uma cidade. De caráter bibliográfico, esta pesquisa busca em ideias de alguns autores não apenas a confirmação desta possibilidade, mas a indicação de alguns caminhos nesta direção, ou seja, apresentar alternativas no sentido de contribuir ao desenvolvimento e à constituição socioeconômica de um município. Diante do exposto, torna-se muito importante o papel do gestor municipal em fomentar a propositura da pesquisa acerca da identificação da área local, para debates das necessidades básicas estruturais com a finalidade de elaborar planos para o desenvolvimento social, espacial, econômico e sustentável do meio ambiente. O principal é disponibilizar a todos as pessoas o acesso aos recursos públicos, como serviços e infraestrutura.

PALAVRAS-CHAVE: função social da cidade; participação popular; plano diretor.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the importance of the Municipal Master Plan for urban planning in order to establish ways to reduce social inequality. Fundamentally, it aims to seek clarification about the relevance of this planning in order to provide democracy of access to the city. Can effective participation of society and the limitation of individual rights for the common good be considered alternatives in order to achieve democracy of access to the city? The research pointed out that popular participation is a means that allows the construction and socioeconomic development of a city. The public hearings and the publicity of acts of collective interest help to take to the population the day to day of the administration of a city. Of bibliographical character, this research searches in ideas of some authors not only the confirmation of this possibility, but the indication of some ways in this direction, that is, to present alternatives in the sense of contributing to the development and to the socioeconomic constitution of a municipality. In view of the above, it is very important the role of the municipal manager in promoting the proposal of the identification of the local area, to discuss the basic structural needs with the purpose of elaborating plans for the social, spatial, economic and sustainable development of the environment. The main thing is to make available to all people access to public resources, such as services and infrastructure.

KEY WORDS: social function of the city; popular participation; master plan.

1. INTRODUÇÃO

1 Discente do 5º ano do curso de Direito das FIO – Faculdades Integradas de Ourinhos, da cidade de Ourinhos. E-mail: luizarussidognani@outlook.com.

O presente trabalho visa buscar entendimentos relativos à importância do planejamento urbano a fim de proporcionar a democracia do acesso à cidade. Esta proposta científica parte do pressuposto que, para proporcionar a erradicação da pobreza, propiciar uma vida digna aos marginalizados com acesso assegurado de todos serviços que o poder público tem e deve oferecer, bem como, estimular o desenvolvimento econômico e social, o bem-estar coletivo e ambientalmente sustentável, é preciso haver uma participação efetiva da população na gestão das cidades.

Em 1988, por meio da Constituição Federal (BRASIL), mais especificamente dos artigos 182 e 183, instituiu-se a obrigatoriedade dos municípios com mais de 20 mil habitantes a elaborarem um Plano Diretor, que deve ser usado como estratégia para regulamentar a urbanização, estimulando, assim, o desenvolvimento socioeconômico, além de buscar a erradicação da pobreza, bem como garantir a efetivação dos direitos sociais.

O Plano Diretor trata-se do instrumento legal, pelo qual o administrador público planeja e efetiva as ações governamentais, transformando a realidade em prol do desenvolvimento econômico e social do município, ou seja, o Plano Diretor tem por obrigação atender as necessidades e exigências da população, ao primar por assegurar a qualidade de vida digna, desenvolvimento socioeconômico e justiça social.

Nesta direção, o Plano Diretor tem significativo papel de colaborador no desenvolvimento socioeconômico da cidade, tendo em vista que ele coopera para o alcance da efetividade da função social da cidade, ou seja, proporcionar a todos seus habitantes o bem-estar comum.

Fundamentalmente, o objetivo deste trabalho é o de buscar esclarecimentos acerca da importância do planejamento urbano a fim de proporcionar a democracia do acesso à cidade.

A partir do exposto, foi conduzida a pesquisa que tem como questão a possibilidade colaborativa tanto da sociedade civil por meio de sua efetiva participação bem como da limitação do direito individual em prol do bem-estar comum visando à democracia do acesso a cidade. Este problema desdobra-se na seguinte questão: A participação efetiva da sociedade civil e a limitação do direito individual em prol do bem-estar comum podem ser consideradas alternativas a fim de alcançar à democracia do acesso à cidade?

A hipótese é positiva na direção de busca de sua confirmação que é realizada esta pesquisa. Há diversos autores no campo do Direito Civil, Urbanístico, Constitucional e, especialmente Administrativo, que enfatizam em suas obras que a participação popular trata-se de um dos meios a fim de colaborar na construção e desenvolvimento socioeconômico de uma cidade. Pensa-se que esta maneira de pensar deve ser debatida e aprofundada e espera-se que este trabalho contribua para isso.

De caráter bibliográfico, esta pesquisa busca em ideias de alguns autores não apenas a

confirmação desta possibilidade, mas a indicação de alguns caminhos nesta direção, ou seja, apresentar alternativas no sentido de contribuir ao desenvolvimento e à constituição socioeconômica de um município.

2. CONTEXTO HISTORICO

O Brasil é o quinto país com o maior território do mundo e, mesmo com toda a imensidão de terras, verificou que a população se concentra em pequenas regiões e principalmente em grandes centros. O melhor exemplo que se tem é a cidade de São Paulo que, de acordo com os dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, hoje tem aproximadamente 12,04 milhões de habitantes, cerca de um quarto da população brasileira, e sua extensão territorial é de 1.521,110 km², sendo sua densidade demográfica quantificada em quase 7.400 habitantes por quilometro quadrado. O país é composto por 5570 municípios e a população estimada, pela última estimativa do IBGE, para o ano de 2017 é de 207.660.929 pessoas em todo o território nacional.

O crescimento populacional nos grandes centros se deu por diversos motivos, dentre os quais se destacam a implementação de indústrias que atraiu os trabalhadores rurais e pequenos proprietários de terra para as cidades em busca de empregos e melhor qualidade de vida, provocando o êxodo rural; e a mecanização do serviço agrário que fez com que muitos trabalhadores fossem substituídos por máquinas, tornando-se mão de obra excedente e desnecessária para aquele serviço. Com essa rápida migração da população, as cidades que recebiam essas famílias e trabalhadores não tinham estrutura para acolhê-los dignamente. Houve, com isso, problemas estruturais como o crescimento desordenado da especialidade, falta de serviços públicos para todos, como transporte, saneamento básico, escolas entre muitos outros.

No começo do século XX, o Brasil tinha suas terras organizadas de acordo com as conexões comerciais e dependiam de caminhos compostos por diversas dificuldades e perigos. Usava-se principalmente da navegação e estradas de ferro, que surgiram mais ao fim do século, ou seja, era uma política centralista, onde os grandes centros mantinham a maioria da população que vivia na área urbana, mesmo sendo na área rural que até então habitava a maior porcentagem da população. Esse cenário centralista mudou rápido, como demonstrado por Nunes em entrevista para o IBGE:

Eduardo Pereira Nunes - O último Censo Demográfico revelou que a população brasileira cresceu quase dez vezes neste século: passou de 17 milhões em 1900 para quase 170 milhões em 2000. No início do século, cerca de 52% da população ocupada trabalhava no campo. Em 2000, essa proporção caiu para 17%, e 80% da população vivia na área urbana (IBGE, 2006, p.11).

Devido ao acontecimento do fenômeno êxodo rural, demonstrado acima, combinado com o

grande aumento populacional e industrialização, houve simultaneamente o aumento de novas cidades. Afirmando a necessidade de uma visão urbanística para as realizações e mudanças nas modificações e ocupações do espaço físico das cidades.

Maricato (2001) expõe que as cidades, no início do século XX, eram tidas como a maior possibilidade de modernização e avanço, a contraponto do campo que naquele momento era tido como a tipificação do Brasil arcaico. Para ela, desde a proclamação da república e da abolição da escravidão não superaram a revolução de 1930 no quesito da supremacia agrário-exportadora do período pré-industrial. Desde então, o processo de urbanização só avançou, obtendo maior espaço nas políticas públicas e marcando um novo ritmo, como elucida Maricato:

As mudanças políticas havidas na década de 1930, com a regulamentação do trabalho urbano (não extensiva ao campo), incentivo à industrialização, construção da infra-estrutura industrial, entre outras medidas, reforçaram o movimento migratório campo-cidade. No final do século XX, algumas décadas depois, a imagem das cidades brasileiras parece estar associada à violência, poluição das águas e do ar, criança desamparada, tráfego caótico, enchentes, entre outros inúmeros males (MARICATO, 2001, p. 152).

Na citação de Maricato (2001), já há a menção que, com essas mudanças voltadas à industrialização e ao crescimento das cidades, em curto tempo devido ao êxodo rural, no fim do século XX, os ônus desse processo de construção e intensificação da infraestrutura industrial começaram a caracterizar as cidades como locais violentos, superpopulosos, com desigualdades sociais extremas, fontes de poluição, entre diversos outros problemas. Demonstra-se que as cidades não tinham preparo, planejamento ou estratégias na época capazes de suprir tamanha demanda, ocasionando que a “extensão das periferias urbanas tem sua expressão mais concreta na segregação espacial ou ambiental configurando imensas regiões nas quais a pobreza é homoganeamente disseminada” (MARICATO, 2001, p. 153).

Os municípios brasileiros passam por esse processo de mudanças e avanços espaciais e demográficos, até então com um vazio institucional deixado pelo Governo Federal sobre estratégias para o ordenamento, destino das cidades e políticas públicas, de acordo com o Ministério das Cidades (2006).

O Plano Diretor ganha importância neste contexto, sendo o instrumento que ordenará a política de desenvolvimento na esfera municipal. Consolida-se como um dos principais mecanismos para a implementação do desenvolvimento urbanístico com fins de proporcionar justiça social, implementado por Lei Orgânica municipal, tendo sido constituído apenas em 1988 pela atual Constituição Federal em seu artigo 182, que precursoramente discorre sobre a obrigatoriedade do uso do Plano Diretor nas cidades com mais de 20.000 habitantes:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016).

Somente em 2001, com a aprovação da Lei 10.257 de 10 de julho deste ano, conhecida como Estatuto da Cidade, formulada para regulamentar os artigos 182 e o 183 da Constituição Federal que estabelecem as diretrizes gerais da política urbana, houve uma mudança expressiva no tocante à organização espacial do município. O Plano Diretor, trazido pelo artigo 4º o Estatuto da Cidade, em seu inciso III, alínea a, foi instituído, em especial, como o instrumento voltado para política urbana em âmbito municipal, o qual deve ser usado de base para elaboração de cada município por meio de sua Lei Orgânica, que irá regulamentar o desenvolvimento urbano, que através de um estudo específico identificará as necessidades reais da sociedade local e seu espaço físico, sendo a participação da comunidade de suma importância para a identificação dos problemas.

Segundo Rezende e Ultramari (2007), o planejamento urbano brasileiro visa à diferenciação do ordenamento espacial de cada município individualmente, para que alcancem o melhor atendimento às específicas necessidades daqueles cidadãos. Para eles, o principal objetivo é reorganizar o espaço da cidade, proteger o meio ambiente e resolver, a longo prazo, problemas de ordem urbana, como saneamento básico, moradia, trânsito, poluição, etc.

O modo como são vistas as cidades hoje mudou, a ideia mesmo que utópica para alguns de encará-las como uma indústria ou empresa, ao impor metas e buscar resultados. Busca-se não somente a equidade na distribuição dos serviços públicos e infraestrutura para que todos desfrutem da condição mínima de habitação, mas sim, constituir propostas estratégicas para melhor utilização do potencial municipal dentro do cenário globalmente competitivo, buscando o crescimento econômico e desenvolvimento social em todos os âmbitos e, é no Plano Diretor Municipal, que de acordo com o CONFEA – Conselho Federal de Engenharia e Agronomia, deve ser utilizado para as ações necessárias, encontrando-se:

A metodologia para elaboração de Plano Diretor deve incorporar em suas etapas, os problemas, os potenciais, as lógicas e os atores institucionais e populares voltados para o projeto de desenvolvimento econômico da cidade, para um tipo de desenvolvimento que incorpore a economia solidária com a geração de emprego e renda. (CONFEA, 2004, p. 40)

É importante que tenha um progresso nas técnicas de planejamento desenvolvidas pelo governo local e até mesmo aliados com as administrações de cidades vizinhas acerca das questões espacial e territorial, econômica, financeira, política, socioambiental e de gestão. São desafios enfrentados constantemente pelos municípios, que independente de seu tamanho territorial ou demográfico, precisam de um planejamento urbano. A administração pública municipal, a frente das dificuldades e necessidades conta com a aptidão e efetividade de seus gestores, deve fundamentar suas decisões em estudos técnicos atuais para formulação de planos para desenvolvimento

sustentável e democrático.

3. FORMAÇÃO DO PLANO DIRETOR MUNICIPAL

A primeira definição de cidade encontra-se no Decreto 311 de 2 de março de 1938 que, em seu artigo terceiro, define cidade como sendo o nome que se dá a sede do município que, neste mesmo texto legislativo, prevê a possibilidade da incorporação de distritos. O artigo 15 já designava que as definições de Comarca, termo, município e distrito fossem adotados em todo país, com fim de chegar a uma padronização organizacional e regulamentando o chamado Distrito que até então existia apenas de forma administrativa. Porém, Villaça (1999) relembra que a concepção de Plano Diretor existe desde 1930, sendo normatizada somente com implantação da Constituição de 1988.

Somente na Constituição Federal de 1988 que encorpou pela primeira vez um capítulo específico para delimitação deste tema, o Capítulo II – Da Política Urbana, que se encontra dentro do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, onde traz a obrigatoriedade da existência do Plano Diretor Municipal das cidades com mais de 20.000 habitantes. Indicando-o como o aparelho político base para que se desenvolva ordenadamente a dilatação urbana territorial, sempre voltada a assegurar o alcance dos objetivos fundamentais do Brasil elencados no artigo 3º da Constituição Federal, tais como; estabelecer uma coletividade livre, justa e solitária, desenvolver métodos para reduzir as desigualdades sociais e regionais e prezar pela garantia nacional de desenvolvimento, ou seja, todos.

Compete somente à União deliberar sobre normas gerais e direcionar o desenvolvimento do espaço urbano, bem como saneamento básico, transporte, habitação e demais, conforme consta no artigo 21, inciso XX da Constituição Federal. Nos anos 1990, houve a tramitação no Congresso Nacional do denominado Estatuto da Cidade, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal instituindo os relevantes institutos jurídicos e políticos de intervenção urbana, com aprovação da Presidência da República que sancionou a Lei Federal nº10.257, em 10 de Julho de 2001. Sendo que esta veio para nortear os municípios a cumprir a competência designada pela União, nos artigos que originaram o Estatuto da Cidade, devendo os municípios fixarem as diretrizes gerais, por meio de lei orgânica, para coordenar o desenvolvimento local do papel social da cidade, o qual deve ser regida com fim de proporcionar a todos seus habitantes o bem-estar comum.

O CEPAM – Centro de Estudos e Pesquisa da Administração Municipal –delimita que a Constituição Federal:

ao definir as competências legislativas próprias das unidades da Federação, adotou o princípio da predominância do interesse, segundo o qual a União tratará das matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, enquanto os Estados cuidarão das

matérias e questões de predominante interesse regional, e aos municípios foram destinados os temas de interesse local (CEPAM, 2005, p. 23).

Para respeitar as diferentes características de cada município que se é conferida a competência legislativa para elaboração do Plano Diretor à esfera municipal. As leis orgânicas municipais não podem contradizer a legislação das esferas superiores, estadual e federal, atentando-se apenas as particularidades locais.

Na Seção IV, da Constituição Federal, encontra-se a disposição normativa sobre as regiões, especificamente no artigo 43, ao determinar que administrativamente busca-se pelo desenvolvimento geoeconômico e social apontando por alvo reduzir as desigualdades regionais. Carvalho ressalta a importância desses institutos agora previstos em no ordenamento. Reservando à competência municipal instituída no artigo 182 da Constituição Federal, o Estatuto da Cidade:

mantém a divisão de competências entre os três níveis de governo, concentrando na esfera municipal as atribuições de legislar em matéria urbana. A permanência desse quadro significa, em outras palavras, circunscrever o tratamento e a proposição de soluções às questões urbanas nos limites do território municipal, pois compete ao poderes executivo e legislativo municipais equacioná-las. O reverso dessa orientação expressa-se na ausência de instâncias decisórias legalmente instituídas para o tratamento de muitos dos problemas urbanos que extrapolam os limites de municípios, configurando as áreas metropolitanas e as aglomerações urbanas (2001, p. ú).

Ao atribuir aos municípios o dever de legislar sobre a criação de seu plano para o desenvolvimento das funções sociais da cidade, utiliza-se da capacidade instituída no artigo 30 da Constituição Federal as competências dos municípios e, em seu inciso I, tem por redação a capacidade de “legislar sobre assuntos de interesse local” (BRASIL, 1988).

O Plano Diretor municipal traz a apreciação sobre o cerne do alcance da função social da propriedade e da cidade. É um instrumento legal onde se é estabelecido regulamentações que versarão sobre diversos temas, como: segurança, bem-estar social e ambiental e o uso da propriedade, visando o bem coletivo previstos no artigo primeiro do Estatuto da Cidade. Tudo para que permita atribuir uma função a coisa de modo que reflita positivamente ao bem social, sempre respeitando o direito à propriedade privada. O CEPAM (2005) traz que é por meio do Plano Diretor que se procura mudar os fatos atuais para modificar a vida da população, principalmente proporcionando melhor qualidade de vida.

No Estatuto da Cidade, em seu artigo 4º, estabelece o rol de instrumentos da política urbana e, em seu inciso III, fala, especialmente, do planejamento municipal, contando em sua alínea “a” o Plano Diretor, sendo que este, para o CEPAM incide no:

planejamento em um mecanismo ou processo técnico, por intermédio do qual o administrador efetiva suas ações de governo, com o objetivo de alterar e transformar a realidade em busca do desenvolvimento econômico e social. O Plano Diretor é um instrumento legal decorrente da consecução de planejamento, assim como outros diplomas legais voltados ao uso, controle, parcelamento e ocupação do solo urbano (CEPAM, 2005,

p. 25).

E no Capítulo III – Plano Diretor do estatuto, transmite o preceito que a função social da propriedade urbana é satisfeita quando acata os fundamentos e normas estipulada pelo ordenamento do Plano Diretor municipal, o qual tem por obrigação atender as indigências da população em geral, afiançando a qualidade de vida, desenvolvimento econômico e justiça social.

Para a instituição do Plano Diretor em um município, é preciso que este seja aprovado na Câmara de Vereadores do município, como ressalta o CEPAM, ao apontar que se trata de um plano urbanístico legal e, portanto, a iniciativa de elaboração é privativa do prefeito e enviado a casa legislativa para análise, discussão e votação. Seu conteúdo tem que ser em conformidade, primeiramente com as leis federais e estaduais, legislando em âmbito local, conforme explica a fundação CEPAM:

Não é um mero ato administrativo com poder para disciplinar a função social da propriedade e fixar as funções sociais da cidade. A formatação da função social da propriedade e a definição das funções sociais da cidade decorrerão de lei, mais especificamente do Plano Diretor (CEPAM, 2005, p. 28).

Na elaboração do Plano Diretor municipal deve ser garantida a participação popular, vez que vivemos em uma democracia e a opinião popular é de extrema relevância. No Estatuto da Cidade em diversos trechos é mencionado a participação popular, demonstrando sua importância, como em artigo 2º, inciso II, onde propõem ser por meio da participação popular que se faz uma gestão democrática.

Nesse processo decisório, tem-se por meta garantir e satisfazer o direito à cidade para todos os cidadãos e tendo relação direta com a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, pois: “O exercício do poder pelo povo e para o povo é assegurado pelo princípio democrático, que gera, além dos direitos de elaboração legislativa, os direitos participativos” esclarece Soares (2002, p. 263), sendo a realização de audiências públicas a chave para a viabilização da participação popular.

É estabelecido no art. 40, §4º, I, da Lei nº 10.257/2001, que para o processo de elaboração do Plano Diretor e fiscalização de sua implantação, os municípios devem oportunizar audiências públicas para efetivar conversas, troca de ideias e necessidades, com a atuação da população e associações representativas de diversos componentes da sociedade. O Executivo e Legislativo devem assegurar a realização destes institutos, com fulcro a estimular e alcançar cada vez mais a participação de todos.

É por meio da ação popular e dos chamados atores sociais que, de modo organizado e conjunto, irão determinar as diretrizes e objetivos a serem seguidos e almejados pelo Plano Diretor. O procedimento de elaboração de audiências públicas é colocado em três pontos do Estatuto da

Cidade, primeiramente no artigo 2º, XIII ao prever a participação da população no procedimento de implantação de novos empreendimentos que atinjam determinado nível de impacto negativo ambiental, de segurança pública, ou de convívio social.

A segunda menção está no artigo 40, §4º, I, tendo por objetivo alcançar a fiscalização popular da implementação e efetivação do planejamento diretório. Está no artigo 43, II, desta mesma Lei 11.527 de 2001, o terceiro momento que a audiência pública consta neste Estatuto, trazida neste ponto como obrigatória para a aprovação em Câmara Municipal do Plano Diretor. Claramente a intenção do legislador é forçar a participação dos cidadãos e “tornar democrática a gestão da cidade”, observam Elaine Souza e Mariana Souza (2014, p. 57).

Tem-se no histórico governamental a tradição de decisões tomadas por uma única pessoa ou um pequeno grupo e impostas aos demais munícipes sem que tivessem a chance de opinar e é por meio dessas audiências públicas que a grande massa passa a ter a oportunidade de se manifestar e fazer ouvir.

3.1 Audiências Públicas, a participação da comunidade

No Brasil, as audiências públicas foram retratadas primeiramente pela Resolução Conama nº 01 de 23 de Janeiro de 1986, que, em seu parágrafo 2º, designa sua promulgação para utilização de cunho informativo sobre a execução do projetos, estudos de impacto ambiental e discussões sobre o tema.

Moreira (2005) retrata que, para a preparação do Plano Diretor a administração pública municipal tem como responsabilidade a promoção de debate, através de audiências públicas descentralizadas, visando agregar o maior número possível de representantes e participantes desse processo social. Essas audiências têm por finalidade promover a participação da população nas decisões da administração de seus municípios.

De acordo com Mencio et al. (2005, p. ú), em publicação por meio de um boletim, no ano de 2005, relata que a audiência pública:

Consiste numa sessão de discussão aberta a toda a população para tratar de qualquer tema de importância para o município, tanto para coleta de opinião no momento de formulação de uma política pública, quanto para debate em uma tomada de decisão. Nas audiências, a prefeitura escuta a manifestação e opinião dos diversos atores sociais e se dispõe a esclarecer dúvidas. Na medida em que a participação é aberta a todos os cidadãos, torna-se uma oportunidade para se expor e discutir os diversos interesses da sociedade num processo democrático.

São por métodos como estes que se ouve a voz da população, onde se dá inclusão e oportunidade de participação para todos. Estão previstas na Constituição Federal, Leis Federais e Leis Orgânicas, sendo colocadas como obrigatórias em certos casos que a determinam, como para a

elaboração de um Plano Diretor. São uma ótima oportunidade para a administração coletar opiniões e incitar debates, quando for oportuno para a gestão da comunidade.

No Decreto 8.243, de maio de 2014, que versa sobre a instituição do PNPS - Política Nacional de Participação Social, o qual tem por objetivo a articulação e fortalecimento dos métodos de fomentação democrática de confabulações e atuação da sociedade civil junto a administração pública. Este decreto também estipula as diretrizes mínimas para a instituição de uma audiência pública, sendo estas propostas no artigo 16 e seus incisos, como anunciar seu ato convocatório antecipadamente e de forma ampla, para dar ciência a todos e com isso atingir o maior número de interessados a participar expondo suas ideias e para isso deve contar neste ato o assunto que será tratado e o procedimento adotado, bem como o local e horário de sua realização.

A sessão de uma audiência pública tem que dar acesso livre a todos que demonstrem interesse em sua participação. Posteriormente a sua realização, como consta no inciso IV, é preciso que aja a “ampla divulgação de seus resultados, e a disponibilização do conteúdo dos debates”, para possibilitar a eventuais perguntas e solicitações de esclarecimentos acerca do procedimento adotados, vez que é um compromisso assegurar o direito a resposta. Com isso pode-se aludir as palavras da fundação CEPAM:

O processo de participação população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade, por meio das audiências públicas e debates, além de seu valor simbólico como expressão de identidade e cidadania, representa o reconhecimento político pela sua inserção na lei. Porém, há alguns desafios que exigem dos governos municipais, dispostos à participação efetiva da população e da sociedade civil organizada, uma parceria que permita o desenho de novas formas de ação coletiva na construção de um município mais acolhedor e comprometido com a qualidade de vida de seus cidadãos (CEPAM, 2005, p. 42).

A citação acima da fundação CEPAM, retrata bem todo o esforço incumbido ao órgão público para realização de uma audiência pública, mostra que o simples formalismo não é o bastante, para alcançar seus objetivos. O município tem que fomentar estratégias para chamar a população a participar desta ação coletiva, que é a oportunidade de se encontrar diretamente com o governo local e tendo a faculdade de expressar sua opinião sobre o contexto, que, ocasionou tal reunião e muitas vezes levar novas informações e questões relevantes.

O CONFEA, em parceria com o Ministério das Cidades confeccionaram um guia para auxiliar e direcionar os municípios, tanto para a administração como os próprios cidadãos, na elaboração do Plano Diretor. Ao retratar as audiências públicas, coloca que os gestores públicos têm de ponderar sobre as normatizações emanadas das discussões com a sociedade civil, firmando que a:

Administração Pública não está obrigada a cumprir orientações obtidas em Audiência Pública (que não são decisórias e podem ser conflitantes ou contraditórias). Cabe ao administrador público ouvir, analisar e avaliar as ideias e opiniões que surjam naquelas

audiências, para argumentar as decisões que tome; dizer os porquês e enfrentar democraticamente os temas e posições que surjam da participação popular (2004, p. 115).

Porem no Capítulo IV, que versa sobre a frente da gestão democrática da cidade, na Lei 10.257 de 2001, instituindo os instrumentos a serem utilizados pela gestão municipal para garantir a democracia de suas ações, demandando também debates e consultas públicas. Neste mesmo capítulo, em seu artigo 45, assevera que as regiões metropolitanas e aglomerações urbanas têm a obrigatoriedade de atingir um número significativo da participação da sociedade civil, sendo esta composta por associações representativas ou por cidadãos em geral, ao oportunizar a todos o conhecimento e possibilidade de ação para garantir o efetivo exercício da cidadania e o controle direto das atividades legislativas.

Nas diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, artigo 2º, as ações administrativas esperadas do Plano Diretor incluem “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana” por meio de diretrizes, sendo uma delas a audiência do Poder Público com a população (inciso XIII, 2001).

Como demonstrado acima, essa diretriz que enfoca a participação da população se tornou de extrema necessidade após a promulgação deste Estatuto. Sob a reflexão de Rezende e Ultramari (2007, p. 261):

A participação da comunidade agora é obrigatória. Se antes da aprovação do Estatuto da Cidade a participação da comunidade era importante, agora ela é obrigatória e se efetiva, com a realização de um Plano Diretor. De um modo geral, tem-se observado uma média de duas a três audiências públicas quando é realizado um Plano Diretor e, o que talvez seja ainda mais importante, seu desenvolvimento deve contar com grande publicização de suas ações e proposições. No caso de um planejamento estratégico, a despeito dele não contar com exigência legal de participação comunitária, acredita-se que é, também, um dos aspectos mais importantes de seu desenvolvimento, já que se fundamenta no consenso do maior número possível de parceiros.

Essa busca pela participação da comunidade na gestão do município é o meio de disseminar a democratização das cidades, que hoje tem por dever unir seus munícipes e gestores, onde juntos poderão agregar parceiros para planejem e estudarem as características e necessidades locais. A sociedade deixa de ter um papel meramente retórico e passa a ser ativa na elaboração dos planos de gestão.

4. CARACTERÍSTICAS DO PLANO DIRETOR

A Política Urbana na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, inicialmente tratando do presente tema, especialmente, através de um capítulo específico que visa a ordem econômica e financeira, trouxe as circunstâncias do artigo 182, que ordena o desenvolvimento da Política Urbana sendo dever do governo municipal sua concretização.

O CEPAM retrata que, com o Estatuto da Cidade, houve a expansão do raio da política dos municípios, atualizando a legislação sobre a ocupação e uso do solo, aproximando-a da realidade socioambiental e garantindo a função social da propriedade e

[...] também trouxe novas responsabilidades aos gestores públicos locais, como a obrigatoriedade de elaborar um Plano Diretor para as cidades com mais de 20 mil habitantes, num prazo de cinco anos a contar de sua vigência, iniciada em outubro de 2001. (2005, p. 11)

A importância do Estatuto da Cidade, na organização urbanística parte da ideia de técnica e ciência interdisciplinares, as quais se relacionam com o município. Com tal característica, sua finalidade é corrigir os desequilíbrios causados pela urbanização. O município se insere no território em que se localiza, relacionando com o espaço urbano e rural, tem como alvo a organização dos espaços habitáveis com o escopo de proporcionar qualidade de vida a toda população.

Mesmo no artigo 182 da Constituição Federal, que o define como o mecanismo fundamental para o desenvolvimento e dilatação urbana, em seu parágrafo 4º, faculta ao poder público que, por intermédio de lei específica para as áreas englobadas pelo Plano Diretor, exija que o proprietário de solo urbano sem edificação, destinação, gozo, ou utilização deste espaço, gere seu apropriado aproveitamento sendo instituídas sanções caso deixe de fazê-lo. O intuito aqui é promover a função da propriedade a qual se define como satisfeita, no parágrafo 2º deste mesmo artigo, quando cumpre as exigências primordiais da ordenação da cidade, constantes no Plano Diretor de cada município, assim como prevê o artigo 39 do Estatuto da Cidade.

A obrigatoriedade da existência de um Plano Diretor para a cidade vai além da quantidade de habitantes, sendo intitulado nos incisos do artigo 41 do Estatuto da Cidade:

- I – com mais de vinte mil habitantes;
- II – integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;
- III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
- IV – integrantes de áreas de especial interesse turístico;
- V – inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.
- VI - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

A utilização deste instrumento ordenador do urbanismo se vale para o alcance de diversos objetivos, como a promoção do interesse turístico de uma comunidade, bem como nos casos em que as atividades e empreendimentos constantes no município afetem expressivamente o meio ambiente, grande impacto geológico, hidrológico, ou correspondentes. No parágrafo segundo, do artigo expresso acima, predispõe que as cidades com mais de quinhentos mil habitantes, tem o dever de elaborar não só o Plano Diretor, mas também incorporar a ele um plano para a integração do transporte urbano.

Seguindo o Capítulo III da Lei 10.257 de 2001, expõe que deverá conter no mínimo, dentro de um Plano Diretor (artigo 42, I), a marcação da área da cidade, e poderá ser demarcado o parcelamento, utilização compulsória, ou locais edificados, tomando por base a utilização dada ao imóvel e sua infraestrutura. Devendo ser promovido um sistema de controle e acompanhamento (inciso III).

Consiste, primordialmente, para este acompanhamento, o reconhecimento e a identificação das áreas de risco, tendo de ser parte integrante do plano os mapeamentos do município, junto à classificação de suas áreas (artigo 42-a, § 1º), tendo que adequá-lo em conformidade com os planos para os recursos hídricos (artigo 42-a, § 2º). Tudo dentro do prazo legal pré estabelecido como limite para sua proclamação, que é de a até cinco anos para o encaminhamento de seu projeto para a aprovação pela Câmara Municipal, conforme artigo 42-a, § 4º desta mesma lei, ou seja, abriu-se o prazo em 2001 ficando seu término para o ano de 2006.

Como a arte, a técnica e a ciência interdisciplinar, o urbanismo extrapola o embelezamento do município e tem como propósito propiciar a expansão de funções sociais e assegurar o bem-estar dos cidadãos, tornando exequível a convivência sem perder a integridade espiritual, física e mental do ser humano. O papel da União é fundamental para o êxito destes objetivos, tendo em vista que, nela se encontra o papel de agente na organização do território, bem como na mudança na produção, consoante o descrito no artigo 3º da Lei nº 12.257/01.

Analisando este cenário, o Plano Diretor norteia a política de desenvolvimento urbano pelo meio dos princípios de desenvolvimento do bem-estar dos cidadãos e do desenvolvimento da função social do município. A Política Urbana pode ser definida como um aglomerado de ações do Poder Público, separadamente ou em conjunto com o setor privado, se tornando essenciais à constituição, preservação e melhoria da ordem urbanística, visando melhor desenvoltura dos municípios, em concordância com o artigo 2º da Lei nº 10.267/01.

As finalidades da Política Urbana partem da edificação das funções sociais dos municípios como também da propriedade urbana. É preciso apontar a análise de Garcia que conhece a relevância da inclusão da coletividade nesta Política:

As estratégias se compõem de planos, projetos e programas especiais ligados à ordem urbanística. As ações indicam a efetiva atuação concreta do Poder Público. Este, por sua vez, pode atuar sozinho, investido em seu *ius imperii*, como ocorre frequentemente, mas nada impede e, ao revés, tudo aconselha a que os propósitos urbanísticos tenham a participação das coletividades, inclusive porque são elas também titulares de interesses ligados ao fenômeno urbanístico. O Estatuto da Cidade, aliás, faz expressa referência à tal possibilidade (2008, p. 128).

A instituição das diretrizes para o crescimento urbano foi deixado a cargo da União através da Constituição Federal, em seu artigo 21, inciso XX, que emana: “Compete à União: instituir

diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos” (BRASIL, 1988). Neste parâmetro, as diretrizes governamentais da Política Urbana podem ser encontradas no artigo 2º do Estudo da Cidade, devendo os municípios se nortear por ela, obtendo competência própria, de acordo com o artigo 30 da Constituição Federal Brasileira.

Sendo assim, o Plano Diretor é quem coordena e orienta a atividade administrativa municipal. Nesse sentido, Silva (2010, p. 2) entende que:

Enquanto não traduzido em planos aprovados por lei (entre nós), o processo de planejamento não passa de propostas técnicas e, às vezes, simplesmente administrativas, mas não tem ainda dimensão jurídica. Por isso, enquanto simples processo, o planejamento não opera transformação da realidade existente, não surte efeitos inovadores da realidade urbana. Estes só se manifestam quando o processo de planejamento elabora o plano ou planos correspondentes, com o quê, então, ingressa no ordenamento jurídico pelo seu caráter conformador ou inovativo.

Dessa forma, o Plano Diretor é situado no Estatuto da Cidade, tornando-se elemento decisivo e central da Política Urbana, onde se estabelece através de estudos o planejamento para integrar o desenvolvimento econômico, proteção ambiental e erradicação da miséria junto à integração social. É por meio dele que o gestor e a sociedade definem o que é fundamental para o município, bem como quais são os objetivos e prioridades que se diligenciem a ambicionar como metas de políticas públicas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção deste trabalho busca por entendimentos relativos à importância do planejamento urbano a fim de proporcionar a democracia do acesso à cidade tem sido uma das maiores motivações, interesses e preocupações do proponente dessa pesquisa, durante toda formação acadêmica e profissional, e, principalmente enquanto cidadã.

A fundamentação teórica possibilitou a investigação acerca de entendimentos relativos aos cuidados de que a gestão municipal, tanto por meio da administração executiva, quanto da participação popular, tem que ser no sentido de um planejamento da organização especial com o fim de proporcionar atributos da cidade para todos os cidadãos, englobando serviços e infraestruturas, para melhor atender a população no que tange à qualidade de vida a fim de tenha igualdade de oportunidades, transformando o meio social numa comunidade igualitária.

Pode-se comprovar que o caráter bibliográfico dessa monografia, colaborou de modo significativo para que seu objetivo geral fosse alcançado, ou seja, elucidar a respeito da importância do planejamento urbano a fim de proporcionar a democracia do acesso à cidade.

Para tanto, nos caminhos percorridos, pretendeu-se apresentar subsídios teóricos que respondessem ao problema da possibilidade colaborativa tanto da sociedade civil por meio de sua

efetiva participação, bem como da limitação do direito individual em prol do bem-estar comum, visando à democracia do acesso a cidade, isto é, intentou-se apresentar possíveis soluções ao problema exposto como tendo sido o desencadeador da pesquisa.

Sim, com base tanto nos documentos legais quanto em ideias de diversos autores apresentadas nos primeiros capítulos. É por meio da participação efetiva da sociedade civil que os gestores terão conhecimento das lides enfrentadas pela população ao não dispor da infraestrutura básica. Nesse sentido, os cidadãos têm o poder e até mesmo o dever de cobrar e auxiliar seus gestores na resolução de problemas e necessidades reais devido à má estrutura, ou falta desta, em seus locais de convívio. Diante disso, a audiência pública torna-se um relevante mecanismo para se angariar essa participação, tornando possível que seja ouvida e até mesmo acatada a decisão popular pelos gestores.

Por outro lado, cabe aos gestores promoverem a participação popular, levando até a comunidade a conscientização da importância de seu papel junto às deliberações administrativas. Ao tomar conhecimento das problemáticas enfrentadas pelo cidadão, os gestores devem propiciar pesquisas no sentido de solucionar a desigualdade da distribuição dos atributos acima elencados. Distinguindo o que seja um problema particular de uma situação problemática que afeta o todo, ou seja, deve-se se atentar, enquanto prioridade, as necessidades comuns.

Além do que já foi exposto, torna-se imperioso mencionar que, é somente com a compreensão de cada município de que o indivíduo encontra-se dentro do bem-comum, e este bem-comum compreende toda uma esfera maior – a coletividade – faz necessário o entendimento e a aceitação no que tange à limitação do direito individual em prol do bem-estar comum. Para tanto, é preciso, primeiramente, que o cidadão agregue a empatia ao altruísmo para militar em conjunto com o fim, de fato, de implementar projetos, leis ou planos para solucionar as desigualdades sociais e espaciais. Isso só será possível quando, realmente, a voz e a opinião da população sejam ouvidas a fim de que, efetivamente, participem da tomada de decisões para democratizar o acesso à cidade,

Todas as reflexões desta pesquisa tiveram como intuito, compreender ainda que minimamente, e contribuir na discussão e na procura de respostas acerca do planejamento atual e futuro das medidas para o desenvolvimento socioeconômico e as formas.

Espera-se que essa monografia venha trazer contribuições para futuras investigações científicas sobre o alcance da função social da cidade e sobre o Plano Diretor, enquanto instrumento para tal realização.

Que o esforço de pesquisa e de reflexão aqui realizado, frutifique em desafios para novas pesquisas a respeito desta tão importante questão relativa ao bem-estar comum e à qualidade de vida [digna] proporcionada pelo Estado a cada indivíduo da população. E, nesse sentido, em relação

a esta questão, o Plano Diretor tem muito a contribuir.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.** Brasília, DF, julho de 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acessado em 09/04/2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível no link:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 23/10/2017.

_____. **Decreto Lei nº 311, de 02 de março de 1938.** Dispõe sobre a divisão territorial do país e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0311.htm>. Acessado em 06/05/2018.

_____. **Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014.** Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Brasília-DF; Diário Oficial da União, 2014. Disponível no link:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8243.htm>. Acessado em 01/05/2018.

_____. MINISTÉRIO das Cidades. **O Ministério das Cidades e a política nacional de desenvolvimento urbano.** Brasília, 2006. Disponível em:

<http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/politicas_sociais/ensaio2_ministerio12.pdf>. Acessado em 07/05/2018.

CARVALHO, Sonia Nahas de. Estatuto da Cidade aspectos políticos e técnicos do Plano Diretor. São Paulo. Revista São Paulo Perspec. vol.15 no.4, Oct./Dec. 2001. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400014>. Acessado em 11/12/2017.

CEPAM - Fundação Prefeito Faria Lima. **Plano Diretor passo a passo.** Coordenação de Mariana Moreira. São Paulo, 2005. Disponível em: <http://polis.org.br/wp-content/uploads/Plano_diretor_passo_a_passo.pdf>. Acessado em 20/04/2018.

COMFEA. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. **Plano Diretor Participativo.** Brasília-DF; Ministério das Cidades, 2004. Disponível no link: <

<http://polis.org.br/wp-content/uploads/Plano-Diretor-Participativo-1.pdf>>. Acessado em 02/05/2018.

GARCIA, Júlio César. **Os instrumentos Urbanísticos Jurídicos no Novo Plano Diretor de Foz do Iguaçu – PR.** Paraná: Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 2008. Disponível em: <

https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5Qaf-c5HMbDtJlVVFWTAYqnjC5LpstLxmyi9FzOod0UgLnCswZsFvrEnsZL04oj2cQIClf6fV9ZnxBzO0FKpgDnZAweTplX3ibslB7UfvrRQNT9cAjsTSmUj8DimSOcomvm1Po5WaN9Xaoxa_JF2Y0xKQutNuwuaoE_KKr-XT5cXPpeEssbHLJ8LUUuNJzMNKrqaznLmZL9EX2qWjkw84LVvsU3kaxZ0dzyIUKUETSLBJj>

cveoyRLi5DD3edSTK-_0fQkcQfQnGYNBjKftpWcOo7PM0Omv5OKtM-
uEe7CrbOZxdMWq1U> Acessado em 01/05/2018.

IBGE. **Estatísticas do Século XX**. Rio de Janeiro; Gerencia de edição CCDI, 2006. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv37312.pdf>>. Acessado em 17/02/2018.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ea/v17n48/v17n48a13.pdf>>. Acessado em 10/02/2018.

MENCIO, Mariana *et. al.* **Realizar audiências públicas no município**. São Paulo: Instituto Polis, 2005. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/671/671.pdf>>. Acessado em 07/05/2018.

MOREIRA, Helion França. **O Plano Diretor e as Funções Sociais da Cidade**. Rio de Janeiro: CPRM – Serviço Geológico do Brasil, 2008. Disponível em: < http://www.cprm.gov.br/publique/media/plano_diretor_helion.pdf>. Acessado em 17/03/2018.

REZENDE, Astolpho. **A posse e a sua proteção**. 2 Ed. São Paulo: Lejus, 2000.

REZENDE, Denis Alcides e ULTRAMARI, Clovis. **Plano Diretor e planejamento estratégico municipal: introdução teórico-conceitual**. Rio de Janeiro. Revista Adm. Pública vol.41 no.2; Mar./Apr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000200005>. Acessado em 11/11/2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

SOARES, Evanna. **A audiência pública no processo administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46444/45190>>. Acesso em 19/03/2018.

SOUZA, Elaine Gonçalves Weiss de e SOUZA, Mariana Barbosa de. **A (Des)necessidade de Audiências Públicas como critério formal para alterações legislativas referente a Plano Diretor Municipal**. Santa Catarina. XI Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2014. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11782/1534>>. Acessado no dia 10/11/2017.

VILLAÇA, F. Dilemas do Plano Diretor. **O município no século XXI: cenários e perspectivas**. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima Cepam, 1999.

MATERNIDADE E SISTEMA PRISIONAL: OS FILHOS DO CÁRCERE E A INÉRCIA ESTATAL

João Ricardo dos SANTOS¹

Ana Carolina D'avanzo de Oliveira CANDIDO²

RESUMO

As mulheres, quando encarceradas, são submetidas a um sistema opressor e vastamente masculinizado. Padecem do descaso das autoridades e do Estado na concessão e elaboração de medidas que viabilizem o cumprimento da pena privativa de liberdade, e, a problemática se agrava ao abordar o cárcere materno. Desta forma, tem-se o objetivo de apontar as omissões estatais no que tange os estabelecimentos prisionais, sendo este, um sistema verificadamente falido e com resultados questionáveis tanto na ressocialização do apenado, quanto nas sequelas que recaem sobre filhos concebidos ou não no sistema. Utilizando-se do método dedutivo, realizar-se-á um estudo doutrinário e legal, relativamente às necessidades das mulheres encarceradas, principalmente no tocante aos filhos, a consequência de sua vivência e desenvolvimento nas unidades prisionais, e, porventura, a ruptura do laço materno, além da ausência da elaboração de políticas públicas que resguardem o cumprimento da pena privativa de liberdade. Mormente, foram utilizadas obras literárias, artigos e relatórios destinados à buscar soluções ao sistema prisional, além, de livros de Direito Penal, Processo Penal e análise jurisprudencial. Destarte, buscou-se apresentar as medidas alternativas como solução eficaz e, substituindo, por vezes, o cárcere.

PALAVRAS-CHAVE: Mulheres; Cárcere; Filhos;

ABSTRACT

Women when incarcerated, are subjected to oppressive system and vastly mannish. Suffer from the neglect of the authorities and of the State in granting and preparation of measures to enable the enforcement of custodial sentence, and, the problem worsens when approaching the prison. In this way, has the objective of pointing out the omissions in the State prisons, being this, a system broke and with questionable results both in the resocialization of the apenado, as the sequels that fall on children conceived or not in the system. Being used of the deductive method, he/she will take place a doctrinaire and legal study, relatively to the imprisoned women's needs, mainly concerning the children, the consequence of his/her existence and development in the units prisionais, and, by chance, the rupture of the maternal bow, besides the absence of the elaboration of public politics that protect the execution of the private feather of freedom. Especially, literary works, goods and reports were used destined to look for solutions to the system prisional, beyond, of books of Penal, Process Penal and analysis jurisprudencial. Like this, it was looked for to present the alternative measures as effective solution and, substituting, for times, the jail.

KEY WORDS: Women; Prison; Children;

INTRODUÇÃO

Precipuamente, cediço que as discussões acerca da intervenção estatal, no tocante à segurança pública, são temas corriqueiros no âmbito jurídico. Muito se questiona quanto a

1 Graduando do 10º. Semestre Noturno do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO.

2 Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO.

efetividade, necessidade e profundidade que a atuação do Estado deve adentrar na vida dos particulares, a fim de dirimir os conflitos existentes que se direcionam para a seara penal.

Neste diapasão, quanto aos debates concernentes ao referido tema, os mesmos tangenciam-se, em sua grande maioria, na direção de dois núcleos centrais, os quais evidenciam conceitos opostos, quais sejam: o abolicionismo penal e o Direito Penal Máximo. O primeiro trata-se de um conjunto de conceitos que deslegitimam a pena e até mesmo o próprio Direito Penal como um todo. Neste sentido, propugna pela extinção do ramo jurídico, por constituir um suplício falho e ineficaz, partindo da premissa da sua substituição por diferentes formas de conciliação e reparação, sem a necessidade de intervenção do Estado no dissídio. Já a seu turno, o Direito Penal Máximo, também intitulado como Movimento Lei e Ordem, defende a ampliação da abrangência e atuação do Direito Penal, até mesmo em relação à intensificação e exacerbação das penas, incluindo investimento nos estabelecimentos prisionais, e assim, solucionar as falhas do sistema carcerário, tal qual da segurança pública.

Mormente, a par do confronto supramencionado e ao centro das concepções extremas explicitadas, encontra-se o Direito Penal Mínimo (ou Direito Penal do Equilíbrio), o qual o Direito Penal se manifesta como *ultima ratio*, isto é, sua aplicação como última medida cabível, nas hipóteses em que esgotarem as demais formas possíveis de resolução de conflitos. Assim, a privação da liberdade consiste em regime de exceção e sua aplicação estaria restrita apenas a casos de extrema necessidade.

Destarte, analisando os conceitos delineados, faz-se imprescindível buscar soluções que se preocupem com questões ordinárias, incluindo medidas penais repressivas relacionadas ao cerceamento da liberdade. Dentre elas, o impacto da penalização e do encarceramento do apenado sobre a família, particularmente no que tange aos danos causados aos filhos dos detentos.

Não obstante, neste contexto emblemático de efeitos negativos do encarceramento do genitor sobre os descendentes, destaca-se uma indispensável e intensa relevância quando se trata do encarceramento feminino. Embora o número de mulheres cumprindo suas penas privativas de liberdade em estabelecimentos prisionais seja crescente, a ausência de materiais que discutem o aludido tema é um fato. Ressalta-se ainda que se as prisioneiras são consideradas invisíveis, tal fato sofre considerável acréscimo quando “volta-se os olhos” para as crianças provenientes ou não do cárcere, sendo um episódio ainda mais estarrecedor. Ademais, neste mesmo sentido percorrem as autoridades, omitindo-se quanto a elaboração e efetivação de normas e preceitos que regulem diretamente à custódia feminina.

As mulheres, quando sujeitas ao encarceramento, resistem às mazelas inerentes ao estado de privação da liberdade, padecem do abandono, seja das autoridades que deveriam assegurar o

efetivo cumprimento da reprimenda criminal (o qual se manifesta na ausência de políticas públicas que reconheçam a mulher como um ser humano passível de direitos e garantias), da sociedade e na maioria das vezes dos familiares.

Paralelamente, a pena privativa de liberdade, que deveria retirar apenas o direito de ir e vir das mulheres que estão sob custódia do Estado com intuito de ressocializá-las, consoante ao que será abordado, a negligência, indiferença e desinteresse a que são submetidas afetam costumeiramente direitos que não deveriam ser infringidos, excedendo as esferas de suas vidas e lesionando de maneira direta sua prole.

Por intermédio do método dedutivo, realizar-se-á um estudo doutrinário e jurídico-legal relativo às necessidades inerentes as mulheres encarceradas, especialmente, durante o período gestacional e, a consequência tanto para a apenada quanto para o recém-nascido, além da ruptura do laço familiar a que são submetidos, a vivência infantil nos estabelecimentos penitenciários e a escassez de elaboração e implementação de políticas públicas destinadas a atender exclusivamente às mulheres, que não são, em regra, atendidas pelas políticas prisionais existentes, em razão do machismo enraizado na sociedade.

Para tanto, será necessário analisar livros, artigos e revistas científicas que tratem sobre o tema ou sejam a ele correlatas, notadamente obras de Direito Penal, Processual Penal e Constitucional, além de análise legal e jurisprudencial, com intuito de fundamentar os posicionamentos contemporâneos existentes sobre o tema.

Destaca-se que além de ponderar acerca do sistema carcerário feminino, faz-se necessário adentrar nos estabelecimentos masculinos. É notório que as penitenciárias foram idealizadas, num primeiro momento, para atender exclusivamente o gênero masculino, na concepção do Estado e da sociedade, os quais estariam superlotados de homens e nenhuma mulher e, principalmente, crianças. Contudo, subestimam o fato de que uma vez por mês alguns desses “presos” menstruam, às vezes até engravidam, o que acarreta consequências ao Estado, ao sistema prisional, e, essencialmente, à gestante e ao recém-nascido.

PUNITIVISMO ESTATAL: A FALÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A DECLARAÇÃO DO ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL

Precipuamente, consiste denotar que a privação da liberdade consiste no aprisionamento dos indivíduos em estabelecimentos, que historicamente propõe distintos objetivos e existe desde o início do processo de civilização da humanidade. No progresso histórico das sociedades, as punições aos transgressores dos preceitos sociais e/ou jurídicos, que inicialmente era de maneira direta condicionada à pena corporal, deu lugar a pena de prisão.

Não obstante, nos ensinamentos de Daniela Canazaro de Mello, em dados momentos não se legitimava a pena de prisão como sanção autônoma, sendo utilizada apenas com o intuito de custodiar os indivíduos que ainda seriam submetidos a penas corporais e à pena de morte (2016, p. 25). Destarte, a função do encarceramento, no percorrer de seu aperfeiçoamento, teve como intuito somente a finalidade meio, ou seja, resguardar a integridade física do delinquente até o seu julgamento. Nas palavras de César Roberto Bitencourt “a prisão era utilizada como uma espécie de antessala de suplícios”. (2011, p. 05).

Sobretudo, como bem explica Daniela Canazaro de Mello, entre os séculos XVII e XIX, os Estados Unidos e a Europa ponderam acerca do emprego dos castigos corporais, mediante a elaboração de projetos e reformas e diante deste cenário, tem-se a implementação da pena de prisão. Assim, a punição física dá espaço à custódia do transgressor ao Estado. (2016, p.26).

Nesse diapasão, ao delinear a passagem dos suplícios à aplicação da pena privativa de liberdade, Michel Foucault bem ilustra que a punição corporal deixou de ser considerada uma um ato consuetudinário. Em suas palavras:

A punição pouco a pouco deixou de ser uma cena. E tudo o que pudesse implicar de espetáculo desde então terá um cunho negativo; e como as funções da cerimônia penal deixavam pouco a pouco de ser compreendidas, ficou a suspeita de que tal rito que dava um “fecho” ao crime mantinha com ele afinidades espúrias: igualando-o, ou mesmo ultrapassando-o em selvageria, acostumando os espectadores a uma ferocidade de que todos queriam vê-los afastados, mostrando-lhes a frequências dos crimes, fazendo o carrasco se parecer com criminoso, os juízes aos assassinos, invertendo no último momento os papéis, fazendo do supliciado um objeto de piedade e de admiração. (FOUCAULT, 1999, p. 13).

Em suma, a ideia de punição corporal e pública cede lugar a intenção de ressocialização do indivíduo transgressor, apresentando o cárcere como um método mais humano de punição, em decorrência da prática de um ato em desconformidade com o ordenamento jurídico. Assim, superado os suplícios, a pena é inserida na sociedade com o intento de reinserção social.

Já no decorrer dos séculos XIX e XX, a pena privativa de liberdade passa a ser considerada o principal instrumento do sistema penal, ocasionando assim, um crescimento mundial do novo modelo punitivo. Neste sentido, Daniela Canazaro de Mello afirma que “a punição é igual à prisão e dessa maneira faz parte do imaginário popular associar a pena à prisão e entender que a única forma de castigo seria o aprisionamento”. (2016, p. 29).

Outrossim, com a ascensão da pena de prisão e sua associação à punição, o crescimento populacional de pessoas cumprindo suas condenações em estabelecimentos prisionais ocasiona uma superlotação nos mesmos. O encarceramento em massa é aceito pela sociedade, incentivado pela mídia sensacionalista e imposto pelas autoridades, que expõe a privação de liberdade como meio de punição e reinserção social efetiva. Assim, Débora Regina Pastana elucida que a execução da ação penal, no que tange os governantes e a sociedade, são caracterizadas pela ilegalidade e pela

arbitrariedade (2003, p. 17). Com a prática de delitos, a sociedade espera uma resposta legítima das autoridades. Todavia, o que acontece atualmente é que o conceito de punição exemplar e justa é igualado, indiscutivelmente, à privação de liberdade, o que conseqüentemente corrobora para a atual superlotação dos estabelecimentos carcerários.

Ademais, a crise no sistema penitenciário abrange o sistema de justiça criminal como um todo, o Estado se releva inapto na aplicação da lei e na garantia da segurança pública, a prática dos delitos crescem e a ideia de impunidade se expande. Nos dizeres de Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, a tendência é a expansão das normas penais, as quais alcançam situações ou bens jurídicos anteriormente não regulados, afirmando ainda que o Direito Penal passa a ser aplicado como resposta aos conflitos e problemas sociais oferecidos pelo Estado. Em suas palavras:

A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado frente às demandas de segurança e penalização da sociedade, expressa pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito (2009, 102).

Deste modo, a população carcerária é reflexo da política de encarceramento e do direito penal sendo utilizado como resposta à segurança pública. Assim, a esfera punitiva se torna um mecanismo simbólico de controle no qual a sociedade está inserida e retrata a cultura do medo, além de reproduzir uma ideia de impunidade, reivindicando do poder público uma solução efetiva. Assim, a superlotação pode ser atribuída à fúria condenatória do Poder Judiciário, bem como a preferência pela pena privativa de liberdade ao invés de penas alternativas. E neste esforço, o debate quanto à segurança pública direciona-se a dois eixos centrais e antagônicos, sendo eles o Abolicionismo Penal e o Direito Penal Máximo.

Primeiramente, o Abolicionismo Penal defende a extinção do ramo jurídico do Direito Penal, por não reconhecer justificável para sua aplicação. Como bem explica Luiz Fernando Kazmierczak, tal corrente garante que o aludido ramo jurídico apresenta mais resultados negativos que positivos, sendo necessária sua eliminação como forma de controle repressivo por parte do Estado (2010, p. 99).

Ademais, o discurso abolicionista propugna pela cessação do Direito Penal como ramo jurídico utilizado para dirimir conflitos e impor aos transgressores das normas a possibilidade de terem suas vidas privadas da liberdade, por ser considerado um sofrimento desnecessário e sem efeitos positivos, além de apresentar como meio mais eficaz a substituição do Direito Penal por diferentes formas de conciliação e reparação, sem a intervenção do Estado no litígio.

Por outro lado, e, no outro extremo da discussão, encontra-se o discurso do Direito Penal Máximo (Movimento Lei e Ordem), o qual defende a expansão do âmbito de abrangência e atuação do Direito Penal, a intensificação das penas, incluindo também investimentos nos estabelecimentos

prisionais, solucionando os problemas do sistema carcerário e proporcionando a efetivação da desejada segurança pública.

Paralelamente, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária apresenta a ideia central do Movimento Lei e Ordem, inclusive repelindo-a, afirmando que apoiar o fortalecimento penal é continuar alimentando a espiral da criminalidade:

Aumentar as taxas de encarceramento, adotar o modelo de superprisões, ignorar a seletividade penal, idolatrar a pena privativa de liberdade, eleger facções criminosas como problema central, apoiar a privatização do sistema penal, combater apenas a corrupção da ponta, judicializar todos os comportamentos da vida, potencializar os movimentos sociais e defensores de Direitos Humanos e considerar o sistema prisional adjacente e consequente das polícias. Essa linha, ao que parece, satisfaz setores da mídia que alimentam um pernicioso fatalismo e um sentimento de vingança no povo brasileiro. (BRASIL, 2011, p. 01).

Outrossim, Salah H. Khaled Jr, afirma que o discurso de ódio difundido pela mídia fomenta à sociedade, fazendo com que no imaginário popular o sofrimento do transgressor da norma vigente, seja a resposta à segurança pública e impunidade, em suas palavras:

Vivemos em um contexto no qual o tratamento penal da miséria é cada vez mais aceito como remédio para as mazelas do corpo social, fazendo do sistema penal um mecanismo de gestão da pobreza e de avanço totalitário da indústria de controle do delito. Com isso são possíveis dois efeitos perversos: calabouços brutalmente desumanos são aplaudidos pela população seduzida pelo discurso de ódio. Isso faz com que seja aceitável a ampliação de meios de controle antidemocráticos, supostamente para garantir “nossa” segurança. O discurso de ódio da grande mídia faz com que qualquer medida de intensificação da repressão seja comemorada, pois a percepção generalizada é de que o sistema é conivente com a criminalidade, apesar dos índices massivos de encarceramento. (2018, p.58)

Com efeito, o instituto em tela vem ganhando representatividade, sustentado pelos meios de comunicações, que em sua maioria, apreciam a violência quando impetrada contra o agente infrator da norma, enraizando na população a ideia de indispensabilidade do Direito Penal como proteção e resolução do crime ou criminoso.

Não obstante, ao centro dos movimentos extremistas supramencionados encontra-se o Direito Penal Mínimo (Direito Penal do Equilíbrio), o qual se manifesta o ramo jurídico até aqui discutido atua apenas como *ultima ratio*, ou seja, o Direito Penal sendo aplicado como última medida cabível, somente nas hipóteses em que se esgotarem os demais ramos de resolução de conflito. Defendendo assim a mínima intervenção do Estado, o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária se manifesta acerca deste conceito:

Criar um novo espiral, da cidadania e da responsabilização, ao reduzir as taxas de encarceramento, descriminalizar condutas, ter modelos distintos de prisões para cada segmento, combater a seletividade penal, buscar menos justiça criminal e mais justiça social, investir na justiça restaurativa, empoderar a população para busca de solução dos conflitos, priorizar as penas alternativas à prisão, eleger o sistema prisional como problema central, fortalecer o Estado na gestão do sistema penal, combater todos os níveis da corrupção, enfrentar a questão das drogas a suas múltiplas dimensões (social, econômica, de saúde, criminal), fortalecer o controle social sobre o sistema penal e ter política, método e gestão específica para o sistema prisional. (BRASIL, 2011, p. 01).

Portanto, diferentemente dos conceitos de extinção ou expansão deste ramo jurídico, o Direito Penal Mínimo prioriza a redução da intervenção estatal, conscientizando à sociedade acerca da eficácia das penas alternativas, investindo em justiça restaurativas, optando pelo sistema prisional apenas em casos de extrema necessidade e relevância, diminuindo ainda a seletividade criminal.

Nessa toada, o sistema prisional brasileiro, de acordo com o apontado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, no primeiro semestre de 2016, possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América e China, contabilizando 726.712 pessoas privadas de sua liberdade (DEPEN, 2017, p. 17). Soma-se a informação acerca da disparidade entre o número de vagas disponíveis em todas as unidades (368.049), significando que 78% dos estabelecimentos penais em todo o país estão superlotados, isto é, persistindo um déficit de 358.663 vagas. Em outras palavras, em uma cela com capacidade para dez pessoas, são colocadas em média de dezesseis indivíduos encarcerados. (2017, p. 8 - 25).

Deste modo, indubitavelmente, a crise do sistema penitenciário decorre da superlotação carcerária, o que está amplamente interligada a ideia de punitivismo enraizada na sociedade, e, diante desse quadro, a violação a direitos e preceitos fundamentais se torna recorrente na vida dos encarcerados.

Mormente, considerando a realidade dos estabelecimentos prisionais, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, ajuizou a Arguição de Preceito Fundamental – ADPF 347, pleiteando a Declaração do Estado de Coisa Inconstitucional. Preliminarmente, cumpre salientar que, nos ensinamentos de Márcio Cavalcante, este instituto surge ante a existência de graves violações a direitos fundamentais, motivados pela inércia ou incapacidade das autoridades em converter tal conjuntura, de modo que apenas alterações estruturais e mediante a atuação de órgãos competentes pode modificar a estrutura do sistema penitenciário (2015).

No julgamento da citada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, - a qual vislumbra discutir a atual conjuntura dos estabelecimentos prisionais, o Relator Ministro Marco Aurélio Mello declarou que a superlotação carcerária e as condições que se encontram as penitenciárias caracterizam um cenário incompatível com o assegurado pela Constituição Federal. Além do mais, não servem à ressocialização dos apenados, aumentando a criminalidade e transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. Alude ainda que:

[...] no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento

degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre (BRASIL, p. 26).

Pessoas detidas em estabelecimentos prisionais têm cotidianamente seus direitos e preceitos fundamentais transgredidos. Com as vagas em menores proporções, as torturas e tratamentos cruéis a que os presos são submetidos, além do escasso acesso à educação, trabalho, saúde e segurança dentro dos estabelecimentos, faz-se indispensável a Declaração do Estado de Coisa Inconstitucional.

Destarte, o julgamento da medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental concedeu ao juiz constitucional a possibilidade de atribuir aos Poderes Públicos a necessidade de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, além do dever de fiscalizar a efetiva implementação. Dentre elas, encontra-se a obrigatoriedade das audiências de custódias, destinados aos presos em flagrante, visando inibir prisões ilegais e arbitrárias, corroborando desta forma, para a redução de presos provisórios nas unidades prisionais. (BRASIL, 2015).

Notadamente, a atual conjuntura dos estabelecimentos prisionais viola de forma aviltante o estabelecido na Carta Magna, visto que essa, garante aos reeducandos o respeito à integridade física e moral, assegurando ainda aos condenados todos os direitos fundamentais. Desta forma, o Estado, ao privar alguém de sua liberdade, assume a responsabilidade de assegurar a integridade dos penados na execução da pena privativa de liberdade. Nesse sentido, Edson Fachin, ao votar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, aludiu acerca da responsabilidade do Estado para com àqueles que se encontram privados de sua liberdade:

Quando o Estado atrai para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena visando à ressocialização do condenado, atrai, conjuntamente, a responsabilidade de efetivamente resguardar a plenitude da dignidade daquele condenado sob sua tutela. A pena não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquela que a cumpre. Deve funcionar sim como fator de reinserção do transgressor da ordem jurídica, para que reassuma seu papel de cidadão integrado à sociedade que lhe cerca. (BRASIL, 2015, p. 58).

Em suma, é responsabilidade do Estado zelar pela integridade dos que estão sob sua custódia pois, apesar do *jus puniendi* conferido à ele, têm-se também o dever de garantidor, sendo incompreensível deixar que os condenados a pena privativa de liberdade cumpram suas reprimendas criminais de forma desumana em celas superlotadas, sem qualquer respeito aos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico vigente.

Porquanto, parcela da superpopulação carcerária decorre, indiscutivelmente, do punitivismo implementado na sociedade, que clama por uma solução à segurança pública. E o Poder Judiciário, apresentando o expansionismo penal como tal, utilizando-se da pena de prisão como

resposta; abarrotando os estabelecimentos sem quaisquer preocupações com os direitos e garantias constitucionais; omitindo-se da concessão e implementação de medidas alternativas à pena de prisão, transgredindo diretamente o determinado na Constituição Federal e demais normas vigentes. A responsabilidade pela integridade física e moral dos apenados indubitavelmente é do Estado, devendo este, zelar e possibilitar um cumprimento efetivo da pena.

MULHERES E CÁRCERE: O SISTEMA PRISIONAL SOB A PERSPECTIVA DE GÊNERO

Se por um lado as afrontas aos direitos e garantias dos apenados ocorrem de maneira estereotipada, o que aconteceu e acontece nos estabelecimentos prisionais femininos é ainda mais alarmante. O desdém para com as mulheres que cumprem pena privativa de liberdade e as especificidades por elas necessitadas (e não fornecidas), compõem a conturbada história do sistema prisional feminino brasileiro.

As mulheres, quando sujeitas ao encarceramento, são regidas por um sistema patriarcal, que enfatiza ainda mais a desigualdade social e exclusão social da mulher em relação ao homem. Neste entendimento, Soraia da Rosa Mendes, ao abordar acerca do estudo do crime como um todo, ensina que esse “a criminologia nasceu como um discurso de homens, para homens, sobre as mulheres. E, ao longo do tempo, se transformou em um discurso de homens, para homens e sobre homens”. (2014, p. 157).

Cumprido salientar que os estabelecimentos prisionais desde a sua elaboração foram destinados a atender o gênero masculino, sendo as mulheres tratadas apenas como uma variante e, nunca, como sujeito. A título exemplificativo, Daniela Canazaro de Melo discorre que, embora o Código Penal do Império de 1930 fizesse referência às mulheres, proibindo a pena de morte e o julgamento das encarceradas enquanto grávida, no Brasil, somente com o advento do Código de 1940 (o qual privilegiava a moderação do poder punitivo por parte do Estado), a separação física entre homens e mulheres passou a ser obrigatória, sendo que o legislador à época determinou ainda que as apenadas estariam sujeitas apenas ao trabalho interno, diferentemente do previsto aos apenados, - evidenciando que, não obstante a mulher tenha deixado de ser invisível aos olhos do legislador, ele restringiu seus direitos, permitindo que apenas os homens pudessem laborar fora dos estabelecimentos prisionais (2016, p. 41-42).

Deste modo, conclui-se que as mulheres, quando encarceradas, são submetidas a um sistema opressor e masculinizado, fruto da ideologia patriarcal que ainda se faz presente no contexto social. Ademais, Soraia da Rosa Mendes ensina que:

Pode-se entender por patriarcado a manifestação e institucionalização do domínio masculino sobre mulheres e crianças da família, e o domínio que se estende à sociedade em geral. O que implica que os homens tenham poder nas instituições importantes da

sociedade, e que privam as mulheres do acesso às mesmas. Assim como também, se pode entender que o patriarcado significa uma tomada de poder histórica pelos homens sobre as mulheres, cujo agente ocasional foi a ordem biológica, elevada tanto à categoria política, quanto econômica. (MENDES, 2014, p. 88).

O contexto histórico da mulher, tanto na sociedade quanto nas penitenciárias são envoltas ao sistema patriarcal, em que os homens são tidos como seres superiores e, as mulheres, suas propriedades. Nesse sentido Simone de Beauvoir afirma que o lugar da mulher na sociedade sempre foi estabelecido por homens e, em nenhuma época, a mulher impôs sua própria lei. (1970, p. 98).

Destarte, durante toda evolução histórica, observa-se a resistência em se tratar a mulher como um sujeito de direito em razão do patriarcalismo, isto é, o machismo enraizado na sociedade faz com que mulheres sejam sujeitas à desigualdade social sendo inseridas em um contexto opressor. Neste mesmo sentido percorre o sistema prisional que, de acordo com Daniela Canazaro de Mello (2016, p. 40), foi idealizado para acolher os desvios comportamentais exclusivos dos homens, o que está diretamente interligado à condição de minoria feminina no sistema patriarcal masculino, submetendo-a um estado de invisibilidade.

Ao elucidar acerca da (in) visibilidade das mulheres, Heid Ann Cerneka defende que somente com o crescimento da população carcerária feminina, as mulheres estão sendo vistas como seres distinto do sexo masculino. Aponta ainda que o Estado e os governantes têm conhecimento dessa expansão nas penitenciárias femininas, entretanto, não sabem como lidar com a situação. Elucida que a maioria dos estabelecimentos são locais adaptados, em suas palavras:

No mundo inteiro os Estados começaram a “adaptar” os prédios, fossem eles um antigo convento, um colégio, uma unidade para adolescentes ou mesmo uma unidade masculina, com a intenção de conter a população prisional feminina que não parou de crescer. Tais medidas, além de não se constituírem tratamento digno nem adequado à mulher encarcerada, em pouco tempo tornou os estabelecimentos superlotados com sistemas de água, luz e coleta de lixo não condizentes com tamanho da população. Com o Brasil não foi diferente. Desse modo, é quase impossível encontrar um presídio feminino que realmente foi construído para este fim. (2009, p. 66-67).

Com efeito, de acordo com o Relatório realizado no ano de 2014 pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, destacam-se alguns estabelecimentos que em sua concepção não seriam destinados ao cárcere feminino, entre eles: a Penitenciária de Sant’ana, localizada no Estado de São Paulo, construída em 21 de abril de 1920, destinada a atender o sexo masculino. No entanto, desde 08 de dezembro de 2005, o estabelecimento passou a acolher mulheres; a Penitenciária Feminina Santa Maria Eufrásia Pelletier, inicialmente fundada para abrigar um hospital designado ao tratamento de pessoas com tuberculose, foi transformada em um reformatório, administrado por religiosas, e, atualmente, abriga mulheres presas em regimes fechados e algumas que estão detidas provisoriamente (BRASIL, 2014, p.03).

Inegavelmente, em sua maioria, as unidades prisionais destinadas a atender às mulheres

são ambientes adaptados. E, apesar do crescimento populacional feminino, elas padecem do descaso e omissão do Estado e dos governantes, que apesar de saberem de sua existência, ignoram.

Ora, apesar da invisibilidade feminina no sistema carcerário se pautar, de acordo com as autoridades, pelo número ‘insignificante’ de mulheres nos presídios, se comparado aos homens, ocasionando o escasso investimento em estabelecimentos próprios e adequados, além da ausência de políticas públicas, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, destinado aos estabelecimentos femininos, relata que no primeiro semestre de 2016, a população prisional feminina atingiu 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que significa um aumento de 656% em relação ao registrado no início dos anos 2000, época em que menos de 6 mil mulheres faziam parte do sistema (BRASIL, p. 14).

Com o aumento significativo de mulheres cumprindo pena, tem-se a necessidade de locais adequados, conforme previsto na Lei de Execuções Penais. Nesse sentido, o INFOPEN Mulheres confirma o abordado no presente trabalho, apontando que a maior parte dos estabelecimentos prisionais foram projetadas para o público masculino. Assim, 74% das unidades são destinadas aos homens, enquanto apenas 7% ao público feminino, e outros 16% mistos, isto é, contam com alas /celas específicas para as mulheres, dentro de estabelecimentos originalmente masculinos (BRASIL, p.22).

Noutro diapasão, faz-se imprescindível uma análise no ordenamento jurídico vigente e suas determinações quanto ao cerceamento da liberdade da mulher e as exigências quanto a custódia de gestantes e crianças. Extrai-se do artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal de 1988, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. Todavia, a Lei de Execução Penal – LEP, permite que os estabelecimentos masculinos e femininos ocupem o mesmo conjunto arquitetônico, desde que devidamente isolados, conforme previsto no artigo 82, §2º da legislação em tela.

Nesta mesma toada, em seu artigo 89, *caput*, a Lei de Execução Penal dispõe que “a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

Mormente, apesar da legislação vigente, conforme abordado na pesquisa em tela, é notório que a realidade dos estabelecimentos prisionais diverge do determinado em lei. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, versa acerca da custódia feminina, ressalta o sofrimento das mulheres encarceradas ante a ausência de estabelecimentos próprio e adequado, não havendo berçários, locais destinados à gestante e à parturiente ou creches para abrigar crianças maiores de seis meses e menores de sete anos. Destaca

a falta de cuidados com a saúde das gestantes presas – não sendo assegurado acompanhamento médico, no pré-natal e no pós-parto, ou ao recém-nascido – bem, como a carência de ginecologistas e de fornecimento regular de absorventes íntimos e outros materiais de higiene. (BRASIL, p. 06)

Assim, as variantes envolvendo o sistema penitenciário feminino abrangem a carência de locais adequados para o desenvolvimento infantil – que apesar de previsão legal, não se verifica sua aplicação na prática; a ruptura do laço materno e, por vezes, familiar, além da inexistência de políticas públicas específicas destinadas à mulher e a maternidade.

Igualmente na ausência de estabelecimentos prisionais, percorrem as autoridades na concessão e implementação de benefícios e políticas públicas destinadas à custódia feminina. A título exemplificativo, no dia 11 de maio de 2018, a Presidência da República promulgou o Decreto nº. 9.370/2018, concedendo o benefício do Indulto especial e comutação de penas às mulheres presas, em razão do Dia das Mães. Dentre as alterações existentes entre o Decreto de 12 de Abril de 2017, Decreto nº. 9.246/2017 – denominado Indulto Natalino; e o Decreto nº. 9.370/2018 – Dia das Mães, vislumbra-se que não há mais a necessidade de que a gravidez seja considerada de alto risco, bastando a comprovação da gestação, e; a atual redação do Decreto possibilita a concessão do Indulto às mulheres que sofreram aborto natural dentro do sistema carcerário, condenadas a pena privativa de liberdade. (BRASIL, p. 05).

Ademais, surpreendentemente, somente com o advento da Lei nº. 13.434/2017, em 13 de abril de 2017, a qual inseriu o parágrafo único ao artigo 292, do Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, vedando-se o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e na fase de puerpério imediato. Ressalta-se que o Brasil, no ano de 2010, participou da elaboração e aprovação das Regras de Bangkok³, que abrange 70 medidas complementares para o tratamento das mulheres submetidas ao cerceamento da liberdade, dentre elas, a norma de número 24 estabelecia a não utilização das algemas durante o trabalho de parto e no período posterior. No entanto, essa determinação, assim como outras, padecia sem o devido cumprimento.

Cediço que com o avanço da população carcerária feminina, cria-se, inevitavelmente, um múnus ao Estado, isto é, a necessidade de concessão de infraestruturas que atendam as especificidades das custodiadas, gestantes e filhos, advindos ou não do cárcere. Desta forma, conforme consta no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, apresentado no ano de 2008, com o intento de apurar a realidade carcerária brasileira, a omissão estatal vai além da ausência de estabelecimentos adequados:

3 Trata-se do marco normativo internacional que aborda a problemática envolvendo as diversidades que compreende o cárcere feminino. São chamadas de Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e outras medidas alternativas destinadas às infratoras, propondo providências que atendam as especificidades das custodiadas, tanto no âmbito da execução penal, quanto na concessão de medidas alternativas, com fito de evitar o cárcere da mulher.

Nas cadeias femininas, nem mesmo absorvente higiênico ou remédios para cólicas estão disponíveis. Se a menstruação for acompanhada de dor, não há remédio, a não ser reclamar. Quanto aos absorventes, quando são distribuídos, são em quantidade muito pequena, dois ou três por mulheres, o que não é suficiente para o ciclo menstrual. A solução? As mulheres pegam o miolo do pão servido na cadeia e os usam como absorvente. (BRASIL, 2008, p. 298).

Ademais, denota-se que a invisibilidade feminina provém de uma sociedade machista e opressora quando se trata das mulheres, principalmente, das encarceradas. Evidencia-se um sistema prisional masculinizado, em que homens legislam para homens e sobre homens, abstendo-se, em sua maioria, da situação das mulheres que cumprem pena. Salienta-se ainda que, apesar do número crescente dentro dos estabelecimentos, o Estado e os governantes se omitem quanto a concessão do mínimo para a vida digna, levando com que mulheres usem miolo de pão como absorvente, além da inércia quanto a elaboração e implementação de políticas públicas destinadas a atender exclusivamente o gênero feminino.

A (IN)VISIBILIDADE FEMININA NO SISTEMA PRISIONAL: GESTAÇÃO NO CÁRCERE

Relativamente à custódia feminina, resta exemplificado o escasso acesso às políticas públicas e o atendimento às especificidades das detentas, o que inevitavelmente excede o âmbito de suas vidas e lesionam de maneira direta seus filhos, provenientes ou não do sistema carcerário. Desta forma, a pena privativa de liberdade, que deveria apenas retirar o direito de ir e vir dos custodiados com o fito de ressocialização, transgridem, por vezes, de maneira irreversível a vida da família e filhos das apenadas. Neste sentido, Heid Ann Cerneka assevera que no momento da sentença ou da prisão preventiva, não se pode considerar a mulher infratora isoladamente, já que ela faz parte de um sistema familiar e as consequências da decisão do Poder Judiciário recairá fatalmente sobre seus herdeiros e familiares (2009, p. 70).

Indubitavelmente, o estado de privação além de sujeitar à mulher a uma condição de invisibilidade ainda maior, expõe a criança, a uma situação de vulnerabilidade. Sujeitar um recém-nascido à vivência em estabelecimentos prisionais falidos é ainda mais brutal que condicionar a prática de um delito a pena privativa de liberdade de homens e mulheres ao atual cenário do sistema prisional brasileiro.

Relativamente ao direito da custodiada permanecer com o recém-nascido na fase de amamentação, a Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 5º, inciso L, dispõe *in verbis*: “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”. Nesse mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁴ – Lei

4 O artigo 14 dispõe que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e,

8.069/1990, bem como o Código Civil⁵ – Lei 10.406/2002, resguardam o poder familiar do genitor com sentença penal condenatória transitada em julgado, determinando, num primeiro momento, apenas sua suspensão.

Notadamente, o ordenamento jurídico vigente busca oportunizar a apenada ao convívio com o herdeiro durante o período de amamentação, resguardando ainda, o poder familiar mesmo após a ruptura do laço materno dentro dos estabelecimentos prisionais. Com o intento de tornar possível o desenvolvimento do recém-nascido no sistema prisional, o legislador determinou que as unidades prisionais destinadas às mulheres fossem aptas a recebe-los, isto é, locais com berçários onde as custodiadas possam cuidar de sua prole por, no mínimo, seis meses de idade, na forma do artigo 82, §2º da Lei de Execução Penal.

O mesmo diploma legal, em seu artigo 89, *caput*, conforme já abordado na presente pesquisa, assegura que as penitenciárias femininas serão dotadas de seção para gestante e creches para acolher crianças maiores de seis meses e menores de sete anos, com a finalidade de assistir a criança desampara quando a genitora, única responsável, estiver cumprindo pena.

Ocorre que, segundo o Relatório Nacional de Penitenciária, destinado exclusivamente às Mulheres – INFOPEN, apenas 14% das unidades femininas ou mistas contam com berçários e/ou centro de referência materno-infantil os quais, compreendem espaços que comportam crianças até 02 anos de idade. Afirma ainda que contabilizando todas as unidades que declaram conter locais adequados – em conformidade com a legislação, têm capacidade para atender até 467 bebês. E, se considerarmos os estabelecimentos femininos ou mistos que contam com creches, destinados a receber crianças acima de 02 anos, apenas 3% das unidades se declaram aptas, contemplando uma capacidade para receber até 72 crianças com esta idade. Mormente, segundo relatório em tela, 74% das mulheres que cumprem pena privativa de liberdade são mães (2017, p. 32-52).

Destarte, notadamente com o aumento significativo de mulheres cumprindo pena privativa de liberdade, denota-se um crescimento de mães sendo presas e, apesar da legislação vigente resguardar o direito de permanência das apenadas com os recém-nascidos em locais adequados, a realidade carcerária está longe de atender suas especificidades. O ambiente caótico do sistema

excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. § 4º será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou pai privado de liberdade por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial”. Corroborando com o artigo mencionado, o Código em tela, resguarda ainda, o poder familiar do genitor que cumpre pena privativa de liberdade, nesse sentido, artigo 23, *in verbis*: “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar; §2º a condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha”.

5 O Código Civil, em seu artigo 1.637, parágrafo único, determina que: “suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecurável, em virtude de crimes cuja pena não exceda dois anos de prisão”.

prisional mantém mães e filhos enjaulados e, durante seis meses, a única companhia que o recém-nascido terá será a da sua genitora. Após esse período, progenitora e seu filho terão um futuro incerto.

Daniela Canazaro de Melo retrata a história de uma gestante prestes a “dar à luz” dentro de um estabelecimento prisional:

Eu tinha medo que por eu ser presa pudesse acontecer alguma coisa comigo ou com o meu filho. Eu tinha medo de ser maltratada no hospital, eu tinha medo deles não tarem nem aí, sabe. Isso é o medo que eu acho que todas têm. Então de ser algemada, ganhar o meu filho ali presa, numa cama. Todas têm o medo, de não saber o que vai acontecer, mais em relação de estar presa. Na rua a gente já tem este medo, porque um parto é um parto, mas tá presa, não sabe se tu vai ser tratada como uma presa ou se tu vai ser tratada com uma paciente.

[...]

Acho que o pior foi depois quando eu ganhei que eu fiquei algemada pelos pés. Foi a pior parte. Foi horrível. Todo tempo algemada. Elas tiram pra ti tomar banho e ir no banheiro, daí cada vez que tu quer ir no banheiro tu tem que ficar chamando elas [...] (MELLO, 2016, p. 176).

Nesse mesmo sentido, a doutrinadora Nana Queiroz alude ainda que os impactos causados aos recém-nascidos quando concebidos dentro do Sistema Penitenciário é quase que irremediável, seja pela ruptura do laço materno ou do estigma amplamente interligado ao sistema penitenciário:

Por mais que sejam desejadas e amadas pelas mães, essas crianças enfrentam desde antes de nascer, um ódio social doloroso que se materializa na violência policial. São inúmeros os estudos que indicam que aspectos psicológicos emocionais e sociais da criança começam a se delinear dentro da barriga da mãe. Por isso, é imensurável a profundidade dos traumas cm que os bebês nascem. (QUEIROZ, 2015, p. 65).

Nessa toada, consoante ao já mencionado na presente pesquisa, é vedado o uso de algemas durante o parto. Entretanto, evidencia-se com esse relato o medo que uma gestante tem ao conceber seu filho dentro do sistema prisional, restando demonstrado que a inserção da criança no sistema carcerário vai além da concessão de estabelecimentos adequados e legislação proporcionando um maior contato da criança com a mãe, sendo necessária atenção e implementação de políticas públicas que visem precaver demais danos às mulheres e filhos devido ao cárcere. Ademais, as crianças provenientes do sistema sofrem além das mazelas do estado de privação logo nos primeiros meses de vida e posterior rompimento do vínculo materno, um estigma amplamente relacionado ao cerceamento da liberdade.

A Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária legítima a necessidade de salvaguardar o direito de permanência da criança com a genitora por, no mínimo, um ano e seis meses, além de prever que a ruptura do laço materno aconteça de maneira progressiva, com intento de reduzir os danos:

Art. 2º - deve ser garantido a permanência de crianças no mínimo até um ano e seis meses para as (os) filhas (os) de mulheres encarceradas junto as suas mães, visto que a presença da mãe nesse período é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa

primeira fase do desenvolvimento humano; esse período também se destina para vinculação da mãe com sua (seu) filha (o) e para elaboração psicológica da separação e futuro reencontro.

Art. 3º - após a criança completar um ano e seis meses deve ser iniciado um processo gradual de separação que pode durar até seis meses, devendo ser elaboradas etapas conforme quadro psicossocial da família, considerando as seguintes fases:

Presença na unidade penal durante maior tempo do novo responsável pela guarda junto da criança;

Visita da criança ao novo lar;

Período de tempo semanal equivalente de permanência no novo lar e junto à mãe na prisão;

Visitas da criança por período prolongado serão gradualmente reduzidas até que a criança passe a maior parte do tempo e novo lar e faça visitas à mãe em horários convencionais.

No entanto, conforme abordado no trabalho em tela, o sistema prisional brasileiro não compreende locais adequados com creche e ambientes que possibilitem o desenvolvimento infantil nas unidades prisionais. Assim, a ruptura do laço materno ocorre após os seis meses de idade, por vezes, de maneira brusca. Mormente, de uma análise do sistema carcerário brasileiro quanto à custódia feminina, primordialmente, com relação à gestação e o “cárcere infantil”, resta claro a falta de sensibilidade das autoridades e governantes quanto a concessão de medidas alternativas da privação da liberdade. Sendo certo que se prioriza um sistema carcerário falido e superlotado de homens e mulheres, inserindo neste contexto, crianças, para tanto, elaboram normas com o intuito de “acolher” os menores juntos às mães.

Consoante a efetivação de medidas alternativas diversas da prisão, com o designo de solucionar a problemática envolvendo o cárcere feminino, Heid Ann Cerneka aponta algumas formas de elucidá-la:

A justiça restaurativa, penas alternativas, comunidades terapêuticas e tratamento de drogas em centros comunitários são algumas alternativas para lidar com a problemática feminina. Há necessidade de se criar esta rede de apoio para que ela não volte a transgredir. Ao mesmo tempo, estas opções possibilitam que ela fique com a família, não interrompendo a relação com os filhos e poupando-a da preocupação com a questão de quem vai cuidar dos mesmos. Além dos efeitos traumatizantes nos filhos, quando uma mulher está encarcerada ela corre o risco de perder a casa e até mesmo o risco de perder a guarda permanente dos filhos. (CERNEKA, 2009, p. 69-70).

Neste diapasão, ao subordinar o cumprimento de uma pena à privação de liberdade principalmente, quando se trata do cárcere feminino, deve se ter em mente que está condenando toda base familiar, primordialmente, os filhos das apenadas, vez que em sua maioria, terão um futuro incerto, pairando em três pilares básicos, quais sejam: serão entregues a familiares, encaminhados à instituições de acolhimento, ou, destinados à adoção. Entanto, ressalta-se que independentemente do caminho que será seguido, a ruptura do laço materno será inevitável, e por vezes, irreversível, atingindo de maneira direta o destino da criança e da mãe.

Porquanto, incontestavelmente, a implementação de penas alternativas poderiam ser uma das formas de o Estado atentar-se às especificidades das mulheres custodiadas, além de lidar com a

incidência de apenadas e recém-nascidos em estabelecimentos carcerários. Propiciando ainda a permanência do vínculo familiar e afetivo com a prole reduzindo as consequências do estado de privação na vida dos filhos e das detentas.

Em linhas gerais, têm-se a necessidade de as autoridades e governantes deixarem de enxergar a mulher apenas como uma variante quando se trata da prática de delitos e da aplicação de pena privativa de liberdade – quando necessária. Além da indispensabilidade de normas e políticas públicas destinadas a suprir as especificidades tanto da mulher encarcerada quanto das questões ordinárias envolvendo o cerceamento da liberdade, em especial, os filhos, provenientes ou não do cárcere.

CONCLUSÃO

Notadamente, paira sob o sistema prisional o senso de resposta à segurança pública, estimulando a fúria condenatória do Poder Judiciário que visa solucionar os conflitos sociais, apresentando o cárcere como meio efetivo de punição e reinserção social. Ocorre que com a ascensão da pena de prisão, inevitavelmente, o crescimento populacional nas penitenciárias aumenta de forma desenfreada e, como resultado, têm-se a superlotação carcerária.

Nesse contexto, o Estado se mostra inepto na elaboração e implementação de políticas públicas que visem solucionar a problemática do sistema penitenciário brasileiro e, o desrespeito aos direitos e garantias dos apenados se torna corriqueiro. Assim, no intuito de suprir as necessidades envoltas ao sistema, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi medida de extrema relevância. Para tanto, determinou a implementação de audiências de custódia e demais medidas, visando a diminuição de presos provisórios nas unidades do país.

Num segundo momento, buscou-se demonstrar que se por um lado as afrontas a direitos e garantias do gênero masculino são habituais, o que ocorre nos estabelecimentos femininos é ainda mais estarrecedor. As mulheres, quando sujeitas ao encarceramento, são submetidas a um ambiente opressor e masculinizado, enfatizando ainda mais o machismo enraizado na sociedade. A custódia feminina padece do descaso das autoridades e do Estado em diferentes âmbitos, quais sejam: na concessão de estabelecimentos penitenciários que atendam suas necessidades; concessão do mínimo para dignidade da pessoa, como o fornecimento de materiais básicos e essenciais à higiene, o cuidado para com as crianças advindas ou não do cárcere e, as consequências resultantes do estado de privação de liberdade.

A condição de (in) visibilidade da mulher custodiada se justificava pelo número escasso de mulheres cumprindo pena em estabelecimentos prisionais. No entanto, os dados apresentados evidenciam que a população carcerária feminina é crescente e o abandono a que são submetidas

cotidianamente é incontestável, baseado em um sistema vastamente masculinizado.

Posteriormente, demonstrou-se a realidade carcerária no tocante ao recém-nascido e as consequências do cárcere, seja durante o estado de privação ou a ruptura do laço materno, que por vezes também é familiar, além do estereótipo que recaem sobre as crianças concebidas dentro das unidades penitenciárias.

Outrossim, restou claro que o Estado – quando se compadece das circunstâncias que cercam os estabelecimentos penitenciários femininos e os recém-nascidos, prioriza a efetivação de normas e preceitos que visam acolher às crianças em estabelecimentos superlotados e falidos, à concessão de medidas alternativas ao cumprimento da pena fora dos estabelecimentos prisionais, propiciando assim, um ambiente familiar para o desenvolvimento dos filhos das detentas.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Justiça Penal e Segurança Pública no Brasil: causas e consequências da demanda punitiva**. Revista de Segurança Pública, 2009.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo. Fatos e mitos**. 4ª Edição, São Paulo. 1970. Edição digital. Disponível em: <http://brasil.indymedia.org/media/2008/01/409660.pdf>. Acesso em: Jun. 2018.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão, causas e alternativas**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Penitenciária Feminina "Santa Maria Eufrásia Pelletier", Penitenciária Feminina II de Tremembé, Penitenciária Feminina da Capital e Penitenciária Feminina Sant'ana: Relatório de visitas e inspeção**. 2014, Edição Digital.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**: 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>. Acesso em: Jun. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - Depen. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN: Junho 2016**. 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - Depen. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN MULHERES**: 2018, Edição Digital.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal, ADPF nº. 347**. Tribunal Pleno. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: Jun. 2018.

CAVALCANTE, Márcio. **Entenda a decisão do STF sobre o Sistema Carcerário Brasileiro e o Estado De Coisas Inconstitucional**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/entenda-decisao-do-stf-sobre-o-sistema.html?m=1> . Acesso em 14 de Jun. de 2018.

CERNEKA, Heid Ann. **Homens que Menstruam: Considerações finais acerca do Sistema Prisional Às Especificidades Da Mulher**. 2009. Disponível em: http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/60_77.pdf. Acesso em Jun. de 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

KLALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

MELO, Daniela Canazaro. **A maternidade no Meio Prisional: A vivência de mães encarceradas na realidade brasileira e portuguesa**. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

MENDES, Sonia da Rosa. **Criminologia Feminista**. São Paulo, Saraiva, 1ª edição, 2ª triagem, 2014

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. 1ª edição. Editora Record: São Paulo – Rio de Janeiro, 2015.

VIGATO, Bruno José. **O Estado de coisas Inconstitucional e a sua (in) capacidade de alterar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro**. Disponível em: <http://adpacre.org/wp-content/uploads/2017/01/ARTIGO-ECI-e-o-SISTEMA-PRISIONAL-1.pdf> . Acesso em: Jun. de 2018.

O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM FACE DE DEFICIÊNCIA MENTAL: CONFLITOS ENTRE O CODIGO PENAL E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Eziléia Gabriela Miranda Souza de Araujo Cavalcanti GARGEL¹
Fernanda de Matos Lima MADRID²

RESUMO

As questões relativas à incapacidade por doença mental sempre suscitaram questionamentos na doutrina e jurisprudência, uma vez que não haveria capacidade civil plena à prática dos atos da vida civil, entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro, questiona-se, trataria os doentes mentais como objetos, sendo irrelevante sua vontade. Ocorre que, com o advento da Lei 13.146 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), garantiu-se uma série de direitos aos deficientes, dentre eles a liberdade sexual. Entretanto, esta plena garantia deu azo à discussão a respeito dessa liberdade sexual e o crime de estupro de vulnerável, do artigo 217-A do Código Penal. Este trabalho científico, portanto, tem como objetivo, por meio do método científico dedutivo, concluir se há ou não incompatibilidade entre os dois institutos, além de responder outras questões relativas à incapacidade.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Estupro de Vulnerável. Deficiência Mental. Incapacidade Civil.

ABSTRACT

The issues relating to disability for mental illness have always raised questions on doctrine and case law since there would be no full civil capacity to practice the acts of civil life, however, de Brazilian regulatory framework, is questioned, if the mentally ill would be treated as objects, being irrelevant their will. It turns out that with the arrival of the law 13.146 (Statute of the Person with Disability) secured a series of rights for the disabled, among them sexual freedom. However, this full warranty led to discussion in regards to this sexual freedom and the crime of rape of vulnerable people, Article 217-A of the Brazilian criminal code. This scientific work, therefore, aims by means of scientific deductive method, to conclude whether is incompatibility between the two institutes, besides answering other subjects to the incapacity.

KEY WORDS: Statute of the Person with Disability. Rap of Vulnerable People. Mental Disability. Civil Incapacity.

1 INTRODUÇÃO

Em 6 de janeiro de 2016 entrara em vigor a Lei 13.146 de julho de 2015, consubstanciando, assim, o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência. A norma em questão trouxe consigo uma enorme gama de direitos, os quais foram reluzidos à legislação

1 Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: ezgabi@hotmail.com.

2 Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal no Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Advogada criminalista. E-mail: fernandamadrid@toledoprudente.edu.br.

infraconstitucional com sua promulgação, isto porque, seu próprio artigo 1º exara a ideia de que a norma é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Antes do início da vigência de tal norma, havia, em nosso ordenamento jurídico, uma plena harmonia na questão tratativa das pessoas portadoras de necessidades especiais e o resto do ordenamento jurídico.

Ocorre que, a partir da vigência do Estatuto, ocasionou-se a suscitação de questão relativa à deficiência e o Código Penal, uma vez que este tutela, em seu artigo. 217-A, a dignidade e a liberdade sexual de pessoas que não têm o necessário discernimento para o consentimento em atos dessa natureza, e, aquele, revogou dispositivo do Código Civil, no sentido de tornar as pessoas com deficiência de absolutamente para relativamente incapazes – e, portanto, aptos a atos da vida civil.

Assim, o presente trabalho científico se presta à análise da questão suscitada através do método científico dedutivo; em primeiro momento, analisar-se-á a capacidade civil, com o objetivo de declarar quais são os considerados capazes, e qual o critério adotado pelo legislador na seara civil, seja ele cronológico, psicológico ou biopsicológico.

Posteriormente, esgotada a discussão a respeito da capacidade civil, breve análise do crime pertinente ao trabalho científico, o de Estupro de Vulnerável – prescrito no artigo. 217-A, do Código Penal –, será realizada e, consigo, perquirir-se-á quem é considerado sujeito passivo do crime após a promulgação do Estatuto de Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de julho de 2015).

Por fim, questionar-se-á sobre a possibilidade de conciliação entre o direito ao próprio corpo, à sexualidade das pessoas com deficiência e a legalidade penal: estaria, o Código Penal, reafirmando o instituto da capacidade absoluta, revogado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, presumindo seu déficit intelectual, ou estaria o Estatuto, ao buscar igualdade formal e material, ignorando situações em que se deve considerar crime a relação sexual com pessoa com deficiência?

A metodologia utilizada no presente ensaio científico é o dedutivo, através do qual há a análise de questões gerais acerca do tema escolhido.

2 DA CAPACIDADE JURÍDICA CIVIL

A capacidade jurídica diz respeito à aptidão do indivíduo em exercer seus atos da vida, seja ela civil ou penal.

Logo em seu primeiro artigo o Código Civil de 2002 declara que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. A esta capacidade dá-se o conceito de capacidade de direito (também chamada de gozo), isto porque é aquela concedida pela própria lei; ao seu lado, e, em mesmo nível de importância, há a capacidade de fato (ou de exercício), limitada e inerente a

somente algumas pessoas, excluindo-se os indivíduos que a própria Norma Civil excepciona: são os chamados incapazes.

Há de se entender, *a contrariu sensu* da definição de capacidade: capacidade de gozo para direitos e deveres na ordem civil, que a incapacidade é, portanto, a restrição a esses direitos e deveres que contemplam a ordem civil. Esta restrição, subdividida entre absoluta e relativa, restringe o incapaz à prática de algum, alguns ou todos os atos da vida civil, a depender do tipo de incapacidade que é dotado.

É certo que o Código Civil de 2002 dividiu a incapacidade do indivíduo entre absoluta e relativa.

2.1 Da Incapacidade Absoluta

A primeira é aquela em que a proibição para a prática dos atos da vida civil é total; significa dizer que, sendo exercidos quaisquer direitos ou deveres civis por estas pessoas, sem que haja a presença de um representante, haverá nulidade de seus atos. Maria Helena Diniz (2002, p. 141) diz que os absolutamente incapazes têm direitos, mas estes só serão exercidos por seus representantes, uma vez que não poderão, os representados, exercê-los de maneira direta e pessoalmente.

Vê-se que a “lei despreza a vontade dos absolutamente incapazes” (RODRIGUES, 2003, p. 72), isto porque há deficiência tão profunda que fora necessário vedar sua atuação pessoal na vida civil.

E é aqui que o Estatuto das Pessoas com Deficiência provocou profunda mudança, uma vez que, após sua promulgação, restringiu-se a incapacidade absoluta a somente os menores de 16 (dezesseis) anos. É o que o artigo 3º do Código Civil revela: “Art. 3º – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

Antes da vigência do Estatuto, havia ainda mais dois tipos de absolutamente incapazes: os deficientes e aqueles que, mesmo por causa transitória, não poderiam exprimir sua vontade:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – Os menores de dezesseis anos;

II – Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Revogou-se, portanto, as duas últimas disposições, restringindo a incapacidade absoluta somente aos menores de dezesseis anos.

Vê-se que a fixação do limite de idade até dezesseis anos é fruto de opção legislativa do legislador infraconstitucional brasileiro. Reiterou-se, portanto, quando da vigência do Estatuto da

Pessoa com Deficiência, esta opção, uma vez que promoveu-se, com esta aceitação, ampla reforma no regime das incapacidades. Em sede de Direito Comparado, PEREIRA (2012, p. 230-232) expõe a diversidade das legislações quando da determinação da idade do absolutamente incapaz:

No direito comparado, a incapacidade decorrente da idade é diversamente tratada: alguns sistemas, como o argentino (Código Civil argentino), distingue os menores impúberes dos púberes, com a barreira de separação nos 14 anos e total abstenção dos atos da vida civil até essa idade. Código alemão considera incapaz do exercício dos direitos o que não atingiu os 7 anos, e acima desta idade confere-lhe aquele exercício com restrições, devendo-se entender que até os 7 anos os menores são completamente incapazes de agir, e acima desta idade, até os 18 anos, necessitam do consentimento dos seus representantes. O Código francês não faz distinção entre capacidade absoluta e relativa dos menores de 18 anos, deixando à apreciação do juiz verificar se o menor já chegou à idade do discernimento ou não. O Código italiano faz cessar em princípio a incapacidade absoluta aos 18 anos, salvo em casos especiais de leis que estabeleçam uma idade inferior, em matéria de capacidade para o trabalho.

Justificou-se a idade de dezesseis anos no ordenamento jurídico brasileiro em razão da inexperiência decorrente da pouca idade, facilidade de influência de terceiros, falta de autodeterminação e auto-orientação, as quais são pertinentes à imposição de tal incapacidade absoluta.

Embora o critério biológico (cronológico), ou seja, aquele que leva em conta a idade do indivíduo, seja dotado de certeza, não é, por outro lado, o mais indicado, isto porque varia de pessoa a pessoa o momento em que lhe surgem os predicados necessários ao estabelecimento de seus contatos diretos com a vida jurídica (PEREIRA, 2012, p. 230). É importante que haja a consideração de toda a carga de experiência de cada pessoa; cada um possui trajetória própria, tendo experiências e situações em seu cotidiano que podem levar à conclusão que ela possui discernimento suficiente para lidar com a vida que outros, da mesma idade ou de idade superior, não poderiam.

A maturidade e o discernimento não advêm de critérios formais estabelecidos pelo legislador, mas sim da condução da própria vida e das capacidades cognitivas e únicas de cada pessoa; é o plano fático que demonstra a maturidade, sendo que o plano jurídico só é responsável pela demonstração de capacidade em razão do plano fático.

O legislador estatutário poderia ter sido mais sensível a essas situações, permitindo o abrandamento *ex lege* dos rigores decorrentes da incapacidade absoluta, de modo viabilizar e dar maior concretude aos princípios da proteção e da autonomia, como forma de conferir um caráter mais humanístico à condição do incapaz como sujeito de direito.

2.2 Da incapacidade relativa

Por outro lado, há a incapacidade relativa, em que a limitação imposta à sua capacidade é parcial; assim, podem os relativamente incapazes figurarem em um dos polos dos negócios jurídicos, desde que haja a devida assistência.

São relativamente incapazes, de acordo com o Código Civil de 2002:

- Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
 - II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
 - III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
 - IV - os pródigos.

Conforme as lições de Venosa (2010, p. 127), a incapacidade relativa não afeta a aptidão para gozo de direitos, isto porque seu exercício será sempre possível mediante a assistência de outrem. A deficiência, neste caso, é menor do que aquela dos absolutamente incapazes, e, assim, a lei busca proteger apenas a feitura de certos atos, restringindo o âmbito de atuação dos relativamente incapazes ou determinando certa maneira pela qual alguns atos devem ser praticados.

Assim, o legislador civil entendeu que com a vinda dos dezesseis anos, o indivíduo já tem discernimento suficiente para gerenciar alguns atos da vida civil, manifestando sua vontade e influenciando nos atos em que estejam envolvidos seus interesses, embora em grau insuficiente para que se processa total e plena autonomia; dessarte faz-se necessária a assistência.

Para as demais categorias de relativamente incapazes, o Código detém o mesmo raciocínio: discernimento reduzido em virtude da dependência do álcool ou outras substâncias entorpecentes, impossibilidade da manifestação de vontade, pródigos, etc.

Ocorre que, com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, transmutou-se, também, a incapacidade relativa, isto porque deixou de considerar o discernimento reduzido das pessoas com deficiência e os excepcionais sem desenvolvimento mental completo como espécie de incapacidade relativa; assim, essas pessoas são consideradas plenamente capazes para o exercício dos atos da vida civil.

3 DO CRITÉRIO UTILIZADO REFERENTE À INCAPACIDADE DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

O presente capítulo tem como objeto de análise o crime de Estupro de Vulnerável.

Referenciado crime é estampado na Norma Penal em seu artigo 217-A:

- Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos
- § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do

ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

A pertinência da análise deste artigo para o presente trabalho científico se revela quando da leitura de seu parágrafo primeiro, que diz respeito ao deficiente mental como sujeito passivo do delito.

Assim, faz-se necessário o presente estudo com vistas a indagarmos se, definitivamente, o deficiente mental pode ser sujeito passivo do delito, uma vez que, como é sabido, este não é mais relativamente, tampouco absolutamente incapaz, desclassificando sua vulnerabilidade para os atos sexuais.

3.1 Da proteção da dignidade sexual após a Lei 12.015/2009

Antes da promulgação da Lei 12.015/2009, o Código Penal Brasileiro trazia, em seu Título IV, os denominados “Dos crimes contra os costumes”, os quais faziam parte os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

A denominação de “contra os costumes” calha à idéia da proteção da liberdade sexual individual e ao pudor da coletividade. Entendia-se que esses crimes geravam dano efetivo à moralidade pública da sociedade, isto porque esta dita regras a serem seguidas com a finalidade de que elas evitem fatos que contrariem tais regras de conotação moral (MIRABETE, 2002, p. 407).

Havia antes de supramencionada Lei que alterou o Código Penal, instituto da presunção de violência, em que há violência ficta, configurando, assim, crime sexual. Em tais hipóteses, entende o legislador que a vítima não é capaz de proferir seu discernimento e consentir de forma válida, e, portanto, presumia-se que o agente teria atuado com violência, forçando a prática do ato sexual (CAPEZ, 2012, p. 32).

Disponha o artigo 224:

Art. 224 – Presume-se a violência, se a vítima:

- a) Não é maior de 14 (catorze) anos;
- b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância;
- c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência.

Convém, portanto, a este trabalho, analisar, com maior profundidade, a alínea “b” do presente artigo.

Considera-se débil mental quando a vítima é incapaz de compreender o caráter de sua ação ou de auto determinar-se de acordo com seu entendimento. Ensina Mirabete (2002, p. 445):

A condição psíquica da vítima é, no caso, idêntica à dos inimputáveis a que se refere o art. 26, isto é, a alienação ou debilidade mental deve ser de molde a abolir inteiramente a capacidade de entendimento ético-jurídico ou de autogoverno. Alienação é um termo amplo que impede a pessoa de ter capacidade ética para o ato a que consente o que também ocorre com a debilidade mental

mais grave.

Vê-se, portanto, que o critério utilizado era meramente psíquico, suportando a comprovação da debilidade mental por meio de laudo pericial.

Com o advento da Lei 12.015/2009, a qual desempenhou importantes mudanças no capítulo designado aos crimes sexuais, dentre eles, a própria conotação do Título como “Crimes contra a dignidade sexual”, lecionou Nelson Hungria *apud* Nucci (2015, p. 899), quando a definição de costumes são:

[...] hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplinas sociais. O que a lei penal se propõe a tutelar, *in subjectamateria*, é o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais.

Ocorre que, após o advento da reforma penal de 2009, a intenção do legislador não mais se fundava em proteger o modo como às pessoas se comportavam sexualmente frente os demais, senão a sua liberdade sexual individual. Notoriamente, buscou-se exaltar a dignidade sexual do indivíduo, consubstanciada no princípio da dignidade da pessoa humana que é uma das bases do Estado Democrático de Direito (TAQUARY, 2005, p. 1).

3.2 Do critério utilizado pelo legislador à incapacidade penal

A incapacidade penal é representada pela idéia de inimputabilidade, consistente em entender o caráter lítico do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, assim afirma o Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Ilustra o entendimento Mirabete (2002, p. 206):

O homem é um ser inteligente e livre, podendo escolher entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, e por isso a ele se pode atribuir a responsabilidade pelos atos ilícitos que praticou. Essa atribuição é chamada imputação, de onde provem o termo inimputabilidade, elemento ou pressuposto da culpabilidade.

Ao afirmar-se a inimputabilidade do agente, exclui-se a culpa, desconfigurando assim o crime. Necessário se faz, entretanto, a análise dos critérios utilizados pelo legislador quando da análise da culpabilidade do agente.

O critério psicológico leva em conta a análise das condições psicológicas do autor; vê-se que é um critério puramente subjetivo.

Por outro lado, o critério biológico segue a análise de linha puramente objetiva, uma vez que analisa-se as causas biológicas, seja pela fixação de idade mínima à inimputabilidade penal ou de

inimputabilidade por doenças mentais. É critério utilizado como medida excepcional, uma vez que o próprio Código Penal, em seu artigo 27, estabelece a inimputabilidade penal dos agentes menores que 18 anos.

Por fim, o critério adotado como regra pela legislação brasileira é o biopsicológico, em que se confundem ambos os critérios utilizados anteriormente. Esse critério baseia-se numa avaliação que consiste em analisar se o sujeito possui algumas das causas biológicas de inimputabilidade, ou seja, se for menor de 18 anos ou possui alguma causa excludente de imputabilidade, como por exemplo, o desenvolvimento mental incompleto (BITTENCOURT, 2012, p. 202).

Porém, se apresentar alguma das causas biológicas, deve-se passar para uma segunda fase da avaliação, ou seja, a parte psicológica do critério, que é onde será sopesada se estava presente a capacidade de discernimento e compreensão do autor distinguir a ilicitude de seu ato no momento em que o cometeu. Ainda, por último, será analisada a capacidade do agente de se auto determinar perante esse discernimento.

Portanto, ao presente trabalho científico, vê-se que o critério a ser utilizado é o biopsicológico, isto porque, como se conclui da leitura do artigo 217-A, o legislador teve a intenção de proteger tanto os incapazes pelo critério biológico quanto psicológico.

4 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS SEXUAIS AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA

O Estatuto das Pessoas com Deficiência sofreu influência da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida em Nova Iorque, em 2007, cujos termos ingressaram, anos depois, no ordenamento pátrio através do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, posteriormente promulgado pelo Decreto Presidencial nº 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Referida Convenção ingressara no ordenamento jurídico brasileiro por meio de obediência ao art. 5º, §3º da Constituição Federal, o qual dispõe que, tratando de matéria de direitos humanos, desde que tenha sido votada por quórum de 3/5 dos respectivos membros das Casas Legislativas, em votação de dois turnos em cada uma delas, alça status de Emenda Constitucional, permanecendo no topo da pirâmide normativa brasileira.

Em consonância com a dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, legislou-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual, em seu Artigo 4º – estabelece que: “Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades como as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação”.

Considera-se como discriminação toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou

o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Por outro lado, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

4.1 Do Conflito Entre a Vulnerabilidade por Doença Mental x Estupro de Vulnerável

O conceito de vulnerabilidade já fora estudado mais detalhadamente no decorrer deste trabalho científico e, como mencionado, é analisado sobre as mais variadas vertentes, as quais se sujeitam à variação no sentido e temática da abordagem.

Assim, faz-se necessário conflitarmos o Código Penal, representado por seu artigo 217-A, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Veja-se que uma das hipóteses relacionadas sobre o estupro de vulnerável é aquela vulnerabilidade penal em razão de enfermidade ou deficiência mental.

O professor Bitencourt (2012, p. 320), em obra anterior ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, faz duras críticas ao tratamento conferido ao legislador para a pessoa com deficiência ou enfermidade mental, isto porque, segundo ele:

Foram tratados pelo legislador contemporâneo como objetos e não como sujeitos de direitos, ignorando que também têm sentimentos, aspirações, desejos, vontades e direitos, inclusive fundamentais, e que, também por isso, merecem, no mínimo, tratamento igualitário, isto é, similar aos indivíduos ditos 'normais'.

Continuando seu juízo crítico (2012, p. 321), analisa que:

Tratando-as indignamente, ao ignorar seus direitos à sexualidade, e, especialmente, ao seu livre exercício, que também é assegurado constitucionalmente; desconheceu que elas, como seres humanos, são portadoras de aspirações e sentimentos próprios de seres dessa natureza, que buscam, dentro de suas limitações, levar uma vida dentro da normalidade [...] aliás, os próprios animais ditos irracionais também sentem necessidades sexuais e, a seu modo, buscam satisfazê-las.

Ocorre que legalmente reconheceu-se o direito à sexualidade da pessoa com deficiência por meio da edição do Estatuto, garantindo autonomia a eles nos aspectos relacionados à sua vida sexual, tais como a escolha de parceiros ou a possibilidade de escolha dos rumos de um relacionamento afetivo ou familiar.

O tratamento legislativo, ao reconhecer tais direitos, nada mais fez que tornasse expresso que essas pessoas também estão sujeitas a desejos e vontades sexuais: um grande passo à igualdade material.

Não basta que o ideal de vulnerabilidade seja analisado tão-somente pela pré-existência de

enfermidade ou doença mental (isto porque não significa que, necessariamente, a pessoa seja capaz de consentir simplesmente por ela ser portadora de deficiência), mas deve ter como ponto de partida a autonomia da vontade analisada sob a perspectiva de uma pessoa portadora de deficiência, com a devida inversão de lógica dominante até então.

Deve haver interpretação que compatibilize o Estatuto Protetor consoante as disposições do Código Penal. Destarte, diante do caso *in concreto*, o magistrado deve perquirir pericialmente se o indivíduo tinha possibilidade de consentir para praticar o ato sexual em caso de suspeita de estupro de vulnerável (hipótese em que a vítima é pessoa com enfermidade ou doença mental); sendo impossível seu consentimento, estar-se-ia diante do crime do artigo 217-A do Código Penal.

Não houve, dessa maneira, prejuízo algum mediante a aplicação do artigo 217-A do Código Penal em razão da edição de referido Estatuto, uma vez que somente o caso concreto se prestará a revelar se, realmente, a pessoa detinha ou não autonomia suficiente para que o ato sexual seja considerado válido. Ocorre que, com o advento de referido Estatuto, presumir-se-á, em primeira instância, pela capacidade do indivíduo e, excepcionalmente, entender-se-á por sua incapacidade.

Assim, o Estatuto Protetor vem a corroborar a indicação já existente no Código Penal (instituída pela Lei n.º 12.015/09).

Sanches (2016, s./p.) prescreve que:

[...]o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei nº 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento. As disposições do art. 6º do Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo.

Em mesmo sentido (Sanches, 2016, s/p):

Definido pela nova lei que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa exercer direitos sexuais, o estupro de vulnerável só pode ocorrer quando a deficiência mental, causa para a vítima a absoluta impossibilidade de não ter discernimento para a prática do ato sexual, destarte, a vulnerabilidade não é absoluta, devendo ser aferida por meio de perícia.

Somente ocorre o crime, portanto, caso a deficiência retirar-lhe o discernimento necessário à prática do ato sexual.

Corroborando o entendimento Rogério Sanches (2016, s/p), em relação ao deficiente ou enfermo mental, que este:

Deve ser considerado que existem níveis de deficiência e que, a partir de certo estágio de compreensão, o indivíduo tem uma capacidade de discernir que lhe permite a prática de atos sexuais, sem que isso represente qualquer violência contra si. Como a configuração do crime exige ausência do necessário discernimento, não haverá o delito se o deficiente, ou mentalmente enfermo, possuir tal capacidade.

Assim, é inegável que o Estatuto da pessoa com deficiência traz à tona a necessidade de enfrentamento, por parte da sociedade, das peculiaridades que, por toda a história, foram injustamente ignoradas (como, por exemplo, o reconhecimento às necessidades sexuais do deficiente mental), tanto por motivos egoísticos quanto pela própria subjugação dessas pessoas a ponto de rebaixá-las à qualidade de “coisa”.

Por derradeiro, certamente há de se admitir a compatibilidade entre o Estatuto Protetor e a Norma Penal Repressora (Artigo 217-A, § 1º, CP).

5 CONCLUSÃO

Entrou em vigor, em 6 de janeiro de 2016, a Lei 13.146 de julho de 2015, consubstanciando, assim, o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência. Objetivou-se, a partir da edição de tal norma, a assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania.

Ocorre que, ao garanti-los, referido Estatuto se prestou a revogar disposição civil que considerava como absolutamente incapaz aquele deficiente mental e, por isto, estaria apto a todos os atos da vida civil – dentre eles o casamento e atos sexuais.

Assim, ao promover a saúde sexual das pessoas com deficiência, a doutrina e jurisprudência questionaram a possibilidade de estarem em conflito o artigo 217-A, do Código Penal e o artigo 6º do Estatuto, uma vez que o primeiro tem como sujeito passivo em uma de suas hipóteses o deficiente mental, e o segundo exara que os deficientes mentais detêm capacidade de autodeterminação sexual.

Concluiu-se, entretanto, que não há conflito, e sim, apenas uma corroboração do que o próprio ordenamento jurídico já havia de estabelecer, isto porque somente diante do caso *in concreto*, o magistrado deveria perquirir pericialmente se o indivíduo tinha possibilidade de consentir para praticar o ato sexual em caso de suspeita de estupro de vulnerável (hipótese em que a vítima é pessoa com enfermidade ou doença mental); sendo impossível seu consentimento, estar-se-ia diante do crime do artigo 217-A do Código Penal.

Certamente, há de se compatibilizar as duas normas supostamente em conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Geral**. Vol. 1, 17ª edição. São Paulo, Saraiva, 2012;

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

- _____. Código Penal. **Código Penal de 1940**. Brasília, DF: Senado, 1940.
- _____. Código Civil. **Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Senado, 2002.
- _____. Lei 13.146/2015. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Brasília, DF: Senado, 2015.
- CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**. 15. Edição. São Paulo: Saraiva, 2012;
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 20. Edição rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003;
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal – Parte especial – Arts. 121 a 234 do CP**. 19 edição. São Paulo: Atlas, 2002;
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15 edição Rev. Atualeamp. Rio de Janeiro: Forense, 2015;
- ONU. **Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Nova York, EUA: ONU, 2007.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: parte geral**. 34. Edição atual. São Paulo: Saraiva, 2002;
- SANCHES, Rogério. **O crime de estupro de vulnerável e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. CERS cursos online. Disponível em <<https://www.cers.com.br/noticias-e-blogs/noticia/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em 22 de abr. 2018;
- TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Dos crimes contra os costumes**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005;
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família**. 13. Edição, volume 6, São Paulo: Atlas, 2010.

SUJEITOS DE DIRETO: A SISTEMÁTICA GERAL DO CÓDIGO CIVIL E SUA ABORDAGEM ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Letícia Achilles SHIGEMATSU¹
Jéssica Gabriela Cavichioli MARQUES

RESUMO

A proposta deste presente artigo é apresentar um panorama geral do tratamento à personalidade e à capacidade civil disposta pelo Código Civil de 2002, com ênfase nas questões interligadas às pessoas com deficiência e como se apresentarão diante das alterações feitas pela Lei 13.146/15, que introduziu no ordenamento jurídico o chamado Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou também chamado de Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Para tanto, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica para fazer uma sucinta análise dos conceitos pré-determinados, e a partir daí apresentar as novas nuances do Código Civil, bem como uma nova releitura a respeito do regime de incapacidades, com o objetivo de concretizar a inclusão social das pessoas com deficiência de qualquer tipo, considerando-as plenamente capazes para o Direito Civil, em prol de sua dignidade.

PALAVRAS-CHAVES: Dignidade da Pessoa Humana. Personalidade. Capacidade Plena. Pessoa com Deficiência. Inclusão.

ABSTRACT

The purpose of this article is to present an overview of the treatment of personality and civil capacity established by the Civil Code of 2002, with emphasis on issues related to people with disabilities and how they will respond to the changes made by Law 13.146 / 15, which introduced into the legal system the Statute of Persons with Disabilities, or also called the Brazilian Law on Inclusion of Persons with Disabilities. In order to do so, the methodology of bibliographic research was used to make a brief analysis of the pre-determined concepts, and from there to present the new nuances of the Civil Code, as well as a new re-reading regarding the disability regime, with the objective of social inclusion of people with disabilities of any kind, considering them fully capable of civil law, for their dignity.

KEY WORDS: Dignity of the Human Person. Personality. Full Capacity. Disabled Person. Inclusion.

1. INTRODUÇÃO

O Direito nasce com a civilização da sociedade e seu objetivo se resume em regular as relações jurídicas do homem, de modo que suas condutas atinjam uma harmonia social.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a pessoa passou a ser o centro do ordenamento jurídico, considerando suas particularidades e tutelando de maneira efetiva o indivíduo possuidor de alguma vulnerabilidade.

O Código Civil de 2002 trata das relações entre uma ou mais pessoas no interior de um

1 Discente do 10º termo do curso de Direito na Toledo Prudente Centro Universitário. Estagiária de Direito em escritório de advocacia desde o mês de março de 2018.

grupo social, seja pessoa física ou jurídica, que produzem efeitos no âmbito do direito, e se refere justamente aos direitos e garantias das pessoas desde o seu nascimento, em que adquirem a personalidade, até posteriormente a sua morte.

É de fundamental relevância o estudo da pessoa natural no ordenamento jurídico, especificamente no que tange a sua personalidade e capacidade civil. Isto se dá em razão de que, muitos são os conceitos positivados a respeito do tema ora apresentado.

Em vista disso, traçaremos um breve esboço sobre a sistemática do Código Civil de 2002, ressaltando o reconhecimento da personalidade jurídica de toda pessoa humana, que decorre do simples nascimento com vida, de modo a permitir que todos desfrutem do potencial de adquirir direitos e contrair obrigações na esfera civil.

Assim como, o instituto da capacidade deve ser observado juntamente com a personalidade, vez que são medidas complementares. A capacidade consiste em duas dinâmicas, a primeira é a capacidade de ter direitos ou de ser titular de direitos; e a outra é a capacidade de exercer tais direitos. O Código Civil pátrio é bem claro ao definir sua teoria de capacidades a partir do grau de aptidão dos sujeitos de direito.

A circunstância primordial que pondera a exposição do tema concerne aos novos marcos regulatórios dos direitos das pessoas com deficiência trazidos pela Lei 13.146/15, vez que eram classificados como absolutamente ou relativamente incapazes, porém passaram por diversas modificações.

A Lei se dedicou com veemência e sob amparo dos direitos humanos a tratar de um tema pertinente e complexo: a capacidade plena dos deficientes. Deste modo, imprescindível se faz nortear em qual momento a pessoa com deficiência ganha reconhecimento pelo direito.

Logo, no presente trabalho, deve-se pontuar a reformulação da teoria das incapacidades, com o propósito de acentuar os meios de tutela proporcionados pelo ordenamento jurídico, dando o devido respaldo aos sujeitos portadores de alguma deficiência.

E, ademais, importante vislumbrar uma breve análise aos dispositivos alterados do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, fazendo uma exposição antes e após a vigência de tal.

Para tanto, o presente artigo se utilizou do método dedutivo, pois construiu uma premissa teórica geral que será aplicada a todos os casos particulares que a ele se amoldem.

2. PESSOA NATURAL

O Código Civil de 2002, em seu Título I do Livro I dispõe sobre as pessoas iniciando com o instituto das “pessoas naturais”. A palavra pessoa proveio do termo em latim “*persona*”, que

originalmente significava máscara, o personagem de teatro representado por um ator e, com o transcorrer do tempo, assumiu a definição de ser humano. Entre os juristas romanos, passou a se designar como o ser possuidor de direitos e obrigações.

O conceito de pessoa natural pode ser definido como todo o ser humano com vida, dotado de uma estrutura biopsicológica, sem qualquer tipo de discriminação, podendo ser o recém-nascido, a criança, o adolescente, o idoso, os absolutamente incapazes, os relativamente incapazes, bastando tão somente o nascimento com vida. A pessoa natural pode assumir obrigações e titularizar direitos.

Vale lembrar que este conceito possui uma relação intrínseca com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o Direito Civil passou por um aspecto de modificação, pois antigamente o que importava era o indivíduo ser detentor de propriedades e bens, não se tinha um viés de olhar para a pessoa humana dentro de sua dignidade. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, passou-se a proteção à pessoa humana ser o valor primordial do ordenamento jurídico.

Para o doutrinador Washington de Barros Monteiro², o conceito em questão pode se estender e possuir vários entendimentos, dentre eles, destacam-se três: o popularmente dito, o filosófico e o jurídico, conforme leciona:

Na concepção vulgar, a pessoa é sinônimo de ente humano. Essa acepção não se adapta à técnica jurídica [...]. Na acepção filosófica, pessoa é o ente que realiza o seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Nesse sentido, pessoa é o homem, ou qualquer coletividade, que preencha aquelas condições. Na acepção jurídica, **pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações**. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. Mas, além dos homens, são também dotadas de personalidade certas organizações ou coletividades, que tendem à consecução de fins comuns (*grifo nosso*).

Os ensinamentos da Professora Maria Helena Diniz³ reforçam a acepção jurídica supracitada, entendendo que pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito, ou seja, titular de relações jurídicas (tanto o sujeito ativo como o sujeito passivo das relações).

Entretanto, no período clássico, nem todos os seres humanos eram considerados como possuidores de direitos e deveres, tendo em vista que no Direito Romano, os escravos eram desprovidos de personalidade, não sendo titulares de direitos, mas meros objetos das relações jurídicas, tratados como coisa.

Somente no decorrer da Idade Média, principalmente na visão do Cristianismo, houve uma ampliação quantitativa do conceito de pessoa, que passou a ser estendido a todos os seres humanos⁴.

2 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. vol. 1, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57.

3 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1, 34ª ed., Saraiva: São Paulo, 2015, p.129.

4 COSTA, Lorena Xavier da. **Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade?**. Rio de Janeiro, Disponível em: <apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/534/445>. Acesso em: 10 de março de 2017, v. 4,

Desta forma, sabe-se que todo ser humano recebe a denominação de pessoa natural e, através deste atributo, decorrem direitos e deveres na esfera civil, isto é, todas as pessoas têm a possibilidade de exercê-los e, nesse cenário, surge a personalidade jurídica, inerente a todas as pessoas, sem qualquer restrição.

2.1 Personalidade Jurídica

Em decorrência da pessoa natural, existe a personalidade. Vocabulário surgido do latim “*personalitas*”, de “*personal*”, que significa “qualidade de ser pessoa”, isto é, qualidades que definem individualmente uma pessoa (natural ou jurídica), sendo o meio pelo qual esta constrói sua própria identidade. Possui formação complexa, gradual e autônoma, não podendo ser imposta.

A respeito do assunto, explica Diogo Luna Moureira⁵:

Pessoalidade implica, portanto, no processo de construção da identidade de um ser livre e autônomo que se reconhece a si mesmo através do outro (*alter*), em um constante processo de autodeterminação de si e de reconhecimento de si pelo outro e vice-versa. Até mesmo em se tratando de indivíduos humanos com dificuldades ou incapacidade de afirmação de uma identidade esse processo de reconhecimento é presente, uma vez que o reconhecimento de si pelo outro se concretiza enquanto uma realidade intrínseca ao próprio convívio.

Nesse sentido, nas palavras de Haroldo Valladão e Maria Helena Diniz⁶, toda pessoa é dotada de personalidade, é conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens indistintamente, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É a qualidade jurídica que se revela como condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Desta maneira, a rigor, o conceito de personalidade está intimamente associado ao de pessoa, vez que se caracteriza como a qualidade ou condição para ser sujeito de direito, bem como traz um conjunto de atributos da pessoa humana, cuja proteção é prestigiada pelo ordenamento jurídico.

Clóvis Beviláqua⁷ pontifica que a personalidade nada mais é do que a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações.

No âmbito do direito, o ser humano possui aptidão genérica para desenvolver relações jurídicas e, nesse sentido, mais do que ser um sujeito de direito, envolve uma série de situações

p. 2, dezembro de 2013.

5 MOUREIRA, Diogo Luna. **Os Desafios Dos Transtornos Mentais E Do Comportamento Para O Direito Civil: Dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da Teoria das Incapacidades**. Belo Horizonte, Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais, 2013, p. 49.

6 VALLADÃO, Haroldo. **Capacidade de Direito**, in Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 13, p. 34. São Paulo: Saraiva, 1977; e DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 34ª ed., v. 1, 2015, p.130-131;

7 BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas, São Paulo: Editora Red Livros, 2001, p. 116.

subjetivas existenciais que requerem uma tutela jurídica diferenciada⁸. Com efeito, pode-se dizer que se há a qualidade pessoa, existe a personalidade.

Atualmente, Caio Mário da Silva Pereira⁹ expõe que o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil o exprime, afirmando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, conforme o artigo 1º.

Neste contexto, o Código Civil dispõe em seu artigo 2º que o ser humano é dotado de personalidade desde o momento de seu nascimento, somente se encerrando com a morte, embora a Lei coloque a salvo os direitos dos nascituros desde a concepção.

Entende-se, assim, que a personalidade surge com o nascimento com vida, revestindo-se de dois pressupostos: respiração própria e batimento cardíaco próprio. Ressalta-se a questão daquele que nasceu sem vida, logo, se não teve vida, não se adquiriu a personalidade. Maria Helena Diniz¹⁰, ao doutrinar à luz do Código Civil brasileiro, esclarece que:

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, que permanecem em estado potencial. Se nascer com vida adquire personalidade, mas se tal não ocorrer nenhum direito terá.

Por conseguinte, em relação ao nascituro, é aquele que já foi concebido, mas ainda não nasceu, embora a lei proteja os seus direitos. Esta questão, no Brasil, ainda é alvo de muitas divergências doutrinárias, prevalecendo o entendimento da teoria concepcionista, que aduz que a personalidade plena ocorre quando estão presentes simultaneamente a personalidade formal (que permite a aquisição dos direitos de personalidade e que surge desde a concepção) e a personalidade material (relacionada aos direitos patrimoniais, que somente ocorre com o nascimento com vida).

Se o nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu, significa que este somente possui a personalidade formal, embora ainda não tenha adquirido a personalidade plena. O nascituro não poderia ser considerado pessoa, exigindo-se, para tanto, o nascimento com vida, havendo anteriormente apenas uma mera expectativa de direito, entretanto não restam dúvidas sobre o seu direito à vida.

Por efeito da instituição do nascituro, o professor Washington de Barros Monteiro¹¹, salienta que:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem. Seja qual for a conceituação, **há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos.**

8 JÚNIOR, Sérgio Cardoso. **Personalidade e Capacidade no Direito Civil**. Rio de Janeiro. Artigo publicado em: <<https://sergiocardosojr.jusbrasil.com.br/artigos/170930718/personalidade-e-capacidade-no-direito-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol.1, 24ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 179.

10 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v.1, 34ª ed., Saraiva: São Paulo, 2015, p. 225.

11 MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil – Parte Geral. 38ª ed. V 1. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 61.

Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra **o nascimento com vida**. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade. (*grifo nosso*)

Por derradeiro, a personalidade jurídica termina com a morte, conforme estipula o artigo 6º do Código Civil, sendo essencial que fique estipulado o momento da morte ou fazer provas desta, para que ocorram os efeitos inerentes do desaparecimento da pessoa humana.

2.2 Breves Considerações Sobre os Direitos de Personalidade

Como visto anteriormente, a partir do momento em que surge a personalidade, a pessoa humana adquire direitos, chamados de direitos de personalidade, sendo valor fundamental de cada indivíduo.

Aos poucos, foi reconhecida pelo ordenamento jurídico e pela doutrina a disciplina dos direitos de personalidade, que tratam de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que sujeito tem uma série de valores não redutíveis pecuniariamente tutelados pela ordem jurídica.

Ensina Carlos Alberto Bittar, apud ELESBÃO¹², que “são da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros”.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹³ caracterizam os direitos de personalidade como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Para a Professora Maria Helena Diniz¹⁴, os direitos de personalidade referem-se a:

Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Ou ainda, nas palavras de Orlando Gomes¹⁵:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

12 ELESBÃO, Elsita Collor. **Os direitos da Personalidade no Novo Código Civil brasileiro**. In: Pessoa, gênero e família. Adriana Mendes Oliveira de Castro et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.17.

13 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil**. vol. 1, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186.

14 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v.1, 34ª ed., Saraiva: São Paulo, 2015, p.134.

15 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156.

Deste modo, a partir dos conceitos transcritos, observa-se que os direitos de personalidade são inerentes à pessoa e à dignidade, sendo tutelado o modo de ser físico e moral do ser humano.

São direitos inseparáveis de seus titulares, nascem e se extinguem com o indivíduo e, em razão disso, caracterizam-se por serem direitos irrenunciáveis, intransmissíveis, inalienáveis e imprescritíveis, que embora considerados absolutos, são suscetíveis de limitação.

É possível compreender duas categorias gerais dos direitos de personalidade: direitos adquiridos, que têm sua existência vinculada ao direito positivo que os disciplina, e os direitos inatos, que independem de legislação, pois estão ligados ao seu titular¹⁶. Os direitos adquiridos podem ser examinados em relação ao Estado, e ingressam no campo das liberdades públicas, dependendo necessariamente de positivação. Enquanto os direitos inatos, por serem inerentes ao homem, consideram-se acima do direito positivo, devendo o Estado reconhecê-los e protegê-los, através das normas positivas¹⁷.

Assim, pode-se concluir que os direitos de personalidade são prerrogativas individuais e subjetivas do ser humano, com fundamento ético e constitucional na dignidade da pessoa humana, garantindo o próprio desenvolvimento da personalidade dos indivíduos (como o direito à vida, à integridade física, à privacidade, ao nome, à imagem, à honra, à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, ao convívio social, entre outros).

Importante ressaltar que, ao se falar em personalidade, necessário se faz uma remissão à capacidade, pois esta justamente se refere ao direito de gozar e exercer os direitos e obrigações, como será tratado a seguir.

3. CAPACIDADE

O artigo 1º do Código Civil de 2002 harmoniza o conceito de capacidade com o de personalidade ao dizer que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Para Washington de Barros Monteiro¹⁸, afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos.

Dessa maneira, é possível dizer que a capacidade é medida pela personalidade, uma vez que ela pode ser definida como plena ou limitada. Segundo José Carlos Moreira Alves¹⁹, personalidade jurídica é um conceito absoluto, enquanto que a capacidade jurídica é um conceito

16 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol.1, 24ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, p. 202.

17 BULOS, Jaime Leandro. **Da reparação civil dos danos sociais através de instrumentos processuais coletivos**. Ribeirão Preto: Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, ano 2014, p.43.

18 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. vol. 1, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 61.

19 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.103.

relativo (pode-se ter mais capacidade jurídica, ou menos). A personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos e de contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade.

Percebe-se, neste primeiro momento, que a personalidade é conceituada como a aptidão genérica (abstrata e absoluta) da pessoa para adquirir direitos e contrair deveres, mas sua concretização ocorrerá pelo exercício da capacidade ou pelos institutos da representação e assistência²⁰.

Existem duas espécies de capacidades: a capacidade de direito ou de gozo; e a capacidade de fato ou de exercício.

O primeiro tipo de capacidade é também chamado de capacidade de aquisição de direitos, que vai ser entendida na medida da intensidade da personalidade. É a capacidade de ser sujeito de direitos, que decorre do nascimento com vida. A todo ser humano é reconhecida esta capacidade, sem qualquer distinção, bastando o nascimento com vida, independente dos requisitos formais exigidos pelo nascimento, como a certidão de nascimento, cédula de identidade, entre outros.

Todavia, não são todos que podem exercer pessoalmente os atos da vida civil, uma vez que para isso será necessário adquirir também a capacidade de fato ou de exercício. Esta segunda espécie de capacidade possui estágios definidos pelo próprio Código Civil, distinguindo as modalidades de capacidade e incapacidade. Refere-se justamente ao poder de exercer por si só os atos da vida civil, embora nem todos sejam aptos a possuí-la, em razão da falta de alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde e desenvolvimento mental. A lei possui o intuito de protegê-los, ainda que não lhes negue a capacidade de adquirir direitos, subtrai-lhes os de se autodeterminarem, de exercê-los pessoal e diretamente, exigindo sempre a participação de outra pessoa para representá-los ou assisti-los.

Destarte, conclui-se que todos que nascem com vida possuem a capacidade de direito, mas nem todos têm a capacidade de fato ou de exercício, podendo estar condicionada a uma determinada situação e, logo, a capacidade plena será atingida pela união da capacidade de direito e a capacidade de fato.

Nesse sentido, cumpre invocar as palavras de Orlando Gomes²¹:

A capacidade de Direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de direitos. Ninguém pode ser totalmente privado dessa espécie de capacidade. E mais adiante: A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade.

20 COUTO, André e MATTOS, Gama Bruno Ferreira Bini de. **PERSONALIDADE JURÍDICA: análise dos artigos 2º e 9º da Lei n. 10.406/02**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 83-87, abr./jun. 2010.

21 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 172.

Quem possui os dois tipos de capacidade, pode dizer que tem a capacidade plena. Por outro lado, aqueles que apenas ostentam a capacidade de direito, possui a capacidade limitada, fazendo necessário outra pessoa que complete a sua vontade ou a substitua.

3.1 O Sistema de Incapacidades do Código Civil de 2002

O estudo de incapacidade se resume tão somente a capacidade de fato ou de exercício, já que no direito brasileiro todos ao nascer se tornam capazes de adquirir direitos, não existindo a incapacidade de direito.

Aqueles que não possuem a capacidade de fato são classificados em absolutamente incapazes ou relativamente incapazes, pois se leva em consideração o grau de inaptidão das pessoas para praticar os atos da vida civil.

Maria Helena Diniz²² discorre que a incapacidade é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela Lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra. Decorre aquela do reconhecimento da inexistência, numa pessoa, dos requisitos indispensáveis ao exercício dos direitos.

Inicialmente, ao tratarmos sobre a incapacidade absoluta, estamos nos referindo aos absolutamente incapazes, isto é, aqueles que não podem exercer os atos da vida civil pessoalmente. Para o exercício dos atos será necessário que sejam devidamente representados pelos seus pais ou representantes legais.

Sílvio de Salvo Venosa²³ reforça o entendimento dizendo que a incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa que exerce por si os atos da vida civil, uma vez que sua manifestação de vontade é considerada juridicamente irrelevante, bem como suas vontades ficam condicionadas ao de seu representante.

Por outro lado, os relativamente incapazes se encontram entre a incapacidade absoluta e a capacidade civil plena, tendo em vista que podem exercer alguns atos da vida civil, desde que com assistência dos pais ou representantes. Trata-se de uma incapacidade limitada, sendo juridicamente relevante sua manifestação de vontade, desde que assistidos por seus respectivos representantes.

Nesse contexto, os efeitos da incapacidade absoluta geram a nulidade de pleno direito do ato praticado, enquanto que os efeitos da incapacidade relativa geram a anulabilidade dos atos praticados sem a devida assistência. Essa diferença decorre em razão do grau de inaptidão ser menor para os relativamente incapazes em face dos absolutamente incapazes, visto que estes não

22 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria geral do Direito Civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012, p. 168-170.

23 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, v. 1, 13ª. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p.169.

possuem qualquer qualidade que os permitam a liberdade de ação para procederem com alguma autonomia.

O artigo 3º²⁴ do Código Civil, até o ano de 2015, dispunha sobre as três hipóteses de absolutamente incapazes: os menores de 16 (dezesseis) anos; os que não possuem o necessário discernimento para a prática de atos, por enfermidade ou deficiência mental e; os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade (por exemplo, os surdos-mudos que não podem expressar sua vontade).

Todavia, com o advento da Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), essas três hipóteses foram reduzidas a uma, sendo atualmente considerados somente absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesseis) anos.

No caso dos relativamente incapazes, disciplinava o artigo 4º²⁵ do Código Civil, o qual também passou por alteração, que nesta condição enquadravam-se os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que por deficiência mental tem o discernimento reduzido; os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.

No entanto, com o advento da referida Lei, passou a serem considerados relativamente incapazes somente os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade e; os pródigos. Além disso, o Código Civil nos remete à Legislação Especial para a questão da capacidade dos indígenas.

Ainda merece destaque a questão dos absolutamente incapazes que eram impedidos de serem testemunhas ou de realizarem testamentos, admitindo tais prerrogativas somente para os relativamente incapazes, conforme mencionava os antigos artigos 228, inciso I, e 1.860, parágrafo único do Código Civil de 2002.

Portanto, evidente se faz a situação de excepcionalidade dos casos em que o indivíduo é privado total ou parcialmente do seu poder de autorregular-se para a prática de ações pessoais, sendo sempre a lei que irá determinar quando estará presente a incapacidade do sujeito.

A regra geral é que a capacidade civil plena será adquirida com a maioridade civil, ou seja, com os completos 18 (dezoito) anos, apesar de haver algumas possibilidades de adquirir esta capacidade plena antes dos 18 (dezoito) anos, sendo, por exemplo, por meio da emancipação, quer

24 “Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.”

25 “Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único - A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.”

seja ela voluntária, judicial ou legal. Além disso, ocorrerá a cessação da incapacidade nos casos de desaparecimento dos motivos que a determinaram.

4 DEFICIÊNCIA COMO ELEMENTO DA PERSONALIDADE E CAPACIDADE

No dia 6 de julho de 2015 foi promulgada a Lei 13.146, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência, chamado de Estatuto da Pessoa Com Deficiência, adaptando nosso sistema legal às exigências da Convenção das Nações Unidas de 2007 e modificando vários dispositivos do Código Civil de 2002, dentre eles, aqueles que tratavam do regime de capacidades e curatela.

Em especial, houve a desvinculação da deficiência com a condição de incapacidade, proporcionando as condições de vida com maior dignidade a todas as pessoas que tenham alguma deficiência, de modo a garantir a igualdade, acessibilidade e inclusão social.

Necessário se faz, primordialmente, definir o conceito de deficiência, inclusive, muito bem apresentada por Luiz Alberto David Araújo²⁶, em sua obra *A Proteção Constitucional da Pessoa Portadora de Deficiência*, concluindo que:

O conceito de deficiência reside na incapacidade do indivíduo para certas tarefas, não na falta de qualquer capacidade física ou mental. A análise isolada não poderá ser feita; pelo contrário: a deficiência deverá ser sempre correlacionada à tarefa ou atividade. E mais, a última expressão, “pessoas portadoras de deficiência”, tem o condão de diminuir o estigma da deficiência, ressaltando o conceito de pessoa; é mais leve, mais elegante, e diminui a situação de desvantagem que caracteriza esse grupo de indivíduos.

Maria Elisa Gonzalez Manso²⁷ ensina que: “A deficiência permanente é aquela que não permite recuperação ou alteração apesar do aparecimento de novos tratamentos, por já ter corrido tempo suficiente para a sua consolidação”.

Para os fins da lei, conforme seu artigo 2º, "considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Assim como, no âmbito civil, determinou-se no artigo 6º que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência

26 ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3º. ed. Brasília, Corde, 2002, p. 140.

27 MANSO, Maria Elisa Gonzalez. **Os portadores de necessidades especiais e o novo Código Civil**. Publicado em 09/2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4314/os-portadores-de-necessidades-especiais-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Diante desse cenário, é naturalmente certo que todas as pessoas com deficiência possuem aptidão para adquirir direitos. Significa que, de modo geral, possuem personalidade, pois esta é um atributo indissociável do homem dentro da ordem jurídica, não dependendo do seu nível de consciência ou vontade.

Noutro giro, parte-se também da premissa de que a deficiência não é mais considerada causadora de limitações à capacidade civil, vez que a pessoa pode ser deficiente e ao mesmo tempo ter plena capacidade de exprimir sua vontade. É o que aduz o parecer do projeto de lei, que deu origem ao Estatuto analisado no Senado Federal²⁸:

Para facilitar a compreensão, optamos por fazer uma análise conjunta dos dispositivos constantes dos arts. 6º e 84, além de algumas das alterações contidas no art. 114, uma vez que dispõem sobre a capacidade civil das pessoas com deficiência. Seu cerne é o reconhecimento de que condição de pessoa com deficiência, isoladamente, não é elemento relevante para limitar a capacidade civil. Assim, a deficiência não é, a priori, causadora de limitações à capacidade civil. Os elementos que importam, realmente, para eventual limitação dessa capacidade, são o discernimento para tomar decisões e a aptidão para manifestar vontade. Uma pessoa pode ter deficiência e pleno discernimento, ou pode não ter deficiência alguma e não conseguir manifestar sua vontade.

(...)

Entendemos, na linha da Convenção, que as pessoas com deficiência não podem sofrer limitações na sua capacidade civil. Assim, impõe-se a revogação de toda a legislação que dispõe em sentido contrário.

Nesse contexto, revogaram-se expressamente os incisos II e III do artigo 3º do Código Civil que tratava dos absolutamente incapazes, não sendo mais considerados “os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. Já em relação à incapacidade relativa, foi excluída do artigo 4º do Código Civil a menção aos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.

Outro ponto a ser tratado resumidamente é o da interdição. Era estabelecida pelos artigos 1.768 a 1.773 do Código Civil, em que os absolutamente incapazes não possuíam discernimento para exercer os atos da vida civil e não manifestavam a sua vontade de forma válida, podendo ser submetidos à curatela (interdição).

Porém, atualmente, essa curatela, ao contrário da interdição total anterior, pode ser entendida como a tomada de decisão apoiada, que deve ser de interesse exclusivo da pessoa e não de familiares ou terceiros. Bem como, deve ser de acordo com o artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, proporcional às necessidades e circunstâncias de cada caso e durará o menor tempo possível.

28 Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=167262&tp=1>>. Acesso em 15 de abril de 2017.

Tem natureza, portanto, de medida protetiva e não de interdição de exercício de direitos²⁹, de maneira a não permitir que a pessoa humana portadora de deficiência sofra restrições em sua autodeterminação e veda-se a delegação de um direito de personalidade a um curador. A mudança do Estatuto foi no sentido de limitar a curatela apenas para os atos de caráter patrimonial, amparando a pessoa com deficiência que se submeter à medida, especificamente aos atos no qual não pode expressar sua vontade.

Por fim, uma última questão a tratar é sobre a possibilidade dos longos intervalos de lucidez da pessoa que era considerada incapaz, tendo em vista o referido Estatuto não previu esta hipótese, mas disciplinou que a alteração legislativa que suprimiu a expressão "deficiência mental" do texto do artigo 4º, não veda a interdição quando o deficiente não possa, por causa transitória ou permanente, manifestar sua vontade.

É possível que a pessoa incapaz tenha intervalos de lucidez tornando-se um ser plenamente capaz de exercer os atos da vida civil nesse período, visto que hoje os intervalos lúcidos são caracterizados como o retorno ao estado de sanidade plena por um longo período, ou seja, patologias que possibilitam o acontecimento dos intervalos de lucidez, tendo uma completa sanidade em longo prazo. Contudo, tais atos eram levados em consideração pelo Direito, sendo amplamente criticado pela doutrina, segundo João Baptista Villela³⁰:

Hoje, segundo depoimentos dos especialistas na área médica, é possível por meio do controle por drogas, se não eliminar totalmente o período de enfermidade, reverter a situação para o estado anterior; ou seja, podemos ter longos períodos de sanidade pontuada por pequenos lapsos de enfermidade. Então, não há mais sentido estabelecermos uma incapacidade de caráter permanente e duradouro, quando a situação, em razão dos progressos médicos, mudou radicalmente.

Diante a todo o exposto, não pode ser afirmado categoricamente que toda pessoa portadora de deficiência é incapaz, posto que o Novo Estatuto veio como uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana para as pessoas com qualquer modalidade de deficiência, proporcionando oportunidades para diminuir a exclusão social e tratamento igualitário diante da sociedade.

CONCLUSÃO

É cediço que, por muito tempo, desde o início da civilização humana, em diferentes contextos históricos, os indivíduos que possuíam algum indício ou grau de limitação (seja de caráter

29 LÔBO, Paulo. **Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes**. Revista Consultor Jurídico, 16 de Agosto de 2015.

30 VILLELA, João Baptista. **Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de Exercício no Projeto do Novo Código Civil**. In: Conselho Da Justiça Federal. Comentários Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. Série de Cadernos do CEJ, volume 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2002, p. 44-45. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>> Acesso em: 20 de abril de 2017.

físico, psíquico, intelectual ou sensorial), eram tratados com discriminação e marginalização, excluídos das relações sociais. O desenvolvimento das sociedades em diversas nações e a crescente ascensão dos direitos humanos dentro da ordem jurídica acarretaram novas concepções e instrumentos para atingir a inclusão social das pessoas com deficiência.

Partindo-se de algumas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, é imprescindível o direito à integração da pessoa com deficiência associado ao princípio da igualdade, como forma de efetivação dos direitos e garantias individuais das pessoas portadoras de determinada condição, que outrora eram colocadas em um patamar inferior.

Ao tratarmos sobre a sistemática do Código Civil, foi possível reconhecer a personalidade para toda pessoa natural (ser humano), bem como entender que a capacidade civil plena é adquirida quando o indivíduo além de adquirir direitos e obrigações, é capaz de exercê-los pessoalmente. E a partir desses conceitos sedimentados, foi possível construir o regime de incapacidades do Código Civil, impondo qualidades às pessoas na medida de sua capacidade.

Com a nova perspectiva trazida pela Lei 13.146/15, refletiu diretamente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de suma importância tanto para os beneficiários da Lei, quanto para os aplicadores e profissionais do Direito, pois há de se considerar que existe uma nova concepção quanto à deficiência, e também considerar o deficiente como um sujeito igualmente de direito que pode ter função socialmente ativa, resguardando sua autonomia individual e a plena e efetiva participação na sociedade.

Desse modo, com o presente trabalho, pretendeu-se esclarecer as repercussões advindas pela Lei 13.146/15, uma vez que esta alterou e revogou alguns artigos do Código Civil de 2002, trazendo grandes modificações na teoria das capacidades, especialmente no tocante a segmentação do conceito de capacidade à condição de deficiência de qualquer tipo.

Destarte, a pessoa com deficiência, ainda que obtenha limitações impostas pelo ordenamento jurídico, deve ter garantida a sua autonomia reconhecida pelo direito, tendo em vista que, pelos novos conceitos, podem ser portadoras de deficiência e possuir a capacidade plena para exercer pessoalmente seus direitos existenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Carolina. **Estatuto da pessoa com deficiência – Principais alterações**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235297,51045-Estatuto+da+pessoa+com+deficiencia+Principais+alteracoes>>. Acesso em 02 de março de 2017.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3º ed. Brasília, Corde, 2002.

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ASCENSÃO, José Oliveira. **Teoria Geral do Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 1997.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. ed. 2. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. ed. 4. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. **Os direitos da Personalidade**. 7ª ed., revista e atualizada com o novo Código Civil por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- BULOS, Jaime Leandro. **Da reparação civil dos danos sociais através de instrumentos processuais coletivos**. Ribeirão Preto: Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, ano 2014.
- CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas**. Revista Consultor Jurídico, ano de 2015.
- COSTA, Lorena Xavier da. **Sujeito de direito e pessoa: conceitos de igualdade?** Rio de Janeiro, Disponível em: <apl.unisiam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/534/445>. Acesso em: 10 de março de 2017, v. 4, p. 2, dezembro de 2013.
- COUTO, André e MATTOS, Gama Bruno Ferreira Bini de. **PERSONALIDADE JURÍDICA: análise dos artigos 2º e 9º da Lei n. 10.406/02**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 83-87, abr./jun. 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do Direito Civil**. v.1, 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DUQUE, Bruna Lyra. **Estatuto da pessoa com deficiência: Novos rumos da autonomia existencial**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 13 Jul. 2015. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/331086>>. Acesso em 10.04.2017
- ELESBÃO, Elsitá Collor. **Os direitos da Personalidade no Novo Código Civil brasileiro**. In: Pessoa, gênero e família. Adriana Mendes Oliveira de Castro et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **Novo curso de direito civil**. vol. 1, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol. 1: Parte Geral, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- JÚNIOR, Sérgio Cardoso. **Personalidade e Capacidade no Direito Civil**. Rio de Janeiro. Artigo publicado em: <<https://sergiocardosojr.jusbrasil.com.br/artigos/170930718/personalidade-e-capacidade-no-direito-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

LÔBO, Paulo. **Com Avanço Legal Pessoas com Deficiência Mental não são mais Incapazes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em 17 de março de 2017.

MANSO, Maria Elisa Gonzalez. **Os portadores de necessidades especiais e o novo Código Civil**. Publicado em 09/2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4314/os-portadores-de-necessidades-especiais-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 10 de março de 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. vol. 1, 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Os Desafios Dos Transtornos Mentais E Do Comportamento Para O Direito Civil: Dialética do reconhecimento e sofrimento de indeterminação como pressupostos para a reconstrução da Teoria das Incapacidades**. Belo Horizonte, Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais, 2013.

NEME, Eliana Franco; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Capacidade Civil E As Pessoas Portadoras De Deficiência**. São Paulo, Universidade de São Paulo (USP).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1., 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. vol. 1, 34ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

VALLADÃO, Haroldo. **Capacidade de Direito**, in Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 13, p. 34. São Paulo: Saraiva. 1977; e DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 34ª ed., v. 1, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. vol. 1, 13ª ed., São Paulo Editora Atlas S.A., 2013.

VILLELA, João Baptista. **Capacidade Civil e Capacidade Empresarial: Poderes de Exercício no Projeto do Novo Código Civil**. In: Conselho Da Justiça Federal. **Comentários Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro**. Série de Cadernos do CEJ, volume 20. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2002. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol20.pdf>> Acesso em: 20 de abril de 2017.