

Volume 4, Número 1. Dezembro. Ano 2021. ISSN 2595-1270

QUID

Revista Essência Jurídica
UniFCV





APRESENTAÇÃO

A **QUID Revista Essência Jurídica** no formato eletrônico ressalta sua missão com a difusão e fomentação de reflexão crítica sobre diversas temáticas do Direito, bem como ressalta a relevância da produção científica pautada na formação humanística, crítica e reflexiva.

Como ferramenta de disseminação científica, reconhece a importância do debate acadêmico e democrático, bem como a interdisciplinaridade dos temas afetos ao direito.

A **QUID Revista Essência Jurídica** tem publicação anual, de acesso aberto e gratuito, por meio eletrônico, cujo teor é acessível a toda a comunidade no site do Centro Universitário Cidade Verde: <https://unifcv.edu.br/>. Não há cobrança de taxas de editoração, submissão e/ou publicação dos(as) autores(as) e utiliza o *Open Journal Systems* (OJS), plataforma de código livre gratuito, para a administração e a publicação dos artigos aprovados pela Comissão Editorial.

Este periódico prima pela qualidade, tendo tido seu conteúdo submetido à análise de uma composição de pareceristas, integrada por mestres e doutores, atuantes nas mais diversas áreas do Direito, que, certamente, contribuirão de modo decisivo na expansão e solidificação deste periódico.

Por fim, a qualidade das pesquisas aqui divulgadas, com certeza, encontrará a apreciação do leitor e dos estudiosos do Direito.

Faça parte da próxima edição.
Boa leitura!

Profa. Pós-Dra. Rose Borin

Pós-Doutora em Direito Processual no Sistema Italo-Germano e Latino-Americano na *Università Degli Studi Di Messina* - Itália. Doutora em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos - ITE Bauru/SP. - Centro Universitário de Bauru. Especialista em Direito Civil (Sucessões e Família) e Processo Civil - Cesumar. Especialista em Direito do Estado - Constitucional, pela Universidade Estadual de Londrina. Mestrado em Ciências Jurídicas-Centro Universitário de Maringá. Professora de Pós-Graduação na Escola da Magistratura de Paraná, na UNIPAR. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Militar - UniFCV – Centro Universitário de Maringá. Advogada. Autora de livros, capítulos de livros e diversos artigos científicos. Membro do Corpo Editorial da Revista Internacional Consinter de Direito e Livro Direito e Justiça do Consinter e do Conselho Editorial Juruá Ltda. Parecerista Ad Hoc: UFU/MG, Unijuí/RS, Univem/SP, Conpedi. Membro da Comissão Estadual de Direito Militar da OAB/PR. Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/Maringá/PR.



CORPO DIRETIVO

Reitoria

José Carlos Barbieri

Vice-Reitoria

Hamilton Luiz Favero

Pró-Reitoria Acadêmica

Margareth Soares Galvão

Diretoria de Operações Comerciais

José Plínio Vicentini

Diretoria de Graduação

Alex Cordeiro Alves da Silva

Diretoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão

Marcela Bortotti Favero

Diretoria de Registro Acadêmico e Regulação

Lincoln Villas Bôas Macena

Diretoria de Operações EAD

Cleber Semensate

Editora Responsável

Profa. Pós-Dra. Rose Borin

ARTES DE CAPA E CONCEITO

ACEE - Assessoria de Comunicação Endomarketing e Eventos

Centro Universitário Cidade Verde

Amanda Cristina Vieira Machado - **Gerente**

Daiany Parpinelli Rico - **Analista de Design Gráfico**

QUID REVISTA ESSÊNCIA JURÍDICA – CENTRO UNIVERSITÁRIO CIDADE VERDE

Endereço para correspondência:

Avenida Horácio Raccanello Filho, 5950 – Zona 07, Maringá – PR
revistasunifcv@unifcv.edu.br



CORPO CIENTÍFICO

NELSON FINOTTI SILVA – Pós-Doutorando

Pós-Doutorando em psicologia da Saúde na FAMERP. Doutor em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca (2001). Especialização em Direito do Estado Democrático de Direito pela Universidade de Franca (2001). Especialização em Didática do Ensino Superior pela União das Faculdades do Norte Paulista (1985). Professor titular na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Catanduva e do de Pós Graduação *latu-sensu*. Pesquisador do Grupo de Pesquisa da saúde de São José do Rio Preto – FAMERP. Procurador aposentado do Estado de São Paulo. Advogado.

CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI – Doutor

Doutor em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Juruimir (2009). Atualmente é professor de Direito na Pós-Graduação da Projuris-FIO em Ourinhos-SP. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSA, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Direito do Projuris.

MARIA PRISCILA SOARES BERRO – Pós-Doutora

Pós-doutora em Direito Processual no Sistema Itálo-Germano e Latino-Americano na *Università Degli Studi di Messina* - Itália. Doutora em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru-SP) (2016). Possui Mestrado em Direito (área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP (2002). Professora efetiva da Fundação Universidade Federal de Rondônia, Campus de Cacoal-RO. Possui, ainda, Especialização em Direito (área de concentração: Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP e Especialização em Gestão de Negócios pela UNESC - Faculdades Integradas de Cacoal-RO. Tem experiência na área de Serviço Social, com ênfase em Direito do Trabalho e Sociabilidade, bem como na área de Administração e Contabilidade, com ênfase em Direito Previdenciário, RH, Arbitragem e Negociação e Saúde do Trabalhador.

PRISCILA ARMELIN – Doutoranda

Doutoranda em Direito pela FADISP (2-2018). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1993). Mestrado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2007). Foi membro da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. Membro Comissão da Educação Jurídica OAB/PR (gestão 2015/2018 e atual gestão 2019), Conselheira na OAB/Maringá (gestão 2015/2018 e atual gestão em 2019). Advogada inscrita na OAB/PR sob o n. 20625. Professora de pós-graduação e graduação. Coordena o Curso de direito da UNIFCV. Facilitadora na Justiça Restaurativa. Mediadora e Conciliadora em formação pelo



Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Avaliadora de cursos de graduação em Direito do Ministério da Educação/INEP.

JUSSARA SCHMITT SANDRI – Mestre/ Doutoranda

Doutoranda em Direito pela FADISP. Mestra em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR. Especialista em Direito e Políticas Públicas pela UNIOESTE. Especialista em Gestão Empresarial com ênfase em Marketing e Recursos Humanos pelo UNICS. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba e Licenciatura em Letras pela UNICESUMAR. Advogada, tendo atuado nas áreas de Direito do Trabalho e Direito de Família até 2010. Professora de Ciências Jurídicas, com dedicação exclusiva, no Instituto Federal do Paraná, desde 2010, lotada no campus Paranaguá. Autora do livro *Alienação Parental: o uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais*, pela Editora Juruá.

FABIANA JUNQUEIRA TAMAOKI NEVES – Pós-Doutora

Pós-Doutora pela Università Degli Studi di Messina. Doutora e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição de Ensino de Bauru - ITE e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Docente nos cursos de Direito e Serviço Social do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente-SP. Professora convidada da ESA-SP (Escola Superior da Advocacia) e de outros cursos de Pós-Graduação. Membro da UBAA (União Brasileira da Advocacia Ambiental). Autora de diversos artigos e capítulos de obras jurídicas. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Defesa do Consumidor, Direito Coletivo, Estatuto da Criança e do Adolescente, Direito Ambiental, Direito Agrário, Direito Processual Civil, Direito Civil e Ética Profissional. Advogada.

MANUELA DE OLIVEIRA SOARES - Doutora

Doutora em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE. Mestre em Direito Processual civil e Cidadania. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista pela Escola Fundação do Ministério Público do Paraná. Especialista pelo Instituto de Estudos Jurídicos. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professora Efetiva do curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Coordenadora do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - unidade de Naviraí (2018- 2019). Coordenadora adjunta do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul unidade de Naviraí (2018). Professora dos cursos de Pós- graduação em: Direitos difusos e coletivos da UEMS/Dourados (2014/2015); Pós-graduação em processo civil da UNIPAR/Cianorte (2014/2015; pós-graduação lato sensu em Direito e vulnerabilidade da UEMS/ Naviraí (2020/2021), Editora chefe da Revista Jurídica Direito & Direitos/Naviraí (2014/2016). Advogada. Conselheira Municipal de Educação. Juíza leiga (2006- 2016).



SUMÁRIO

1. **PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS.....7**
2. **DIREITOS DA PERSONALIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E O ASSÉDIO MORAL: UMA VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS.....27**
3. **A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE48**
4. **A RELAÇÃO DESARMONIOSA ENTRE O SISTEMA CAPITALISTA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE: A AGROPECUÁRIA E AS VIOLAÇÕES AMBIENTAIS NA FLORESTA AMAZÔNICA..... 63**
5. **DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS OU TESTEMUNHA DE ABUSO SEXUAL INFANTIL NO PROCESSO PENAL: INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.431 DE 2017 COMO FORMA DE AMENIZAR O SOFRIMENTO..... 82**
6. **PREVIDÊNCIA SOCIAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E A GARANTIA DO BEM-ESTAR SOCIAL94**
7. **RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL..... 115**
8. **O ATIVISMO JUDICIAL E A ATUAÇÃO DO STF NO COMBATE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO: ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA 142**
9. **FLEXIBILIZAÇÃO DO PORTE DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL..... 168**
10. **COMENTÁRIOS ACERCA DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO – INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DA LEI 13.467/2017..... 186**
11. **PAGAMENTOS POR SERVIÇOS AMBIENTAIS RENOVANDO OS MÉTODOS DE PRESERVAÇÃO..... 197**
12. **O DIREITO BRASILEIRO E INTERNACIONAL NO CUIDADO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE 222**
13. **ANÁLISE DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR E A DIFICULDADE NO ACESSO PELA MULHER À LAQUEADURA TUBÁRIA..... 237**



1. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

*Maria Fernanda de Carvalho Pio¹
Cristina Veloso de Castro²*

Resumo: O presente artigo buscar apresentar a negligência que o sistema prisional tem infringindo aos detentos nas cadeias brasileiras, perpetuando as violações dos direitos fundamentais, preceito constitucional e basilar para a democracia, identificando-se assim a necessidade de uma reforma considerável no sistema penitenciário do país, introduzindo-se desta forma os projetos de parceria público-privada que tem ganhado destaque nos últimos anos, implantando projetos de infraestrutura urbana de qualidade, dando uma nova roupagem a delegação de serviços públicos, trazendo à baila as parcerias entre a administração pública o parceiro privado.

Palavras Chave: Penitenciária, Detento, Parceria Público-Privada

Abstract: This article seeks to present the negligence that the prison system has been violating inmates in Brazilian jails, perpetuating violations of fundamental rights, constitutional and basic precepts for democracy, thus identifying the need for considerable reform in the country's prison system, thus introducing the public-private partnership projects that have gained prominence in recent years, implementing quality urban infrastructure projects, giving a new look to the delegation of public services, bringing to the fore the partnerships between the public administration and the private partner.

Keywords: Penitentiary, Detainee, Public-Private Partnership

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como precípua finalidade fazer abordagem acerca da privatização dos presídios, abordando acerca dos diferentes modos e assimetrias que irão incidir diretamente nos detentos, apresentando ainda o estudo quanto às parcerias públicas e privadas,

¹ Pós graduanda em Direito Administrativo pela Universidade de São Paulo – USP.

² Doutora em Direito e Saúde pela Universidade de Messina, doutorado em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pelo Instituto Toledo de Ensino, docente do Programa de Pós Graduação em Ciências Ambientais da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Professora em Direito Constitucional na UEMG.



modalidade utilizada entre alguns municípios brasileiros para introdução deste novo sistema penitenciário.

O recorte selecionado para a pesquisa toma como referencial o estudo das famigeradas parcerias público-privadas, respectivamente, abordando com maior afinco o estudo da licitação, os benefícios que tal procedimento podem trazer ao município, e os limites da PPP na privatização das penitenciárias considerando a responsabilidade do Estado para com o detento.

Atualmente as Parcerias Público Privadas (PPPs) representam uma ferramenta de delegação de serviços públicos muito utilizadas pelo Estado para a consecução de obras e serviços muito onerosos ou tecnicamente complexos.

Presentes tanto na construção, manutenção e modernização de estádios de futebol, quanto em obras de infraestrutura de grande vulto, como hidroelétricas e estradas, as PPPs surgiram a princípio como forma de desonerar os cofres públicos e proporcionar maior agilidade e eficiência na prestação de serviços à população.

Ademais, face presente o estudo da legislação penal frente ao sistema penitenciário, a falta de vagas neste é notória, de modo que o apenado cumpre sua pena em condições que ferem a dignidade da pessoa humana.

No conjunto de estudo pretende-se analisar o panorama da LEP, com intuito de ratificar sua aplicabilidade na atualidade e a responsabilidade do Estado diante do estudo pormenorizado do instituto das PPPs sob a ótica administrativa, com intuito de verificar a legalidade de sua aplicação na construção e administração de estabelecimentos prisionais, a partir de interpretação sistêmico – constitucional, que leve em consideração não apenas os dispositivos constitucionais direcionados à Administração Pública, mas aqueles que envolvem direitos e garantias constitucionais e à própria Constituição do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utilizando-se de uma metodologia teórico – descritiva e eminente dedutiva, percorrerá alguns teóricos da área do Direito Administrativo, para análise crítica dos fundamentos legais – constitucionais acerca dos institutos do serviço público, das parcerias público privadas, sua aplicação no caso proposto, discriminando os pontos positivos e negativos desta relação onde o detento será o principal objeto de reestruturação.

Com isso, a abordagem da pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, pois o pesquisador pretende se valer de bibliografias referentes ao tema – analisada e fixada na fase exploratória da pesquisa (doutrina, legislação e jurisprudência) para sustentar a sua tese.



1 O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE À DIGNIDADE HUMANA

1.1 AS VIOLAÇÕES NO SISTEMA PRISIONAL

A frase: “*Abandonai toda a esperança, vós que entraís*”, escrita no portão do *Interno da Divina Comédia* de Dante Alighieri é a perfeita representação de quase todos os presídios no Brasil. Se tornou um lugar comum, desumano, segregado e louvável na visão da sociedade, que aprecia o sistema punitivo, e segrega toda e qualquer forma de reinserção do apenado ao convívio social.

A política criminal brasileira é ainda arcaica em sua forma de punir, precarizando e desumanizando seus detentos, implantando infrações penais e sanções punitivas sem recorrer aos métodos de ressocialização necessários.

Esta sistemática falha é apenas o reflexo da falência do sistema penal brasileiro, é a situação degradante da vida nos cárceres. Prova disso são os problemas de superlotação, consumo de drogas, maus tratos, violência sexual, doenças, motins, rebeliões e tantas outras afrontas aos direitos humanos.

O que se observa são os fenômenos da invisibilidade pública e da humilhação social, que negam o reconhecimento da dignidade humana e excluem um grupo da sociedade.

A prisão desde a antiguidade até o final do século XVIII servia apenas para a guarda e contenção dos réus, como um local para deixá-los até o momento em que seriam julgados ou executados. Era como um depósito de pessoas que ali ficavam aguardando seu suplício, geralmente em condições subumanas.

Nos dias atuais, além da precarização e o descuido intencional com os presos, os poderes públicos ainda são omissos e grande parte da população, muitas vezes influenciada pela mídia, reproduz o discurso de que presos não são sujeitos de direito. Essas manifestações legitimam a crueldade do sistema e ignoram direitos fundamentais de cidadãos que cumprem pena restritiva de liberdade.

O ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos e as garantias dos detentos de modo a resguardar a dignidade humana, todavia, boa parte destas pessoas não possuem discernimento ou conhecimento suficiente para compreender o que se passa ao redor, as consequências de abrir mão de sua própria dignidade, ou simplesmente se encontra fragilizado diante das circunstâncias ou condição pessoal desfavorável.

Nesse sentido, quando se restringe demasiadamente os direitos individuais, como no tratamento dado aos presidiários, o próprio Estado retira a capacidade desses indivíduos ao



passo que ignora os direitos subjetivos da pessoa humana, violando os direitos da personalidade, que são direitos humanos e fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 evoluiu ao proteger os direitos de todos, brasileiros natos, naturalizados e estrangeiros, proibindo uma série de penas que agridam a dignidade da pessoa humana. Em conformidade com tal pensamento, tem-se a redação no art. 5º, inciso XLVII, o qual determina que *não haverá penas*: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

O art. 5º, inciso XLIX da Constituição Federal dispõe de maneira paradigmática que “*é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*”. Dessa forma, tem-se expresso a limitação do *ius puniendi* do Estado garantindo um tratamento punitivo que respeite as condições da pessoa humana.

Contudo, embora elencado na Constituição Federal, se faz presente inúmeras violações no sistema penitenciário, com quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, seja decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, de medidas abrangentes da natureza normativa, administrativa e orçamentária do próprio sistema ou de ações e omissões dos poderes públicos da União, Estados e Distrito Federal.

As prisões brasileiras são em geral verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, seja praticada por outros detentos, seja pelos próprios agentes do Estado.

Falta a assistência judiciária adequada, assistência social, acesso à educação, à saúde, à religião e ao trabalho. O sistema funciona de forma altamente seletiva, e atinge quase exclusivamente os pobres de ensino superior incompleto, analfabetos ou apenas com ensino fundamental.

No que tange ao direito do preso, o Código Penal dispõe: “Art. 38 – O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

Na mesma linha, a Lei de Execução Penal que tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do apenado prevê: “Art. 40 – Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

Ademais, a Lei de Execuções Penais descreve inúmeros direitos dos presos tais como: alimentação suficiente e vestuário; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho,



o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos; chamamento nominal; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação e etc.

É notório que o ordenamento jurídico pátrio consagra inúmeros direitos fundamentais dos presos, todavia, não se observa efetividade ao passo que não há cumprimento das disposições normativas para garantir qualidade ao sistema prisional.

Em face do exposto, se faz presente a decisão do Supremo Tribunal Federal, que em razão das graves e indistintas lesões aos direitos constitucionais dos presos, reconheceu o chamado “Estado de Coisas Inconstitucional”, no âmbito do sistema prisional, tendo a Corte Constitucional determinado a adoção, por parte do Poder Executivo, de medidas administrativas e a alocação de recursos orçamentários visando a minimizar as precárias condições do sistema carcerário brasileiro.

Na data de 09 de setembro de 2015, o Plenário do STF deferiu, parcialmente, o pedido de medidas cautelares requerido na Ação Declaratória de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, tendo reconhecido a ocorrência do ECI em relação ao sistema prisional brasileiro, devido às violações indistintas e sistemáticas dos direitos fundamentais dos encarcerados.

Por ocasião do deferimento da liminar na ADPF nº 347/DF, o STF determinou:

- a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamento³s. (Destacado)

Presente responsabilidade pelas graves situações formadoras do quadro de inconstitucionalidade discutida na ADPF e vivenciada pela população carcerária não é de um

³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347 MC/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Diário de Justiça de 18/02/2016. Disponível em: Acesso em: 28 jan. 2020.



único Poder, mas sim dos três Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário, que são responsáveis pela precariedade do sistema prisional, bem como a União também não detém com exclusividade a responsabilidade.

A realidade carcerária no Brasil gera preocupação aos conhecedores do direito e a sociedade como um todo, quanto mais precário e desumano são as prisões, menos chances de ressocialização o detento terá.

O retorno dessas pessoas a sociedade é um desafio de sobrevivência, se ressocializar sem oportunidades de emprego e enfrentar o descrédito e preconceito social induz, mesmo que de forma indireta, que estas pessoas retornem ao submundo do crime.

Somado a todos estes pontos, se destaca o papel da Câmara dos Deputados, no relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, trazendo o diagnóstico preciso das condições precárias dos estabelecimentos prisionais.

Brasil conta com excelente aparato jurídico relativo ao Direito Penitenciário. A Constituição Federal contém importantes princípios gerais referentes às mulheres, aos direitos dos presos e à pena. A Lei de Execução Penal (LEP) é uma das mais avançadas do mundo e está em vigor há 24 anos. Há várias outras leis bastante precisas. Por outro lado, existe um conjunto infraconstitucional de instrumentos jurídicos que detalha, de forma pormenorizada, aspectos variados da vida carcerária [...] Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como **lixo humano**⁴.

O ex-presidente do CNJ apresentou ao STF um relatório, destacando as reais condições do sistema prisional brasileiro e suas falhas. Vejamos alguns trechos:

Esta publicação, fruto do intenso trabalho dos chamados Mutirões Carcerários levados a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ há quase quatro anos, argui-nos a consciência e, à vista de cenas da perversa realidade prisional brasileira, reafirma a necessidade de urgente e profunda reforma das prisões e do sistema de justiça criminal como um todo, para remediar as condições pessoais e as estruturas físicas de encarceramento, bem como de prover os recursos humanos indispensáveis, como requisitos de possibilidade de reabilitação e reinserção dos habitantes desse universo⁵.

⁴ROSTIROLLA, Luciano. A Adoção das PARCERIAAS Públicos-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf., 2009, p.191 – 192. Acesso em: 20.02.2021. p.67.

⁵ROSTIROLLA, Luciano. A Adoção das PARCERIAAS Públicos-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf., 2009, p.191 – 192. Acesso em: 20.02.2021. p.67.



Os estabelecimentos da atualidade não passam de monumentos de estupidez. Para reajustar homens à vida social invertem os processos lógicos de socialização; impõem silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre do amanhã, induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, ao invés de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibrar, ao invés de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor-próprio; pretendem, paradoxalmente, preparar para a liberdade mediante um sistema de cativoiro⁶.

O grande problema do sistema carcerário, e talvez do direito penal como um todo, é ser compreendido como um meio de punição, uma lição a ser empregada ao acusado, sem se considerar o sistema social a que este foi enquadrado, ou buscar ressocializar estas pessoas para uma melhor convivência na sociedade. O aumento significativo de reincidência muito se dá pelo fato de que as prisões não tratam seus detentos como seres humanos, são descartáveis, a escória da sociedade, e por isso merecem ser punidos, sem lhe ser assegurado o tratamento básico aos direitos fundamentais, à dignidade.

Embora a Constituição Federal assegure de forma expressa que “será assegurado ao preso o respeito à integridade física e moral” e que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, vê-se que na prática o sistema aplica um entendimento diverso.

1.2 O INSTITUTO DAS PARCERIAS PÚBLICO – PRIVADAS

O serviço público pode ser compreendido como uma das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, a qual tem a competência de prestar serviço à coletividade, sejam eles essenciais secundários à coletividade ou de simples conveniência do Estado, por meio de concessão ou permissão, responsabilizando-se direta e objetivamente pelos eventuais danos causados aos usuários.

A administração pode prestar os serviços públicos de duas formas, seja diretamente, através de seus órgãos e agentes públicos, ou indireta, onde temos a delegação, a transferência dos serviços à terceiros.

As prestações de serviços de forma indireta têm ganhado destaque entre os municípios brasileiros, com o desenvolvimento e novas necessidades da sociedade, e ante o crescente

⁶ ROSTIROLLA, Luciano. A Adoção das PARCERIAAS Públicos-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf, 2009, p.191 – 192. Acesso em: 20.02.2021. p.67.



aumento da complexidade das atividades estatais, delegar os serviços à terceiros se tornou essencial, para melhor atendimento aos cidadãos, destacando-se as parcerias públicas privadas, como forma de serviços público delegado pela Administração ao parceiro privado.

O intuito das Parcerias Público-Privadas, de origem britânica, constitui uma modalidade de contratação entre o poder público e entidades privadas com vista à realização de obras de grande porte e à prestação de serviços públicos, através de concessões patrocinadas ou administrativas, em que se verificam o compartilhamento dos riscos do empreendimento entre as partes envolvidas, bem como o financiamento predominantemente privado.

A PPP é o acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Enfim, as PPP's podem ser definidas como um contrato com características específicas, constituindo uma modalidade especial de concessão de serviço público, que até então era tratada somente pela concessão comum, regida pela Lei Federal 8.987/95⁷.

Nesse contexto, e com o fito de tirar do Estado o peso da prestação de serviços públicos constitucionalmente definidos como essenciais, foi sancionada a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004⁸, que “institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”. A aludida lei a define como um “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa⁹”.

Também, nos dizeres de Marçal Justen Filho:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro¹⁰.

Em outras palavras:

⁷ BRASIL. **LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Acesso em: 09.11.2021.

⁸ BRASIL. **LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 09.11.2021.

⁹ BRASIL. **LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 09.11.2021.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 509).



(...) as parcerias público-privadas são uma nova categoria de contratos públicos de concessão, a longo prazo, em que o Governo define o que ele quer, em termos de serviços públicos, e o Parceiro Privado diz como e a que preço ele poderá apoiar o Governo. Trata-se, portanto, de uma parceria entre governo e iniciativa privada, com o objetivo de proporcionar à população serviços de qualidade, durante muitos anos¹¹.

As Parcerias Público – Privadas trazem uma nova “roupagem” à prestação de serviços públicos, embora a Lei Federal seja de 2004, os projetos que envolvem as PPP’s tem ganhado destaque somente agora, seja em projetos de iluminação pública, resíduos sólidos ou no sistema prisional, que irá auxiliar o estado nesta organização, permitindo a Administração Pública alcançar driblar a falta de capital para investimentos neste setor, dando um padrão de atendimento mais digno aos apenados, deixando a fiscalização como competência exclusiva do Estado.

O surgimento das PPP’s, no sistema prisional, se deu no final do século XX, em meados dos anos 80, tendo iniciado sua implantação, em presídios dos Estados Unidos, onde os presos eram entregues pelo Estado a iniciativa privada. Já na Inglaterra, de forma mais precisa se deu na década de 90, a Parceria Público-Privada teve seu início em presídios com o nome de *Project Finance Initiative*, sendo posteriormente alterado para *Public-Private Partnerships*. Após alguns anos, esse modelo de Parcerias Público-Privada, veio a expandir por várias partes do mundo, alcançando diversos países, tais como França, Austrália, Irlanda, Espanha, dentre outros.

As organizações públicas não-estatais surgem para atuar em lacunas deixadas pelo Estado e seus trabalhos são permeados pelo diálogo entre três atores que permeiam e legitimam sua atuação: Estado, governo e sociedade. Assim, no caso das Associações de Proteção ao Condenado – APAC, por não integrarem o aparelhamento do 14 Estado e mesmo assim atuarem no gerenciamento de presídios, acabam remediando problemas de total interesse público, podendo ser utilizado tal conceito para o surgimento das PPP’s no âmbito do sistema prisional.

Ainda, dentro de um grande quadro de questões relacionadas a aspectos sociais, às políticas públicas e prisionais, é proposto o entendimento de uma minimização do papel do Estado e o surgimento de entidades privadas na gerência de questões sociais de responsabilidade do Estado.

¹¹ ROSTIROLLA, Luciano. A Adoção das PARCERIAAS Públicos-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf, 2009, p.191 – 192. Acesso em: 20.02.2021, p. 66.



Vale ressaltar que no Direito Administrativo, mostra-se que a parceria público privada no sistema prisional é possível, o encarceramento é um serviço público, pois, conforme definição já citada da Maria Sylvia, serviço público é “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas*”, ficando claro que a manutenção e administração de um presídio é serviço público, visto que, é exercido diretamente pelo Estado, objetivando satisfazer ou assegurar as necessidades coletivas¹².

No que tange a descentralização do serviço público entende-se que é legalmente viável a concessão da manutenção e administração do sistema prisional para o ente privado.

Tem-se ainda, como explicado no texto, que a concessão é a transferência, mediante contrato administrativo, da execução de um serviço público, para que seja executado o serviço estipulado, dentro do prazo final definido.

Quando se trata em específico de uma PPP Presídio, se destaca que a empresa privada não será remunerada pelo usuário e sim diretamente pelo Poder Público, caracterizando uma parceria público – privada, podendo assim ser apresentada uma parceria pública privada na modalidade de concessão administrativa, a ser explicada.

Atendendo os requisitos legais da parceria público-privada, o contrato para manutenção e administração dos presídios não pode ser inferior a cinco nem superior a trinta e cinco anos, admitindo a lei eventual prorrogação. Além do limite temporal, existe uma exigência mínima do valor do contrato da parceria público-privada, a saber que é vedada a celebração cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)¹³.

Ademais, o contrato de parceria público-privada no sistema penitenciário é uma alternativa viável, pois assegura os princípios administrativos do serviço público, dispostos na Constituição Federal e no art. 4º da Lei 11.079/2004¹⁴, *in verbis*:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.106.

¹³ ROSTIROLLA, Luciano. A Adoção das PARCERIAAS Públicos-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf, 2009, p.191 – 192. Acesso em: 20.02.2021.

¹⁴ BRASIL. **LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 09.11.2021.



- III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V – transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Diante da crise econômica e péssima administração dos presídios, é possível delegar para a iniciativa privada, a fim de que se possa prestar um serviço de eficiência, garantindo os direitos e princípios inerentes aos presos, afastando a responsabilidade direta do Poder Público, porém, mantendo a este a titularidade do serviço.

Assim, entendemos que as parcerias público-privadas vieram para agregar ao princípio da legalidade e ao princípio da eficiência da Administração Pública, ambos expressos no art. 37 da Constituição Federal. Visa-se assim reforçar a presença do Estado com as parcerias, no intuito de haver cooperação, comprometimento com metas e resultados.

1.2.1 Modalidades de Parceria Público – Privadas

A concessão patrocinada é apresentada no artigo 2º, §1º da Lei Federal 11.079/04¹⁵, compreendida como um contrato administrativo onde a Administração Pública delega ao parceiro privado a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Para Carvalho Filho as concessões patrocinadas podem ser caracterizadas como:

Se caracteriza pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado¹⁶.

Por outro lado, a Concessão Administrativa está prevista no artigo 2º, § 2º, da Lei nº 11.079¹⁷, é compreendida como um contrato de prestação de serviços firmado entre o parceiro

¹⁵ BRASIL. LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 09.11.2021

¹⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 463.

¹⁷ BRASIL. LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 09.11.2021.



público e o com o concessionário, em que a totalidade da remuneração é oriunda de contraprestações, e, eventualmente, de receitas alternativas derivadas de negócios associados.

Conforme Di Pietro¹⁸, a concessão administrativa “*é a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens*”.

Assim, pode-se definir as duas modalidades como um contrato administrativo de concessão, de longo prazo, que pode esse ser precedido de obra pública ou não, e a remuneração pode se dar, também de duas formas, uma sendo realizada através de tarifa paga pelos usuários mais uma complementação do parceiro público e, a outra, de contraprestação somente do parceiro público.

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a Parceria Público-Privadas é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público¹⁹.

Além disso, diferente da patrocinada que possui os serviços públicos “*uti singuli*”, quando a utilização do serviço é individual, facultativa e mensurável, a da administrativa é “*uti universi*”, quando os serviços têm como destinatário a coletividade em geral, não sendo possível mensurar a utilização por usuário. Tal distinção se faz necessária ante ao estudo das ppp’s no sistema prisional.

1.2.2 A Parceria Público Privada no Sistema Prisional

Como explicado nos itens acima, o sistema carcerário é um dos grandes problemas que o Brasil tem enfrentado, as prisões brasileiras hoje se tornaram uma escola para o tráfico, para a delinquência, anulando por completo o papel da ressocialização do condenado. A superlotação e as situações desumanas a que são expostos são carcerárias causadoras desta situação, o tratamento sem respeito que canaliza o preconceito dentro das prisões e só prejudica ainda mais o indivíduo.

Além das péssimas condições do sistema carcerário, ora apresentados, tem-se a insuficiência da receita do Estado para minimizar a situação com a construção de novas

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 315.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 314-315.



penitenciárias e melhorias das existentes, neste aspecto, várias alternativas vêm sendo propostas, uma delas é a ideia de parceria público-privada.

No Brasil, tem sido proposto um programa de parceria público-privada baseado numa gestão mista, ou seja, envolve de um lado a administração pública e de outro a iniciativa privada, cabendo a esta, entre outras coisas, a construção, manutenção e funcionamento do estabelecimento prisional. No caso dos presídios, utiliza-se a modalidade de concessão administrativa, pois haverá repasse financeiro do Estado, sem cobrança de tarifa dos usuários²⁰.

As empresas privadas surgem com a promessa de auxiliar nesta estruturação e organização, auxiliando na gestão, operação e implantação no sistema penitenciário com intuito de reduzir gastos e melhorar a qualidade dos serviços, a medida que o Estado poderá focar em seu poder de polícia e em medidas de ressocialização para com os detentos.

Nesse projeto, os servidores do sistema penitenciário continuariam sendo servidores estatais – contudo há outro projeto propondo os servidores de empresa privada, para reduzir o investimento do setor público. A empresa privada construiria a prisão, dentro dos parâmetros da Administração, e gerenciaria o centro penal. Também poderia explorar o trabalho remunerado dos presos, assim sendo, cada detento contribuiria para manutenção do estabelecimento²¹.

Nesta linha temos a prestação de serviços voltada ao sistema prisional, em 12 de novembro de 1999, baseando principalmente no modelo Francês, o Brasil teve a primeira experiência de administração prisional com relevante participação da iniciativa privada, em que foi inaugurada a Prisão Industrial de Guarapuava (PIG), localizada no Município de Guarapuava, no Estado do Paraná. Foram terceirizadas atividades como alimentação, vestuário, higiene, assistência jurídica, médica, odontológica e psicológica, bem como a segurança interna. O governo do Paraná ficou, por sua vez, encarregado da nomeação do diretor, do vice-diretor e do diretor de disciplina, que supervisionam a qualidade de trabalho da empresa contratada e fazem valer o cumprimento da Lei de Execuções Penais²².

A política adotada era para cumprir as metas de ressocialização e interiorização das unidades penais, assim sendo, o preso ficava próximo da família e cidade de origem. Essa política buscava oferecer trabalho e profissionalização para os detentos, o que lhes dão o

²⁰ MOURA, Viviane Braga de. As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasileiro de Direito Público.

²¹ MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasileiro de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

²² MORSCH, Carlos Eduardo. **O sistema prisional e as parcerias público-privadas**. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Maria - RS. 2009, p. 42.



benefício da remição – de acordo com a Lei de Execuções penais, em seu art. 126 § 1º, a cada três dias trabalhados desconta-se um dia da pena – e a reinserção na sociedade²³.

A experiência obteve êxito, pois, o índice reincidência de seus egressos foi de apenas 6% no ano de 2005, enquanto que a média brasileira era de 70% de reincidência criminal. Com essa experiência de cogestão em Guarapuava, o governo optou por expandir tal modelo para outros cinco estabelecimentos penais: Casa de Custódia de Curitiba, Casa de Custódia de Londrina, Penitenciária Estadual de Piraquara, Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu e Penitenciária Industrial de Cascavel. As seis unidades terceirizadas chegaram a abrigar 2.638 detentos, ou 29,2% da população carcerária do Paraná (9.033 pessoas).

Surgiram nos demais Estados brasileiros diversos estabelecimentos semelhantes, localizados: no Amazonas: na cidade de Manaus, na Bahia: nas cidades de Juazeiro, Serrinha, Valença, Lauro de Freitas e Itabuna, no Ceará: nas cidades de Sobral, Fortaleza, Juazeiro do Norte e Itaitinga, no Espírito Santo: nas cidades de Cachoeiro de Itapemirim, Colatina e Viana, em Minas Gerais: na cidade de Ribeirão das Neves, em Pernambuco: na cidade de Itaquitinga, e em Santa Catarina: na cidade de Joinville.²⁴

O marco principal no Brasil foi no dia 28 de janeiro de 2013, em Ribeirão das Neves, região metropolitana de Belo Horizonte, Minas Gerais, na qual se teve a primeira experiência em parceria público-privada em penitenciária, com a inauguração de um novo presídio, construído na forma de concessão administrativa, com base na Lei nº 11.079/04²⁵.

A Parceria Público Privada de Ribeirão das Neves no Estado de Minas Gerais teve como objeto a Concessão Administrativa para Construção e Gestão de Complexo Penal, que teve o contrato assinado no dia 16/06/2009, com a Concessionária Gestores Prisionais Associados S/A – GA, formada pelas empresas CCI Construções Ltda, Construtora Augusto Velloso S.A, Empresa Tejofran de Saneamento e Serviços Ltda, INAP – Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda, N.F.Motta Construções e Comércio Ltda, cujo prazo da concessão será de 27 (vinte e sete) anos, e teve como valor de contrato o montante de R\$ 2.111.476.080 (dois bilhões e cento e onze milhões e quatrocentos e setenta e seis mil, setecentos e oitenta reais).

²³ MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

²⁴ MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

²⁵ BRASIL. **LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 09.11.2021.



O atual Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves atende em alguns ângulos a teoria apresentada por Augusto Thompson o qual determina que qualquer proposta da reforma penitenciária respeitando as balizas que decorrem, necessariamente, que terá de se atingir a dois alvos fundamentais: (i) propiciar à penitenciária condições de se realizar a regeneração dos presos e; (ii) dotar o conjunto prisional de suficiente número de vagas para recolher os detentos.

Vale ressaltar que o contrato deixou expresso que os serviços devem ser prestados ininterruptamente, de maneira adequada, que propicie ao sentenciado de forma ampla e total as assistências devidas. Cabe à contratada prestar ao encarcerado assistência jurídica, médica, social, material, educacional, profissionalizante, cultural, recreativa, além de assistência ao trabalho, a fim de que o preso possa se reintegrar à sociedade.

O Estado ficou na incumbência de remunerar a concessionária; indicar equipe de fiscalização dos serviços; fornecer elementos técnicos necessários ao desenvolvimento da concessão; orientar e prestar informações para o bom andamento da exploração; nomear o Diretor Público de Segurança de cada unidade; disponibilizar o imóvel onde será localizado o complexo; transferência e transporte dos sentenciados e; segurança externa do estabelecimento.

Ainda temos que o Estado ao contratar a execução do serviço ao setor privado, mantém responsabilidade por seu financiamento, controle, avaliação e regulação, contudo, se beneficia do acesso à novas tecnologias, redução de gastos com pessoal, se isenta da burocracia da compra de materiais e dos atrasos recorrentes dos cronogramas, fundamentalmente na construção de novos estabelecimentos.

A empresa privada pode fazer obras e comprar bens sem burocracia e com preços mais acessíveis do que o Poder Público, que ainda se submete às licitações. Em caso de falta praticada pelo empregado de empresa privada, como corrupção ou maus-tratos, o mesmo pode ser dispensado imediatamente, fato que não ocorre com os empregados públicos que são submetidos à legislação específica, que prevê diversos procedimentos antes de uma demissão, o que quase nunca acontece. Somado a isto, por se tratar de contratos administrativos, em caso de má administração dos presídios, os contratos podem ser rescindidos unilateralmente, desde que por ato fundamentado e observado o devido processo legal. Assim o interesse público se sobrepõe aos interesses particulares²⁶.

Se destaca que a concessionária responde por qualquer prejuízo causado, além de poder ser aplicado multa, repasse inferior do que o estabelecido ou extinção do contrato por qualquer

²⁶MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.



discordo com padrão exigido, voltando os serviços ao poder concedente. Dessa forma, evita a ocorrência de abusos aos direitos humanos, priorizando sempre produzir os melhores meios para que o detento possa se ressocializar.

Todavia, alguns doutrinadores enxergam a parceria público-privada como um caminho para a privatização das prisões brasileiras.

As posições são díspares. Há quem se anime, repise-se, com a possibilidade de uma privatização dos presídios, vendo nela a definitiva solução de todos os males que ocorrem no atual sistema penitenciário. Outros, no entanto, despertam a atenção para o que consideram o mais absoluto e intolerável abandono dos poderes do Estado²⁷.

Algumas correntes criticam desde a legalidade até as consequências sociais que o novo modelo pode acarretar.

Privatizar os Poderes do Estado significa acabar com a república. A privatização da execução penal é a privatização de uma função republicana, que pertence ao Estado enquanto tal. Privatizar o Estado significa acabar com a república, com a separação dos poderes, com a democracia republicana. As funções do Estado não são privatizáveis, entre elas o Judiciário e a execução penal na esfera administrativa. Privatizar a execução penal e qualquer outra função essencial republicana do Estado significa ignorar não apenas um dispositivo ou princípio constitucional; significa também, agredir todo o sistema constitucional. Não há inconstitucionalidade mais grosseira. A nossa Constituição é uma Constituição Social, e não uma Constituição Liberal [...]. Para privatizar o Estado e suas funções essenciais privatizando, por exemplo, a execução penal, teríamos que fazer uma nova Constituição²⁸.

O Conselho nacional de Política Criminal segue o mesmo entendimento:

Serviços técnicos relacionados ao acompanhamento e à avaliação da individualização da execução penal, assim compreendidos, os relativos à assistência jurídica, médica, psicológica e social, por se inserirem em atividades administrativas destinadas a instruir decisões judiciais, sob nenhuma hipótese ou pretexto deverão ser realizadas por empresas privadas, de forma direta ou delegada, uma vez que compõem requisitos da avaliação do mérito dos condenados²⁹.

²⁷ MOURA, Viviane Braga de. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito Penal e Processo Penal, Instituto Brasiliense de Direito Público – Idp, Brasília, 2011. Cap. 4.

²⁸ GALVÃO, Beatriz Imada. **A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL?** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/6283/5984>. Acesso em 20.8.2021.

²⁹ MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo Global**. São Paulo: Max Limonad, 2000.



A despeito de não mencionar aspectos legais, levantou-se a tese de que o serviço público prestado por uma empresa particular poderia abrir caminho para a corrupção, porquanto o Estado não teria ingerência no capital humano que trabalharia nas prisões³⁰.

Percebe-se que embora seja um projeto promissor ainda existem alguns pontos a serem discutidos, para melhor viabilização das parcerias público-privadas no sistema penitenciário.

É de salutar entendimento que a Administração Pública ao contratar a execução do serviço privado, mantém certo controle, especialmente da fiscalização, regulação, poder de polícia, além de se beneficiar com o acesso à novas tecnologias, redução de gastos de pessoal e uma equipe técnica qualificada para auxiliar no manejo com os detentos, contudo é compreensível que não se aprove 100% tal empreendimento, tendo em vista que diferente de uma parceria público-privada de iluminação pública a ppp de presídio afeta diretamente a vida do indivíduo e de toda uma sociedade.

CONCLUSÃO

O assunto tratado buscou trazer a visão do direito administrativo e do direito penal, ambos juntos em prol de regulamentar uma melhor gestão aos presídios brasileiros por meio das parcerias público – privadas.

O sistema penitenciário no Brasil é um sistema desumano, punitivo, racista e alarmante. A superlotação e degradação das condições de alojamento, presídios desestruturados ineficientes, descumprindo das garantias básicas dos direitos fundamentais estipulados na Constituição Federal, somado ao escasso recurso público e má gestão pública que reflete diretamente na ressocialização do preso, que é praticamente inexistente.

Somado a isso temos o crescimento desenfreado das grandes cidades, o que prejudica de certa maneira a administração do governo, o qual necessita delegar algumas destas funções a entes privados, logo, entende-se que a parceria surge como forma de diminuir o tamanho do Estado e potencializar o atendimento ao princípio da eficiência nas prestações dos serviços públicos, sendo dever da Administração Pública fiscalizar tais serviços, se certificar de que a prestação direcionada à sociedade é de qualidade, e nos casos das ppp's em penitenciárias o comprometimento e a verificação deve ser redobrada, cumprindo assim o princípio básico

³⁰ROSTIROLLA, Luciano. **A Adoção das PARCERIAAS Públicos-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos.** Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf, 2009, p.191 – 192. Acesso em: 20.02.2021.



presente na Constituição Federal, conferindo aos detentos o mínimo de dignidade que lhe é de direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriça. **Organização dos Poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>> . Acesso em 26 jan. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 26 janeiro 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **No mundo ideal, Direito é imune à política; no real, não**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-fev-16/mundo-ideal-direito-imune-politica-real-nao-bem-assim>> . Acesso em: 14 fev. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRANDÃO, Rodrigo. **O STF e o Dogma do Legislador Negativo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_stf_e_o_dogma_do_legislador_negativo.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Diário de Justiça de 18/02/2016. Disponível em: Acesso em: 28 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 592581/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2015, Diário de Justiça de 29/01/2016. Disponível em: Acesso em: 27 jan. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucionais**. Disponível em: Acesso em: 37 jan 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación* – SU 559, DE 06/11/1997. Disponível em: Acesso em 15 de fev. 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **T-153/98**. Disponível em: Acesso em: 15 fev. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 514.



CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia de direitos fundamentais.** Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/47193/o-estado-de-coisas-inconstitucional-como-garantia-de-direitos-fundamentais>> . Acesso em: 14 fev. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LIMA, George Marmelstein. **Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Disponível em:< <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GALVÃO, Beatriz Imada. A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ALTERNATIVA VIÁVEL? Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/6283/5984>. Acesso em 20.8.2021.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade: A Gestão da Violência no Capitalismo Global.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional,** São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** São Paulo: Saraiva, 1998.

MORSCH, Carlos Eduardo. **O sistema prisional e as parcerias público-privadas.** Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito - Universidade Federal de Santa Maria - RS. 2009.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Privatizar o sistema carcerário?** In: OLIVEIRA, Rodrigo Tôres; MATTOS, Virgílio de (Orgs.). Estudos de execução criminal: direito e psicologia. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2009.

MUAKAD, Irene Batista. **Prisão albergue.** São Paulo: Atlas, 1998.

ROSTIROLLA, Luciano. **A Adoção das PARCERIAS Públicos-privadas no sistema prisional como medida efetiva para reinserção social dos presos.** Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/revista/pdfs_14/8artigo22FINAL_Layout_1.pdf., 2009, p.191 – 192. Acesso em: 20.02.2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.



SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos.** São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

SOUZA, Celine. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura.** Sociologias. Porto Alegre, ano 8, n.16, jul/dez 2006.



2. DIREITOS DA PERSONALIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO E O ASSÉDIO MORAL: UMA VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS

*Igor Patrick Rodrigues Ramos¹
Leda Maria Messias da Silva²*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo realizar uma análise acerca dos direitos da personalidade do trabalhador, o assédio moral e a sua dignidade no ambiente de trabalho, através da perspectiva dos tribunais trabalhistas, bem como demonstrar os ataques à sua saúde física e psíquica, com o intuito de promover o debate sobre a necessidade de proporcionar a todos condições dignas de trabalho. Como se sabe, o assédio moral pode atingir diversos direitos da personalidade, portanto, apresenta-se como um termômetro do respeito a estes direitos. Para a realização do trabalho, foram utilizadas pesquisas jurisprudenciais recentes e doutrinas, além de artigos e legislações vigentes, objetivando demonstrar o cenário atual do mercado de trabalho no Brasil baseado na dignidade da pessoa humana e suas garantias constitucionais, por meio do espectro jurisprudencial dos tribunais do trabalho.

Palavras-chave: ambiente de trabalho; tribunais trabalhistas; direitos da personalidade.

ABSTRACT: This article aims to carry out an analysis of the worker's personality rights, moral harassment and their dignity in the workplace, through the perspective of labor courts, as well as demonstrate the attacks on their physical and mental health, with the in order to promote the debate on the need to provide decent working conditions for all. As is known, bullying can affect several personality rights, therefore, it presents itself as a thermometer of respect for these rights. To carry out the work, recent jurisprudential researches and doctrines were used, in addition to articles and legislation in force, aiming to demonstrate the current scenario of the labor market in Brazil based on the dignity of the human person and its constitutional guarantees, through the jurisprudential spectrum of the labor courts.

Keywords: work environment; labor courts; personality rights

¹ Graduado em Direito pelo Unicesumar – Centro Universitário de Maringá.

² Possui Pós doutorado em Direito do Trabalho, pela Universidade de Lisboa, doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1995), graduação em Direito pela Fundação Universidade Estadual de Maringá (1986). Atualmente é associado colaborador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação, professora do Mestrado, Doutorado e Graduação do Centro Universitário de Maringá, prof. associado da Universidade Estadual de Maringá, membro do conselho universitário da Universidade Estadual de Maringá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase na dignidade do trabalhador no meio ambiente de trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos da personalidade, assédio moral, dignidade, direitos de personalidade e meio ambiente de trabalho.



INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade abordar os direitos da personalidade inerentes ao ser humano, que podem ser lesados quando ocorre o assédio moral, baseando-se não apenas em sua mera condição humana, mas também na atividade laborativa que exerce.

Entretanto, ressalta-se que nem sempre os direitos da personalidade são resguardados no meio ambiente de trabalho, uma vez que muitos empregadores não só permanecem omissos quanto à garantia destes, como também praticam atos de abuso de poder. Tais atos configuram o assédio moral, gerando ao empregado intenso sofrimento, movido pela relação de subordinação, atos estes que vão de ofensas verbais até exposição do empregado a situações vexatórias e constrangedoras, as quais este se vê forçado a aceitar, por receio de uma possível demissão, quando necessita do emprego para o seu sustento.

A Constituição Federal de 1988 tem como um de seus objetivos a promoção do bem maior de todos: a dignidade da pessoa humana, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dessa forma, baseado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, garante a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive o meio de trabalho, devendo o Poder Público e a coletividade preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Sendo assim, este trabalho abordará os direitos da personalidade protegidos tanto pela Carta Magna quanto pelas normas infraconstitucionais, bem como uma abordagem sobre a perspectiva dos tribunais trabalhistas a respeito da dignidade do trabalhador no ambiente de trabalho.

1.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade pertencem a todo ser humano nascido com vida e são protegidos pela Constituição Federal, pelas normas infraconstitucionais e pelos tribunais superiores, objetivando garantir que cada indivíduo, brasileiro ou estrangeiro residente no país, tenha o direito de possuir uma vida digna.

Baseados no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade também abrangem o ambiente de trabalho, uma vez que o ordenamento pátrio visa a proteção desses direitos com o intuito de garantir aos trabalhadores um ambiente digno para o exercício de seu labor.



No presente trabalho, os direitos da personalidade serão abordados por meio de sua conceituação, características e elementos que o compõem, bem como os principais direitos que se fazem presentes no ambiente de trabalho.

1.1.1 Conceitos

Primeiramente, faz-se necessário entendermos a definição do termo “personalidade”, o qual, segundo De Plácido e Silva³, “deriva do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), e significa o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa”. Assim, entende-se que a personalidade é única e exclusiva de cada indivíduo, de modo que esta é protegida pelo ordenamento jurídico.

Primeiramente, faz-se necessário entendermos a definição do termo “personalidade”, o qual, segundo De Plácido e Silva⁴, “deriva do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), e significa o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa”. Assim, entende-se que a personalidade é única e exclusiva de cada indivíduo, de modo que esta é protegida pelo ordenamento jurídico.

Afirmar que todos são titulares dos direitos da personalidade implica em dizer que cada ser humano tem o direito de se projetar na sociedade da forma que bem entender, ou seja, ter sua própria qualidade ou personalidade. Neste sentido, faz-se necessário ressaltar que a personalidade não é necessariamente um direito. Por isso, segundo Venosa (2006, p. 171), “a personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos e constituem o mínimo necessário da substância da própria personalidade”.

Cupis⁵ por sua vez, conceitua a personalidade da seguinte forma:

A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.

O Código Civil de 2002, mais precisamente a Lei nº 10.406, trata em seu artigo 2º sobre o início da personalidade, que começa do nascimento com vida, pondo a lei a salvo, desde a

³ V-LEX: Informação Jurídica Inteligente. Direitos da Personalidade. Leda maria Messias da Silva e marice Taques Pereira, 1999, p. 605. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/direitos-da-personalidade-568470850>. Acesso em 20.10.2021.

⁴ V-LEX: Informação Jurídica Inteligente. Direitos da Personalidade. Leda maria Messias da Silva e marice Taques Pereira, 1999, p. 605. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/direitos-da-personalidade-568470850>. Acesso em 20.10.2021.

⁵ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 1. ed. Campinas: Romana, 2004. p. 19-72.



concepção, os direitos do nascituro⁶. Nesta linha de raciocínio, são titulares dos direitos da personalidade todo e qualquer ser humano nascido com vida, sendo os mesmos protegidos pelo ordenamento jurídico objetivando não só a garantia de uma vida digna, mas também a defesa dos valores que são inerentes ao ser humano, tais como o direito à vida, honra, intimidade, integridade física e psíquica, dentre outros.

Sendo assim, conforme Bittar⁷:

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, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Ao conceituar os direitos da personalidade, é fundamental mencionar as duas correntes que cercam o tema: positivista e naturalista.

A corrente positivista é defendida por autores como Adriano de Cupis e José Castán Tobeñas, os quais a consideram como direitos subjetivos com função especial em relação à personalidade que constitui o *minimum* necessário ao seu conteúdo, ou seja, são direitos essenciais para o indivíduo, uma vez que, sem estes, ele não existiria como pessoa. Deste modo, os autores positivistas consideram que os direitos da personalidade, como direitos subjetivos, derivam do ordenamento jurídico, cabendo ao Estado garanti-los e protegê-los.

Por sua vez, a corrente naturalista, defendida pelo autor Rubens Limongi França, prega que esses são os direitos exercidos de forma natural pelo ser humano, bastando sua mera existência para tornar-se um titular.

1.1.2 Características

Os direitos da personalidade são compostos por certas características, sem as quais não seria possível a sua positivação no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, não haveria sua devida proteção e a garantia da dignidade da pessoa humana.

Neste viés, serão apresentadas as principais características dos direitos da personalidade: intransmissíveis e irrenunciáveis, ilimitadas, vitalícias, imprescritíveis, inalienáveis, absolutas e extrapatrimoniais.

⁶Art. 2º- A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁷BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 1.



O artigo 11 do Código Civil de 2002⁸, mais precisamente a Lei nº 10.406, traz em seu conteúdo que os direitos de personalidades e constituem como intransmissíveis e irrenunciáveis, ou seja, a pessoa não pode simplesmente transmiti-los ou delega-los para terceiros, bem como não é possível renunciar ou abdicar dos direitos. Ainda de acordo com o mesmo diploma legal, constituem-se também como ilimitados, de modo que seu exercício não pode sofrer limitações voluntárias ou mitigações.

Como já conceituado acima, com fulcro no artigo 2º do Código Civil de 2002, os direitos da personalidade iniciam-se com o nascimento da pessoa com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Nessa linha de raciocínio, verifica-se a vitaliciedade como uma das características, uma vez que tais direitos nascem apregoados ao indivíduo e terminam, de acordo com Farias⁹, “com a morte do titular, como corolário de seu caráter intransmissível”.

Tais direitos são imprescritíveis, ou seja, não são afetados pelo tempo de não uso dos destes, inexistindo assim os institutos de sua prescrição ou decadência. Assim sendo:

(...) a imprescritibilidade impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade. Não se confunde, todavia, com a prescritibilidade da pretensão indenizatória de eventual dano decorrente da violação de direito da personalidade¹⁰

Necessário se faz ressaltar que, em casos de violação a esses direitos, pode-se ajuizar uma ação judicial para a sua tutela, de modo que, para isso, a parte lesada fica submetida ao prazo prescricional estabelecido em lei.

Por serem inalienáveis, os direitos da personalidade não podem ser objeto de caução, depósito, fiança, hipoteca ou qualquer outro meio de sanar dívidas ou cumprir com obrigações. Assim, não se encontram no âmbito do comércio e tampouco possuem valor material.

Como direito, de um modo geral, absoluto, são válidos para todos e, também, oponíveis contra todos (*erga omnes*), devendo a coletividade dispensar práticas que ameacem os direitos da personalidade.

Por fim, os direitos da personalidade são extrapatrimoniais, uma vez que não há possibilidade de mensurar qualquer preço a ser pago, não se podendo, assim, vender ou alugar tais

⁸Art. 11 - Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁹FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil** - Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 107.

¹⁰FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil** - Teoria Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 106.



direitos, por serem pertencentes a todos, sem que haja a necessidade de se comprar para exercê-los.

1.1.3 Principais direitos no meio ambiente de trabalho

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225¹¹, consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual se trata de um bem de uso comum de todos nele inseridos, sendo essencial à sadia qualidade de vida, constituindo dever do poder público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. De igual modo, atribui em seu artigo 200, inciso VIII¹², a competência ao Sistema único de Saúde (SUS) de colaborar na proteção do meio ambiente, compreendendo também o do trabalho.

Abaixo serão conceituados os principais direitos no meio ambiente de trabalho, os quais devem se fazer presentes não somente no espaço considerado ambiente de trabalho, mas também fora deste, eis que o meio ambiente de trabalho se integra ao meio ambiente geral, de modo a garantir ao trabalhador a dignidade da pessoa humana.

1.1.3.1 Direito à vida

Presente no rol dos direitos da personalidade, o direito à vida é garantido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º¹³, no qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O inciso X do mesmo artigo assegura que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Conforme Moraes (2000, p. 61), “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos”. Na mesma linha de raciocínio, para Diniz¹⁴ “o direito à vida, por ser essencial ao ser humano,

¹¹Art. 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.

¹² VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

¹³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

¹⁴DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 22.



condiciona os demais direitos da personalidade [...]”. Portanto, verifica-se que o referido direito é pertencente a todos aqueles que nascem com vida e que, sem este, não é possível o exercício e nem tampouco a sua proteção.

Ao se falar do direito à vida, é necessário fazer menção à doutrina de Tavares¹⁵, na qual é dito que “o conteúdo do direito à vida assume duas vertentes. Traduz-se, em primeiro lugar, no direito de permanecer existente, e, em segundo lugar, no direito a um adequado nível de vida”.

O direito de permanecer existente nos remete a ideia da mera condição humana, o que para alguns autores é suficiente para que venha a ser titular do direito à vida e de todos os outros direitos da personalidade. A vertente do direito a um nível adequado de vida nos remete ao direito do indivíduo em possuir uma vida digna.

1.1.3.2 Direito à integridade física e psíquica

O direito à integridade física e psíquica é um dos elementos dos direitos da personalidade, o qual visa proteger a pessoa humana em seu caráter físico e psíquico de atos lesivos contra estes. Dessa forma, assim como o direito à vida, o direito à integridade física e psíquica parte da ideia da mera existência na condição de ser humano.

Falar em integridade física é referir-se ao modo de ser físico da pessoa, partindo da noção de direito à vida, onde se constrói a ideia única de existência, sendo a integridade física parte desta ideia, concentrada na manutenção dos atributos e características físicas da pessoa¹⁶

Neste sentido, afirmar que todos possuem o direito à integridade física e psíquica implica em dizer que todos os indivíduos, trabalhadores ou não, possuem o direito a ter sua integridade corporal e moral preservada, devendo as pessoas se absterem de praticar atos que venham a causar danos a estes.

Com vistas a proteger a integridade física e psíquica das pessoas, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal assegura que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, de modo que não há nada que justifique tal tratamento.

¹⁵TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁶BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014. p.158.



No Direito do Trabalho, a proteção aos trabalhadores se faz presente por meio do inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal¹⁷, no qual é garantido a todos os trabalhadores o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

O artigo 223-C da CLT¹⁸ considera como bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física, quais sejam, a honra, imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima sexualidade, saúde, lazer e a integridade física.

Além do Direito do Trabalho, o direito à integridade física e psíquica também é protegido pelo Código Penal (Lei nº 2.848/40)¹⁹, uma vez que o diploma legal trata, em seu artigo 149, sobre a redução à condição análoga a de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, aplicando a pena de reclusão de dois a oito anos e multa.

1.1.3.3 Direito à desconexão e descanso

A Consolidação das Leis do Trabalho assegura a todos os trabalhadores o direito à desconexão, que é o período em que o empregado deixa de estar à disposição do empregador sem que isso afete os elementos do artigo 4º do diploma legal. Assegura também o direito ao descanso, período este em que o trabalhador fará jus ao descanso do trabalho por tempo estipulado em contrato, baseando-se na lei.

O direito à desconexão do trabalho está previsto no artigo 129 da CLT (Lei nº 5452/43)²⁰, o qual assegura que o empregado tem direito a usufruir de um período de férias anualmente, sem que isso prejudique sua remuneração. Esta redação foi dada pelo Decreto-Lei nº 1.535, de 15 de abril de 1977²¹, de modo que o mesmo decreto instituiu também o artigo 130 na CLT, através do qual é assegurado aos trabalhadores o direito às férias após cada período de 12 meses, estipulando as proporções nas quais o empregado fará jus. Instituiu também o artigo 131, garantindo o direito

¹⁷XXVIII - Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

¹⁸Art. 223-C - A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

¹⁹Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

²⁰Art. 129. Todo empregado terá direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração.

²¹BRASIL. Decreto-lei nº 1.535, de 15 de abril de 1977. Altera o Capítulo IV do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a Férias, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 1977.



da empregada de se desconectar por motivo de maternidade ou aborto, acidente de trabalho ou enfermidade atestada pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), resposta a inquérito administrativo ou prisão preventiva quando impronunciado ou absolvido e nos dias em que não houver serviço, além dos casos referidos no artigo 473²² da mesma lei.

Ao se tratar do direito ao descanso do trabalho, far-se-á referência ao artigo 66²³ da CLT, no qual é estipulado o direito a um período mínimo de 11 horas consecutivas para descanso nos casos em que há duas jornadas de trabalho. Do mesmo modo, a CLT assegura aos trabalhadores um descanso semanal de 24 horas, que deverá coincidir com o domingo no todo ou em parte, salvo motivo de conveniência pública, como serviços prestados por policiais, bombeiros, médicos plantonistas, dentre outros, ou necessidade imperiosa e inadiável do serviço. Ressalta-se que é vedado pela Lei, em seu artigo 70²⁴, o trabalho em feriados nacionais ou religiosos, salvo por permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho.

O direito à desconexão e ao descanso, sem prejuízo dos outros direitos, é imprescindível para que os direitos da personalidade sejam resguardados no meio ambiente de trabalho, para que todos os trabalhadores exerçam seu labor com eficiência, responsabilidade e satisfação, tanto para o empregado quanto para o empregador.

1.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

De fato, os direitos da personalidade, em companhia da Carta Magna de 1988, abrangem todas as áreas do Ordenamento Jurídico Brasileiro, inclusive no Direito do Trabalho, no qual estes se fazem necessários para a garantia de um ambiente laboral digno.

Neste capítulo, serão abordados os conceitos de meio ambiente de trabalho, sua relação com os direitos da personalidade e suas interligações, bem como o assédio moral no ambiente de trabalho através de seu conceito, suas classificações e suas tipologias. O assédio foi selecionado porque, quando se faz presente, praticamente todos os direitos da personalidade são feridos ao mesmo tempo.

1.2.1 Conceito de Meio Ambiente de Trabalho

²²Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário [...]

²³Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

²⁴Art. 70 - Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria.



De início, é necessário entender o sentido etimológico da palavra "meio ambiente", o qual, para Barros²⁵ significa tudo aquilo que rodeia (*ambiens* e *entis*). Já para Canotilho²⁶, a palavra "ambiente" é derivada de *ambiance*, ou seja, como um mundo humanamente construído e conformado, consistente em tudo o que está presente na natureza, seja ou não decorrente da ação humana.

O meio ambiente de trabalho é um dos integrantes do meio ambiente geral, o qual é estudado pelo direito ambiental. Portanto, antes de conceituar meio ambiente de trabalho, é necessário entender a definição de meio ambiente trazida no artigo 3º, no inciso I, da Lei nº 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente²⁷–, o qual conceitua meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

O conceito de meio ambiente de trabalho pode ser entendido como um espaço onde as pessoas exercem seu trabalho visando o sustento.

O local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio, está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.)²⁸

A Convenção nº 155 da OIT (Organização Internacional do Trabalho²⁹), que trata sobre Segurança e Medicina no Trabalho e Saúde dos Trabalhadores, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992, conceitua o meio ambiente de trabalho como “todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou têm que comparecer, e que estejam sob o controle, direto ou indireto, do empregador”.

Sendo assim, meio ambiente de trabalho é o local ou espaço onde o ser humano desenvolve suas atividades, submetido ao poder diretivo do empregador, mediante a percepção de salário.

²⁵BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1034.

²⁶GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Procedimento administrativo e defesa do ambiente**. RLJ, 1991, ano 123, n. 3799, p. 290.

²⁷I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas

²⁸FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 19.

²⁹c) Artigo 3 - c) a expressão "local de trabalho" abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que esteja sob o controle, direto ou indireto, do empregador;



1.2.2 Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho – interligações

A Carta Magna garante a todos um meio ambiente de trabalho digno, uma vez que estes estão interligados à qualidade de vida do trabalhador. Sob a égide da Constituição Federal, com vistas a proteger o trabalhador e propiciar um ambiente de trabalho digno, traz no artigo 7º, incisos XXII e XXIII:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XXII – redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei³⁰

Conforme exposto acima, o meio ambiente do trabalho é um dos integrantes que compõem o meio ambiente geral. A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu artigo 225, 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. Nessa mesma linha do artigo 225³¹ da Constituição Federal, entende-se que todos os trabalhadores possuem o direito a ter um ambiente de trabalho sadio, propiciando assim um reflexo em sua qualidade de vida.

1.3 MEIO AMBIENTE DIGNO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito ao meio ambiente de trabalho, além de exposto no artigo 225 da Constituição Federal, é trazido também no artigo 200, inciso VIII, do mesmo diploma legal, o qual atribui ao SUS a competência de colaborar com a proteção do meio ambiente, nele compreendido também o do trabalho. Vale lembrar que o direito ao meio ambiente digno de trabalho é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tendo como alguns de seus fundamentos os valores sociais impostos pelo trabalho e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, ao analisar a lei maior, verifica-se que é direito de todos os trabalhadores, de qualquer ramo, possuir um ambiente de trabalho digno, cabendo ao empregador a garantia de todos

³⁰BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Centro Gráfico, 1988.

³¹Art. 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.



esses direitos para que o empregado realize seu trabalho com desempenho satisfatório para uma boa produção.

A omissão por parte do empregador quanto a garantia dos direitos da personalidade no ambiente de trabalho ocasiona um problema que, nos últimos tempos, vem assolando muitos empregados, que é a prática do assédio moral, prática esta que pode ser considerada como um atentado aos direitos da personalidade do trabalhador, bem como sua à dignidade como pessoa humana, podendo atingir diversos direitos da personalidade ao mesmo tempo, o que o torna mais gravoso.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade ganharam força quando esta passou a tratar em seu artigo 1º, inciso III³², sobre a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, bem como seu artigo 3º, inciso IV³³, tratando como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O fato é que, no ambiente de trabalho, nem sempre os direitos da personalidade são respeitados da forma como deveriam. Ao se falar dessa problemática, leva-se em consideração que, na maioria das vezes, o empregador desconhece ou permanece omissos quanto ao assunto, assim como os colegas de trabalho do empregado. Dessa forma, há de se falar sobre o fenômeno do assédio moral no ambiente de trabalho, que está presente nas relações de emprego desde os primórdios no contexto de trabalho, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro vem utilizando de suas políticas públicas e dispositivos legais para combater essa prática que é muito comum e que, acima de tudo, fere os direitos da personalidade dos quais o trabalhador é titular.

O aumento do desemprego nos últimos tempos fez com que o trabalhador se visse forçado a “aceitar” as violações de seus direitos, uma vez que ele sente o receio em buscar a tutela de seus direitos violados e acabar entrando para o rol dos desempregados que compõem o atual cenário brasileiro, ainda mais com a pandemia, fator atenuante do desemprego já existente.

1.4.1 Assédio moral no ambiente de trabalho

O assédio moral é a sujeição ou submissão do trabalhador a situações humilhantes e vexatórias no exercício de sua função, atos estes movidos pelo desrespeito ao ambiente de trabalho

³²III - a dignidade da pessoa humana;

³³IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



digno e pela relação de subordinação entre empregado e empregador presente no artigo 3º³⁴ da Consolidação das Leis do Trabalho, na qual "considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário".

A prática do assédio moral no ambiente de trabalho, principalmente de forma reiterada, pode ocasionar sérios danos à saúde psíquica do trabalhador, uma vez que estes podem ser praticados através de palavras, gestos ou atitudes degradantes.

O assédio moral consiste em uma prática sutil e repetitiva de um agressor em posição de dominação com relação à vítima, que, por meio de palavras, gestos e atitudes, importuna-a até que logre destruir sua autoconfiança, o que se dá por um processo de aprisionamento e mitigação gradativa de importantes feições de sua personalidade³⁵.

Destaque-se, neste conceito, que nem sempre o agressor está em posição de dominação em relação à vítima, já que o colega de trabalho e até o inferior hierárquico podem ser agentes do assédio moral. São diversos os atos que configuram assédio moral no ambiente de trabalho, visando inferiorizar, humilhar ou constranger o trabalhador/vítima, de modo que esses atos venham a causar abalo psicológico até certo ponto que o empregado possa vir a se demitir.

Há várias formas de manifestação do assédio moral com o objetivo de vexar, constranger, inferiorizar e humilhar a vítima, que vão desde comportamentos e atitudes concretas, como por exemplo, tratar com rigor excessivo, atribuir tarefas inúteis, degradantes ou superiores à capacidade intelectual ou física do empregado, rebaixamento funcional, invasão da privacidade e intimidade, divulgando questões pessoais ou sujeitando o empregado a revistas e controles exagerados, injúrias, calúnias, críticas, ironias, humilhações e discriminações reiteradas em público, inatividade forçada, agressão verbal ou física etc., até falta de comunicação (conduta omissiva) no intuito de isolar a vítima e afastá-la da organização do trabalho, ou comunicação não-verbal e gestos (suspiros, olhar e ignorar a presença da vítima, erguer de ombros, mímicas, risinhos etc.)³⁶

Assim, temos que a prática do assédio moral no ambiente de trabalho pode ocasionar danos à integridade físico-psíquica do empregado vítima, uma vez que sua honra, imagem, intimidade e dignidade foram feridas. Do mesmo modo, essa prática pode ser considerada, de acordo com Alkmin³⁷ a principal forma de ferir os direitos da personalidade no ambiente laboral.

³⁴Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

³⁵RUIZ, Ivan Aparecido; MACHADO, Isadora Vier. **Tutelas de urgência e preventivas: aplicabilidade em casos de assédio moral.** Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 146, 2007. p. 132-150.

³⁶ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 71.

³⁷ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 71.



Convém salientar que a prática do assédio moral não é exclusiva apenas do empregador contra o empregado (assédio moral vertical descendente), podendo esta prática partir do subordinado contra seu superior (assédio moral vertical ascendente), por colegas de trabalho da vítima movidos pela competitividade ou até mesmo para eliminar o colega assediado do trabalho (assédio moral horizontal). O assédio poderá, também, ser organizacional, ou seja, a própria organização o tem como método para atingir as suas metas de produtividade, por exemplo.

1.4.2 Espécies de assédio moral no trabalho

Abaixo serão apresentadas as espécies de assédio moral nas relações de trabalho: assédio moral vertical – ascendente e descendente – e o assédio moral horizontal.

O assédio moral vertical ascendente, embora raro de ocorrer, consiste na prática do assédio moral por parte do empregado ou subordinado contra seu superior hierárquico. No entendimento de Hirigoyen³⁸, há duas formas de colocar o assédio moral vertical ascendente em prática: a primeira forma seria acusar falsamente o superior da prática de assédio sexual no trabalho, com o objetivo de desqualificá-lo; a segunda forma seria a união de vários subordinados para "atacar" com o objetivo de "eliminar" seu superior do trabalho. Tal prática é verificada nas mudanças ou compras da empresa por outros, de modo que os empregados têm que se adaptar à nova gestão, por exemplo.

A situação de Assédio Moral Vertical Descendente é a mais comum nas relações de trabalho. Esta é praticada pelo superior contra seu subordinado, expondo-o a situações humilhantes, vexatórias e constrangedoras, podendo se configurar através de atos ou palavras. A prática tem o intuito de que o empregador simplesmente demonstre sua autoridade de forma predadora e inadequada no ambiente de trabalho ou até desqualificar ou desestabilizar o empregado para que este venha a se demitir do emprego.

O assédio moral horizontal, não raro de se ocorrer, consiste na prática deste por parte dos colegas de trabalho, geralmente movida pela competitividade ou por qualquer outro motivo que faça com que os colegas sintam a necessidade de humilhar ou constranger o semelhante, podendo os motivos partirem de algo relacionado ao trabalho (trabalhadores mais experientes na empresa) ou envolvendo questões da vida pessoal da vítima.

A CLT, com vistas a proteger a vítima do assédio moral, traz, em seu artigo 483, alínea "e", que o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização

³⁸HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.



quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama. Igualmente, o próprio Código Penal tem diversas figuras para que o assediador responda por sua prática. Inclusive, recentemente, foi aprovado o crime de perseguição, também conhecido como “*stalking*”³⁹, porém trata-se de apenas mais um crime no qual o assédio moral poderá ser caracterizado, não sendo este tratado no presente trabalho por não se tratar de seu objeto específico.

2. UMA VISÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO A PARTIR DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS

2.1 COLETA, TRATAMENTO E ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA DOS DADOS

Para uma visão mais ampla, pode-se observar a seguir, no mapa do Brasil por região, o número de reclamações trabalhistas protocoladas envolvendo o assédio moral no ambiente de trabalho em dois períodos diferentes:

Figura 1 – Número de reclamações trabalhistas envolvendo assédio moral no trabalho por região do Brasil no período de 01/02/2015 a 31/07/2016



Fonte: o autor (2021).

³⁹Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.



Na sequência, pode-se observar o mesmo mapa, mas com os números de reclamações trabalhistas sobre o assédio moral em outro período:

Figura 2 -Número de reclamações trabalhistas por assédio moral no trabalho por região do Brasil no período de 01/01/2020 a 31/01/2021



Fonte: o autor (2021).

A partir da análise das duas figuras apresentadas acima, verificou-se que a quantidade de reclamações trabalhistas em relação a todos os Tribunais Regionais do Trabalho no primeiro período – correspondente a 1 ano, 5 meses e 30 dias – foi de 4732, enquanto no segundo período – o qual corresponde a 1 ano e 30 dias – foi de 5224. Portanto, verifica-se um aumento de 10,5%⁴⁰.

No Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, estado do Paraná, no período demonstrado no segundo mapa, foram coletadas 32 ações trabalhistas nas quais a figura do assédio moral constava entre os itens reclamados⁴¹. A seguir pode ser observada uma tabela comparativa referente a ações trabalhistas protocoladas perante o referido Tribunal Regional, nas quais foi julgado procedente e improcedente o pedido de indenização por danos morais decorrente da violação dos direitos da personalidade.

⁴⁰Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=reclama%C3%A7%C3%A3o+trabalhista+ass%C3%A9dio+moral&idtopico=T10000009°ree=PRIMEIRO>. Acesso em 20.11.2021.

⁴¹<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=reclama%C3%A7%C3%A3o+trabalhista+ass%C3%A9dio+moral&idtopico=T10000350&dateFrom=2020-01-01&dateTo=2021-01-31T23%3A59%3A59°ree=PRIMEIRO>>



Tabela1 – Comparativo de ações trabalhistas do TRT9 com indenização por danos morais procedentes e improcedentes

Ações Trabalhistas com pedidos de indenização por danos morais	
Procedentes	4
Improcedentes	28

Fonte:o autor (2021).

Apesar das inúmeras ações trabalhistas, foram encontrados, durante a pesquisa, alguns entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Trabalhistas sobre a não caracterização do assédio moral laboral. O artigo 818, inciso I, da CLT c/c artigo 373, inciso I, do CPC/15, diz que o ônus da prova incumbe ao reclamante quanto ao fato constitutivo de seu direito, conforme os entendimentos jurisprudenciais.

Indenização por danos morais. Assédio moral no trabalho.

Não comprovado o tratamento indevido ao reclamante pela reclamada, não há falar em violação a direitos da personalidade, segundo circunstâncias que decorrem da relação de emprego caracterizando assédio moral no trabalho, passível de indenização. Recurso não provido⁴²

Nesse mesmo diapasão, o TRT1 demonstra seu entendimento sobre a cobrança de metas ao empregado: "SÚMULA Nº 42 -cobrança de metas. Dano moral. Inexistência. A cobrança de metas está inserida no poder de comando do empregador, não configurando assédio moral, desde que respeitada a dignidade do trabalhador⁴³".

Com o intuito de reprimir a prática do assédio moral laboral e proteger a dignidade do trabalhador, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) lançaram uma cartilha de combate ao assédio moral no trabalho, visando a conscientização dos leitores – empregadores e empregados – para que os direitos da personalidade no ambiente de trabalho sejam sempre resguardados.

⁴²BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho -4ª região. 3ª Turma. Indenização por danos morais. Assédio moral no trabalho. Disponível em <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1204558984/recurso-ordinario-trabalhista-rot-200074620155040003>. Acesso em out. 2021.

⁴³BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). Resolução Administrativa nº 50, de 17 de outubro de 2013. Aprovar a edição da SÚMULA Nº 42, com a seguinte redação: "COBRANÇA DE METAS. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. A cobrança de metas está inserida no poder de comando do empregador, não configurando assédio moral, desde que respeitada a dignidade do trabalhador". Disponível em <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/524280/3/ResAdm2013-0050-C.htm>. Acesso em out. 2021.



Há de se falar também sobre o ato conjunto do TST e do CSJT nº 8, de 21 de março de 2019⁴⁴, o qual, juntamente com a referida cartilha, institui a política de prevenção e combate ao assédio moral no Tribunal Superior do Trabalho e no Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Crível ressaltar que a região metropolitana de São Paulo é a mais populosa do Brasil, com 21,9 milhões de habitantes, segundo dados do IBGE⁴⁵. Assim, com base nos mapas apresentados acima, verifica-se que o TRT2, pertencente ao estado de São Paulo, foi o que mais recebeu ações trabalhistas versando sobre ofensa aos direitos da personalidade por meio do assédio moral laboral⁴⁶.

2.1.1 Análise dos dados

Verificou-se que o período entre os anos de 2020 e 2021, em comparação com 2015 e 2016, foi o qual registrou maior aumento nos casos de ofensa aos direitos da personalidade do trabalhador, ou seja, de assédio moral laboral⁴⁷.

Não se pode falar neste assunto sem mencionar a pandemia causada pela Covid-19, que, além de ceifar milhares de vidas pelo mundo afora, assolou também o emprego e a dignidade de muitos trabalhadores brasileiros, os quais, mesmo diante de um cenário de desemprego, ainda buscam pela reivindicação de sua dignidade.

A Reforma Trabalhista também teve um impacto negativo quanto a busca pela tutela dos direitos da personalidade, pois a alteração feita no artigo 818 da CLT⁴⁸, a qual atribui o ônus da prova ao reclamante quanto ao fato constitutivo de seu direito, traz a necessidade de o trabalhador provar a violação de seu direito, sob pena de ter que arcar com as custas do processo. Assim, tal reforma trouxe consigo o receio por parte do empregado em buscar a tutela de seu direito ora violado, sentindo-se obrigado a aceitar as violações de seu empregador ou colegas de trabalho.

⁴⁴SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TST. Cartilha de prevenção ao assédio moral: Pare e Repare – Por um Ambiente de Trabalho mais Positivo. 2019. Disponível em <https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>. Acesso em out. 2021.

⁴⁵ IBGE. IBGE divulga estimativa da população dos municípios para 2020. 2020. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28668-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2020>. Acesso em out. 2021.

⁴⁶<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=reclama%C3%A7%C3%A3o+trabalhista+ass%C3%A9dio+moral&idtopico=T10000574&dateFrom=2020-01-01&dateTo=2021-01-31T23%3A59%3A59°ree=PRIMEIRO>

⁴⁷<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=reclama%C3%A7%C3%A3o+trabalhista+ass%C3%A9dio+moral&idtopico=T10000009&dateFrom=2020-01-01&dateTo=2021-01-31T23%3A59%3A59°ree=PRIMEIRO>

⁴⁸Art. 818. O ônus da prova incumbe: I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;



CONCLUSÃO

A realização do presente trabalho possibilitou uma visão panorâmica do ambiente de trabalho que, em uma conclusão geral, consiste no local onde o ser humano exerce sua função laboral direcionada para a produção, seja de produtos ou serviços, com o objetivo de prover tanto o seu sustento quanto o de sua família.

A percepção do salário, ainda que seja o principal requisito para que o trabalhador exerça sua função, não é o suficiente para manter sua dignidade, surgindo assim a necessidade de o empregador proporcionar ao empregado um ambiente digno para exercer seu labor de maneira responsável e satisfatória.

No entanto, a ofensa aos direitos da personalidade do trabalhador é um mal que, infelizmente, se faz presente em muitos ambientes de trabalho, expondo o trabalhador a uma terrível experiência de intenso sofrimento psicológico, que, por vezes, pode ser convertido até mesmo em sofrimento físico, ocasionando danos de proporções severas e até irreversíveis em alguns casos.

Em algumas regiões do Brasil, o número de ações envolvendo o assédio moral no ambiente de trabalho, na contramão, diminuiu com o passar dos anos, o que transmite a uma falsa sensação de redução nas reclamações trabalhistas diante de uma possível melhora nas condições de trabalho. A verdade é que muitos trabalhadores deixam de ingressar com ação contra o empregador que violou seus direitos da personalidade devido ao receio de perder o emprego ao tentar buscar a tutela de seu direito, além da dificuldade em provar, sobretudo, o assédio moral e pela possibilidade de ter de arcar com os honorários sucumbência pós-reforma trabalhista.

Um dos principais fatores que favorecem a prática do assédio moral no ambiente de trabalho é o desconhecimento ou a ignorância por parte do empregador ou colegas de trabalho quanto aos direitos da personalidade pertencentes a todos. Com isso, o poder público, tendo consciência da importância de manutenção dos direitos da personalidade, utiliza de políticas públicas para proteger e reprimir essa prática, como, por exemplo, a Cartilha de Prevenção do Assédio Moral, lançada pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo como objetivo levar o conhecimento a todos os integrantes do ambiente de trabalho.

Assim, com o presente trabalho, foi possível perceber a importância de um ambiente de trabalho digno, uma vez que, sem este, a integridade física e psíquica do trabalhador ficará comprometida, afetando o progresso da empresa e do trabalhador no mercado de trabalho. Não sendo possível o progresso destes, também será impossível o progresso da nação brasileira, uma vez que o trabalho é o principal combustível para o desenvolvimento nacional, tendo a República



Federativa do Brasil como um de seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

REFERÊNCIAS

- ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1940.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, n. 8, 11 jan. 2002, p. 1-74.
- BRASIL. Lei nº 6.938, 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1981.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (1ª Região). **Resolução Administrativa nº 50**, de 17 de outubro de 2013. Aprovar a edição da SÚMULA Nº 42, com a seguinte redação: “COBRANÇA DE METAS. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. A cobrança de metas está inserida no poder de comando do empregador, não configurando assédio moral, desde que respeitada a dignidade do trabalhador”. Disponível em <https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/bitstream/1001/524280/3/ResAdm2013-0050-C.htm>. Acesso em out. 2021.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho -4ª região. 3ª Turma. **Indenização por danos morais. Assédio moral no trabalho**. Disponível em <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1204558984/recurso-ordinario-trabalhista-rot-200074620155040003>. Acesso em out. 2021.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 1. ed. Campinas: Romana, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TST. **Cartilha de prevenção ao assédio moral: Pare e Repare – Por um Ambiente de Trabalho mais Positivo**. 2019. Disponível em



<https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>. Acesso em out. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil - Teoria Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Procedimento administrativo e defesa do ambiente. RLJ, 1991, ano 123, n. 3799.

HIRIGOYEN, Marie-France. Mal-Estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

IBGE. **IBGE divulga estimativa da população dos municípios para 2020**. 2020. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28668-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2020>. Acesso em out. 2021.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. [s. l.]: Saraiva, 2009. p. 65.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

RUIZ, Ivan Aparecido; MACHADO, Isadora Vier. Tutelas de urgência e preventivas: aplicabilidade em casos de assédio moral. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 146, 2007. .

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.



3. A IMPORTÂNCIA DA LEGISLAÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

*Carlos Henrique Rodrigues dos Santos¹
Rose Borin²*

RESUMO: A natureza é movimento, é transformação. Os ecossistemas constituem-se como processos; não são sistemas estáticos. A consciência de que o meio ambiente é uma responsabilidade vital coletiva ratifica o pressuposto de que a crise ecológica decorre essencialmente da ação do homem. Dessa forma, devemos pensar que, a preservação do meio ambiente é de responsabilidade de todos e que para isso é necessário conhecer a legislação e buscar desenvolver ações para atingirmos os objetivos. O princípio fundamental para uma estratégia educativa sustentável deverá considerar a ética da responsabilidade. As alterações ambientais ocorrem por inumeráveis causas, muitas denominadas naturais e outras consideradas não naturais. Assim, este trabalho foi desenvolvido com o objetivo de discutir as questões ambientais, destacando a importância da legislação para a preservação do meio ambiente, apresentando alguns princípios que regem a questão ambiental. A pesquisa foi realizada por meio de uma pesquisa bibliográfica, através de consulta em livros, dissertações, artigos, sites e revistas, objetivando discutir a questão ambiental através de sua legislação e seus princípios. Assim, como conclusão da pesquisa, é necessário destacar a necessidade e a importância do desenvolvimento do senso crítico das pessoas e, para isso, é importante uma maior participação política, desenvolvendo alternativas para os problemas ambientais, com a preocupação da busca da qualidade de vida, sem agressões ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: Meio ambiente. Preservação. Legislação.

ABSTRACT: Nature is movement, it's transformation. Ecosystems are processes; are not static systems. The awareness that the environment is a collective vital responsibility ratifies the assumption that the ecological crisis stems essentially from man's action. Thus, we must think that the preservation of the environment is the responsibility of all and that for this it is necessary to know the legislation and seek to develop actions to achieve the objectives. The fundamental principle for a sustainable educational strategy should consider the ethics of responsibility. Environmental changes occur due to innumerable causes, many called natural and others considered unnatural. Thus, this work was developed with the

¹ Graduando em Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV).

² Pós-Doutora em Direito Processual no Sistema Italo-Germano e Latino-Americano na *Università Degli Studi Di Messina* - Itália. Doutora em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos, linha de pesquisa Acesso à Justiça e Concretização de Direitos na ITE Bauru/SP Centro Universitário de Bauru. Possui Especialização em Direito Civil (Sucessões e Família) e Processo Civil, pelo Centro Universitário de Maringá (2003). Especialização em Direito do Estado - Constitucional, pela Universidade Estadual de Londrina (2004). Mestrado em Ciências Jurídicas- Direitos da Personalidade na Tutela Privada e Constitucional, pelo Centro Universitário de Maringá (2008). Professora de Pós Graduação na Escola da Magistratura de Paraná, na UNIPAR - Universidade Paranaense. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Militar na UNIFCV – Centro Universitário de Maringá. Advogada. Autora de livros, capítulos de livros e diversos artigos científicos. Membro do Corpo Editorial da Revista Internacional Consinter de Direito e Livro Direito e Justiça do Consinter e do Conselho Editorial Juruá Ltda. Parecerista Ad Hoc: UFU/MG, Unijuí/RS, Univem/SP, Conpedi. Membro da Escola de Professores da ABDCONST. Membro da Comissão Estadual de Direito Militar da OAB/Pr. Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/Maringá/Pr. Editora Chefe da Quid: Revista Essência Jurídica UniFCV.



objective of discussing environmental issues, highlighting the importance of legislation for the preservation of the environment, presenting some principles that govern the environmental issue. The research was carried out through a bibliographical research, through consultation in books, dissertations, articles, websites and magazines, aiming to discuss the environmental issue through its legislation and its principles. Thus, as a conclusion of the research, it is necessary to highlight the need and importance of developing people's critical sense and, for this, it is important to participate in politics, developing alternatives for environmental problems, with the concern of the search for quality of life, without aggression to the environment.

KEYWORDS: Environment. Preservation. Legislation.

INTRODUÇÃO

Atualmente o conceito de ecologia passou a ter enorme ampliação, deixando para trás a singularidade biológica para abraçar aspectos legais, morais, socioeconômicos, políticos etc., caracterizando a multidisciplinaridade das relações que ocorrem em todos e quaisquer ecossistemas.

Nos anos 1970, no auge da crise econômica mundial, a preocupação com o ambiente aparece em nível mundial devido aos altos índices de poluição e devastação dos recursos naturais que comprometem a qualidade de vida da população mundial.

Historicamente, um forte agravante dos abusos ambientais é a Revolução Industrial, no século XVIII. Os meios de transporte desenvolveram-se e com eles a dispersão dos povos europeus dentro da Europa e pelo mundo. Dois fatores complicadores quanto às questões ambientais nesta época foram os resíduos excedentes da produção industrial e o desenfreado crescimento demográfico.

A década de 1960 marcou o início do movimento ecológico no conjunto dos movimentos sociais e políticos pela crítica, principalmente dos jovens, ao estilo de vida e valores de uma sociedade consumista.

Nesse contexto histórico-cultural, nasceu a preocupação com natureza (termo utilizado nessa época) e emergiram as lutas contra a extinção das espécies, o desmatamento, a poluição do ar e da água, a erosão, o uso de agrotóxicos, a guerra nuclear, entre outras.

Diante disso, o objetivo desta pesquisa foi o de discutir as questões ambientais, destacando a importância da legislação para a preservação do meio ambiente, apresentando alguns princípios que regem a questão ambiental.

A metodologia utilizada foi de caráter qualitativo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.



1. HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE DA QUESTÃO AMBIENTAL

A crise ecológica não é um aborrecimento passageiro; tem nos acompanhado ao longo de toda a história, e, de acordo com Fernandez³, O custo de ignorá-la não tem sido mero incômodo estético, mas a própria ruína da civilização.

O final do século XX e início do século XXI foram marcados, entre outras coisas, pela ampla e crescente produção da ciência, pela ampliação da chamada crise ecológica e pelo grande número de discussões, estudos e ações a respeito das questões ambientais no planeta Terra.

Robert E. Ricklefs⁴ lembra que a Terra proporciona um cenário de eterna mudança para o desenvolvimento de sistemas biológicos. Por milhões de anos de história da terra, os animais e as plantas têm testemunhado as mudanças do clima e outras condições físicas.

As mudanças e os impactos ambientais, na visão de Fernandez⁵, não são problemas da civilização atual; acompanham o homem ao longo de sua existência.

Essas alterações tomaram dimensão mais planetária quando, sob o modo de produção capitalista, os homens colonizaram e mudaram radicalmente determinadas paisagens do mundo.

Segundo Eugene Odum⁶, a palavra ecologia deriva-se do grego *oikos*, que significa casa ou hábitat, enquanto que *logos* significa estudo. Esse ecólogo escreveu que, em sentido literal, a Ecologia é “[...] o estudo do lugar onde se vive, com ênfase sobre a totalidade ou padrão de relações entre os organismos e o seu ambiente”. Robert E. Ricklefs⁷ assevera que a “Ecologia é a ciência através da qual estudamos como os organismos (animais, plantas e micro-organismos) interagem dentro do e no mundo natural.”

O Meio Ambiente é composto pela natureza física, artificial e cultural, não sendo, apenas, a biosfera, mas também o ambiente construído. A esse respeito, José Afonso da Silva⁸ assevera que “o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

³ FERNANDEZ, F. A. dos S. **O poema imperfeito: crônicas de Biologia, conservação da natureza, e seus heróis**. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2004, p. 46.

⁴ RICKLEFS, R. E. **A Economia da natureza**. 3 ed. Tradução Cecília Bueno. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996. p. 389.

⁵ FERNANDEZ, F. A. dos S. **O poema imperfeito: crônicas de Biologia, conservação da natureza, e seus heróis**. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2004, p. 46., p. 50.

⁶ ODUM, Eugene P. **Fundamentos da Ecologia**. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1977, p. 104. .

⁷ ODUM, Eugene P. **Fundamentos da Ecologia**. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1977, p. 1

⁸ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000, p. 20.



De acordo com Rogério Rocco⁹, a Lei 6.938/81¹⁰ dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, constituindo o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama –, e cria o Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama – e institui o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental

Rogério Rocco¹¹ expressa que, a Constituição Federal Brasileira previu, em seu artigo 225, que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de seu 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.¹²

Devido a evolução da espécie humana de forma acelerada e, ao longo do tempo, por causa dos avanços industriais, tecnológicos e a globalização, esses problemas aumentaram e, as consequências desse avanço tiveram reflexos diretos com prejuízos e desequilíbrios ao meio ambiente, passando a ser portanto, uma discussão mundial.

A construção pelos seres humanos de um espaço próprio de vivência diferente do natural se deu sempre à revelia e com a modificação do ambiente natural. Assim, o ser humano, para sua sobrevivência, de um modo ou de outro, sempre modificou o ambiente natural.¹³

João Luiz Valente Dias¹⁴ faz, ainda, alguns apontamentos a respeito de três encontros que foram realizados tendo como metas, traçar estratégias que pudessem enfrentar os problemas ambientais durante a década de 1970, sendo eles:

- ✓ O Encontro de dez países em abril de 1968 em Roma, na Itália, onde surgiu Clube de Roma, cuja finalidade era integrar de forma independente os fatores: econômicos, políticos, naturais e sociais e mostrar ao mundo para que todos compreendessem e tomassem iniciativas e planos de ação.
- ✓ Em 1968 a Assembleia das Nações Unidas, decide pela realização, em 1972, da conferência Mundial sobre o Meio Ambiente em Estocolmo, na Suécia.
- ✓ E em Setembro de 1968, a UNESCO realiza, em Paris, a Conferência abrangendo a conservação e o uso racionalizado dos recursos naturais, onde é lançado o Programa Homem e a Biosfera MAB.

⁹ ROCCO, Rogério. **Legislação brasileira do meio ambiente**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 85.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e da outras providências, p. 10

¹¹ ROCCO, Rogério. **Legislação brasileira do meio ambiente**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 85.

¹² ROCCO, Rogério. **Legislação brasileira do meio ambiente**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 36.

¹³ DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e sustentabilidade** – 1 ed. – 4 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 1.

¹⁴ DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e sustentabilidade** – 1 ed. – 4 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 142.



- ✓ Luciano Araújo e Miriam Duailibi¹⁵, explicam que, na década de 80, foi criada a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD) apresentando uma agenda global para as mudanças.

Luciano Araújo e Miriam Duailibi¹⁶ informam ainda que o Rio-92 teve grande importância para a nova abordagem ambiental, chamando a atenção para a compreensão de que as problemáticas ambientais estão diretamente ligadas com as condições econômicas e à justiça social.

Porém, maior atenção ao meio ambiente foi dado no início da década de 1990, na agenda global, através da assinatura de cinco documentos:

- Agenda 2;
- Convênio sobre as mudanças climáticas;
- Convênio sobre a Diversidade Biológica (CDB);
- Declaração do Rio de Janeiro sobre o meio ambiente e desenvolvimento;
- Princípios da Gestão Universal das Florestas.

O quadro 1 mostra a evolução ocorrida na década de 1990, demonstrando de forma realista, a “visão dominante” e a “visão da ecologia profunda”, na busca da conscientização ambiental.

Visão Dominante	Visão da Ecologia Profunda
- Domínio sobre a natureza;	Harmonia com a natureza é essencial;
- Meio ambiente natural é visto, principalmente, como fonte de recursos para pessoas e indústrias;	Toda a natureza tem um valor intrínseco, não somente como “recursos”;
- Crescimento na produção industrial e no de energia e recursos naturais para satisfazer o crescimento populacional;	Todas as espécies foram criadas iguais;
- Crença de que os recursos são infinitos;	- Os recursos da terra são limitados, impondo limites reais ao crescimento;
Progresso tecnológico continuará a produzir soluções para todos os problemas;	Tecnologia deve ser apropriada, tanto em termos humanos quanto ambientais. A ciência não tem todas as respostas;
	- Ao invés do consumismo, objetivo deve ser simplificar nossas necessidades – como nos coloca o “Lifestyle Movement: viva

¹⁵ ARAUJO, Luciano, DUAILIBI, Miriam. **A constituição do campo da Educação Ambiental**, p. 97. Disponível em: http://www.ambiente.sp.gov.br/ea/projetos/Apostila_EA.pdf. Acesso em 17/06/2021.

¹⁶ ARAUJO, Luciano, DUAILIBI, Miriam. **A constituição do campo da Educação Ambiental**. Disponível em: http://www.ambiente.sp.gov.br/ea/projetos/Apostila_EA.pdf. Acesso em 17/06/2021, p. 99.



- Consumismo: o consumidor é o rei;	simplesmente para que os outros possam viver”;
- Estruturas de poder centralizadoras;	- Estruturas de poder deverão ser descentralizadas, baseadas em “bioregiões naturais” e afinada com os direitos e requisitos das minorias.

Fonte¹⁷

Em 1997, na cidade de Kyoto, foi assinado o Protocolo de Kyoto, com o compromisso de diminuir a emissão de gases, que provocam o efeito estufa.

Na prática, o Protocolo de Kyoto compromete as nações industrializadas com a redução de suas emissões (...). O acordo também permite aos países ricos contabilizarem as reduções de carbono vinculadas às atividades de desmatamento e reflorestamento¹⁸

A assinatura do protocolo, no entanto, geraram algumas discussões, principalmente, nos países mais desenvolvidos, que o seu cumprimento prejudicaria a economia, principalmente dos EUA, gerando o desemprego.

Um aspecto importante a ser considerado é a elevação do grau de conscientização mundial em relação à necessidade de implementar o Protocolo de Kyoto e reduzir o perigo representado pelo aquecimento global. Um exemplo significativo são as posições assumidas por numerosos prefeitos dos EUA, contrariando a posição assumida por seu governo, e comprometendo-se a cumprir as metas do Protocolo.¹⁹

Mas, para que o Protocolo de Kyoto seja respeitado João Luiz Valente Dias²⁰ se pronuncia, dizendo que “é preciso que haja uma conscientização e compromisso de modo geral, ou seja, sociedades e organizações tanto dos setores privado e público se empenhem no processo de redução da emissão de gases poluentes”.

Segundo Édis Milaré²¹, meio ambiente pode ser definido como:

Em linguagem técnica, meio ambiente é a combinação de todas as coisas e fatores externos ao indivíduo ou população de indivíduos em questão. Mais exatamente, é constituído por seres bióticos e abióticos e suas relações e interações. Não é mero espaço, é realidade complexa.

¹⁷ELKINGTON, J. Towards the sustainable corporation: win-win-win business strategies for sustainable development. *California Management Review*, v. 36, n. 2, 1991, p. 90-100.

¹⁸MILARÉ, ÉDIS. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 23-24.

¹⁹MILARÉ, ÉDIS. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 121.

²⁰ MILARÉ, ÉDIS. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 120.

²¹ MILARÉ, ÉDIS. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2006, p. 52.



Já, o Procurador Federal Américo Luiz Martins da Silva²² a define como:

Em suma, meio ambiente é o ramo das ciências humanas que estuda a estrutura e o desenvolvimento das comunidades humanas em suas relações com o meio ambiente e sua conseqüente adaptação a ele, assim como os novos aspectos que os processos tecnológicos ou sistemas de organização social possam acarretar para as condições de vida do homem.

A própria lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981²³, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, I, faz uma definição sobre o meio ambiente, que diz:

Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

A leis que definem o direito ambiental têm como referência inicial, o Capítulo VI, Título VIII da Constituição Federal, formado exclusivamente pelo artigo 225 com seus parágrafos e incisos. Jose Afonso da Silva²⁴ esquematizou e dividiu o dispositivo constitucional em 3 conjuntos, sendo eles:

O primeiro acha-se no *caput*, onde se inscreve a norma-princípio, a norma matriz, substancialmente reveladora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O segundo encontra-se no § 1º, com seus incisos, que estatui sobre os instrumentos de garantia da efetividade do direito anunciado no *caput* do artigo. Mas não se trata de normas simplesmente processuais, meramente formais. Nelas, aspetos normativos integradores do princípio revelado no *caput* se manifestam através de sua instrumentalidade. São normas instrumentos da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental que lhes é objeto. (...) O terceiro, finalmente, caracteriza um conjunto de determinações particulares, em relação a objetos e setores, referidos nos §§ 2º a 6º, notadamente o 4º, do art. 225, nos quais a incidência do princípio constituído no *caput* se revela de primordial exigência e urgência, dado que são elementos sensíveis que requerem imediata proteção e direta regulamentação constitucional, a fim de que sua utilização, necessária talvez ao progresso, se faça sem prejuízo ao meio ambiente.

Existem, dentre outras leis, 17 leis ambientais de muita importância e Paulo Affonso Leme Machado²⁵ as explícita:

1- Ação Civil Pública (Lei 7.347 de 24/07/1985);

²²SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56.

²³BRASIL. **Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e da outras providências, p. 15.

²⁴SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31.

²⁵MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Estudo de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros editores, 2011, p. 292.



- 2 - Agrotóxicos (Lei 7.802 de 11/07/1989);
- 3 - Área de Proteção Ambiental (Lei 6.902, de 27/04/1981);
- 4 - Atividades Nucleares (Lei 6.453 de 17/10/1977);
- 5 - Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12/02/1998);
- 6 - Engenharia Genética (Lei 8.974 de 05/01/1995), Revogada pela Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005;
- 7- Exploração Mineral (Lei 7.805 de 18/07/1989);
- 8 - Fauna Silvestre (Lei 5.197 de 03/01/1967);
- 9 - Florestas (Lei 4771 de 15/09/1965);
- 10 - Gerenciamento Costeiro (Lei 7661, de 16/05/1988);
- 11- IBAMA (Lei 7.735, de 22/02/1989);
- 12 - Parcelamento do solo urbano (Lei, 6.766 de 19/12/1979);
- 13 - Patrimônio Cultural (Decreto-Lei 25, de 30/11/1937);
- 14 - Política Agrícola (Lei 8.171 de 17/01/1991);
- 15 - Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 17/01/1981);
- 16 - Recursos Hídricos (Lei 9.433 de 08/01/1997);
- 17- Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição (Lei 6.803, de 02/07/1980).

Embora a Legislação Ambiental Brasileira seja muito completa e seja de suma importância para a preservação do meio ambiente, atualmente, não é fiscalizada e nem cumprida eficiente e eficazmente para que se diminua a sua destruição.

2. PRINCÍPIOS DO MEIO AMBIENTE

O meio ambiente está embasado em alguns princípios, que na falta de uma norma legal, podem ser aplicados. A esse respeito, Celso Antônio Pacheco Fiorillo²⁶ considera que os princípios ambientais:

Constituem pedras basulares dos sistemas políticos-jurídicos dos Estados civilizados, sendo adotados internacionalmente como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativos do caminho adequado para a proteção ambiental, em conformidade com a realidade social e os valores culturais de cada Estado.

²⁶ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.



Assim, os princípios apresentados são: Princípio da Prevenção, Princípio da Precaução, Princípio da Participação; Princípio da Informação Ambiental e o Princípio da Educação Ambiental. Trataremos, no entanto, nesta pesquisa, dos princípios da prevenção e da precaução.

3.1 O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

O princípio da prevenção tem como objetivo adotar medidas que evitem ou minimizem qualquer dano ao meio ambiente.

O princípio da prevenção é um dos mais importantes princípios do direito ambiental, pois:

É basilar em matéria ambiental, concernindo à prioridade que deve ser dada às medidas que evitem o nascimento de atentados ao ambiente, de molde a reduzir ou a eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar a sua qualidade.²⁷

Devido os danos ambientais serem, ou irreversíveis ou de difícil reparação, “A prevenção é a forma de antecipar-se aos processos de degradação ambiental, mediante adoção de políticas de gerenciamento e de proteção dos recursos naturais.”²⁸

A prevenção, na questão do meio ambiente, de acordo com os ensinamentos Gomes Canotilho e José Adércio Leite²⁹ corresponde ao seguinte ditado popular: “*mais vale prevenir do que remediar*”. Esse princípio ainda, é considerado por alguns autores segundo Cristiane Derani³⁰ como “a essência do direito ambiental”.

Affonso Leme Machado³¹ leciona que, é impossível haver prevenção sem informação organizada e sem pesquisa e, divide em cinco itens para a aplicação do princípio da prevenção, os quais seriam:

1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário

²⁷MARCHESAN, Ana Maria; CAPPELLI, Silvia; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Possibilidade de cumulação de fazer ou não com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais – Análise dos Pressupostos. **Revista do Ministério Público**, nº 48, 2014, p. 29. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274206250.pdf. Acesso em 16/06/2021.

²⁸SAMPAIO, José Aderico Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios do Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 70.

²⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

³⁰DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 165.

³¹MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Estudo de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros editores, 2001, p. 63.



dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamento ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão; 5º) Estudo de Impacto Ambiental.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente em seu artigo 2º, incisos IV e IX estabelece a proteção dos ecossistemas e a proteção de áreas ameaçadas de degradação, sendo que para tanto se faz necessária a ação de forma antecipada, ou seja, baseada em resultados de pesquisa e em todas as informações possíveis a respeito, possibilitando que sejam tomadas as medidas preventivas.

Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: IV - proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; IX - proteção de áreas ameaçadas de degradação.³²

Assim, a preocupação central do princípio da prevenção deve estar voltada para o antes da possibilidade de dano ambiental, sobre isso Édis Milaré afirma:

Daí a assertiva, sempre repetida, de que os objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos. Sua atenção está voltada para o momento anterior à da consumação do dano – o do mero risco. Ou seja, diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única, solução.³³

Paulo Bessa Antunes³⁴ diz que, este princípio aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis.

3.2 PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO

O princípio da precaução está expresso no art. 225 Constituição Federal³⁵ e que tal princípio surge quando o risco de dano não pode ser cientificamente comprovado.

O objetivo deste princípio é o de diminuir os riscos ambientais. Sua origem se deu na década de 1970, no Direito Alemão e se consolidou internacionalmente por meio da

³² BRASIL. **Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e de outras providências, p. 3.

³³ BRASIL. **Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e de outras providências, p. 767.

³⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 48.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.



Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento que ficou conhecida como Rio/92 proposto no Rio de Janeiro, que trazia no Princípio 15 que aborda o seguinte:

Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental.³⁶

Celso Antonio Pacheco Fiorillo³⁷ esclarece as características do princípio da precaução, sendo elas, os impactos são desconhecidos e a incerteza passa a ser considerada na avaliação de risco; o ônus da prova cabe ao proponente da atividade; na avaliação de risco, um número razoável de alternativas ao produto ou processo, devem ser estudadas e comparadas; para ser precaucionária, a decisão deve ser democrática, transparente e ter a participação dos interessados no produto ou processo.

Para Ana Carolina Casagrande Nogueira:

O “princípio de precaução”, por sua vez, é apontado, pelos que defendem seu status de novo princípio jurídico-ambiental, como um desenvolvimento e, sobretudo, um reforço do princípio da prevenção. Seu fundamento seria, igualmente, a dificuldade ou impossibilidade de reparação da maioria dos danos ao meio ambiente, distinguindo-se do princípio da prevenção por aplicar-se especificamente às situações de incerteza científica.³⁸

José Joaquim Gomes Canotilho³⁹ aponta que existem diferenças entre a prevenção e a precaução, pois, na ação preventiva é necessário que os perigos comprovados sejam eliminados, enquanto que, no princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta. Dessa forma, o quadro dois aponta as diferenças entre os dois princípios.

Quadro 2 – Diferenças entre o Princípio da Prevenção e o Princípio da Precaução.

³⁶ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. In: **Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972, p. 6.

³⁷FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

³⁸NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 115.

³⁹FARIAS, Talden Queiroz. O conceito jurídico de meio ambiente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, p. 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546. Acesso em 15/06/2021.



PREVENÇÃO	PRECAUÇÃO
01. O princípio da prevenção é uma conduta racional ante a um mal que a ciência pode objetivar e mensurar, move-se dentro da certeza científica.	01. O princípio da precaução, ao contrário, enfrenta a incerteza dos saberes científicos em si mesmo.
02. O princípio da prevenção refere-se ao perigo concreto.	02. O princípio da precaução refere-se ao perigo abstrato.
03. Adoção de medidas necessárias para lidar com eventos previsíveis, ou em todo caso, probabilísticos.	03. Destina-se a gerir os riscos não probabilísticos.
04. Atua no sentido de inibir o risco de dano potencial, ou seja, procura-se evitar que uma atividade sabidamente perigosa venha a produzir os efeitos indesejáveis.	04. Atua para inibir o risco de perigo potencial, qual seja, o risco de que determinado comportamento ou atividade seja daquelas que podem ser perigosas abstratamente.
05. O perigo é certo, têm-se os elementos seguros para afirmar ser a atividade, efetivamente perigosa, tratasse de um perigo real e atual.	05. O perigo é potencial ou de periculosidade potencial que se quer prevenir.
06. A prevenção é um assunto de especialistas confiado em seus saberes.	06. A precaução é um assunto que compete à sociedade em seu conjunto no sentido da orientação da tomada de decisões políticas sobre assuntos de relevância fundamental.

Fonte⁴⁰

Affonso Leme Machado enfatiza que a distinção entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução consiste que:

No princípio da prevenção previne-se porque se sabe quais as consequências de se iniciar determinado ato, prosseguir com ele ou suprimi-lo. O nexos causal é cientificamente comprovado, é certo, decorre muitas vezes até da lógica; b) no princípio da precaução previne-se porque não se pode saber quais as consequências que determinado ato, ou empreendimento, ou aplicação científica causarão ao meio ambiente no espaço e/ou no tempo, quais os reflexos ou consequências. Há incerteza científica não dirimida.⁴¹

Édis Milaré⁴² não descarta a diferença possível existente entre as duas expressões (prevenção e precaução) e nem discorda dos que reconhecem dois princípios distintos, todavia prefere adotar princípio da prevenção como forma simplificadora, uma vez, que segundo o

⁴⁰ FARIAS, Talden Queiroz. O conceito jurídico de meio ambiente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, p. 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546. Acesso em 15/06/2021.41.

⁴¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Estudo de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros editores, 2001.

⁴² MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Estudo de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros editores, 2001, p. 31.



autor, a prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba a precaução, de caráter possivelmente específico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A degradação ambiental é um fato histórico que se dá pela ação humana e, assim, se fez necessário a criação de leis e mecanismos que garantissem sua preservação.

A natureza transformada pelas pessoas adquire conformações diferentes daquelas encontradas em ambientes não tocados. O ambiente urbano é um caso bem marcante da natureza transformada, o que nos desloca do contato com a meio onde fauna e flora estão relativamente preservados ou intocados.

Desenvolver o senso crítico é a maneira mais fácil e menos impactante de acabar com o poder devastador dos apelos promocionais dos que querem ter o povo em suas mãos apenas para vender mais sem terem de se preocupar com a qualidade, com as constantes agressões ao meio ambiente.

Portanto, deve-se buscar, além desta maior participação política, uma melhor qualidade de vida, soluções aos problemas ambientais e desenvolver alternativas que não agridam, ou agridam menos a nossa casa. Seguindo os limites da ética estaremos estabelecendo assim uma sociedade mais justa, saudável, consciente e muito mais feliz.

REFERÊNCIAS

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

ARAÚJO, Luciano, DUAILIBI, Miriam. **A constituição do campo da Educação Ambiental**. Disponível em: http://www.ambiente.sp.gov.br/ea/projetos/Apostila_EA.pdf. Acesso em 17/06/2021.

BASTOS, C.; KELLER, V. **Aprendendo a aprender: introdução à metodologia científica**. Petrópolis: Vozes, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05nde outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 6938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e da outras providências.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.



DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2 ed., Editora Max Limonard,. São Paulo, 1997.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental: Responsabilidade Social e sustentabilidade** - 1. ed. – 4 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009.

ELKINGTON, J. Towards the sustainable corporation: win-win-win business strategies for sustainable development. **California Management Review**, v. 36, n. 2, p. 90-100, 1991.

FARIAS, Talden Queiroz. O conceito jurídico de meio ambiente. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546. Acesso em 15/06/2021.

FERNANDEZ, F. A. dos S. **O poema imperfeito: crônicas de Biologia, conservação da natureza, e seus heróis**. 2. ed. Curitiba: UFPR, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Estudo de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros editores, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental Brasileiro**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria; CAPPELLI, Silvia; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Possibilidade de cumulação de fazer ou não com indenização nas ações civis públicas para reparação de danos ambientais – Análise dos Pressupostos. **Revista do Ministério Público**, nº 48, 2014. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1274206250.pdf. Acesso em 16/06/2021.

MILARÉ, Édis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Estado de direito ambiental: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ODUM, Eugene P. **Fundamentos da Ecologia**. 3. ed. São Paulo: Pioneira, 1977.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. In: **Anais Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972, p. 6.



RICKLEFS, R. E. **A Economia da natureza**. 3. ed. Tradução Cecília Bueno. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996.

ROCCO, Rogério. **Legislação brasileira do meio ambiente**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SAMPAIO, José Aderico Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios do Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins. **A ordem constitucional econômica**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.



4. A RELAÇÃO DESARMONIOSA ENTRE O SISTEMA CAPITALISTA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE: A AGROPECUÁRIA E AS VIOLAÇÕES AMBIENTAIS NA FLORESTA AMAZÔNICA

*Beatriz Vieira Alves¹
Marcele Wanzeller Gonçalves²
Adriano Fernandes Ferreira³*

RESUMO: O presente artigo estabelece uma análise sobre a relação desarmoniosa entre o sistema capitalista e o direito ao meio ambiente, especificamente abordando a agropecuária na Amazônia. O objetivo foi demonstrar o nexo existente entre o direito ao meio ambiente como fundamental, sociedade de consumo capitalista e seus efeitos destrutivos no âmbito da floresta amazônica. A agropecuária sustentada pelo modo de produção capitalista é o elemento primordial para compreender o processo de destruição ambiental e violação dos direitos ambientais na sociedade moderna, isso porque o uso irracional dos recursos naturais vem trazendo sérias consequências para a humanidade, pondo em risco sua própria sobrevivência em prol da lucratividade e ambição do homem. A metodologia utilizada quanto a abordagem foi qualitativa e quanto aos objetivos foi exploratória, além de pesquisas bibliográficas e explicativas.

Palavras-chaves: Capitalismo. Agropecuária. Meio Ambiente. Direitos.

ABSTRACT: The present article aims to set up an analysis of the disharmonious relationship between the capitalism and the right to a healthy and clean environment, specifically approaching the agriculture and cattle ranching in the Amazon rainforest. The objective was to demonstrate the link between the right to a healthy and clean environment as a fundamental right, capitalist consumer society and its destructive effects to the Amazon rainforest. Agriculture and cattle ranching supported by the capitalist mode of production are a central element to understand the process of environmental destruction and violation of environmental rights in modern society, because the irrational use of natural resources has brought serious consequences for humanity, putting at risk its own survival in favor of the man's ambition. The methodology used in terms of the approach was qualitative and the objectives were exploratory, in addition to bibliographic and explanatory research.

Keywords: Capitalismo. Agriculture. Environment. Rights.

¹ Graduanda em direito na Faculdade de Direito - Universidade Federal do Amazonas.

² Graduanda em direito na Faculdade de Direito - Universidade Federal do Amazonas.

³ Pós-Doutor em Direito Pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla la Mancha, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001). Professor Adjunto IV, da Universidade Federal do Amazonas- UFAM - das disciplinas de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UFAM. Coordenador da Pós-Graduação da Faculdade de Direito. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM. Membro da Câmara de Inovação Tecnológica da UFAM.



INTRODUÇÃO

É evidente que há um controle cada vez maior do ser humano sobre a natureza, sendo isso necessário para a sobrevivência e desenvolvimento humano. A questão é a forma como o homem tem se relacionado com a natureza diante dessa dependência, estando essa vinculação determinada pelo modo de produção dominante: o capitalismo. A origem do modo de produção capitalista surgiu no final no século XV e marcou o fim do modo de produção feudal, desde então, vem gerando uma escala crescente de degradação ao meio ambiente. Isso faz parte de sua essência, visto que o motor das relações produtivas e sociais é o dinheiro acima de tudo, mesmo que isso signifique consequências ambientais destrutivas. Para melhor compreender, é necessário entender a dinâmica capitalista e seus efeitos socioambientais.

O sistema capitalista em vigor, do qual o agronegócio faz parte, causa danos ambientais comprometendo o equilíbrio no planeta e a qualidade de vida de todos os seres vivos. Isso ocorre porque a relação entre os seres humano e a natureza não é harmônica. Ao invés de controlar e utilizar os recursos ambientais de forma consciente e sustentável, o homem vem destruindo seu próprio habitat em nome de seus interesses e ganância por dinheiro, apoiado por uma sociedade classicista e um modo de produção sustentado na dominação e exploração.

A agropecuária é responsável por grande parte dos desmatamentos, contaminação dos solos e águas, extinção de animais que decorre da perda do habitat natural, além de vários crimes ambientais na floresta amazônica. Diante dessa problemática ambiental contemporânea, as grandes empresas e a sociedade buscam desenvolver práticas sustentáveis que visem a preservação ambiental, de forma a reduzir o nível de destruição da natureza, mas continuar a garantir a produção e lucro futuro. Entretanto, a relação entre o meio ambiente e os seres humanos ainda está longe de ser harmônica dentro de um modo de produção capitalista.

Para existir e continuar se expandindo, o capitalismo gera uma destruição ampliada dos recursos naturais, podendo futuramente se tornar irreversível e promover a extinção da espécie humana. Ademais, as consequências de degradação ambiental possuem ligação direta com surgimento de doenças, desequilíbrio climático, poluição etc., causando mais problemas e novos conflitos. Perante esse fato, vale reforçar que a qualidade do ambiente em que vivemos, influi consideravelmente na qualidade de vida, e as normas jurídicas tendem a tutelar este direito fundamental do ser humano.

Considerando essas ameaças, a população busca constantemente a efetivação dos seus direitos para garantir o mínimo necessário à sua existência com qualidade de vida. Com o intuito de regular essa relação desarmônica surgiu o Direito Internacional do Meio Ambiente, tendo



como objeto a adoção de uma proteção ambiental e a regulação de atividades que podem ser nocivas à natureza. Consiste, portanto, em um conjunto de regras e princípios que tratam de direitos ou geram obrigações para os sujeitos do Direito Internacional, dentre eles: Estados, organizações internacionais públicas ou privadas e indivíduos.

O tema demonstra grande relevância, pois a forma como o sistema de produção capitalista afeta ao meio ambiente e a sociedade tem sido muito debatido em conferências e congressos, tanto no Brasil quanto internacionalmente, portanto é algo a ser debatido na esfera jurídica. É inquestionável que as condições do ambiente em que vivemos, interferem diretamente nas condições e qualidade de vida dos seres humanos na sociedade. Isto posto, o meio ambiente passa a ser um bem ou patrimônio que deve ser preservado. Desta forma, entende-se que a natureza é onde se expande a vida humana, e as normas jurídicas visam garantir a proteção deste direito fundamental.

O trabalho tem como objetivo principal analisar como o sistema capitalista atinge o direito ao meio ambiente através da agropecuária na floresta amazônica, bem como compreender o direito ao meio ambiente como sendo um direito fundamental. Apontar quais as consequências e violações do direito são geradas através desse sistema de produção, identificando como a agropecuária atinge a floresta amazônica. Além disso, averiguar porque o direito ao meio ambiente é considerado um direito fundamental no meio jurídico.

A metodologia usada foi uma abordagem qualitativa, descrevendo a investigação de maneira mais abstrata, e quanto ao objetivo foi desenvolvida uma pesquisa exploratória, descritiva, explicativa e bibliográfica. Para melhor compreensão e desenvolvimento do presente artigo, utilizou-se materiais já publicados, como livros, artigos e periódicos que abordam o assunto em questão.

1 AS ORIGENS DO SISTEMA CAPITALISTA E DA AGROPECUÁRIA

Para compreender o processo de domínio dos seres humanos sobre a natureza, é necessário entender a organização social sob a qual eles vivem. Cada forma de sociedade possui determinado modo de produção, no qual se gera os bens materiais fundamentais para sobrevivência humana, sendo uma relação direta com o meio ambiente, pois é dele que se extraem as matérias-primas sem as quais a produção seria impossível⁴. Esse modo de produção, por sua vez, é composto por um conjunto de formas sociais, de acordo com a cultura, geografia

⁴ VIANA, Nildo. **Capitalismo e destruição ambiental**. Ateliê Geográfico, v. 10, n. 3, p. 179-192, 26 fev. 2017, p.23



local, política e as diversas formas de consciência que cada sociedade desenvolve, inclusive sua relação e consciência com a natureza.

O sistema de produção capitalista surgiu no século XV, na Europa Ocidental, com passagem da Idade Média para a Idade Moderna, a partir da decadência do sistema feudal e do nascimento de uma nova classe social, a burguesia⁵. Sendo um sistema econômico e social fundamentado na acumulação de capital e propriedade privada. A palavra “capital” vem do latim *capitale* e significa “cabeça”, no qual faz alusão às cabeças de gado, ou seja, uma das medidas de riqueza dos tempos antigos. O capitalismo passou por três fases ao longo da história, sendo estas: o capitalismo comercial, capitalismo industrial e capitalismo financeiro⁶.

O capitalismo comercial vigorou dos séculos XV ao XVIII, e era também chamado de mercantilismo. Nesse novo sistema a terra deixa de ser a fonte mais importante de riqueza, tornando-se um bem que possa ser comercializado, o intuito principal estava no acúmulo de capital através do comércio e da conquista de colônias⁷.

O capitalismo industrial surgiu no século XVIII, decorrente da Revolução Industrial, época em que ocorreram as transformações mais significativas nos meios de produção. Com o surgimento do motor a vapor e máquinas mais elaboradas, os produtos que eram feitos de maneira artesanal e em pequenas quantidades passaram a ser produzidos em grandes escalas, gerando um novo sistema fabril de produção que consistia na criação rápida e demasiada por meio da mão de obra barata dos operários.

O capitalismo financeiro teve origem no século XX e vigora até os dias atuais, também conhecido como capitalismo monopolista financeiro pois está baseado nas leis dos bancos, das empresas e das grandes corporações por meio do monopólio industrial e financeiro⁸. O marco para a consolidação do capitalismo financeiro foi o gradativo processo de transformação das empresas em ações, ou seja, a fragmentação dos títulos dessas empresas em várias ações que

⁵ MENEZES, Pedro. **Capitalismo**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/capitalismo/>. Acesso em: 20.09.2021.

⁶ MENEZES, Pedro. **Capitalismo**. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/capitalismo/>. Acesso em: 20.09.2021.

⁷ PENA, Rodolfo F.Pena. **Capitalismo Financeiro**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/capitalismo-financeiro.htm>. Acesso em: 23.09.2021.

⁸ PENA, Rodolfo F.Pena. **Capitalismo Financeiro**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/capitalismo-financeiro.htm>. Acesso em: 23.09.2021.



são comercializadas livremente. Assim, podemos considerar que um marco desse fenômeno no processo econômico foi a bolsa de valores, que se tornou o principal símbolo desse sistema⁹.

Já a agropecuária, representa a união de duas atividades primárias, a agricultura (cultivo de plantas) e a pecuária (criação de animais), sendo ambos, em sua maioria, destinados ao consumo e uso humano. A agropecuária, de forma primitiva, surgiu no período Neolítico da humanidade, quando o homem, até então nômade, passou a fixar-se em um território, domesticando animais e semeando as terras para cultivar seu alimento. Com o passar do tempo, as técnicas utilizadas tornaram-se ultrapassadas, não sendo mais suficientes para atender a demanda da população em crescimento, diante disso, houve a Revolução Agrícola, entre os séculos XVII e XIX, com o aprimoramento tecnológico, e, posteriormente, a utilização de fertilizantes químicos e melhoramento genéticos¹⁰.

Tratando-se mais especificamente da pecuária, sua evolução histórica pode ser delimitada em três momentos. Primeiramente, assim que o homem passou a viver em território fixo, houve a pecuária com reprodução livre, na qual os animais eram domesticados, entretanto, viviam em pastos abertos. Após esse período, houve o cercamento dos locais de criação dos animais, com pouca influência humana, dando origem, posteriormente, ao terceiro período, com a reprodução assistida, no qual os animais são mantidos em cativeiro, alimentados de forma artificial e, até mesmo, manipulados hormonalmente. Atualmente, os três períodos coexistem nas classificações da agropecuária: extensiva e intensiva.

A relação histórica do sistema capitalista com a agropecuária pode ser depreendida da própria morfologia da palavra “pecuária”, uma vez que *pecus* no latim quer dizer “cabeça de gado”, o que deu origem a palavra, também do latim, *pecúnia* que quer dizer “moeda, dinheiro”. Logo, facilmente identificada a relação da agropecuária com o sistema capitalista, já que as “cabeças de gado” são consideradas um bem valioso monetariamente desde o período da Roma Antiga¹¹.

Nesse aspecto, observamos a chamada “origem agrária do capitalismo”, defendida por Ellen Wood, que sustenta a tese de que o sistema capitalista surgiu não com as indústrias e as cidades urbanas, mas sim quando passou-se do escambo para a produção voltada ao lucro

⁹ PENA, Rodolfo F.Pena. **Capitalismo Financeiro**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/capitalismo-financeiro.htm>. Acesso em: 23.09.2021.

¹⁰ CERQUEIRA, Wagner. **Agropecuária**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/agropecuaria-5.htm>. Acesso em: 04.07.2021.

¹¹ HARDEN, A. (2013) – **Animals in the Classical Worlds: Ethical Perspectives from Greek and Roman texts**. Houndmills: Palgrave Macmillan.



econômico, produção esta que iniciou, principalmente, na agricultura¹². Para Wood, pode-se dizer que o capitalismo pode ser claramente percebido por volta do século XVI na Europa, quando a agricultura inglesa passa pelo que os proprietários de terras chamavam de “melhoramento”, que consistia, basicamente, em tornar a terra cultivada mais produtiva e, conseqüentemente, lucrativa¹³.

Sendo assim, ainda que não seja possível identificar a exploração do trabalho assalariado — uma das bases do sistema capitalista, por definição — verifica-se a presença dos primórdios históricos da relação entre a agropecuária e o capitalismo, relação esta que, com o passar dos anos, tornou-se ainda mais direta e prejudicial à sociedade como um todo, principalmente à natureza.

2 O DIREITO AMBIENTAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA HUMANIDADE

Superado o contexto histórico, passa-se à análise do direito ambiental, atingido pela relação da agropecuária com o capitalismo, como um direito fundamental da humanidade.

Na definição de Meio Ambiente:

O meio ambiente, ou simplesmente ambiente, é tudo que cerca ou envolve o homem por todos os lados, formado por elementos naturais com vida ou sem, por bens materiais ou mesmo imateriais fruto da intervenção humana sobre os elementos naturais¹⁴.

De acordo com a resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente: “Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Ainda, encontra-se na ISO 14001:2004 o seguinte conceito para meio ambiente:

¹² WOOD, Ellen Meiksins. “As origens agrária do capitalismo”. In: Crítica Marxista, N. 10. São Paulo: Boitempo Editorial. 2000. 11 – 29 p. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo6612_merged.pdf> Acesso em: 3 de Julho de 2020.

¹³ WOOD, Ellen Meiksins. “As origens agrária do capitalismo”. In: Crítica Marxista, N. 10. São Paulo: Boitempo Editorial. 2000. 11 – 29 p. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo6612_merged.pdf> Acesso em: 3 de Julho de 2020.

¹⁴ AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 6 ed. Editora JusPodivm, 2018. v.16, p.13. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/236ff4b9e7cedfb7ed4295a5d327be64.pdf>> Acesso em 12 de Julho de 2020, p. 13.



Circunvizinhança em que uma organização opera, incluindo-se ar, água, solo, recursos naturais, flora, fauna, seres humanos e suas inter-relações”. Para as Nações Unidas, meio ambiente é “o conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos e sociais capazes de causar efeitos diretos ou indiretos, em um prazo curto ou longo, sobre os seres vivos e as atividades humanas¹⁵.”

Tratando-se da classificação do direito ao meio ambiente como direito fundamental, o Direito Internacional Ambiental passou a ter o seu surgimento efetivo com a Conferência de Paris, ao final do século XX, no período entre guerras, em virtude da percepção de que haveria a necessidade de proteção do meio ambiente em escala global. Entretanto, somente foi atingida a excelência a partir da criação da Organização das Nações Unidas, a qual proporcionou recomendações institucionais, convocou a Conferência Internacional do Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo e celebrada em 1972, que teve o condão de impulsionar o reconhecimento do Direito Ambiental nos textos constitucionais e, em adição, conscientização da problemática encarada por ele, a instituição de uma diplomacia que é multifacetária¹⁶.

O reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental, na década de 1940, esteve intimamente ligado ao reconhecimento dos direitos fundamentais que tem como marco a Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948. O Prof. Alexandre Kiss da Universidade de Estrasburgo¹⁷ defende a ideia de que a década de 60 (período pós guerra) deve ser considerada como o marco de uma nova consciência dos problemas ambientais no âmbito internacional.

Os Direitos Humanos, de acordo com Ricardo Torres, “(...) são direitos preexistentes à ordem positiva, imprescritíveis, inalienáveis, dotados de eficácia erga omnes, absolutos e autoaplicáveis¹⁸”. Então, sob esta nova visão social, hodiernamente, o Direito começa a tomar conotações sociais. Nessa tendência, as leis devem refletir cada vez mais as necessidades sociais, devem abranger os anseios de todos os cidadãos independentemente da classe social. Assim, pode-se entender então que “(...) atribuir um direito humano a alguém é reconhecer uma situação real (...), é atribuir um poder, uma titularidade para pleitear, reclamar, defender e pedir à comunidade apoio no concernente à promoção e defesa do direito em tela¹⁹.”

¹⁵ ISO 14001:2004. Disponível em: https://materiais.amblegis.com.br/solicitacao-de-demonstracao?https://www.amblegis.com.br/demonstracao/&gclid=EA1aIQobChMlP_YuNoYWM9AIVBA6RC_h0GSgGuEAAAYASAAEgKAgfD_BwE. Acesso em: 12.08.2020.

¹⁶SILVA, Luiza Gonçalves Maia da. Reflexões sobre o Direito Internacional Ambiental por Luiza Sulva. Disponível em: <http://www.nipeda.direito.ufba.br/pt-br/node/89>. Acesso em; 03.08.2021.

¹⁷CORBELLINI, Gisele. Evolução Histórica do Direito Internacional do Meio Ambiente. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7282/Evolucao-historica-do-Direito-Internacional-do-Meio-Ambiente>. Acesso em: 25.05.2020

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1-6, p. 137.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1-6, p. 132.



A proteção dos direitos humanos é fundamental, do contrário, estar-se-á fadados à obscuridade de nossos piores instintos, com rompantes de egoísmo e desrespeito aos mais fracos. Todos são iguais perante a lei e por isso devem usufruir de seus direitos independentemente das diferenças sociais, culturais, religiosas, intelectuais ou econômicas. Nesse contexto, juristas e legisladores passaram a estudar a questão, provocando o surgimento de um novo direito, o direito humano ao meio ambiente.

Para Almeida o raciocínio é lógico, entretanto, na prática, o surgimento deste direito humano carece de uma reflexão profunda, visto que, a possibilidade de reconstrução de uma nova concepção de sociedade e natureza, relaciona-se à educação, uma vez que, permite à esta, questionar e apontar caminhos, promovendo a consciência ambiental e a justiça social como requisitos para o exercício da cidadania²⁰.

No Brasil, a proteção ao meio ambiente foi inserida na Constituição de 1988, após pressões de movimentos ambientais nacionais e internacionais, conferências e relatórios voltados para a defesa do meio ambiente. Esses movimentos ganharam força principalmente depois da queda do governo militar. A Constituição atual representa um marco na legislação ambiental brasileira, por dar proteção jurídica ao meio ambiente e se preocupar com a preservação e o uso racional dos recursos naturais. Como verifica-se no artigo 225 da CF:

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 os presentes e futuras gerações²¹.

O artigo acima transcrito relaciona diretamente o direito ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, note-se que não se restringe à vida humana, mas sim à vida de um modo geral. Tal simetria entre o direito ambiental e o direito à vida nos permite perceber, ainda mais, sua importância como direito humano fundamental. O próprio artigo 5º da Lei Fundamental faz menção expressa ao meio ambiente, em seu inciso LXXIII.

O artigo 5º da Constituição Federal cuida dos direitos e garantias fundamentais, logo, se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das

²⁰ ALMEIDA, Jefferson. **O Meio Ambiente e sua transversalidade com a temática de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/direito-humano-ao-meio-ambiente/48914>>. Acesso em 9 de Julho de 2020.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12.06.2021.



condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano.

A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é instituída no Texto Constitucional como direito fundamental. Consoante a intelecção de Benjamin, a fundamentalidade do direito justifica-se, pois,

Primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional (“Tod os têm direito....”); segundo na medida em que o rol do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu § 2º, não exaustivo (direitos fundamentais há – e muitos – que não estão contidos no art. 5º); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º, caput, reflexivamente, recebe deste as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual o direito ao meio ambiente caracteriza-se como um corolário do direito à vida²².

No contexto constitucional, somente a constituição de 1988 é que abraçou a proteção ambiental, reforçando os dispositivos da Lei n.º 6.938/81, a referida constituição tornou-se referência mundial no que tange a proteção ao meio ambiente, foi a primeira a dedicar um capítulo constitucional com dispositivos que visa à proteção deste patrimônio da humanidade. Como se vê pela sucinta análise das constituições anteriores, Benjamin afirma que:

(...) foi possível sair do estágio da miserabilidade ecológica constitucional, própria das constituições liberais anteriores, para outro, que, de modo adequado, pode ser aplicado de opulência ecológica constitucional, pois o capítulo do meio ambiente nada mais é do que ápice ou a face mais visível de um regime constitucional que, em vários pontos, dedica-se, direta ou indiretamente, à gestão dos recursos ambientais²³.

Assim, vê-se que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental, que deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico como um todo, e como tal, deve ser mais debatido nas legislações e nos tribunais, tendo em vista que todos os homens têm direito ao meio ambiente assim como os direitos fundamentais na Constituição.

3 AS CONSEQUÊNCIAS DA AGROPECUÁRIA AO MEIO AMBIENTE NA AMAZÔNIA.

²²BENJAMIM, Herman Antônio. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, LEITE; José Rubens Morato (Orgs). Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo. Saraiva, 2007. p.102.

²³ BENJAMIM, Herman Antônio. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, LEITE; José Rubens Morato (Orgs). Direito Constitucional Brasileiro. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 368.



A principal consequência da agropecuária ao meio ambiente na Amazônia é, sem dúvidas, o desmatamento da floresta. O desmatamento é definido por Kaimowitz e Angelsen como "remoção completa e no longo prazo da cobertura de árvores", podendo ser, então, o corte das árvores, as queimadas, e qualquer outro meio que vá causar a remoção de árvores, erosão dos solos, etc.

De acordo com o modelo de Reis de análise das atividades que desencadeiam o desmatamento na Amazônia, a agropecuária ocupa o topo da lista, como principal atividade causadora de impactos ao meio ambiente na região da floresta, seguida da exploração madeireira. Tal entendimento vem sendo reafirmado, com diversos estudos estatísticos e geográficos, como por exemplo, por meio do Projeto TerraClass²⁴, realizado pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE)²⁵ em conjunto com Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA e executado pelo Centro Regional da Amazônia (CRA).

O Projeto TerraClass monitorou o desmatamento na Amazônia entre os anos de 2004 e 2014, tendo sido verificado que 63% das áreas desflorestadas são destinados à pastagem de animais, enquanto 5.9% são destinados à agricultura, perfazendo, desta forma, 68.9% do desmatamento da Amazônia dominado pela agropecuária²⁶.

Segundo Margulis, um dos estimulantes do desenvolvimento da agropecuária nas áreas desflorestadas são os menores preços das terras, o que enseja em maior lucratividade, que é o objetivo do sistema capitalista desde a sua instituição na história²⁷. Isso explica os altos números das áreas desmatadas na Amazônia que são destinados à agropecuária, visto que é mais lucrativo fazer a remoção da vegetação nativa para realizar estas atividades.

Ademais, uma consequência direta do desmatamento, tornando-se, então, uma consequência também da agropecuária na Amazônia, é a seca nas demais regiões do Brasil, e, até mesmo, do mundo. A Amazônia é responsável pelos chamados "rios voadores", que são massas de ar carregadas com água que se deslocam para fora da área amazônica.

Ocorre na Amazônia o fenômeno da evapotranspiração, que funciona, resumidamente, da seguinte forma: (i) é puxado para o continente a água evaporada pelo Oceano Atlântico; (ii)

²⁴ REIS, E. **Os impactos do pólo siderúrgico de Carajás no desflorestamento da Amazônia brasileira.** A economia brasileira em perspectiva, Rio de Janeiro, IPEA, v. 2, p. 691-715, 1996.

²⁵ REIS, E. **Os impactos do pólo siderúrgico de Carajás no desflorestamento da Amazônia brasileira.** A economia brasileira em perspectiva, Rio de Janeiro, IPEA, v. 2, p. 691-715, 1996.

²⁶ REIS, E. **Os impactos do pólo siderúrgico de Carajás no desflorestamento da Amazônia brasileira.** A economia brasileira em perspectiva, Rio de Janeiro, IPEA, v. 2, p. 691-715, 1996.

²⁷ MARGULIS, S. **Quem são os agentes do desmatamento na Amazônia e por que eles desmatam?** Brasília: Banco Mundial, 2001.



a umidade cai como chuva na floresta; (iii) ocorre a evapotranspiração da vegetação; (iv) as massas de ar formadas migram para outras regiões, caindo em forma de chuva nelas também.

Diante disso, percebe-se que a diminuição dos números de árvores na floresta possui impacto direto na ausência de chuva nas demais regiões atingidas pelos “rios voadores”, expandindo, novamente, as consequências do desmatamento em decorrência da agropecuária para níveis muito além daqueles específicos da região amazônica.

Um dos pensamentos dos grandes dominadores da indústria da agropecuária é também um dos maiores mitos do sistema capitalista, de que são onipotentes quanto ao domínio da natureza, podendo sempre utilizá-la da forma que desejarem para obter mais lucros. Para o capitalismo, tudo pode ser mercadorizado, fazendo com que o meio ambiente sofra impactos irreversíveis em virtude de um lucro momentâneo.

Além da problemática do desmatamento, há de se falar também da emissão exacerbada de Gases do Efeito Estufa (GEE) por conta da agropecuária. A Pesquisa do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTI), realizada no ano de 2016, demonstrou que 35% da emissão de gás carbônico no Brasil é em decorrência da agropecuária, além de 26% por conta de mudanças nas terras e florestas. Tendo em vista que, conforme exposto anteriormente, 68.9% das alterações na floresta e nas terras da Amazônia são em virtude da agropecuária, é possível verificar que, ainda que indiretamente, a agropecuária é responsável por mais do que os 35% certificados na pesquisa, posto que possui participação também nos outros 26%²⁸.

O gás carbônico é um dos Gases de Efeito Estufa emitidos em grande escala pela indústria da agropecuária, entretanto, não é o único. Além dele, 83.38% da emissão de óxido nitroso e 74.4% da emissão de gás metano são expedidos, de acordo com dados da mesma pesquisa do MCTI²⁹.

No ano de 2019 foi divulgado relatório especial do Painel Intergovernamental das Mudanças Climáticas (IPCC), relacionando o desmatamento e outras modificações em terras e florestas com as alterações climáticas do planeta, por conta da emissão de Gases de Efeito Estufa. Neste relatório, foi exposto que 23% da emissão desses gases no mundo inteiro é decorrente da agropecuária e outros usos de terras desflorestadas³⁰.

²⁸ Disponível em: <https://pt.slideshare.net/MCTI/estimativas-anuais-de-emisses-de-gases-de-efeito-estufa-no-brasil>. Acesso em 30.06.2021.

²⁹ Disponível em: <https://pt.slideshare.net/MCTI/estimativas-anuais-de-emisses-de-gases-de-efeito-estufa-no-brasil>. Acesso em 30.06.2021.

³⁰ Disponível em: <https://pt.slideshare.net/MCTI/estimativas-anuais-de-emisses-de-gases-de-efeito-estufa-no-brasil>. Acesso em 30.06.2021.



Outrossim, ainda que a agricultura seja necessária para a sobrevivência humana, e, até mesmo, para gerar a renda que sustenta diversas famílias, é preciso verificar que a produção na agricultura ultrapassou o limite da necessidade, para atingir o patamar de exploração do sistema capitalista. Um exemplo de consequência ambiental específica da agricultura é a contaminação de lençóis freáticos por conta do uso de agrotóxicos nas plantações.

O Brasil faz uso exacerbado de agrotóxicos, que visam facilitar o cultivo de plantas, propiciando, desta forma, maior lucratividade para a indústria da agropecuária. Tal uso em grande quantidade de substâncias tóxicas nas plantações, gera a contaminação dos lençóis freáticos, podendo, até mesmo, a depender da quantidade de toxinas, matar vegetações e animais nativos dos ambientes em que ocorre o deságue dos lençóis.

Apenas cerca de 3% da água do mundo é “doce”, ou possível de ser utilizada para consumo humano, sendo que apenas 1% está ao alcance para ser utilizada, uma vez que os outros 2% encontram-se em geleiras, diante disso, nota-se a importância de preservação dos lençóis freáticos, que são responsáveis por uma grande parte da água própria para consumo humano³¹. Sendo assim, verifica-se, perfeitamente, o estímulo dado pelo capitalismo para que se busque o lucro a qualquer custo.

Ou seja, verifica-se como a agropecuária na Amazônia tem consequências em nível global, uma vez que se trata da maior floresta tropical do mundo, na qual a maior parte da degradação decorre das atividades agrícolas e criação de animais para consumo e uso humano, impactando, desta forma, questões como as secas, o aquecimento global, a contaminação de lençóis freáticos, a depredação da floresta em si, entre outros.

Sendo assim, resta evidente que o descontrole na manutenção das atividades de agropecuária na Amazônia, visando unicamente maior lucratividade, sem que ocorra a devida preocupação com a natureza local, é um afronte ao direito fundamental ao meio ambiente, em nível internacional, tendo em vista que as consequências não atingem unicamente a região amazônica ou o Brasil, mas sim traz impactos ambientais globais.

4 A IMPORTÂNCIA DA GARANTIA À PROTEÇÃO DA FLORESTA AMAZÔNICA DIANTE DA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS PELA AGROPECUÁRIA

O debate entre preservação e exploração agrícola na Amazônia se dá num momento em que, após uma queda expressiva do desmatamento, os números voltaram a oscilar. Em 2006, quando o avanço da produção de soja na região amazônica era uma grande ameaça à floresta,

³¹ Disponível em: <https://pt.slideshare.net/MCTI/estimativas-anuais-de-emisses-de-gases-de-efeito-estufa-no-brasil>. Acesso em 30.06.2021.



entidades ligadas ao agronegócio e organizações não governamentais de defesa do meio ambiente firmaram um acordo que impedia a venda de soja produzida em áreas desmatadas. O sucesso do acordo tem inspirado discussões para que ações desse tipo sejam levadas a outros biomas sensíveis, como o Cerrado.

Todavia, se a produção de soja tem dado o exemplo na região amazônica, a pecuária extensiva está na ponta oposta. Cerca de 60% das áreas desmatadas abrigam pastos. As terras de pastagem chegam ao esgotamento por completo do solo em oito a dez anos. Como a recuperação é custosa, os agricultores preferem avançar na floresta — primeiro, agem no mercado ilegal de madeira, financiando a criação posterior do gado. O esquema fez com que o rebanho bovino na Amazônia passasse de 37 milhões de cabeças em 1995, o equivalente a 23% do total nacional na época, para 85 milhões em 2016, cerca de 40% do total³².

Busca-se cada vez mais desenvolver políticas públicas e leis que tutelam o uso dos recursos naturais, com esse intuito podemos citar a criação da Lei n.º 12.651/2012, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, e regulamentado pela Instrução Normativa MMA n.º 2, de 5 de maio de 2014, o Cadastro Ambiental Rural – CAR é um enorme banco de dados que vai mapear as propriedades agrárias e contabilizar o real passivo ambiental no país. Os governos estaduais deverão fazer uma checagem entre os dados captados por satélite e os declarados para propor uma adequação pelos Programas de Regularização Ambiental a quem descumprir o Código Florestal. Quem tiver avançado sobre a porção protegida por lei terá de restaurar a área degradada ou adquirir ativos florestais — por exemplo, comprar compensações de vizinhos com ativos sobrando.

O meio ambiente, é um conjunto de bens naturais capaz de propiciar uma qualidade de vida digna aos seres humanos na medida em que for regularmente tutelado. Portanto, para que possa ser proporcionada tal qualidade é necessário que haja uma proteção ambiental, com o escopo de preservá-lo, evitando desta forma a exploração de recursos naturais de maneira imprudente, como também a ocorrência de destruição ambiental e catástrofes que assolam a sociedade, tanto as que ocorrem naturalmente quanto às artificialmente.

Importante frisar que para a construção de uma sociedade digna, não se constrói com a destruição, com o desmate, com o envenenamento das fontes de água, do solo e do ar que respiramos, mas com a devida preservação do que temos de melhor, pois só assim nos tornaremos uma nação que pensa na devida proteção dos seres humanos e da natureza, ante ao

³² MARTINS, Raphael. Dá para conciliar o agronegócio e a conservação da Amazônia? Revista Exame:Disponível em <https://exame.com/revista-exame/carbono-ou-soja-os-dois/>. Acesso em 05.08.2021.



teor da descrição deste parágrafo faz-se necessário colacionar um importante entendimento doutrinário:

A fruição de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi erigida em direito fundamental pela ordem jurídica constitucional vigente. Este fato, sem dúvida, pode se revelar um notável campo para a construção de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos e do desenvolvimento econômico que se faça com respeito ao Meio Ambiente³³.

No capitalismo, a busca pelo lucro acaba por violar regiões como as da Floresta Amazônica, principalmente através da agropecuária. A agressividade da produção capitalista está presente no coração do sistema, uma vez que este visa a produtividade e rendimento em grande escala, mesmo que isso gere consequências ambientais destrutivas.

A empresa capitalista não assume os custos ambientais de seus empreendimentos, como apontou o pesquisador Immanuel Wallerstein, do Massachusetts Institute of Technology (MIT) no texto *No hay salida* (in *Iniciativa Socialista*, outono de 1998). Ele descreveu as três atitudes possíveis perante esses custos: 1) a própria empresa capitalista internalizá-los, diminuindo seus lucros; 2) os governos assumi-los, aumentando os impostos para isso; 3) deixar tudo como está. "Até agora", escreveu Wallenstein, "a terceira alternativa é a que tem predominado".

Para Eduardo Trigueiros, ao ver a sociedade também a legislação é vista, acompanhando a vontade geral, o que permite antever uma sociedade que saiba produzir e consumir com eficiência e inteligência³⁴. Dessa forma, o poder criativo do homem deve ser usado para inserir novos produtos de propósitos mais nobres e benéficos à humanidade, que seriam consumidos sob o pano de fundo não do "capitalismo financista", mas do "capitalismo consciente", ou do "capitalismo ambiental", alargando o conceito de meio ambiente para o próprio ecossistema humano, incluindo a sociedade na esfera do Direito Ambiental não apenas como sujeito de direito, mas também como sujeito integrado à mecânica geral de promoção da preservação da biota.

Quando a exploração de recursos se torna algo que pode violar o meio ambiente, as leis também devem observar tal fato e colocar nos institutos legais. Nota-se que o direito e a economia existiram como institutos autônomos, contudo, pela exacerbação das relações comerciais, ambos tiveram que interagir com o objetivo de harmonizar o relacionamento entre

³³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005, p. 68.

³⁴ TRIGUEIROS, Eduardo Dietrich. **Capitalismo, Natureza Humana e Direito Ambiental**. Migalhas, 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/149441/capitalismo-natureza-humana-e-o-direito-ambiental>> Consultado em 11 de Julho de 2020.



os seres humanos. Nessa linha, diversas discussões foram e ainda são realizadas sobre esse vínculo, cabendo destacar o movimento doutrinário denominado Análise Econômica do Direito (AED).

Por essas colocações, constata-se que o direito, sistema econômico e meio ambiente possuem vínculo estreito, pois um afeta ao outro e todos estão interligados. Contudo, ainda existe uma separação conceitual entre economia e direito, visto que cada área possui linguagem própria e, por serem sistemas autônomos, não realizam um diálogo constante e convergente, ainda mais quando se debatem aspectos sociais diante da perspectiva eminentemente privada, foco de proposições da economia.

Entretanto, em nossa constituição vigente, o legislador esboçou uma grande preocupação no que tange a proteção ao meio ambiente, tendo em vista a grande devastação das florestas e dos recursos naturais, disponibilizando desta forma, vários dispositivos regulamentadores da questão ambiental, essa proteção está resguardada direta ou indiretamente em vinte e dois artigos constitucionais e seus incisos aos quais colaciono, senão vejamos, “artigos 5º, 20, 21, 22, 23, 24, 43, 49, 91, 129, 170, 174, 176, 182, 186, 200, 216, 225, 231, 232 e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, os artigos 43, 44 e §§”.

Nesse sentido, acentua Machado que o caput do art. 225 é antropocêntrico e destaca noção de o direito ao meio ambiente ser um direito fundamental da pessoa humana, como forma de preservar a “vida e a dignidade das pessoas” – núcleo essencial dos direitos fundamentais³⁵. Atualmente, é incontestável o quadro da degradação ambiental na floresta amazônica, o que compromete a qualidade de vida dos seres humanos, por isso a necessidade imprescindível do uso consciente dos recursos ambientais por parte do agronegócio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho é possível constatar como a agropecuária e o uso dos recursos naturais de maneira irresponsável vem provocando consequências devastadoras para a floresta amazônica e, desta forma, ao mundo como um todo. Portanto, ainda há muito o que se debater acerca da relação desarmoniosa entre o sistema capitalista e o meio ambiente, como também sua tutela como direito fundamental.

O Direito Ambiental faz parte do âmbito de direitos transindividuais, ou seja, que ultrapassam a esfera de um único indivíduo, caracterizados principalmente por sua

³⁵ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21.ed. São Paulo. Malheiros 2013.



indivisibilidade, onde a satisfação do direito deve atingir a uma coletividade indeterminada, porém, ligada por uma circunstância de fato. Por exemplo, o direito a respirar um ar puro, a um meio ambiente equilibrado, qualidade de vida, entre outros que pertençam à massa de indivíduos e cujos prejuízos de uma eventual reparação de dano não podem ser individualmente calculados.

O ambiente em que se vive deveria ser respeitado e zelado para que sempre permaneça em condições adequadas, assim fornecendo uma adequada qualidade de vida, para a atual e as futuras gerações. Logo, o modo de produção econômico deve buscar métodos para desenvolver uma relação harmoniosa com o meio ambiente, fazendo uso dos recursos naturais de forma consciente e sustentável. A sociedade deve compreender que ela, bem como seu desenvolvimento, está diretamente ligada e vinculada ao bem estar do planeta, devendo a humanidade ter a consciência que ela própria faz parte da natureza.

É necessário difundir os ideais do “consumo verde” ou “ecologicamente correto”, tendo em vista que a consciência ecológica é necessária para que se possa conservar o meio ambiente, bem como os recursos naturais. Estes ideais baseiam-se na compra de produtos com qualidade e preços bons, mas que tenham origem sustentável, ou seja, que não tenham prejudicado o meio ambiente em sua produção, geralmente advindos de pequenos produtores que não estão imersos na indústria capitalista da agropecuária.

O sistema capitalista funciona com a chamada lei da oferta e da procura, que define que quanto maior a procura, maiores os preços de mercadorias, logo, se a oferta for maior que a procura, ocorre redução dos preços, enquanto se a oferta for menor que a procura, há aumento nos preços das mercadorias. Partindo-se desse pressuposto, e do entendimento de que o capitalismo busca sempre a maior lucratividade, percebe-se que a diminuição da depredação do meio ambiente para o aumento da agropecuária depende da sociedade como um todo, uma vez que, se a procura por essas mercadorias diminuir, a oferta precisará acompanhar esta diminuição, para que se aumentem os preços de mercado, mantendo alta a lucratividade.

Diante disso, nota-se a importância de atitudes individualizadas de “consumo verde”, como por exemplo diminuir o consumo de carne, comprar alimentos procedentes de agricultura familiar, buscar produtos orgânicos, livres de agrotóxicos, entre diversas outras atitudes que podem ser consideradas pequenas, quando analisadas na esfera individual, mas que fazem a diferença quando repetidas por um grande número de pessoas.

Sendo assim, resta demonstrada a relevância do debate acerca da relação do sistema capitalista com a depredação da Amazônia para que seja expandida a agropecuária, depredação esta que possui impactos gravíssimos ao direito fundamental ao meio ambiente, em nível



internacional, uma vez que, conforme exposto, as consequências da destruição da Floresta Amazônica são reveladas em todo o planeta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Jefferson. **O Meio Ambiente e sua transversalidade com a temática de Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/direito-humano-ao-meio-ambiente/48914>>. Acesso em 9 de Julho de 2020.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 6 ed. Editora JusPodivm, 2018. v.16, p.13. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/236ff4b9e7cedfb7ed4295a5d327be64.pdf>> Acesso em 12 de Julho de 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 7 ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2005.

BENJAMIM, Herman Antônio. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira**. In: CANOTILHO, J. Joaquim Gomes, LEITE; José Rubens Morato (Orgs). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo. Saraiva, 2007.

BENJAMIN, Antônio Hermam V. **A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso, caderno jurídico**. Escola Superior do Ministério Público, n. 2, jul. 2001, p. 368.
BEZERRA, Juliana. **Capitalismo**. Toda Matéria. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/capitalismo/#:~:text=O%20capitalismo%20%C3%A9%20um%20sistema,nova%20classe%20social%2C%20a%20burguesia.>> Acesso em: 6 de Julho de 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo. Malheiros, 2009.
COSTA, Francisco de Assis. **Formação Agropecuária na Amazônia: os desafios do desenvolvimento sustentável**. Belém: UFPA. 2000.

FERNANDES, Pedro David Valentim. **A Pecuária na Antiguidade Tardia: uma perspectiva zoológico-arqueológica da Villa Romana do Rabaçal (Penela)**. 2016. Dissertação (Mestrado em Arqueologia) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade de Algarve, Gambelas, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.ualg.pt/bitstream/10400.1/9893/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20-%20PDVFernandes.pdf>> Acesso em: 7 de Julho de 2020.

FERREIRA, Fabiana Mendonça. **Meio Ambiente X Desenvolvimento: a questão ambiental na sociedade capitalista**. IV Jornada Internacional de Políticas Públicas. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/8_agricultura/meio-ambiente-x-desenvolvimento-a-questao-ambiental-na-sociedade-capitalista.pdf> Consultado em: 21 de Junho de 2020.

HARDEN, A. (2013) – **Animals in the Classical Worlds: Ethical Perspectives from Greek and Roman texts**. Houndmills: Palgrave Macmillan.



HERRERA, José Antonio. **Desenvolvimento capitalista e realidade da produção agropecuária familiar na Amazônia Paraense**. 2012. p. 33-43. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas, SP. Disponível em: <<http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/286138>> Acesso em 7 de Julho de 2020.

INPE - Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. **Projeto TerraClass**. Brasília. 2016. Disponível em: <http://www.inpe.br/cra/projetos_pesquisas/arquivos/TerraClass_2014_v3.pdf> Acesso em: 7 de Julho de 2020.

IPCC - Painel Intergovernamental das Mudanças Climáticas. **Special Report: Climate Change and Land**. Genebra. 2019. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/> Acesso em: 9 de julho de 2020.

KAIMOWITZ, D.; ANGELSEN, A. **Economic models of tropical deforestation: a review**. CIFOR - Center for International Forestry Research, Bogor, Indonesia, 1998.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 2001.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21.ed. São Paulo. Malheiros 2013.

MARGULIS, S. **Quem são os agentes do desmatamento na Amazônia e por que eles desmatam?** Brasília: Banco Mundial, 2001.

REIS, E. **Os impactos do pólo siderúrgico de Carajás no desflorestamento da Amazônia brasileira**. A economia brasileira em perspectiva, Rio de Janeiro, IPEA, v. 2, p. 691-715, 1996.

RIVERO, Sérgio *et al.* **Pecuária e desmatamento: uma análise das principais causas diretas do desmatamento na Amazônia**. Nova econ., Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 41-66, Abril de 2009, Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-63512009000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso dia 21 de Junho de 2020.

SILVA, Edilane Bastos. **A contaminação dos lençóis freáticos proveniente do uso de agrotóxicos**. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/jornada/arquivos/20140711200049.pdf>> Acesso em 7 de Julho de 2020.

TAVORA, Rafael Pinto. **A expansão da soja na Amazônia e suas consequências**. Niterói. 2015. Disponível em: <https://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/posdistancia/53102.pdf> Acesso em: 4 de Julho de 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Arquivos de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1-6.

TRIGUEIROS, Eduardo Dietrich. **Capitalismo, Natureza Humana e Direito Ambiental**. Migalhas, 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/149441/capitalismo-natureza-humana-e-o-direito-ambiental>> Consultado em 11 de Julho de 2020.



VIANA, Nildo. **Capitalismo e destruição ambiental**. Ateliê Geográfico, v. 10, n. 3, p. 179-192, 26 fev. 2017.

WOOD, Ellen Meiksins. “**As origens agrária do capitalismo**”. In: Crítica Marxista, N. 10. São Paulo: Boitempo Editorial. 2000. 11 – 29 p. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo6612_merged.pdf> Acesso em: 3 de Julho de 2020.



5. DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS OU TESTEMUNHA DE ABUSO SEXUAL INFANTIL NO PROCESSO PENAL: INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.431 DE 2017 COMO FORMA DE AMENIZAR O SOFRIMENTO

*Helen Patricia da Silva¹
Marcio Candeco dos Santos²*

RESUMO: O depoimento da criança ou adolescente vítima ou testemunha de abuso sexual infantil é muito importante e necessário como meio probatório, como se verá, caso esse processo não for bem conduzido, pode causar vitimização secundária e também novos traumas para esses indivíduos. A técnica do Depoimento especial visa reduzir o sofrimento e os danos psicológicos desses depoentes, bem como gerar prova mais segura para a responsabilização dos agressores. A oitiva da vítima é feita através de uma abordagem que atende as peculiaridades desses sujeitos, em ambiente confortável, apropriado, acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que visam garantir a privacidade desses indivíduos. Externo à sala de audiência, na presença de um profissional especializado para essa escuta. O Código de Processo Penal foi idealizado em 1941, sob a égide de uma ditadura, e apesar de os Capítulos do Ofendido (V) e das Testemunhas (VI) terem sido em parte reformulados nos anos de 1959, 1977, 2008 e 2009, nenhuma das leis que promoveram tais alterações se atentaram à criança e ao adolescente como ofendido ou testemunha. Nesse contexto, a Lei nº 13.431/2017 teria trazido inovações ao cuidar especificamente da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência, traçando um procedimento exclusivo atentando-se à peculiaridade de indivíduos ainda em formação. O presente trabalho visa estudar a Lei nº 13.431/2017 (especificamente nos artigos 7º ao 12), que trouxe inovações em relação ao Código de Processo Penal (artigos 202 ao 225), no que tange à oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual.

PALAVRAS-CHAVE: Depoimento Especial. Abuso Sexual Infantil. Processo Penal. Criança e Adolescente. Vitimização Secundária.

ABSTRACT: The testimony of the child or adolescent victim or witness of child sexual abuse is very important and necessary as means of evidence, as it will be seen, if this process is not well conducted, it can cause secondary victimization and also new traumas to these individuals. The Special Testimony technique aims to reduce the suffering and psychological damage of these deponents, as well as to generate safer evidence to hold the aggressors accountable. The victim's hearing is done through an approach that meets the peculiarities of these subjects, in a comfortable, appropriate, welcoming environment, with infrastructure and physical space that aim to guarantee the privacy of these

¹ Graduando de Direito da UniFCV – Centro Universitário de Maringá.

² Graduado em DIREITO pela Universidade Estadual de Maringá (1996). É especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2004). Especialista em Tecnologias Aplicadas ao Ensino a Distância pelo Centro Universitário Cidade Verde - UniFCV - Maringá-PR - (2021). Mestre em Ciências Jurídicas na área de concentração de Direitos da Personalidade pela Unicesumar de Maringá (2011). Professor de Direito no Centro Universitário Cidade Verde - UniFCV - Maringá. Coordenador do NPJ-UniFCV. Advogado em Maringá-PR.



individuals. External to the courtroom, in the presence of a specialized professional for this listening. The Code of Criminal Procedure was created in 1941, under the aegis of a dictatorship, and although the Offended (V) and Witnesses (VI) Chapters were partly reformulated in 1959, 1977, 2008 and 2009, none of the laws that promoted such changes, the children and adolescents were treated as offended or witnesses. In this context, Law No. 13.34/2017 would have brought innovations in specifically caring for the child and adolescent victim or witness of violence, outlining an exclusive procedure paying attention to the peculiarity of individuals still in training. The present paper aims to study Law No. 13.431/2017 (specifically in Articles 7 to 12), which brought innovations in relation to the Code of Criminal Procedure (Articles 202 to 225), regarding the hearing of children and adolescents victims or witnesses of sexual abuse.

KEYWORDS: Special Testimony. Child Sexual Abuse. Criminal proceedings. Child and adolescent. Secondary Victimization.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa levantar as problemáticas frente às consequências que o depoimento tradicional oferece, como sujeitar a criança a cruzar com o agressor nos corredores do fórum, falar no ambiente formal de uma sala de audiência judicial, na presença de adultos, muitas vezes figuras masculinas, fazendo as mesmas reviver a situação do abuso sofrido causando dor e sofrimento. Por isso, para a tomada do depoimento da criança e adolescente, é preciso ter alguns cuidados de modo que o trauma não se agrave, uma vez que a criança se encontra fragilizada e não deve ser exposta a mais constrangimentos.

Por não existir no Brasil, uma lei que assegure uma conduta diferenciada para a criança depor, o depoimento especial³ surge com a Lei nº 13.431 de 2017, para dar voz a essas crianças e adolescentes que uma vez vítimas de violência sexual podem dar seu testemunho, sem sair desse processo reféns de uma vitimização secundária e para o processo penal tal contribuição é de extrema relevância, uma vez que possibilitara na responsabilização do responsável pela conduta criminosa.

Conforme os últimos dados do balanço das denúncias de violação de direitos humanos, feitas através do Disque 100, divulgados pela Secretaria dos Direitos Humanos⁴ aproximadamente 55% do total das denúncias recebidas em 2019 são relativas à violência contra a criança e adolescentes, seja ela psicológica, física e sexual.

Esses dados ainda podem representar apenas uma parte da realidade, já que uma parcela considerável das violações não são descobertas e outra parte são registradas por meio de outros

³ Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade. (Lei 13.431 de 2017).

⁴Disponível em https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019_disque-100.pdf Acesso em 03/02/2021.



órgãos de proteção da criança e do adolescente, como Conselho Tutelar, Delegacia de Polícia, Ministério Público, entre outros.

A violência sexual infantil é cada vez mais crescente no país, segundo o site de estatísticas do Ministério Público do Estado do Paraná⁵, três crianças ou adolescentes são abusadas sexualmente no Brasil a cada hora, evidenciando a importância de se analisar as tratativas desses depoimentos. Principalmente no momento atual no qual estamos vivenciando uma epidemia mundial por COVID – 19; as crianças e adolescentes estão obrigatoriamente em casa em tempo integral o que as tornam muito mais expostas e suscetíveis, aumentando de forma expressiva os números de casos de abuso sexual infantil⁶, uma vez que na grande maioria dos casos o agressor é um familiar próximo, o que torna o tema de extrema relevância e atual, pois se percebe um sistema processual penal primitivo, inquisitivo e que caminha a passos lentos. Conforme contribui Bianchini:

[...] o abuso sexual infantil é entendido em um sentido amplo, dentro do qual se encontram a violência e a exploração. Esta por sua vez divide-se em: prostituição infantil, pornografia infantil, turismo sexual e tráfico para fins sexuais. [...] cifra negra, que compreende o número de casos que nem chegam ao conhecimento das autoridades policiais e demais órgãos responsáveis pela fiscalização e controle dos atos ilícitos no sistema jurídico brasileiro.⁷

Conforme contribui Valsani e Matosinhos “têm sido cada vez mais frequentes estudos que demonstram que pessoas que experimentam situação de violência, seja como vítima ou testemunha, podem sofrer algum tipo de trauma que traz consequências para o resto de suas vidas.”⁸

Desta forma o que me interessou no tema de pesquisa é dar voz a essas crianças e adolescentes através desse procedimento no qual vítimas ou testemunhas de violência sexual infantil, tenham acesso à justiça e não saiam ainda mais destruídas, expostas, ou ridicularizadas; pois cabe lembrar que muitas vezes a principal prova é o depoimento da vítima criança e adolescente, então o depoimento dessas no processo criminal pode ser a única prova para responsabilizar o criminoso, desta forma a prova testemunhal é de extrema relevância.

Diante de tudo que fora suscitado nasceu o desejo de desvendar as interrogações e inquietações que giravam em torno da violação ou não dos preceitos éticos e técnicos quanto à tomada dos depoimentos das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

⁵Disponível em <http://crianca.mppr.mp.br/2020/03/231/ESTATISTICAS-Tres-criancas-ou-adolescentes-sao-abusadas-sexualmente-no-Brasil-a-cada-hora.html> Acesso em 02/08/2020.

⁶Disponível em <https://www.ipam.com.br/imprensa/em-pauta/ipam-lanca-alerta-sobre-o-aumento-de-casos-de-abuso-sexual-infantil-durante-a-pandemia/> Acesso em 01/05/2021.

⁷BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; ROSSATO, L. A.; SILVA, L. P. E.; GOMES, L. F.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. n.p.

⁸Disponível em <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/05/01-Depoimento-Sem-Dano-e-as-Inova%C3%A7%C3%B5es-Trazidas-Pela-Lei-N-13.4312017.pdf> Acesso em: 30/04/2021.



Com a técnica de depoimento especial o depoimento de crianças e adolescentes, se dá de forma visando reduzir o sofrimento e os danos psicológicos desses depoentes, além de produzir prova mais segura para a responsabilização dos agressores.

Como assegura Bardin, “O analista, tendo à sua disposição resultados significativos e fiéis, pode então propor inferências e adiantar interpretações a propósito dos objetivos previstos, ou que digam respeito a outras descobertas inesperadas.”⁹

A análise do tema aborda, portanto, o estudo da Lei nº 13.431 de 2017 (especificamente nos artigos 7º ao 12) que trouxe inovações em relação ao Código de Processo Penal (artigos 202 ao 225), no que tange à oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual.

A fim de cumprir o objetivo proposto empregou-se como método de abordagem dedutivo e como método de procedimento comparativo e o monográfico, com pesquisa e revisão de bibliografia, artigos científicos, jurisprudências que versam sobre o tema.

Quanto à metodologia adotada empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise de recursos científicos que visam sobre o tema como CPP e Lei nº 13.431 de 2017.

1 DEPOIMENTO TRADICIONAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes é uma das maneiras mais cruéis de violência contra esses indivíduos, uma vez que não há respeito com a sua segurança e liberdade, criando-se assim uma violência estrutural, a qual crianças e adolescentes estão expostas constantemente. Na maioria dos casos os agressores são pessoas da própria família e desta forma a criança ou adolescente pode não alcançar a credibilidade de seus familiares, já que a família busca preservar o equilíbrio das relações existentes e muitas vezes a vítima pode se sentir desacreditada quando é obrigada a repetir os relatos muitas vezes.

O Código de Processo Penal foi idealizado em 1941, sob a égide de uma ditadura, e apesar de os Capítulos do Ofendido (V) e das Testemunhas (VI) terem sido em parte reformulados nos anos de 1959, 1977, 2008 e 2009, nenhuma das leis que promoveram tais alterações se atentaram à criança e ao adolescente como ofendido ou testemunha. Neste mesmo sentido contribui Ávila: “Ao se distanciar das abordagens tradicionais problematiza a estrutura jurídica binária, esta, herdeira de uma tradição estruturada no racionalismo cartesiano e que revela a permanência de traços inquisitórios [...]”¹⁰

No depoimento tradicional a criança está sujeita a cruzar com o agressor nos corredores do fórum, falar no ambiente formal de uma sala de audiência judicial, na presença de adultos, quase sempre

⁹ BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2002. p.101.

¹⁰ AVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p.1.



figuras masculinas de poder (juiz, promotor, advogados e o próprio agressor), respondendo a perguntas que as partes lhe fazem diretamente (segundo prevê o artigo 212 do Código de Processo Penal do Brasil).

Não havia até então uma lei específica para o depoimento de crianças e adolescentes contribuindo desta forma para uma vitimização secundária, a qual consiste em um novo trauma ao qual a criança e o adolescente vítima de abuso sexual é submetido ao passar pelas fases do processo. Neste mesmo sentido contribui Luciana Potter:

A partir do caminho percorrido pela vítima infanto-juvenil de abuso sexual pudemos verificar que são duplamente atingidas, pela própria violência sexual e pelo aparato repressivo estatal, pelo uso inadequado dos meios de controle social. A vítima-testemunha infanto-juvenil, no processo penal padece pela falta de adequação jurídica dos procedimentos legais que disciplinam a sua recepção e inquirição no sistema de justiça criminal, em afronta a sua condição peculiar de personalidade em desenvolvimento.

Ademais a falta de conhecimentos sobre as especificações do abuso sexual intrafamiliar pelos operadores do direito (que a recebem e inquiram no processo penal) que não levam em conta o interesse superior de tutela das vítimas (capaz de promover a proteção e efetividade dos direitos fundamentais dessas vítimas e que deve servir de orientação às práticas jurídicas) utilizando inclusive procedimentos linguísticos (desde o processo penal como ato de comunicação dentro do cenário jurídico) inadequados, são capazes de causar um dano ainda maior que o dano original.¹¹

A forma tradicional de inquirição das crianças e adolescentes acaba por ampliar a violência sofrida por esses indivíduos. Diante disto, discute-se a necessidade da criança ou adolescente vítima de abuso ter que testemunhar em juízo, uma vez que prestar seu depoimento poderia trazer inúmeros prejuízos ao seu desenvolvimento, e em muitos casos pode ser tão ou mais traumático quanto o próprio abuso.

Conforme contribui Rocha “se a criança está abalada psicologicamente, não fala ou fala pouco, seu testemunho pode ser inseguro e não ser validado como prova, impedindo a condenação do agressor e gerando impunidade.”¹² O depoimento da criança no processo criminal pode ser a única prova para responsabilizar o criminoso, desta forma a prova testemunhal é de extrema relevância uma vez que as crianças tem uma capacidade de relatar de forma fidedigna os fatos testemunhados conforme contribui Ávila:

[..] Em especial, as questões relacionadas à habilidade de crianças em relatar fidedignamente os fatos testemunhados, tanto como vítimas de abusos físicos ou sexuais, quanto como testemunhas oculares de contravenções em

¹¹ POTTER, Luciana. **Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar**: por uma política pública de redução de danos. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 34.

¹² Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/04/ARTIGO-Depoimento-Especial-MARIA-ISABEL-ROCHA.R5K.pdf> Acesso em 02/01/2021.



geral, influenciaram e incentivaram os estudos científicos na área de falsas memórias, especialmente nos Estados Unidos.¹³¹⁴

A violência sexual apresenta maior dificuldade de reconhecimento e manejo, em virtude dos danos que pode causar no desenvolvimento geral desses indivíduos. Por este motivo, é indispensável prevenção em relação a violência sexual e minimizar ao máximo suas consequências contra crianças e adolescentes, respeitando sempre sua dignidade enquanto pessoa humana, sua privacidade, intimidade, visando sempre evitar a vitimização secundária.

Além de causar a vitimização secundária, o processo de inquirição, quando feito de maneira inadequada pode ainda originar o que os especialistas chamam de falsas memórias. Falsas memórias não podem ser confundido com mentira, neste sentido contribui Alves e Lopes: “a mentira é algo deliberado, um ato consciente, já na falsa memória a pessoa sinceramente acredita que viveu aquele fato.”¹⁵

Desta forma fica evidente que a forma tradicional de inquirição deve ser evitada ao máximo e com a instituição da Lei 13.431 de 2017, deve-se aplicar a prática do depoimento especial visando resguardar a integridade das crianças e adolescentes.

Relatar o abuso sofrido pode, portanto, se tornar um evento estressante, traumático, vergonhoso e até mesmo doloroso para a vítima, que precisa reviver uma violação dos seus direitos fundamentais. Deste modo, é indispensável reconhecer que o processo de inquirição da criança ou adolescente vítima de abuso sexual é uma tarefa bastante árdua e deve ser feito com toda a cautela possível, utilizando-se de profissionais preparados e qualificados para tal, a fim de evitar a vitimização secundária e mais traumas e ainda consequências devastadoras ao seu desenvolvimento.

Diante de tudo o que fora suscitado, fica evidente que deve ser avaliado as particularidades da situação e das vítimas, de maneira a tornar o procedimento menos traumático e mais acolhedor.

2 INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.431/17

A previsão responsável pela proteção integral das crianças e dos adolescentes no direito brasileiro estão elencados na CRFB e no ECA. No entanto, havia uma lacuna processual em relação a proteção de vítimas e testemunhas de crianças e adolescentes de crimes praticados mediante violência, razão pela qual foi promulgada a Lei 13.431 de 2017.

¹³ AVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 110.

¹⁴ AVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 110, p. 111.

¹⁵ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia, 2007. p. 46.



Nesse contexto, a Lei nº 13.431 de 2017 teria trazido inovações ao cuidar especificamente da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência, traçando um procedimento exclusivo atentando-se à peculiaridade de indivíduos ainda em formação.

Dentre outras inovações, a lei 13.431 de 2017 trouxe mecanismos processuais para a garantia dos interesses dos menores que precisam ser ouvidos durante a persecução criminal.

Tem-se como referencial a obra *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê* de Gustavo Noronha de Ávila, pois o mesmo tem como premissa a utilização do depoimento especial como forma de testemunho o qual é tema deste trabalho e, além disso, como o próprio autor coloca com essa técnica o testemunho ocorrerá como a legislação atual determina e o mais importante sem causar traumas conforme segue:

Desloca o olhar, justamente para o testemunho como previsto na legislação atual. Esse deslocamento permitiu constatar a defasagem entre a legislação e o conhecimento científico produzido, nas últimas décadas sobre como o cérebro armazena, conserva e recupera informações. Em se tratando de crime as lembranças, via de regra traumáticas, contribuem para ampliar as dificuldades de exteriorização de conteúdos emocionais notadamente marcados por eventos emocionalmente comprometidos. Tal fato corrobora para pontuar a importância da obra que apresentamos.¹⁶

Neste mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões evidenciam a importância do depoimento na modalidade do depoimento especial e destacam a relevância dos depoimentos das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, uma vez que os crimes ocorrem na clandestinidade, sendo tal testemunho a maior prova do crime conforme o RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS nº 45589 - MT do Ministro Gurgel de Faria.

3 PROCEDIMENTO DE TOMADA DO DEPOIMENTO ESPECIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO PROCESSO PENAL

De acordo com a Lei 13.431 de 2017 no título III, Da Escuta Especializada e do Depoimento Especial, recomenda-se o uso de técnicas especializadas de entrevista forense, com gravação em vídeo para criar um registro fiel da declaração da criança. A criança é acolhida em ambiente separado da sala de audiência e ouvida por profissional especializado. A colheita e o registro do depoimento são feitos em tempo real para a sala de audiência, o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo, em sigilo processual, com acesso apenas pelas partes e profissionais do processo conforme artigo 10 e artigo 12, incisos III e VI.¹⁷

¹⁶ AVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2013. p. 1.

¹⁷ Art. 10. A escuta especializada e o depoimento especial serão realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de



As perguntas e questionamentos são feitos através de ponto eletrônico para o profissional que transmite a criança e o mesmo poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou adolescente, evitando perguntas sugestivas, impertinentes, agressivas, e ainda respeitará eventuais silêncios e manifestações emotivas da criança, assim como o seu direito de não falar e o depoimento especial tramitará em segredo de justiça conforme artigo 12, inciso II e § 6º.¹⁸

Desta forma observa-se a necessidade do Poder Judiciário priorizar a implantação do depoimento especial em todas as comarcas, ou ao menos nas principais e disponibilizar o deslocamento dos profissionais qualificados para as comarcas menores para atender esses indivíduos e assim o depoimento especial ser regra para todas as inquirições de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual.

CONCLUSÃO

Assim, conclui-se que o bem-estar da criança e do adolescente deve sempre vir em primeiro lugar, para lhe assegurar o mínimo de dignidade. O depoimento especial, efetivado na Lei nº 13.431 de 2017, garante as crianças e aos adolescentes direitos como resguardar a dignidade e a própria vida. Devendo-se sempre avaliar as particularidades da situação e das vítimas, de maneira a tornar o procedimento menos traumático e mais acolhedor. Para isso, é necessário evitar ao máximo o depoimento tradicional e utilizar sempre o depoimento especial.

As novas previsões legais destinadas a crianças e adolescentes são insuficientes para eliminar atos de abusos contra os direitos desses indivíduos, no entanto, tais previsões possibilitam o acesso ao Poder Judiciário sempre que tais garantias forem ameaçadas ou violadas de forma a minimizar os danos.

Ao final, fica evidente a importância dos novos institutos trazidos pela lei, não só como forma de evitar a vitimização secundária de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, mas como meio de produção de prova, de acordo com o devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia, 2007.

AVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

violência. Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento: III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo; VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

¹⁸ Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento: II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos; § 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.



BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2002.

BIANCHINI, A.; MARQUES, I. L.; ROSSATO, L. A.; SILVA, L. P. E.; GOMES, L. F.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. **Pedofilia e abuso sexual de crianças e adolescentes**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

POTTER, Luciana. **Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política pública de redução de danos**. 2. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LEI 13.431 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm Acesso em: 11/09/2020.

ESTATÍSTICAS - TRÊS CRIANÇAS OU ADOLESCENTES SÃO ABUSADAS SEXUALMENTE NO BRASIL A CADA HORA Disponível em <http://crianca.mppr.mp.br/2020/03/231/ESTATISTICAS-Tres-criancas-ouadolescentes-sao-abusadas-sexualmente-no-Brasil-a-cada-hora.html> Acesso em: 02/08/2020.

CAMPANHA VISA A PROTEGER CRIANÇAS E ADOLESCENTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 Disponível em <https://saude.rs.gov.br/campanha-visa-a-protoger-criancas-e-adolescentes-da-violencia-sexual-durante-a-pandemia-de-covid-19> Acesso em: 02/08/2020.

"DEPOIMENTO ESPECIAL" DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL Disponível em <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2017/04/ARTIGO-Depoimento-Especial-MARIA-ISABEL-ROCHA.R5K.pdf> Acesso em 02/01/2021.

RELATÓRIO DISQUE 100 2019 Disponível em https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/disque-100/relatorio-2019_disque-100.pdf Acesso em: 03/02/2021.

JULGADO EDCL NO AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 625.573 – SP: Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201403247410&dt_publicacao=16/11/2015 Acesso em: 10/02/2021.

JULGADO AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.036 – RS Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201903262194&dt_publicacao=13/03/2020 Acesso em: 01/03/2021.

JULGADO HABEAS CORPUS Nº 422.635 – SP Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702810096&dt_publicacao=12/03/2019 Acesso em: 01/03/2021.



JULGADO HABEAS CORPUS Nº 226.179 – RS Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201102823605&dt_publicacao=16/10/2013 Acesso em: 05/03/2021.

EBOOK CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA SEXUAL - METODOLOGIAS PARA TOMADA DE DEPOIMENTO ESPECIAL Disponível em https://www.google.com.br/books/edition/Crian%C3%A7as_e_adolescentes_v%C3%ADtimas_ou_tes/ZzA2DwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=testemunha+de+crianca+vitima+de+abuso+sexual&printsec=frontcover Acesso em: 28/04/2021

EBOOK DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP) CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL Disponível em https://www.google.com.br/books/edition/Violencia_Sexual_Contra_Crian%C3%A7as_e_Adolescentes/99fkDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=testemunha+de+crianca+vitima+de+abuso+sexual&printsec=frontcover Acesso em: 28/04/2021

EBOOK VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES Disponível em https://www.google.com.br/books/edition/Viol%C3%Aancia_Sexual_contra_Crian%C3%A7as_e_Adolescentes/hgSWY16walkC?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=testemunha+de+crianca+vitima+de+abuso+sexual&printsec=frontcover Acesso em: 28/04/2021

EBOOK CRIANÇAS VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL Disponível em https://www.google.com.br/books/edition/Crian%C3%A7as_v%C3%ADtimas_de_abuso_sexual/1lm2NO5AxW0C?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=testemunha+de+crianca+vitima+de+abuso+sexual&printsec=frontcover Acesso em: 28/04/2021

EBOOK PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS Disponível em https://www.google.com.br/books/edition/Prova_Penal_e_Falsas_Mem%C3%B3rias/75NRDwAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=testemunha+de+crianca+vitima+de+abuso+sexual+no+processo+penal&printsec=frontcover Acesso em: 28/04/2021

ESCUTA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES REFLEXÕES, SENTIDOS E PRÁTICAS Disponível em https://www.google.com.br/books/edition/Escuta_de_crianca_e_adolescentes_reflexoes_e_sentidos_e_praticas/H-CvDgAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=depoimento+sem+dano&printsec=frontcover Acesso em: 18/04/2021

A NOVA LEI N.º 13.431/2017 (LEI DO DEPOIMENTO SEM DANO OU DO DEPOIMENTO ESPECIAL) COM SUAS NUANCES, POLÊMICAS E DISPARATES Disponível em <http://genjuridico.com.br/2018/08/21/nova-lei-n-o-13-431-2017-lei-do-depoimento-sem-dano-ou-do-depoimento-especial-com-suas-nuances-polemicas-e-disparates>



<https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/arquivo-27-08-2020-18-26-13-786178.pdf>
Acesso em: 30/04/2021

DEPOIMENTO ESPECIAL COMO MÉTODO DE INQUIRÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES VÍTIMAS DE ABUSO SEXUAL Disponível em <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/27886/1/DepoimentoEspecialM%C3%A9todo.pdf> Acesso em: 30/04/2021

CADERNOS DA COINJ DEPOIMENTO ESPECIAL UM NOVO PARADIGMA PARA A JUSTIÇA INFANTOJUVENIL Disponível em <https://www.tjmg.jus.br/data/files/4F/95/19/69/2E84561053B04356B04E08A8/Caderno%20.pdf> Acesso em: 03/05/2021

DEPOIMENTO ESPECIAL DA VÍTIMA CRIANÇA E ADOLESCENTE E PRODUÇÃO DA PROVA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ECOLOGIA DE SABERES Disponível em <https://tede2.uepg.br/jspui/bitstream/prefix/2843/1/Silvia%20de%20Freitas%20Mendes.pdf> Acesso em: 03/05/2021

O DEPOIMENTO SEM DANO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL Disponível em <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/1773/3/O%20DEPOIMENTO%20SEM%20DANO%20COMO%20MEIO%20DE%20PROVA%20NO%20PROCESSO%20PENAL-%20P%20C3%82MELA%20CARVALHO%20NICOLETTI.pdf> Acesso em: 03/05/2021

DEPOIMENTO ESPECIAL E A APARENTE PROTEÇÃO À CRIANÇA VÍTIMA DE VIOLÊNCIA SEXUAL Disponível em https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/02/cristiane_moraes.pdf Acesso em: 05/05/2021.



6. PREVIDÊNCIA SOCIAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E A GARANTIA DO BEM-ESTAR SOCIAL

Wesley Naoto Kokubo Miranda¹

Alexandre Barbosa Lemes²

Priscila Kutne Armelin³

RESUMO: Em linhas gerais, a Internacionalização da previdência social se faz necessário, uma vez que atualmente, entre os 193 países no mundo, apenas 19 países possuem acordos bilaterais com Brasil. E nos acordos multilaterais envolvendo Mercosul, Convenção Iberoamericano e Convenção Multilateral, o Brasil tem acordo com 16 países. Entretanto, a globalização é um processo de expansão econômica, com isso é notável a progressão de imigrantes em países estrangeiros em busca de oportunidade de trabalho e melhoria na qualidade de vida. Deste modo, o presente trabalho tem a finalidade de demonstrar a importância da filiação à previdência social, mesmo trabalhando no exterior. Cumpre assinalar também, a importância dos tratados internacionais da previdência social para fins de aposentadoria ou infortunas contingências, garantido o bem-estar social devendo ser assegurado pelo Estado democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência social, Bem-Estar Social, Justiça Social, Seguridade Social, Assistência Pública, Internacionalização da Previdência social.

ABSTRACT: Generally speaking, the internationalization of social security is necessary, since currently, among the 193 countries in the world, only 19 countries have bilateral agreements with Brazil. And, in multilateral agreements involving Mercosul, Ibero-American Convention and Multilateral Convention, Brazil has agreements with 16 countries. Meanwhile, globalization is a process of economic expansion and this way, the progression of immigrants in foreign countries is remarkable. They are looking for work opportunities and improved quality of life. As a result, the present study has the purpose of demonstrating the importance of affiliation to social security, even working abroad. I must also say, in this respect, the importance of international social security treaties for the purposes of

¹Acadêmico de Direito do Centro Universitário Cidade Verde – UniFCV de Maringá. E-mail: w.naoto@hotmail.com.

² Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Bacelar; em Direito Público pela Universidade de Brasília; e em Direito Previdenciário pela Universidade Metropolitana de São Paulo; mestre em Direitos Supraindividuais pela Universidade de Maringá. Procurador Federal vinculado à Advocacia-Geral da União. Professor de graduação e pós-graduação em direito em várias instituições, autor de obras e artigos principal na área previdenciária.

³Trabalho apresentado no programa de pós-graduação do curso de doutorado em Direito (FADISP), no componente “Direitos e garantias penais constitucionais”, ministrado pelo Prof. Dr. Luiz Regis Prado, como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em direito. Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM, especialista e graduada em Direito – UEM. Professora e Coordenadora do curso de Direito com Ênfase em Políticas Públicas da UNIFAMMA – Centro Universitário de Maringá. Membro da Comissão da Educação Jurídica da OAB/ Pr e conselheira da OAB/Subseção de Maringá. Advogada.



retirement or misfortunes contingencies, ensuring that social welfare must be ensured by the democratic state.

KEYWORDS: Social Security, Welfare, Social Justice, Social Security, Public Assistance, Social Security Internationalization.

INTRODUÇÃO

Imprescindível à análise do contexto histórico da previdência social em âmbito global, uma vez que, é notável a necessidade para uma abrangente e possível extensão no conhecimento dos estudiosos na área do direito previdenciário, e até mesmo para aqueles que buscam expandir o conhecimento no presente tema.

Neste sentido, é de fundamental importância, antes mesmo de iniciar, retroceder no contexto histórico do direito previdenciário no mundo, elencando brevemente a distinção dos sistemas constitucionais de proteções, entre assistência pública; previdência social e a seguridade social em consonância com as considerações temporais do surgimento da previdência social no mundo.

Para que o Estado cumpra com os direitos sociais expressos na Constituição Federal de 1988, deve também promover e motivar acordos internacionais da previdência social, tornando possível aos pátrios os direitos previdenciários, mesmo que no exterior.

Assim como, tutelar aqueles que migram para países signatários do acordo internacional da previdência social, e em casos de contingências inesperadas, sejam amparados pelo instituto da previdência.

Desta forma, esse estudo visa analisar brevemente o surgimento da presente proteção e seus reflexos na sociedade, tanto quanto, os princípios norteadores que tutelam e garantem o amparo daqueles que se encontram na necessidade do acolhimento da previdência social do seu país de origem. Consoante noção, foi aplicado no presente estudo o método histórico, científico, qualitativo, através de consultas bibliográficas e pesquisas existentes sobre a temática.

2 DELINEAMENTO HISTÓRICO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 CONSIDERAÇÕES DO SURGIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO MUNDO

A assistência pública é considerado de acordo com Wagner Balera, que alguns doutrinadores denominam como *assistência privada*, a primeira etapa da proteção social, a qual,



foi fundada na caridade e solidariedade entre as pessoas ou determinado grupo em 1601, pela Lei *Act of Rilif of the Poor*, ou seja, “Lei dos Pobres”, editada na Inglaterra pela Rainha Elizabeth I⁴.

Assim, em virtude da referida Lei, fica o Estado na obrigação de amparar aqueles que comprovadamente são necessitados, surgindo desde então, a assistência pública ou assistência social⁵.

Refere-se então, a situação de necessidade em caso de desemprego, enfermidade e invalidez, não havendo direito subjetivo, apenas uma mera expectativa de direito, tendo em vista que, os recursos são destinados à caridade. Assumindo uma função de resguardar a toda coletividade, tornando “cogente binômio igualdade-solidariedade⁶”.

Passando assim, a existir documentos de suma importância a respeito da previdência social, denominado *Poor Relief Act*, regulamentando o socorro público aos necessitados e a instituição de auxílios⁷.

Não obstante, o documento *Workmen’s Compensation Act* de 1907, consagrou a existência do seguro obrigatório contra acidente de trabalho, transcendendo para o empregador a responsabilidade cunho civil objetiva, não dependendo de culpa⁸.

Desta forma, em 1908, sobreveio o documento *Old Age Pensions Act*, permitindo que as pessoas ao atingirem 70 anos, independente do custeio, pudessem ser beneficiários da pensão⁹. E no ano de 1911, o *National Insurance Act*, foi criado o sistema compulsório de contribuição social, a forma tripartite de custeio, que instituída que a União, empregado e empregador contribuíssem¹⁰.

A previdência social foi programa social apresentado no século XIX, pelo “Chanceler de Ferro”, o Otto Von Bismarck na Alemanha que se originou a *Lei do Seguro-Doença (Krankenversicherung)*, aprovado em 1883, sendo a primeira norma previdenciária do mundo¹¹.

⁴ BALELA, Wagner, **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo 2004, p. 43-46.

⁵ BALELA, Wagner, **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo 2004, p. 45

⁶ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva, São Paulo 2018, p. 42.

⁷ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 41 (PDF).

⁸ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 41 (PDF).

⁹ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 41 (PDF).

¹⁰ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 41 (PDF).

¹¹ HANS F. Zacher. “**História e Tendências do Desenvolvimento da Previdência social na República Federal da Alemanha**”, in Um Século, p. 139.



Em virtude do fato mencionado na Alemanha, leciona Wagner Balera que, a previdência social, é dependente do Poder Público e dos demais atores sociais para estabelecer diversas formas de seguro, formando pelo modelo tripartite, ou seja, devendo ser custeado pelos segurados e empregadores, e os recursos devendo ser fornecido pela União, consolidando a distribuição contributiva triangular, para tentativa de redução dos riscos sociais mais graves como, doença, velhice, invalidez, acidente trabalho e desemprego¹².

O seguro social de Bismark, devido crise industrial tinha como objetivo de impedir movimentos socialistas fortalecidos¹³. Desta forma, em 1935 a Constituição de Weimar na Alemanha determinar que a o Estado é responsável pela garantia da própria subsistência, pela falta de trabalho¹⁴.

Vale destacar também que, além da Alemanha e da Inglaterra ter sua importância na história da previdência social, o México em 1917, foi a primeira Constituição a incluir em seu texto a Previdência social, surgindo no mesmo ano a Organização Internacional do Trabalho (OIT) com o Tratado de Versailles. E dez anos depois em 1927, foi criada a Associação Internacional de Seguridade Social, com sede em Bruxelas, Bélgica¹⁵.

Em 1919, com o Tratado de Versalhes, ocorreu a implantação do Regime Universal de Justiça Social, fundado o *Bureau International du Travail* (BIT) – Repartição Internacional do Trabalho, realizado a 1ª conferência Internacional do Trabalho desenvolvimento da previdência social e sua implantação para as nações, recomendado o seguro-desemprego. Sucessivamente, 3ª Conferência de 1921, houve a extensão do seguro social aos trabalhadores de agricultura; 10ª Conferência de 1927, o seguro doença aos trabalhadores industriais, do comércio e da agricultura; 17ª Conferência de 1933, seguro velhice, invalidez e morte; 18ª Conferência de 1934, o Seguro contra desemprego¹⁶.

Assim como os Estados Unidos, no plano de governo Franklin Roosevelt instituiu a política *New Deal*, influenciado com o Estado de Bem-estar Social “*Welfare State*”. Esse marco se deu no ano de 1935 o *Social Security Act*, tinha como objetivo de minimizar os danos

¹² BALELA, Wagner, **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo 2004p. 45.

¹³ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 42 (PDF).

¹⁴ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 41 (PDF).

¹⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16 ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014. P. 12.

¹⁶ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva, São Paulo 2018, p. 46.



causados pela crise econômica de 1929, e auxiliar os idosos e trabalhadores que ficaram desempregados¹⁷.

Há que assinalar, todavia, os planos previdenciários apresentados seguem o sistema chamado *Bismarckiano* ou de *capitalização*. Entretanto, em 1941 o sistema previdenciário da Inglaterra foi reexaminado pelo Lorde William Henry Beveridge, que se escorando nas teorias proposta pelo Keynes, criou o sistema universal no ano 1944, o qual, abrangia todos os indivíduos, com a participação compulsória, chamado de *Plano Beveridge* ou regime *Beveridgeano*, passando a existir um segunda corrente quanto ao sistema de proteção social¹⁸.

Ademais, Borges relata que, a partir do surgimento do *Plano Beveridge*, formaram-se duas correntes, “*bismarquiiana*” e “*beveridgeana*”, primeira corrente tinha a proposta de que a previdência ou proteção social fosse destinada apenas aos trabalhadores, já a segundo corrente “*beveridgeana*”, a previdência social deveria abranger não apenas os trabalhadores, mas todos os cidadãos da União de modo universal, tendo ou não contribuído, e ambas as correntes se baseiam na ideia de solidariedade e nas intervenções do estado no domínio econômico¹⁹.

Com isso, em 1948, fica reconhecido os direitos sociais no âmbito universal, integrando no rol dos direitos fundamentais a partir da Declaração Universal dos Direitos humanos, devendo ser assegurado o bem-estar a todos²⁰.

Ora, oportuno expor pensamento de Augusto Venturi, que identifica seguridade social como: “O seguro social garante o direito a prestações reparadoras ao verificar-se o evento previsto, antes que os danos possam determinar o estado de indigência, de privação, da pessoa golpeada²¹”.

Em breve análise, necessidade da seguridade social, surgiu através da história levando em considerações várias contingências que ameaça o estado de Bem-Estar (*Welfare State*) de todos os indivíduos da população, dando causa a questões sociais²².

Ademais, é importante frisar as contingências que deram causa às questões sociais, como a Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), a crise econômica dos Estados Unidos da América

¹⁷ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 42 (PDF).

¹⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16 ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014. P. 14.

¹⁹ BORGES, Mauro Ribeiro, **Previdência social e Regime Próprio de Previdência**, 2003 p.32 e 33.

²⁰ Assembleia Geral da ONU, “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**”. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 de maio de 2021. Art. 25.

²¹ CARDONE, Marly. **Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo. LTr, 1990, p. 24

²² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Niterói, Rio de Janeiro: ed. Impetus 2015, p. 6



que enfrentou em 1929, conhecida também como a “grande depressão”, que foi respondida com o programa adotado pelo governo Americano “*Social Security Act*”, que tinha como finalidade de garantir renda para os trabalhadores aposentados ou incapacitados, que pendurou até o início da Segunda Guerra Mundial (1939 - 1945), este que envolvia a maior parte das nações do mundo, causando grandes impactos e devastações²³.

Como demonstrado, as consequências dessas contingências, deixaram grande partes das populações das nações, com dificuldades para garantir suas subsistências, homens incapacitados, órfãos, viúvas, etc. Como se observar, surge a necessidade de amparar as sociedades que foram vítimas de eventos da qual não tinham culpa, a qual, careciam de proteção social²⁴.

Por exemplo, na Alemanha em 1940 Hitler tentou a implantação de um programa fundado na solidariedade, com apoio militar, criando pensões por velhice e invalidez apenas para aqueles que trabalhassem, custeado pelos impostos, de natureza de serviço público e não mais de seguro social, contudo, foi impedido pela queda do nacionalismo²⁵.

Ao propósito, Lorde William Henry Beveridge, teve grande contribuição para história da seguridade social, que, como expõe nitidamente Maria Ferreira dos Santos;

Beveridge destacou o Papel do estado, por meio de política públicas que garantissem a proteção social em situações de necessidade. Influenciou muito a legislação social que se seguiu na Europa e na América, influência que atualmente ainda se faz presente no sistema de Seguridade Social²⁶.

Isso, só possível graças aos dois planos de Beveridge, “*Social Insurance and Allied Services*” e “*Full Employment in a Free Society*”, surgindo a ideia, mas de modo genérico a justiça social de solidariedade e isonomia²⁷.

Aliás, em 1944 a Declaração de Filadélfia deixa claro que, somente a seguridade social apenas terá êxito com cooperação internacional. E em 1948, com a promulgação da Declaração

²³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Niterói, Rio de Janeiro: ed. Impetus 2015, p. 47

²⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Niterói, Rio de Janeiro: ed. Impetus 2015, p. 45-62

²⁵ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9 ed. ed. Saraiva, São Paulo 2018, p. 48.

²⁶ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9 ed., ed. Saraiva, São Paulo 2018, p. 49.

²⁷ BALELA, Wagner, **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Quartier Latin do Brasil, São Paulo 2004, p. 53 a 63.



Universal do dos Direitos do Homem, foi promulgada a resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, tutelado reprehensiveamente a seguridade social²⁸.

Posteriormente, em 28 de julho de 1952, foi aprovado a convenção de nº 102 sobre a seguridade social, que considerou a Norma Mínima em Matéria de Seguridade Social, na XXXV Conferência Internacional do Trabalho (OIT)²⁹.

Maria Ferreira dos Santos, leciona que:

A Convenção n. 102 é o resultado de estudos de especialistas da OIT, que, de início, tiveram a incumbência de elaborar um convênio que tivesse duas secções: uma que estabelecesse uma *norma mínima*, um *standard* de seguridade social; e outra, uma norma superior, que desse proteção a todas as necessidades. O objetivo do estabelecimento desses dois tipos de normas era viabilizar a participação de um grande número de Estados, que ficariam comprometidos em implantar os padrões mínimos de seguridade social, sem, contudo, descuidarem-se de seguir o exemplo de países mais avançados no implemento de modernas técnicas de proteção social. Entretanto, a norma superior foi separada e sua aprovação ficou sem definição de prazo, restando aprovada a norma mínima pela Convenção n. 102³⁰.

Com efeito, fica garantido implantação de normas mínimas de seguridade social, pelo menos aos países signatários, assegurando para certa parcela da população a existência digna, criado o denominado *Introduccion a la Seguridad Social*, nos seguintes termos³¹:

A proteção que sociedade oferece aos seus membros mediante uma série de medidas públicas contra as privações econômicas e sociais que, de outra forma, derivam do desaparecimento ou em forte redução de sua subsistência, com consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho ou enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e também a proteção em forma de assistência médica e ajuda às famílias com filhos³².

Até então, importante frisar a compreensão da seguridade social, que na acepção de Wagner Balera, se faz valer a necessidade do alcançar tais valores como do bem-estar e justiça

²⁸ Disponível em: <http://www.ouvidoria.defensoriapublica.pr.gov.br/arquivos/File/Legislacao/declaracao.pdf>, Acesso em: 01 de maio de 2021.

²⁹ **Convenção nº 102**, denominada “Norma Mínima”, publicado no texto “*Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1985*”, editado pelo Serviço de Publicações da OIT, Genebra, 1985.

³⁰ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva, São Paulo 2018, p. 50.

³¹ *Introduccion a la Seguridad Social*, Serviço de Publicaçãoda OIT, Genebra, Terceira Edição, Segunda Impressão, 1987, p.6.

³² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Niterói, Rio de Janeiro: ed. Impetus 2015 P. 7



social. Sendo que, bem-estar social, traz a ideia de cooperação e solidariedade, já a justiça social se baseia nos princípios da seletividade e distributividade, sendo ambos são legitimadores da política pública³³.

Em razão do que foi exposto sobre a seguridade social, nas palavras de Theodoro Agostinho, “a seguridade social é a ordem jurídica vigente, sendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade nas áreas da saúde, previdência e assistência social. É a estrutura administrativa que tem por atribuições executar as políticas no âmbito da segurança social, inserida na estrutura do Poder Executivo³⁴”.

1.1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS DO SURGIMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Em breve análise, no Brasil a previdência social é considerada com um direito fundamental. A maioria dos doutrinadores como Fábio Zabitte Ibrahim, Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari, Theodoro Agostinho, entre outros, consideram como marco inicial da Previdência social no Brasil com a edição do Decreto de nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, a “Lei Eloy Chaves”, ainda sobre a égide da Constituição de 1891, que instituiu a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários³⁵.

Sistema este, que atendia aos trabalhadores ferroviários, em caso de invalidez, morte, e ainda disponibilizava assistência médica e desconto na compra de medicamentos. Por intermédio da publicação da Lei Eloy Chaves, foram criadas outras Caixa de Aposentadoria e pensões (CAP's)³⁶.

Todavia, em 1930 ocorreu a primeira crise previdenciária no Brasil no governo de Getúlio Vargas, e a criação do Ministério do Trabalho, tendo como primeiro Ministro Lindolfo Collor, após a revolução. A partir de então, passou a estruturar a unificação das instituições previdenciárias por categoria profissional, surgindo o Instituto de Aposentadoria e Pensões (IAP), dos Marítimos, Bancários, Empregados de Transporte de Carga e Comerciais³⁷.

³³ BALELA, Wagner, **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo 2004, p. 15 a 39.

³⁴ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 98 (PDF).

³⁵ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquemático**, 9º edição, ed. Saraiva, São Paulo 2018, p. 556.

³⁶ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 37 (PDF).

³⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 40.



Com advento da Constituição de 1934, foi estabelecida a forma tríplice de custeio, ou seja, a implantação do sistema arrecadação aonde o custeio advém do trabalhador, empregador e União³⁸.

É sobremodo importante assinalar também que em 1960, além da criação da previdência social foi promulgada pela Lei nº 3.807, Lei orgânica de previdência social (LOPS), tendo seu fim em 1974, a normas para o amparo aos segurados e dependentes e estabelecendo um único plano de benefício, porém os trabalhadores domésticos e rurais não tinha o alcance da Previdência mas incluía benefícios como auxílio natalidade, auxílio funeral e auxílio reclusão³⁹.

Ainda na década de 1960, houve várias mudanças no sistema previdenciário brasileiro, com a edição do Decreto-Lei de nº 66, de 21 de novembro de 1966, que modificou a Lei Orgânica de previdência social (LOPS) que com Decreto-Lei de nº 72, no mesmo ano, ocorreu a unificação dos Institutos de Aposentadoras e Pensões (IAP), dando existência ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), porém, a unificação não foi muito favorável para a previdência do Brasil⁴⁰.

Inclusive, sobre a luz da Constituição Federal de 1967, foi criado o auxílio-desemprego (Emenda Constitucional nº 1/69), o Seguro de Acidente de Trabalho (Lei nº 5.316, SAT), promulgação da Lei Complementar de nº 11/71, do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), e com a Lei nº 5.859/72, a previdência social brasileiro passando a reconhecer os trabalhadores Rurais e domésticos como segurados⁴¹.

Vale lembrar também, a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) pela Lei de nº 6.439 de 1977, que organizando o modelo previdenciário brasileiro, distribuindo atribuições entre várias autarquias. Assim, foram criados os Institutos Nacional de Previdência social (INPS); Instituto de Administração Financeiro da Previdência e Assistência Social (IAPAS); Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência social (INAMPS); Fundação Legião Brasileira de Assistência (LBA), para os idosos e gestantes carentes; Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), para os menores carentes; Empresa de Processamento de Dados de Previdência social (DATAPREV)⁴²; Central de Medicamentos (CEME), para os fabricantes de medicamento que tinha baixo custo no mercado⁴³.

³⁸ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 36 á 37 (PDF).

³⁹ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 36 á 37 (PDF).

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ GOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 39 (PDF).

⁴² DATAPREV, com o advento da Medida Provisória de nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, passou a ser chamada Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência social.

⁴³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, ed. Impetus, Niterói, Rio de Janeiro, 2015 P. 54 – 61.



Por derradeiro, em 1984, a Lei Orgânica da Previdência social (LOPS) ainda possuía sua vigência, porém foi criado pelo Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976, a Consolidação das Leis da Previdência social (CLPS), que reuniu todas as leis previdenciárias, devendo ser revista todo ano, o que não ocorreu. E por último, o Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984, deixando de ser aplicada quando foi substituída pela Lei nº 8.213 no ano de 1991 que dispõe sobre os planos de Benefícios da Previdência social⁴⁴.

2. PREVIDÊNCIA SOCIAL E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O poder constituinte de 1988, sob a égide do *caput*, do art. 194, reuniu em um único sistema constitucional a proteção social, o direito à previdência social, à assistência social e o direito à saúde, sistema denominado de “seguridade social”. E tendo em vista o envolvimento das três espécies, se tem caráter tridimensional⁴⁵.

Além disso, Wagner Balera leciona conceito de seguridade social como: “conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes à saúde, à previdência e à assistência sociais”. E uma vez analisados os triplices do sistema seguridade social, pode ser estabelecido a distinção conceitual entre a necessidade coletivas e individuais⁴⁶.

2.1. OBJETIVO DA ORDEM SOCIAL

A proteção social possui preceitos e valores para atingir como objetivo, à ordem social, o bem-estar e a justiça social disciplinado não apenas no art. 193, mas também no art. 6º, da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, que se destina para a redução das desigualdades sociais e regionais⁴⁷.

As normas de proteção social no ensinamento de Maria Ferreira dos Santos, são “destinadas a prover o necessário para a sobrevivência com dignidade, que se concretizam quando o indivíduo, acometido de doença, invalidez, desemprego, ou outra causa, não tem condições de prover seu sustento ou de sua família”⁴⁸. Devendo de modo que, a justiça social,

⁴⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 45.

⁴⁵ AGOSTINHO, Theodoro, **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva: São Paulo, 2020, p. 50 (PDF).

⁴⁶ BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1989

⁴⁷ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9ª edição, ed. Saraiva: São Paulo 2018, p. 52.

⁴⁸ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9ª edição, ed. Saraiva: São Paulo 2018, p.



conduza a efetivação do bem-estar e a redução das desigualdades, garantido aqueles em sociedade a sobrevivência com o mínimo necessário, porém com dignidade, proteção esta, advinda dos institutos que compõe o Sistema de Seguridade Social⁴⁹.

De modo que, a proteção social assegure a todas as pessoas que compõe o Estado, sendo brasileiros natos, naturalizados ou estrangeiros, a existência digna. No qual, apenas é possível, através da articulação entre o estado e sociedade, ou seja, é essencial a existência da solidariedade⁵⁰.

Ainda, faz necessário frisar-se sobre a justiça social e bem-estar, em que, Wagner Balera, discorre que a Justiça social se entende como a redução das desigualdades sociais, expresso no art. 3º, inciso III, do Texto magno como objetivo do Estado Democrático de Direito. Aponta ainda que, a “Noção de justiça social impõe o reconhecimento de padrão mínimo de desenvolvimento, que é aferível e fruível individualmente⁵¹”.

Ademais, o bem-estar possui seu fundamento no art. 25, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e no art. 3º, da magna carta brasileira, descrevendo como meio da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais. De tal modo que, apenas será possível com a cooperação de todo corpo social⁵².

Por esta razão, a ordem social tem como objetivo de proporcionar a justiça e bem-estar a todos os cidadãos⁵³, pelos mecanismos da seguridade social, que compõe as espécie: à assistência social destinados as pessoas necessitadas independento de contribuição ou não; direito à saúde com caráter universal, concede à todos ao acesso, independente das condições socio econômica ou de ser contribuinte; à previdência social, a possibilidade da concessão de proteção, será concedido pelas contingências sofridas, abrangendo apenas contribuinte, possuindo caráter contributivo⁵⁴.

⁴⁹ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva: São Paulo 2018, p. 52.

⁵⁰ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva: São Paulo 2018, p.

⁵¹ BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 15-29.

⁵² BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 15-29.

⁵³ BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1989, p. 34

⁵⁴ BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 15-34.



2.2. PRINCÍPIOS E OBJETIVOS RECEPCIONADOS PELA MAGNA CARTA

A Lei Maior prevê séries de princípios em rol taxativo que funciona como axioma fundamental para o cumprimento do ideal da justiça e do bem-estar, devendo de modo ser seguido pela seguridade social, como metas a serem atingidos pelo Estado brasileiro.

Em virtude dos aspectos mencionados, princípios e objetivos regentes, estão sobre o rol do parágrafo único do art. 194, que visa à proteção da seguridade social, a qual, são pertinentes à previdência social. E graças ao alemão militar e político Chanceler Otto von Bismarck “Chanceler de Ferro” (1871-1918), é possível ter o Estado como participe no cenário da seguridade social, que é utilizado como meio para alcançar o determinado fim, ou seja, atender aos necessitados⁵⁵.

Cumpre-nos assinalar que, os objetivos e princípios que estrutural a seguridade social, que pode ser compreendido como conjunto que integram as ações da sociedade e da União, são destinados para assegurar os direitos relativos à previdência social, assistência social e ao direito à saúde:

- I. **“Universalidade da cobertura e do atendimento”**: Todos aqueles que vivem dentro do território nacional tem direito à proteção social, que de acordo com Wagner Balera, a universalidade de cobertura compreende o objeto, no caso de situações de necessidade, e no que tange do atendimento diz em respeito ao sujeito, a qual todas as pessoas são credoras da proteção social⁵⁶.
- II. **“Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais”**: Como já verificado, nem sempre a proteção social abrangia os trabalhadores rurais, apenas com o surgimento do PRORURAL em 1971 foi possível, com isso o art. 7º da Constituição brasileira recepciona o tratamento uniforme para trabalhadores urbanos e rurais, tendo idêntico valor para o benefício, considerando a equivalente ao valor das prestações pagas pelo filiado⁵⁷.
- III. **“Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços”**: Refere-se que, os benefícios apenas devem ser destinados para aqueles que necessitam de forma

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Art. 197

⁵⁶ BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**, Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1989, p. 35

⁵⁷ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva: São Paulo 2018, p. 59.



seletiva, na garantia da subsistência, uma vez que, o legislador seleciona as contingências que seguridade deve cobrir⁵⁸.

- IV. “Irredutibilidade do valor dos benefícios”:** Concedido a previdência social ou assistência social, o valor nominal não poderá ser reduzido, devendo garantir o mínimo necessário para uma sobrevivência digna ao beneficiário. Ainda, a Carta Suprema, sobre luz do art. 201, 4º, fortalece o princípio da irredutibilidade, e ainda, garante o reajuste conforme realidade atual⁵⁹.
- V. “Equidade na forma de participação no custeio”:** Equidade é um critério de justiça em relação a capacidade de gerar contingências que terão cobertura pela seguridade social, devendo ter reflexo na atividade em que o sujeito passivo exerce e sua capacidade econômica e financeira. Ora, quanto maior possibilidade da contingência, maior a contribuição e vice-versa. Convém ainda notar a relação do princípio da equidade com a isonomia previsto no art. 5º, da Carta Maior. Em consequência, o presente princípio garante aos hipossuficientes a proteção social, devendo quando possível a contribuição equivalente de acordo com o rendimento econômico, como previsto no art. 145, §1º, da Magna Carta⁶⁰.
- VI. “Diversidade da base de financiamento”:** De início, o modelo de *Bismarck* tinha como fonte de custeio, as próprias contribuições do segurado, empresas e Estado. De modo que, de acordo com o princípio da solidariedade, toda a sociedade tem responsabilidade em financiar a seguridade social, como previsto no art. 195, da Constituição Federal, tendo em vista que, a desigualdade social é uma preocupação social. Por esta razão, o poder constituinte atribuiu a possibilidade de que seguridade social não fique apenas adstrita a contribuições tríplice, do empregado, empregador e Estado, podendo arrecadar por outros fontes diversas, isso apenas é possível com advento da EC 103/2019⁶¹.
- VII. “Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade”:** A Seguridade Social possui uma gestão quadripartite (trabalhadores, empregadores, aposentados e governo), nos órgãos colegiados. Agora, a

⁵⁸ AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 79 (PDF).

⁵⁹ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva: São Paulo 2018, p. 60 - 61.

⁶⁰ AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 81 (PDF).

⁶¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 23º ed. Forense: Rio de Janeiro, 2020, p. 167. (PDF)



descentralização, exprime a ideia de que administração deve participar da administração do sistema, como forma de democrático da sociedade civil⁶².

Posto isto, os objetivos apresentados são alicerces para alcançar a ordem social, ou seja, o ideal da justiça no custeio e distributividade da seguridade social para que possa o Estado, proporcionar uma vida digna para subsistência humana em âmbito da universalidade, garantido desta forma, o bem-estar social e a redução de desigualdade.

2.3. PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A previdência social, segundo Ibrahim, define como seguro *sui generis*, uma vez que, obrigatoriamente do trabalhador é exigido filiação compulsório para um dos regimes da previdência social, qual se divide em regime público e privado, no caso do regimes públicos: Regime Geral da Previdência social (RGPS), e Regime Próprio de Previdência de Servidores Públicos (RPPS), este se estende para ocupantes de cargo efetivo e militares, e no regime privado, pode ser compreendido a previdência Complementar, de caráter facultativo sua filiação⁶³.

De acordo com a Maria Ferreira dos Santos, a previdência social, possui caráter contributivo, ou seja, somente aquele é filiado e contribui estão amparados pelo sistema. Devendo ainda, a cobertura corresponder as contingências que levou o segurado ter a necessidade de acobertado, se assim preencher os requisitos necessários, devendo ainda o Estado preservar o “equilíbrio financeiro atuarial”⁶⁴.

Logo, oportuno relembrarmos que a previdência social, e um dos pilares da seguridade Social, que atua simultaneamente nas áreas do direito à saúde, e assistência social, tem o objetivo de manter a ordem social, porém, a previdência social é vinculada a atividade laborativa do segurado, aonde os seus dependentes ficam resguardado em caso de contingências⁶⁵.

Nada obsta que, as contingências, são objetos da previdência social, resguardado pela cobertura pelo Regime Geral da Previdência social (RGPS), ou seja, em caso de eventos

⁶² AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 83 (PDF).

⁶³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, ed. Impetus, Niterói-RJ, 2015 P. 28.

⁶⁴ SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9º edição, ed. Saraiva: São Paulo 2018, p. 242.

⁶⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 23º edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 120 (PDF).



infortunistas como: *morte, invalidez, velhice, enfermidade, acidente de trabalho ou desemprego involuntário*, a qual, exige um amparo financeiro aos seus dependentes, tanto que, a lei também considera *a licença maternidade* de 120 dias, em especial à *gestante*, inclusive os adotantes tem direito, e em caso de desemprego involuntário: *salário família e auxílio reclusão* (preso), nos termos da Constituição atual (art. 201)⁶⁶.

Deve-se salientar também que, os servidores públicos civis, militares, membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas da União, ou seja, todos que possui regime previdenciário próprio, e os que por não estarem exercendo qualquer atividade não contribui para nenhum regime não são incluídos no Regime Geral de Previdência⁶⁷.

É relevante acentuar, a não inferioridade do benefício que substitui o salário do beneficiário, como previsto sobre a luz do art. 201, §2º, da presente Constituição brasileira, devendo ainda, ser reajustado conforma a atualidade⁶⁸.

Como já verificado no decorrer, o Instituto Nacional da Previdência social (INPS) e Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), foi substituído pela atual Autarquia do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em 1990, que administra a gestão do Regime Geral da Previdência social⁶⁹.

Desde então, a Constituição Federal de 1988, sofreu umas séries de reformas na tentativa de adequar com as condições das atualidades. Tal como, pode-se considerado brevemente, a criação a Lei Orgânica da Assistência Social de nº 8.742, de 1993 (LOAS), e de grande relevância histórica na evolução da previdência social, as Emenda Constitucionais de nº 20, 41, 47, e última de nº 103⁷⁰.

A Emenda Constitucional de nº 20 de 1998, em uma breve análise, fica a caracterização da idade para condições de trabalhador, passou a ser de 16 anos. Para concessão de aposentadoria integral fica exigido idade mínima de 53 anos para homens e 48 anos para mulheres ou tempo de contribuição de 35 anos no caso de homem e 30 no caso da mulher. E concessão da aposentadora proporcional fica condicionado aos segurados a idade mínima de 53

⁶⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 23ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 120 (PDF).

⁶⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 23ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 106 (PDF).

⁶⁸ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 23ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 108 (PDF).

⁶⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 45.

⁷⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 49 - 54.



para homens e 48 para mulheres ou tempo de contribuição de 30 anos se homem, e 25 anos se mulher. Ainda, outra alteração importante foi a regra do § 10 do art. 201, atribui a livre concorrência para a cobertura do risco acidente de trabalho⁷¹.

Cumpre examinamos, neste passo, a Emenda Constitucional de nº 41 de 2003, que, em termos gerais, alterou o art. 201, § 12, que permitia o benefício do valor integral aos trabalhadores de baixa renda sobre o sistema especial, menos aposentadoria por tempo de contribuição⁷².

Convém ponderar também, a Emenda Constitucional de nº 47 de 2005, em resumo, possui efeitos retroativos, sendo objeto de revisão os benefícios de aposentadoria concedida anteriores 2005, e trouxe novas regras de transição para tempo de contribuição para aposentadoria. Trata-se especialmente dos regimes de agentes públicos⁷³.

E como bem denota CASTRO e LAZZARI em análise sucinto da Emenda Constitucional de nº 103, de 2019, fica alterado RGPS e RPPS da União, criando tratamento diferenciado para os servidores federais⁷⁴.

Desta forma, a idade mínima para aposentadoria deve ser adotado novo critério de carência de 20 anos para os homens. O tempo de atividade ou tempo de serviço, passou a ser desconsiderado com a Emenda Constitucional de nº 103, considerando apenas aqueles que já tinham o direito adquirido, devendo ainda ser respeitado as regras de transição. Assim, fica considerado uma idade mínima para preenchimento do requisito de 65 anos de idade do sexo masculino e se for trabalhador rural 60 anos de idade, e 62 anos de idade no caso do sexo feminino e se for trabalhadora rural 55 anos de idade, para fazer *jus* à benefício da Previdência social⁷⁵.

⁷¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 51

⁷² AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020, p. 52-57 (PDF).

⁷³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 49-54.

⁷⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 49-54.

⁷⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 49-54, *vide* Constituição Federal de 1988, em seu art. 201, § 6, inciso I e II.



3. TRATADOS INTERNACIONAIS NA GARANTIA DO BEM-ESTAR SOCIAL “WELFARE STATE”:

O direito à previdência social, além da previsão constitucional como direito social, no art. 6º, 7º, inciso IV, assim como no art. 201, é expresso também no art. XVI, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência⁷⁶”.

Cumprir observar que, o aumento dos brasileiros que decide mudar do Brasil em busca de oportunidade de emprego e melhor qualidade de vida em países estrangeiros, motivo pelo qual seja, crise econômica ou desemprego, continua crescendo no Brasil, sendo necessário à Internacionalização da previdência social. Além disso, alguns países que adotam política de incentivo para atrair trabalhadores, com exemplo, o Japão⁷⁷.

De acordo com última análise feita pela Receita Federal em 2018, média de 22,4 mil brasileiros emigram para território estrangeiro⁷⁸. Logo, os Acordos Internacionais da Previdência, permite que os trabalhadores tenham contabilizado o tempo de contribuição nos países para que tenha direito ao benefício previdenciário, evitando ainda, a bitributação em caso do deslocamento temporal, e proporciona a proteção previdenciária aos filiados migrantes⁷⁹.

Cumprir assinalar que, é dever do Estado na garantia do bem-estar social a promoção de criação de instrumento de possibilitam a migração para que os trabalhadores não perda a proteção da Previdência social. Para tanto, se faz necessário os Acordos Internacionais na

⁷⁶ OEA. Organização das Nações Unidas. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em: 30 de maio de 2021. Art. XVI.

⁷⁷ GERBELLI, Luiz Guilherme. “**Cresce número de brasileiros que decidem viver no exterior; países oferecem oportunidade de emprego**”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/04/03/cresce-numero-de-brasileiros-que-decidem-viver-no-exterior-paises-oferecem-oportunidades-de-emprego.ghtml>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

⁷⁸ GERBELLI, Luiz Guilherme. “**Cresce número de brasileiros que decidem viver no exterior; países oferecem oportunidade de emprego**”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/04/03/cresce-numero-de-brasileiros-que-decidem-viver-no-exterior-paises-oferecem-oportunidades-de-emprego.ghtml>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

⁷⁹ BRASIL, Secretaria de Previdência. **Acordo Internacionais de Previdência social**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/cartilha_18.08.29.pdf>. Acesso em: 01 julho. 2021. P. 7.



garantia dos direitos fundamentais previstos não apenas Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, mas também na Declaração Universal Dos Direitos Humanos⁸⁰.

Importante ressaltar que uma grande maioria dos brasileiros que migram para exterior em busca de oportunidade de trabalho e qualidade de vida, tem em mente o regresso para seu País de origem. Porém, muitos dos casos, os brasileiros não conseguem retornar pela não concessão do benefício previdenciário, impossibilitando seu retorno pelas drásticas condições, e o não alcance dos objetivos econômicos de melhorar a vida em seu país de origem⁸¹.

Neste sentido, os emigrantes brasileiros que passaram buscar uma melhor qualidade de vida no exterior devem-se valer da necessidade de ser amparado pela proteção social do governo brasileiro na garantia de direitos sociais que possuem. Com isso, passou a ser firmado mais acordos, aumentando assim, a proteção dos cidadãos no âmbito da previdência social⁸².

Em virtude dos acordos, possui objetivo da garantia dos direitos previdenciários para aqueles trabalhadores filiados à previdência em seu País de origem, contudo se encontrado deslocado temporariamente no exterior⁸³.

Conforme a Instrução Normativa de nº 77/2015 do INSS/PRES, não será computado o tempo que o filiado da previdência social estiver no exterior, servindo apenas para manutenção da qualidade de segurado, de acordo com o art. 640⁸⁴.

E os Acordos Internacionais devem ser aplicados conforme o dispositivo do art. 638 da Instrução Normativa de nº 77 de 2015, tornando possível que cada acordo possui uma cobertura única⁸⁵.

⁸⁰ BRASIL, Ministério da Previdência social. **Migração Internacionais e a Previdência social**. Brasília: MPAS; SPS; CGE; 2007. P. 189

⁸¹KOETZ, Eduardo. **Direito Previdenciário Internacional Teoria e Prática na era pós Globalização**. Ed. Porto Alegre. Revolução e-book, 2016. p. 22.

⁸²CASTRO, Priscila Gonçalves de. **Teoria Geral do direito internacional previdenciário: acordos internacionais no direito previdenciário brasileiro, teoria e pratica**. São Paulo: LTr, 2011. p. 89.

⁸³CASTRO, Priscila Gonçalves de. **Teoria Geral do direito internacional previdenciário: acordos internacionais no direito previdenciário brasileiro, teoria e pratica**. São Paulo: LTr, 2011. p. 89.

⁸⁴ BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77 de 21 de jan. de 2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750> Acesso em: 01 julho. 2021.

⁸⁵ *Ibidem*. Art. 638. “Os Acordos Internacionais de Previdência social aplicar-se-ão ao regime de Previdência de cada País, cabendo a cada uma das partes analisar os pedidos de benefícios apresentados edecidir quanto ao direito e às condições, conforme legislação própria aplicável e as especificidades de cada Acordo”.



Além disso, a existência dos acordos internacionais da previdência social prevê o instituto de deslocamento temporários, permitindo que os trabalhadores continuem amparado pela previdência social do país de origem⁸⁶.

O Brasil possui acordos bilaterais com 19 países, e Acordos Internacionais Multilaterais do Mercosul, Convenção Iberoamericana e Convenção Multilaterais de Segurança Social da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa⁸⁷.

Sendo países signatários dos acordos bilaterais que o Brasil possui relação da previdência social em vigor com: Alemanha, Bélgica, Bulgária, Cabo Verde, Canadá, Chile, Coreia, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Itália, Israel, Japão, Luxemburgo, Moçambique, Portugal, Quebec, Suíça⁸⁸.

Em caso dos Acordos Multilaterais do Mercosul, se tem Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai como países signatários. A Convenção Iberoamericana, os pais signatários são, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, El Salvador, Equador, Espanha, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai. Por último, a Convenção Multilateral dos Países de Língua Portuguesa, que se tem como signatários, os países: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste⁸⁹.

CONCLUSÃO

Ao ensejo da conclusão deste fiem, notável a importância dos Acordos Internacionais de Previdência Social, tanto quanto, na tentativa de realizar os dispostos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, acolhidos pela Constituição Federal da República Brasileira de 1988, ou seja, proteção dos direitos sociais e fundamentais.

Para que seja garantida a subsistência dos cidadãos brasileiros e estrangeiros, protegendo um dos bens mais valiosos inerentes aos seres humanos, direito à vida. É viável a filiação ao

⁸⁶ BRASIL, Secretaria de Previdência. **Acordo Internacionais de Previdência social**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/cartilha_18.08.29.pdf>. Acesso em: 01 julho. 2021. P. 4.

⁸⁷ BRASIL, Secretaria de Previdência. **Acordo Internacionais de Previdência social**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/cartilha_18.08.29.pdf>. Acesso em: 01 julho. 2021. P. 5.

⁸⁸ BRASIL, Secretaria de Previdência. **Acordo Internacionais de Previdência social**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/cartilha_18.08.29.pdf>. Acesso em: 01 julho. 2021, p. 5.

⁸⁹ BRASIL, Secretaria de Previdência. **Acordo Internacionais de Previdência social**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/cartilha_18.08.29.pdf>. Acesso em: 01 julho. 2021, p. 5.



Regime Geral da Previdência social, para que faça *jus* aos benefícios previdenciário mesmo que residindo em outros países. Contudo, para concessão dos benefícios, é preciso que o país em que esteja contribuindo tenha Acordo Internacional de Previdência Social com o Brasil.

Pode-se notar a aplicação dos princípios da solidariedade entre os povos, e cidadãos, para realização da ordem social e bem-estar social, inclusive para aqueles que ao atingirem determinada idade já avançada trabalhando no exterior, país este que deve compor o quadro de organismo de ligação com a previdência social do Brasil, fica este ao retornar o Brasil garantido aposentadoria por idade, inclusive a proteção contra contingências.

Neste sentido, transcendência para Tratados Internacionais da Previdência Social com mundo exterior, tendo em vista, a globalização e aumento de migração em busca de trabalho e melhor qualidade de vida, ganha mais necessidade no cenário da internacionalização da previdência social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**, ed. Saraiva, São Paulo, 2020. Assembleia Geral da ONU, “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**”. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 de maio de 2021.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**, ed. Quartier, São Paulo: 2004.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 1989.

BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência Funcional e Regimes Próprios de Previdência**. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 26 de maio de 2021.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77 de 21 de jan. de 2015**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750 Acesso em: 01 julho. 2021.

BRASIL, Secretaria de Previdência. **Acordo Internacionais de Previdência social**. Brasília-DF, 2018. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/08/cartilha_18.08.29.pdf. Acesso em: 01 julho. 2021.



CARDONE, Marly. **Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988.** São Paulo. LTr, 1990.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 16ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**, 23ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020.

CASTRO, Priscila Gonçalves de. **Teoria Geral do direito internacional previdenciário: acordos internacionais no direito previdenciário brasileiro, teoria e pratica.** São Paulo: LTr, 2011.

CONVENÇÃO nº 102, denominada “Norma Mínima”, publicado no texto “*Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1985*”, editado pelo Serviço de Publicações da OIT, Genebra, 1985.

GERBELLI, Luiz Guilherme. “**Cresce número de brasileiros que decidem viver no exterior; países oferecem oportunidade de emprego**”. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/04/03/cresce-numero-de-brasileiros-que-decidem-viver-no-exterior-paises-oferecem-oportunidades-de-emprego.ghtml>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

INTRODUCCION A LA SEGURIDAD SOCIAL, Serviço de Publicação da OIT, Genebra, 3ª Edição, Segunda Impressão, 1987.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, Niterói, Rio de Janeiro: ed. Impetus 2015.

HANS F. Zacher. “**História e Tendências do Desenvolvimento da Previdência social na República Federal da Alemanha**”, in Um Século.

SANTOS, Maria Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**, 9ª edição, ed. Saraiva, São Paulo 2018.

OEA. Organização das Nações Unidas. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

KOETZ, Eduardo. **Direito Previdenciário Internacional Teoria e Prática na era pós Globalização**. Ed. Porto Alegre. Revolução e-book, 2016.



7. RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

*Mauricio José Faial¹
Lucas Franco Reis²
Adriano Fernandes Ferreira³*

RESUMO: O tema “Responsabilidade no Direito Internacional Ambiental” reveste-se de extrema importância para a solução de litígios envolvendo danos ambientais entre Estados estrangeiros. Com o objetivo de abordar o tema sob a ótica da evolução histórica da responsabilidade e da casuística internacional, o presente trabalho, utilizando o método indutivo como procedimento metodológico de investigação científica, e, tendo como base de estudo a jurisprudência, fontes doutrinárias e a casuística internacional. O trabalho foi estruturado em três tópicos, onde foram abordados aspectos históricos, conceituais e evolução da responsabilização no direito internacional ambiental. Verificou-se que a responsabilidade internacional se firmou, numa primeira fase, no campo da responsabilidade subjetiva, com a análise da culpa. No entanto, a tendência atual segue no sentido da exclusão da culpa, mesmo quando não se tratar de atividades de risco, firmando o campo da responsabilidade objetiva no direito internacional ambiental. Por meio de casos emblemáticos envolvendo responsabilidade entre Estados estrangeiros em casos de poluição e danos transfronteiriços, como os casos Trail Smelter, Lanoux, Corfu, Fábricas de Celulose no Rio Uruguai, Candiota, Pulverização de Herbicidas pela Colômbia e Projeto Gabcikovo-Nagymaros verificou-se que as soluções dos casos estudados apontam para a consolidação das bases normativas do direito internacional, bem como na consolidação do princípio da soberania territorial limitada.

PALAVRAS-CHAVE: Dano ambiental transfronteiriço. Responsabilidade. Direito internacional ambiental.

ABSTRACT: The subject “Responsibility in International Environmental Law” is surrounded by great importance to the resolution of litigations involving environment damage between foreign States. In order to address the subject from the perspective of liability’s historical evolution and it’s international casuistry, the present study, by using inductive method as a methodological procedure of scientific research and taking as it’s basis the study of jurisprudence, doctrinal sources and the international casuistry. The study is structured in three topics, in which were addressed historical aspects, concept and accountability in international environmental law’s evolution. It’s been verified that international responsibility established itself, firstly, in subjective liability’s field, with the analysis of guilt. However, the current tendency flows towards the exclusion of guilt, even when not dealing risky activities,

¹Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas desde 2019. Especialista em Gestão Pública Municipal, pela Universidade Federal Fluminense (2016). Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade do Grande Rio (1992). Oficial do Exército Brasileiro, atualmente desempenha a função de Conformador de Registro e Gestão responsável pela certificação e correção dos documentos comprobatórios da área financeira, patrimonial e orçamentária da Unidade Gestora de vinculação. E-mail: faialmalu@gmail.com.

²Graduando em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais e Políticas Públicas. E-mail: lucasfrancor1@gmail.com.

³ Pós-Doutor em Direito Pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha (2019). Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidad Castilla la Mancha, na Espanha (2014). Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2005). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (2001). Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFAM. adrianofernandes3@hotmail.com



steadying the strict liability's permanency in the international environmental law. Through emblematic cases involving liability of foreign states in cases of transboundary pollution, like Trail Smelter, Lanoux, Corfu, Pulp Mills on the River Uruguay, Candiota, Aerial Herbicide Spraying, Gabčíkovo-Nagymaros Project cases, it's been observed that, in all cases studied, the solution points towards consolidating normative basis in the international law, as well as consolidating principles of limited territorial supremacy.

KEYWORDS: Responsibility. International law. Environmental law.

INTRODUÇÃO

Na história da humanidade, o progresso científico e tecnológico, aliado a uma crescente capacidade comercial e industrial, impulsionou o homem a interferir cada vez mais no meio ambiente. Diante da crescente degradação na esfera ambiental, a qual se agravou no decorrer do século XX, a conscientização e preocupação com a questão ambiental ganharam mais nitidez.

O tema obteve maior repercussão na seara internacional a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia, entre os dias 5 a 16 de junho de 1972. Após este marco, o problema ambiental transpôs as barreiras nacionais e passou a ser considerado como de responsabilidade de toda a humanidade, ultrapassando fronteiras.

Desta forma, a ação isolada dos Estados, no âmbito de sua soberania, não era suficiente para a ampla e efetiva proteção do meio ambiente, tendo em vista que as consequências dos danos ambientais não conhecem fronteiras políticas. Daí a necessidade de unificação das disposições ambientais dos Estados.

Os Estados e as organizações internacionais passaram a buscar, a partir de então, a ampliação da cooperação internacional para a proteção do meio ambiente, que já detêm um número significativo de tratados e convenções. Neste sentido, a escolha do tema, justifica-se diante da importância da responsabilidade internacional no direito ambiental.

Para o presente estudo, quanto à metodologia empregada, foi adotada na fase de investigação o método indutivo, e as demais fases (tratamento dos dados e relatório dos resultados), foram compostas na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

O trabalho está dividido em três tópicos, onde o primeiro tece considerações iniciais sobre o tema responsabilidade, com enfoque em aspectos históricos e conceituais. No segundo tópico será abordado o tema "responsabilidade no direito internacional ambiental", com enfoque no conteúdo jurídico das responsabilidades subjetiva e objetiva, e, por fim, o terceiro tópico, onde serão abordados casos emblemáticos do direito internacional ambiental, com enfoque na casuística do tema responsabilidade em casos de poluição transfronteiriça.



1 EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O vocábulo “responsabilidade” deriva do verbo em latim *respondere*, de *spondeo*, que significa a “obrigação contratual do direito quirritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*, ou seja, prometes me dar um cento? Prometo)”⁴. Nas palavras de Dias⁵, a dicção *spondeo* seria a “[...] fórmula conhecida, pela qual se ligava solenemente o devedor, nos contratos verbais do direito romano”. Em termos gerais, têm-se o entendimento sobre a ideia de responsabilidade repousa o sentido de equivalência, contraprestação. Desta conclusão, seria possível:

[...] fixar uma noção, sem dúvida, ainda imperfeita, de responsabilidade, no sentido de repercussão obrigacional (não interessa investigar a repercussão inócua) da atividade do homem. Como esta varia até o infinito, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema: na moral, nas relações jurídicas, de direito público ou privado.⁵

A ideia dessa repercussão obrigacional do homem nem sempre foi a mesma, tendo como grandes propulsores os próprios problemas que vinham sendo gerados pelo aumento das relações interpessoais no seio da sociedade, uma vez que toda manifestação humana traz em si o problema da responsabilidade⁶.

1.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Vianna⁷ aponta que, no direito romano, a primeira reação humana à uma lesão perpetrada por outro tenha sido a vingança. Tal é marcante na lei de talião, do latim *lex talionis* (*lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico). Inicialmente prevista pelo Código de Hamurabi (1.780 a.C.), esta consiste na reciprocidade rigorosa entre o crime e a pena, ou seja, o criminoso é punido *taliter*, ou seja, talmente, de maneira igual ao dano causado ao outro. Sintetiza-se pela ideia de “olho por olho, dente por dente”.

A Lei das Doze Tábuas (*Lex Duodecim Tabularum* – 450 a.C.), por sua vez, também previa a lei de talião, contudo possuía cunho mais humanitário. Segundo dispõe Vianna⁷, era facultado à vítima renunciar à *vindicta* (vingança) e aceitar a indenização fixada pelo Estado, a quem incumbia fixar a

⁴ AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 276.

⁵ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2.

⁶ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.

⁷ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 78.



circunstância em que alguém deveria ser considerado ofendido e em que proporção poderia ser sua reação. Daí decorre, portanto, a publicização da responsabilidade civil, até então sem distinção da responsabilidade penal, vigorava-se aqui a responsabilidade objetiva, ou seja, independente da análise de culpa.

Ato contínuo, o período que sucedeu ao da vingança privada foi o da composição, na qual se mitigavam:

[...] as suscetibilidades por demais irritáveis do homem primitivo. Já agora o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação [...] seria entrar em composição com o autor da ofensa, que reparar o dano mediante a prestação da pena, espécie de resgate da culpa, pela qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido.⁸

Em outras palavras, neste período, a vítima passou a considerar mais vantajoso e conveniente a compensação em pecúnia do dano do que a violência característica do regime anterior. Surgia, portanto, o princípio segundo o qual o patrimônio do ofensor devia responder por suas dívidas e não sua pessoa. Na sequência, estabelece-se a proibição ao ofendido de fazer justiça com as próprias mãos. Nas palavras de Gonçalves⁹:

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho.

Com o Estado assumindo exclusivamente *ius puniendia* (direito de punir), surgiu a distinção entre a responsabilidade civil e a penal, aplicando em relação à primeira a indenização (sanção civil) e, no tocante à segunda, a pena.

A *lex Aquilia* (lei Aquília) consiste em um marco na história da responsabilidade. Com ela surge a “responsabilidade aquiliana” ou “culpa aquiliana”, fundamental para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar, designando a responsabilidade extracontratual em oposição à contratual. Inova-se portanto, pois a partir dela a conduta do causador do dano passa a ser medida pelo grau de culpa com que atuou.

Cita-se o ensinamento de Gonçalves¹⁰:

É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.



moderna concepção de culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico.

Ressalta-se que com a Lei Aquília e o instituto da culpa por ela introduzida na análise da responsabilidade a jurisprudência clássica passou a isentar de obrigação todo e qualquer ato procedido *sine culpa* (sem culpa).

No período final da República, o Direito Romano tornou a expressão *inuria* (ou ato contrário ao direito) sinônimo de culpa, ou seja, o dano é resultado de ato positivo do agente, praticado com dolo ou com culpa¹¹.

No que se refere a responsabilidade internacional do Estado, esta assim se desenvolveu ao longo dos anos. Durante o período compreendido entre a Antiguidade e a idade Moderna, preponderou, como regra, o entendimento da irresponsabilidade internacional dos Estados, vigendo a premissa de soberania absoluta¹². Sobre esse momento histórico, Pereira¹³ explica:

Tanto na antiguidade, passando pela Grécia e Roma a *irresponsabilidade estatal* campeava solta até, a Alta Idade Média. Neste último período, então, os estados absolutistas imperavam sobre a responsabilidade estatal, anulando-a com máximas equivalentes “*a quod principi placuit habet legis vigorem*” (O que agrada o Rei tem forma de Lei); “*L’État c’est moi*” (o Estado sou Eu), ou outra frase francesa “*Lê Roi ne peut faire mal*”, retirada, talvez, da expressão utilizada na *Common Law*: “*The King can do no wrong*”.

Entre os séculos XVII e XVIII, Soares¹⁴ aponta que:

[...] a responsabilidade vinha sendo tratada dentro do capítulo teórico dos direitos e deveres do Estado, de que um ato culposo, que causasse dano a outro Estado (em geral, a forma de um desrespeito ao direito de um estrangeiro), dando ensejo a duas situações: legitimar ações de represálias contra o violador da norma e/ou dar causa a uma obrigação de reparar que deveria ser declarada e executada pelas formas tradicionais da diplomacia.

Ao longo dos séculos XIX e XX, devido a diversas situações, bem como a insatisfação e a grande dificuldade ao se demonstrar a culpa do agente causador do dano, ocasionando na improcedência

¹¹ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 18.

¹² A questão da soberania estatal encontra barreira diante das questões ambientais. Em virtude da regra geral da cooperação ecológica entre os países bem como a submissão às normas internacionais, a soberania não pode ser tida como absoluta. O Estado está impossibilitado de deter única e exclusivamente o centro de poder, devendo existir uma coabitação da multiplicidade de vontades soberanas de diferentes Estados.

¹³ PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no direito internacional: (A saga da responsabilidade internacional do Estado)**. São Paulo: LTr, 2000, p. 37.

¹⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 720.



de vários pedidos de indenização, surgiu à teoria objetiva da responsabilidade extracontratual. Neste ponto afirma Vianna¹⁵:

Apesar da evolução histórica da responsabilidade civil até então analisada, alicerçada na doutrina subjetiva da culpa, fato é que as mais variadas situações fáticas ocorrentes desde o século XIX, já com a Revolução Industrial, e mais tarde no século XX, com a Revolução Tecnológica, passaram a reclamar adaptações. Com uma sociedade de massas, envolta em relações jurídicas impessoais, marcada pela presença de maquinários modernos, contendo produção e fornecimento de serviços das mais variadas formas, crescimento demográfico, êxodo rural e urbanização, além de conseqüente fluxo de veículos automotores, aviões etc., a probabilidade de danos passou a ser realidade iminente e constante. Ao mesmo tempo, a prova da culpa tornou-se cada vez mais penosa, senão impossível para o lesado. Reclamou-se, pois, uma mudança de modelo, antes a insuficiência do sistema subjetivista em fornecer respostas adequadas e justas para o panorama então instalado. É nesse cenário que vem eclodir a denominada responsabilidade objetiva.

Soares¹⁶ acrescenta sobre a responsabilidade internacional que:

O instituto, até meados do século XX, compreendia a regulamentação da responsabilidade por atos proibidos pela norma internacional, portanto centrado na noção de culpa, quando então seriam adotados em âmbito internacional os primeiros textos de convenções e tratados internacionais sobre o tema da responsabilidade internacional dos Estados por atos não proibidos pelo Direito Internacional, coincidentemente na regulação do regime jurídico de atividades potencialmente danosas ao meio ambiente (usos pacíficos da energia nuclear). A partir de então, as tímidas tentativas da doutrina jusinternacionalista de estudar tal aspecto foram fortalecidas pelo '*jus scriptum*', tendo sido trazida para dentro do Direito Internacional a noção de responsabilidade gerada por atos permitidos pelo direito (responsabilidade objetiva ou por risco), criação paciente dos sistemas dos Direitos internos dos Estados, a partir do final do século XIX.

A responsabilidade internacional dos Estados assumiu grande importância, o que fez com que as Nações Unidas, logo após o final da Segunda Guerra Mundial, instituíssem uma comissão, integrante de sua estrutura, almejando positivá-la, a fim de retirar do costume internacional e dos precedentes jurisprudenciais os postulados da matéria.

Em 1950 surge a primeira tentativa da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) de codificar a responsabilidade internacional, projeto liderado pelo professor cubano F. Garcia Amador, relator da Comissão. Entre os temas abordados por Armador, este destacou que a responsabilidade internacional não podia mais ser tida como uma possibilidade de reparação civil,

¹⁵ VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004, p. 81.

¹⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 722-723.



defendendo que, além do dever de reparação, também era necessária a responsabilidade criminal pelo ato, posto que as violações mais graves deveriam ser tratadas como crimes. Contudo, tal proposta do relator veio a ser rechaçada pela ONU, mantendo-se apenas a reparação *stricto sensu*. As primeiras tentativas de codificação trataram apenas da responsabilidade internacional dos Estados por danos causados em seu território a estrangeiros ou a seus bens.

No período compreendido entre 1956 e 1999, o projeto do CDI de codificação passou por diversos relatores, dentre eles o professor Roberto Ago, sob liderança do qual adotou-se a responsabilidade objetiva. Também ocuparam o posto de relator os professores Willem Riphagem e Arangio-Ruiz, até que em 1999 foi nomeado como relator especial o professor J. Crawford, responsável pela elaboração do Projeto de Artigos 2001.

No referido ano, o projeto passou por importantes avanços. Sua redação, outrora limitada a codificação de usos e costumes globais sobre responsabilidade internacional, tratou de propiciar certa evolução às reputadas normas:

[...] o trabalho desenvolvido pela CDI, no aspecto ora tratado, codifica norma *primária* e *secundária*, ou seja a primeira (*primária*) impõe obrigações aos Estados, cujo ato ou fato praticado por ele causa um evento danoso, dando origem à responsabilidade internacional; já a segunda (*secundária*), tem por objeto estabelecer as consequências jurídicas de um incumprimento da obrigação assinalada¹⁷.

O mencionado projeto, não obstante esteja pendente de aprovação pelos países, constitui-se de significativa importância no que tange ao estudo e aplicação da atuação dogmática da responsabilidade internacional do Estado, servindo de fonte às decisões arbitrais e judiciais das Cortes Internacionais, conforme defende a doutrina especializada bem como a jurisprudência internacionalista.

2 RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

2.1 ASPETOS GERAIS

Rememorando o antes exposto, observou-se que, ao longo da história, o Estado assumiu várias formas de responsabilidade, uma vez que, segundo Soares¹⁸:

[...] com a emergência da degradação do meio ambiente em âmbito regional e internacional, e mais a ocorrência dos desastres e litígios internacionais,

¹⁷ PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no direito internacional: (A saga da responsabilidade internacional do Estado)**. São Paulo: LTr, 2000, p. 36.

¹⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 720.



vieram a encontrar em plena efervescência os estudos sobre a regulamentação do instituto da responsabilidade internacional do Estado.

Com agravamento dos problemas ambientais e a evolução da consciência ambiental na opinião pública, a população passou a exigir soluções imediatas de cunho internacional, devido a repercussão global dos danos e porque as antigas legislações de cunho meramente declaratório não estavam tendo a eficácia esperada.

A introdução de um regime internacional de responsabilidade ambiental traz consigo a possibilidade de tornar factível a aplicação dos princípios ambientais do poluidor-pagador, da reparação do dano, da prevenção e da precaução (já analisados na presente obra) instrumentalizando o direito internacional com meios para assegurar a descontaminação e a restauração do meio ambiente degradado.

A responsabilização ambiental no âmbito internacional é um instrumento na busca pela paz nas relações entre Estados, de forma a induzir a um maior rigor na repressão dos atos prejudiciais ao ambiente, sobretudo nos casos em que a consequência desses atos afetar nações estrangeiras. Sem a responsabilidade internacional, os potenciais causadores da poluição transfronteiriça afastam a perspectiva de terem de pagar a reparação ou a compensação dos danos que causaram.

Para melhor compreensão do assunto, mister se faz o estudo do instituto responsabilidade internacional dos Estados. Apresenta-se, a seguir, as definições apontadas pela doutrina especializada.

2.2 DEFINIÇÕES

De acordo com Mello¹⁹, a responsabilidade internacional dos Estados é o instituto jurídico em virtude do qual “o Estado a que é imputado um ato ilícito segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual esse ato foi cometido”.

Já Ramos²⁰ fixa assim o conceito:

[...] a responsabilidade internacional do Estado é uma relação jurídica, qualificada como sendo instituição, princípio geral do direito, obrigação jurídica ou mesmo situação jurídica pela doutrina e jurisprudência, na qual o Direito Internacional justamente reage às violações de suas normas, exigindo a preservação da ordem jurídica vigente.

Em sentido similar dispõe Reis²¹:

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 12 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 523.

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 74.

²¹ REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **A Responsabilidade Internacional do Estado por Dano Ambiental**. 1 ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.



[...] responsabilidade internacional do Estado relaciona-se às consequências que o direito internacional atribui ao descumprimento, por um Estado, de normas de direito internacional a que, em geral, ele próprio se submeteu. O descumprimento de ditas normas, por sua vez, configura, em regra, ilícito internacional.

Sobre a responsabilidade internacional por atos ilícitos, a CDI elenca os seguintes elementos no art. 2º do *Draft articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts* (Projeto de artigos sobre Responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos):

Article 2. Elements of an internationally wrongful act of a State There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) Is attributable to the State under international law; and (b) Constitutes a breach of an international obligation of the State.

Para a referida Comissão, a responsabilidade internacional estaria respaldada em apenas dois elementos de configuração: um de caráter objetivo (a violação de uma obrigação internacional pelo Estado) e outro de caráter subjetivo (a possibilidade de atribuição desta violação a um dado ente estatal), ou, no dizer de Mello²²:

Ela [Comissão de DI da ONU] considera que há um fato internacionalmente ilícito quando existe: um comportamento (ação ou omissão) atribuível ao Estado conforme o direito internacional e este comportamento é uma violação de obrigação internacional.

Mello, contudo, apresenta como terceiro elemento o “prejuízo ou dano”. Tendo em vista que o principal objetivo da responsabilidade internacional é a reparação do dano, este se configura como elemento essencial à responsabilização, podendo ser de ordem moral ou patrimonial²³. Roberto Ago discorda da previsão desse elemento por não encontrar motivos suficientes para tal. Para este, “toda violação de um compromisso contraído em respeito a outro Estado, toda lesão de um direito subjetivo desse Estado, constitui por si um prejuízo, material ou moral, para o dito Estado”²⁴. Contudo, Anzilotti²⁵ explana que tal oposição não merece prosperar, pois para ele sustentar que a simples violação do direito constitui em si um dano pode ser uma afirmação verdadeira de acordo com a teoria do direito interno, porém não em termos do Direito Internacional positivo.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 12 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 524-525.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 12 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 523.

²⁴ AGO, Roberto. Rencontres avec Anzilotti. In: *European Journal of International Law*. Florença, vol. 3, n. 1, 1992. p. 200-209. Traduzido para o português por Arno Dal Ri jr.

²⁵ ANZILOTTI, Dionisio. *Scritti di Diritto Internazionale Pubblico*. Tomo Primo. Padova: Cedam, 1956, pp. 384, 385 e 421.



Dos conceitos apresentados é possível vislumbrar a reiterada relação da responsabilidade internacional com o cometimento de um ato ou fato ilícito contra uma norma jurídica ou obrigação internacional, o qual afetaria outro Estado. Contudo, mister ressaltar que a doutrina aponta a possibilidade de responsabilização por ato lícito do Estado, ou seja, sem óbice pelo Direito Internacional, mas que tenha consequências desastrosas para outro Estado, que foi denominado pela CDI como “*International liability for injurious acts not prohibited by international law*” (Responsabilidade internacional dos estados por danos causados por atos não proibidos pelo direito internacional), entendendo-o como um alargamento de domínio da responsabilidade: a responsabilidade por risco ou responsabilidade objetiva.

Nesse sentido, leciona Soares²⁶:

O dever de reparar um dano, na atualidade, pode emergir tanto da violação de um a obrigação internacional (portanto, aqueles atos proibidos pelo Direito Internacional, ou seja, ilícitos internacionais), quanto de um ato perfeitamente lícito, porém de consequências.

2.3 TEORIAS OBJETIVA E SUBJETIVA NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

A Responsabilidade objetiva ao invés de ter o elemento culpa como requisito fundamental de dever de reparação, apresenta como tal a previsibilidade da ocorrência do dano, ou seja, o Estado que, através de sua atividade legal, e prevendo que a mesma possa vir a ocasionar prejuízos ao meio ambiente, cria o risco de produzir o dano, tem a obrigação de repará-lo, mesmo ausente a culpa. Também conhecida como teoria do risco integral, traz como consequência ao poluidor o dever de indenizar ainda que a atividade causadora do dano ao meio ambiente seja lícita, permitida pelo poder competente e satisfazendo os requisitos técnicos para o seu exercício²⁷.

Soares²⁸ fazendo uma diferenciação entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, afirma:

[...] a responsabilidade subjetiva repousa na descrição de uma obrigação expressamente criada por uma norma (como se disse, constante em uma proibição), para em seguida estabelecer as obrigações de reparar, no caso de

²⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 712.

²⁷ Correlacionando com o tema soberania estatal, Soares (2003, p. 725) explana: “À medida que se verifica uma tendência de abandonar o conceito de ser este um sistema rígido de normas proibitivas, construído sobre a noção absoluta da soberania dos Estados, que tudo podem fazer, exceto o que encontra expressamente vedado pela norma internacional, e sua substituição pela concepção de ser ele um sistema de normas mandamentais sopesadas no princípio de um dever de cooperação, a responsabilidade tem apresentado a tendência de inserir em sua base de que há, igualmente, atos não proibidos pelo Direito Internacional, que também dão causa a uma obrigação de reparar um dano”. Tal lição consubstancia o entendimento que a soberania estatal não é absoluta.

²⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 726.



violação daquela; no segundo caso, a responsabilidade objetiva, a ênfase é dada à ocorrência de um dano (este expressamente definido em uma norma escrita) pouco importando se oriundo de um ato lícito ou ilícito, dano esse que origina a obrigação de reparar. Assim, no primeiro acaso, o ponto de partida para a configuração da responsabilidade seria a existência, a priori, de uma obrigação de conteúdo variado, enquanto, no segundo, o que se postula é uma definição jurídica dos efeitos danosos inerentes a um acontecimento, sem haver necessidade de perquirir a licitude do ato gerador do mesmo.

Destaca-se que, a teoria subjetiva e a objetiva possuem em comum a necessidade da existência de uma norma jurídica que institui a responsabilidade internacional, pois do contrário não se poderia postular a existência de uma verdadeira obrigação jurídica de reparar²⁹. O fato indica que estas duas teorias se engajam através da normatização e tipificação de tais atos considerados danosas ao meio ambiente.

No que tange ao aspecto jurisprudencial, cumpre ressaltar que, ao longo de toda essa trajetória na regulamentação da responsabilidade internacional dos Estados pelos danos ambientais, verifica-se que:³⁰

[...] inexistem precedentes judiciais, ou arbitrais até o momento, seja nas relações interestatais, seja nas relações entre pessoas de direito interno, que tenham solucionado questões de danos, em aplicação do sistema de responsabilidade internacional por risco³¹.

2.4 MUDANÇA DE PARADIGMA NA RESPONSABILIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

Não obstante a ausência de decisões voltadas a sua aplicação, Guiter³² afirma que “modernamente se vem entendendo é que a responsabilidade do Estado, internacionalmente, é objetiva”.

²⁹ OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Direito Ambiental Internacional: o papel da soft law em sua efetivação**. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2007, p. 122.

³⁰ Salienta-se que Soares (2003, p.207) entende que jurisprudência internacional “[...] é representada por precedentes da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI) e de sua sucessora, a atual Corte Internacional de Justiça (CIJ) órgão judiciário da ONU, como os únicos tribunais judiciais com competência geral e jurisdição universal até hoje instituídos”.

³¹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 889.

³² GUTIER, M. S. **Introdução ao Direito Internacional Público**. Uberaba, MG, 2011, p. 38. Disponível em: <http://muriellogutier.com.br/wpcontent/uploads/2012/02/INTRODU%C3%87%C3%83OAO-DIREITO-INTERNACIONAL-MURILLO-SAPIA-GUTIER.pdf>> Acesso em: 25 de jul. de 2016.



Consubstanciando o ora afirmado, enfatiza-se as palavras de Reis³³: “A jurisprudência internacional no que toca à responsabilidade internacional firmou-se a partir da culpa e caminha para sua exclusão, mesmo quando não se trata de atividades de risco”.

Aplicando-a no âmbito do direito ambiental, Steigleder³⁴ elenca três situações em que o Estado deve ser responsabilizado objetivamente pela reparação de danos ambientais: a) quando o dano decorrer diretamente da ação de agentes públicos, como nos casos em que for provocado pelo uso da força estatal; b) em se tratando de omissão pública no dever de fiscalizar o agente privado causador do dano ambiental; c) em virtude de omissão ou culpa no dever de agir do próprio Estado, quando, por exemplo, se tratar de empreendimentos executados diretamente pelo Poder Público. Praticamente todos os casos em que há poluição transfronteiriça decorrem de alguma dessas circunstâncias.

Discorrendo sobre o tema, Leite e Ayala³⁵ asseveram que, estando todas as atividades de risco ambiental controladas pelo Estado, esse deve responder solidariamente pelos danos a terceiros, embora não se possa “*adotar irrestritamente a regra da solidariedade*”, pois, do contrário, estar-se-ia transferindo o ônus para toda a sociedade.

Em se tratando dos sujeitos da responsabilidade internacional:

[...] seja em sua configuração de responsabilidade por culpa, seja na responsabilidade por risco, aplica-se nas três hipóteses: (a) nas relações entre Estados entendidos como pessoas de Direito Internacional; (b) nas relações entre particulares, nacionais ou estrangeiros e o Estado em atividade como se fosse uma pessoa de direito privado interno; (c) nas relações entre um Estado, enquanto poderes públicos locais e particulares, estrangeiros ou domiciliado alhures. Não seria, portanto, a presença do Estado na relação jurídica decorrente de um dano ao meio ambiente ou da violação de uma norma de proteção ambiental que iria determinar a aplicação do sistema da responsabilidade por culpa³⁶.

Estabelecendo-se ponte entre a responsabilização no plano internacional e a esfera ambiental, conclui-se que aquela ajudará a trazer paz nas relações entre Estados, de forma a induzir a um maior rigor na repressão dos atos prejudiciais ao ambiente, sobre nos casos em que a consequência desses atos afetar nações estrangeiras. Sem a responsabilidade internacional, os potenciais causadores da poluição transfronteiriça afastam a perspectiva de terem de pagar a reparação ou a compensação dos danos que causaram.

³³ REIS, Alessandra Nogueira, **Responsabilidade internacional do Estado por dano ambiental**, Jornal Carta Forense, 2010.

³⁴ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2011, p. 193.

³⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 196.

³⁶ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 891.



3 CASUÍSTICA NA RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

É sabido que as questões que versam sobre direito internacional ambiental abrangem um caráter multidisciplinar, tornando-se assim, questões complexas e de difícil resolução, exigindo do julgador um vasto conhecimento sobre as diversas disciplinas e sobre normas internas e internacionais, sobretudo a jurisprudência internacional.

Em casos que envolvem poluição transfronteiriça, por exemplo, essa situação torna-se mais complexa, seja pela dificuldade de reconhecer o culpado, seja para ficar o real alcance desse dano a as áreas afetadas, ou para identificar o responsável e estabelecer-lhe uma sanção.

Existem, na jurisprudência internacional, diversos casos que versam sobre desastres ocasionadores de danos ambientais transfronteiriços. Apresenta-se a seguir algumas situações em que esse conflito em matéria do direito ambiental internacional se faz presente. Como bem colocado por Soares³⁷:

Um relato sucinto de acidentes ou desastre, que apresentam certa importância nas relações internacionais referentes ao meio ambiente, tem efeito de ou bem relevar a existência de uma norma de proteção ao meio ambiente, cuja violação se comprova, ou bem colocar a necessidade de sua elaboração, em particular, com vistas aos aspectos preventivos.

Abordam-se casos em que essa segunda situação trazida pelo autor se faz presente, ou seja, desastres que fizeram com que a comunidade internacional percebesse que era hora de agir na elaboração de um conjunto de normas com o objetivo de proteger o meio ambiente global. Podemos considerá-los acontecimentos que marcaram a história do Direito Internacional Ambiental e que, infelizmente, só após desses acontecimentos é que o mundo compreendeu que o direito precisava atuar com urgência na preservação do planeta.

3.1 CASO TRAIL SMELTER

Tido como paradigma na consagração internacional da responsabilidade por danos ambientais transfronteiriços, o caso *Trail Smelter* iniciou-se com uma queixa oferecida pelo Governo dos Estados Unidos contra o Governo do Canadá.

A *Consolidated Mining e Smelting Company* (Consolidado de Mineração e Fundição do Canadá – COMINCO), empresa canadense especializada no ramo de zinco e chumbo, localizada na cidade de Trail, na Colúmbia Britânica, foi acusada de lançar uma quantidade considerável de partículas sólidas e

³⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 685.



de gases sulfurados à atmosfera, que atravessam a fronteira dos Estados Unidos, trazendo efeitos nocivos ao território americano, mais precisamente ao Estado de Washington³⁸. Teve início o fenômeno das chuvas ácidas, bem como os compostos derivados de ácido sulfúrico se apresentavam em grande quantidade, gerando grandes prejuízos às pessoas, animais e plantações.

Visando solucionar tal questão, os tribunais norte-americanos, bem como decisões oriundas de acordos bilaterais privados, impuseram diversas indenizações a serem pagas pela empresa de fundição. Acontece que, em 1927, após o agravamento do caso, o Governo Federal dos Estados Unidos resolve apresentar uma reclamação direta ao Canadá.

Restando infrutíferas as tentativas de conciliação entre os países, resolveu-se por celebrar uma convenção com o objetivo de discutir as controversas existentes. Esta, foi assinada em 15 de abril de 1935, na cidade de Ottawa, Canadá, e em seu texto determinava a criação do Tribunal Arbitral, a qual teria como sede a cidade de Washington. Pelos termos do compromisso arbitral, além do pedido de pagamento de indenização, a ser pago pelo Estado do Canadá em se comprovando a sua responsabilização pelos prejuízos, o documento também discorria sobre as normas relativas a futuras consequências do comportamento da fundição, bem como medidas a seguidas pela empresa. Ademais, ficou estabelecido o compromisso dos árbitros de fundamentarem suas *decisuns* não somente nas normas e práticas internacionais, mas também nos julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em 11 de março de 1941 foi proferida a sentença final pelo Tribunal Arbitral declarando ser o Canadá responsável pelos danos causados pela empresa de fundição, esclarecendo que tal Estado tinha a obrigação de proteger os outros Estados contra atos danosos praticados por indivíduos submetidos a sua jurisdição³⁹. Na sentença arbitral⁴⁰ o Tribunal estabeleceu que:

*Under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing injury.*⁴¹

³⁸ Cumpre destacar que, desde 1896, ano de sua criação, a empresa COMINCO era responsável essa poluição transfronteiriça. Contudo, após 1927, a emissão de poluentes na atmosfera aumentou em decorrência da instalação de duas chaminés na fundição com mais de cento e vinte e quatro metros de altura. Em 1930 a fundição chegou ao ponto de exalar, diariamente, cerca de seiscentas a setecentas toneladas de dióxido de enxofre no ar. HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELEKE, Durwood. **International Environmental Law and Policy**. 4 ed. New York: Foundation Press, 2011, p. 509.

³⁹ O tribunal arbitral determinou que a empresa COMINCO implantasse medidas de controle ambiental para as suas operações com o objetivo de evitar novos danos, o que custou à Companhia, na época, cerca de vinte milhões de dólares em gastos com medidas preventivas. HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELEKE, Durwood. **International Environmental Law and Policy**. 4 ed. New York: Foundation Press, 2011, p. 514/515.

⁴⁰ REPORT OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS RECUEIL SENTENCES ARBITRALES, **case Trail Smelter (United State, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941**. V. III pp. 1905-1982.

⁴¹ Tradução do Autor: “De acordo com os princípios do direito internacional, bem com os direito do Estados Unidos, nenhum Estado tem o direito de usar o seu território ou de permitir o seu uso de maneira tal que emanações provoquem danos no território de outro Estado ou nas propriedades de pessoas que aí se encontrem, tratando-se de consequências sérias e caso os danos sejam objeto de provas claras e convincentes”.



Em vista disto, a sentença do tribunal arbitral que julgou o caso da Fundação *Trail* é frequentemente citada para sustentar a tese de que princípios gerais de direito internacional impõem obrigações aos Estados para prevenir a ocorrência de poluição transfronteiriça⁴². A decisão, destarte, foi um marco para o próprio direito internacional do meio ambiente, sendo um importante precedente para o desenvolvimento do princípio da soberania territorial limitada, essencial para a determinação da proteção ambiental transfronteiriça⁴³.

A decisão também enfatiza a obrigação estatal de velar pela realização de atividades que causem poluição, mesmo que essas atividades sejam de iniciativa privada. Ademais, esse laudo arbitral reconhece implicitamente que o problema de poluição transfronteiriça não pode ser resolvido exclusivamente pelas normas de um Estado específico, mas sim, deve ter como base as normas do Direito Internacional.

Avulta-se que o precedente firmado pela arbitragem do caso *Trail Smelter* é considerado por doutrinadores como, por exemplo, Alexandre Kiss, Geraldo Eulálio Silva e Guido Soares, dentre outros; como o caso mais importante para a questão transfronteiriça.

KISS⁴⁴ deixa bem claro que:

[...] difícilmente podría no insistirse demasiado sobre la importancia del caso del Trail Smelter, ya que para comenzar el acuerdo de arbitraje es en sí de gran relevancia, en la medida en que ya se consagra en el instrumento mismo la responsabilidad del Estado por actos de contaminación cuyo origen se encuentra dentro de su propio territorio, ocasionado daños en el territorio de terceros Estados, porque además es prueba de la insuficiencia de la técnica de la responsabilidad para solucionar el diferendo, necesitando ser más allá, esto es, hacia una reglamentación común y cooperación entre los Estados interesados.

O caso *Trail Smelter* foi um dos primeiros conflitos internacionais envolvendo a questão ambiental⁴⁵. Foi a partir deste que se deu início a um processo de “pressão internacional” a fim de codificar princípios e normas internacionais visando à proteção do meio ambiente global. Os Estados começaram a compreender e dar mais ênfase ao tratamento das questões ambientais, percebendo que

⁴² SANDS, Ph. Principles of international environmental law. Manchester: University Press, 1995. v. 1, p 318.

⁴³ BEYERLIN, Ulrich. *et al. Garantir a conformidade com Acordos Ambientais Multilaterais: Um diálogo entre os profissionais e Academia* (Martinus Nijhoff, 2.006), pp 319 -352.

⁴⁴ KISS, Alexandre. Direito Internacional do Ambiente. IN: *Textos do Centro de Estudos Judiciários, Ambiente e Consumo*. Tradução de Maria Gabriela de Bragança. v. I. 8. ed. Lisboa: DIRAMB, 1996

⁴⁵ Infelizmente a fundição canadense continua a causar sérios prejuízos ambientais. Em 1995 a fundição em Trail estava inserida na lista dos maiores poluidores da Columbia Britânica e outra preocupação passou a ser destacada: a emissão de chumbo na atmosfera acima dos limites legais, a qual foi relacionada com as altas concentrações de chumbo no sangue testado de crianças que moravam em Trail ou nos seus arredores. Apesar dos esforços da fundição para reduzir as emissões tóxicas, a concentração de chumbo no sangue das crianças da região continua alta e outros impactos são apontados como decorrentes de sua conduta poluente, tais como permanente perda de níveis de QI e contaminação nos solos, lagos, rios e poluição sonora, propiciando a criação, em Trail, de um comitê de saúde e meio ambiente para acompanhar o problema (The Trail Health & Environment Program, 1999).



não era necessário apenas a elaboração de normas que assegurassem a reparação dos danos efetivamente causados, mas que mister se fazia a elaboração de regras que dificultassem a realização de atividades nocivas ao meio ambiente.

3.2 CASO LANOUX

Trata-se de um compromisso arbitral firmado em 19 de novembro de 1956, em Madri, entre os governos da Espanha e da França, que acordaram em submeter a um tribunal de arbitragem a interpretação do Tratado de *Bayonne* e suas atas adicionais, assinado em maio de 1866, versando sobre a utilização das águas do lago *Lanoux*⁴⁶.

Precisamente, discutiu-se na lide sobre a possibilidade de a França utilizar águas do lago em obras localizadas em território francês sem que com isso a qualidade e quantidade da água que passaria a ser recebida em território espanhol fossem afetadas.

A questão posta à apreciação do tribunal arbitral não versava diretamente sobre a ocorrência de poluição transfronteiriça, conforme a informação de Souza⁴⁷, contudo, a sentença acabou por abordar essa temática.

Em 16 de novembro de 1957, foi proferida a decisão pelo tribunal arbitral. O laudo exarado foi desfavorável à Espanha, em virtude de que, na opinião do tribunal, o projeto de utilização das águas do lago *Lanoux* não violava nenhum dispositivo do tratado de *Bayonne*, nem das atas adicionais do mesmo pacto.

Todavia, o tribunal tangenciou sobre a questão de uma eventual poluição transfronteiriça em sua sentença⁴⁸:

*On aurait pu soutenir que les travaux avaient pour conséquence une pollution définitive des eaux du Carol, ou que les eaux restituées auraient une composition chimique ou une température, ou telle autre caractéristique pouvant porter préjudice aux intérêts espagnols. L'Espagne aurait alors pu prétendre qu'il était porté atteinte à ses droits. Ni le dossier, ni les débats de cette affaire ne portent la trace d'une telle allégation*⁴⁹.

⁴⁶ O lago *Lanoux* está situado na parte sul dos Pirineus, em território francês, e suas águas correm pelo afluente de *Font-Vive*, que constitui uma das nascentes do rio Carol, o qual flui da fronteira da França para a Espanha.

⁴⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 16.

⁴⁸ REPORT OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS RECUEIL SENTENCES ARBITRALES, case Affaire du lac Lanoux (Espagne, France), 16 November 1957. Volume XII pp. 218-317.

⁴⁹ Tradução do Autor: “Se poderia alegar que os trabalhos poderiam provocar uma poluição definitiva nas águas do rio Carol, ou que as águas restituídas tivessem uma composição química ou uma temperatura ou outra característica que pudessem prejudicar os interesses espanhóis. Em tal caso, a Espanha poderia alegar que seus direitos foram atingidos. Nem a documentação, nem os debates a respeito contêm qualquer alegação em tal sentido”.



Com essa observação realizada pelo tribunal arbitral é perceptível a preocupação, despertada no caso *Trail Smelter*, de se desenvolver atividades assegurando que estas não causem dano ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

3.3 CASO CORFU

No conhecido caso sobre o canal de Corfu, levado perante a Corte Internacional de Justiça, a Grã-Bretanha invocava a responsabilidade internacional da República da Albânia pelos danos causados nos dias 22 de outubro de 1946 a navios britânicos pela existência de um campo de minas em águas territoriais albanesas.

Na referida data, alguns navios de guerra britânicos receberam instruções de cruzar o canal de Corfu, situado entre a ilha de Corfu e a costa da Albânia. Ocorre que o canal estava minado e, na passagem, dois navios britânicos foram perdidos e tripulantes foram mortos. A Corte Internacional de Justiça decidiu que a Albânia violou o direito internacional ao não informar a Grã-Bretanha sobre a presença de minas no canal.

O acórdão emitido Tribunal no caso Corfu confirmou o princípio formulado pelos árbitros no caso *Trail Smelter*, o qual dispõe, reiterasse, que “nenhum Estado pode utilizar o seu território para cometer atos contrários aos direitos de outros Estados”, princípio acolhido pelo Direito Internacional.

3.4 CASO USINAS DE CELULOSE NO RIO URUGUAI

Este caso retrata a discussão entre os Estados do Uruguai e Argentina sobre a implantação de fabricas de pasta de celulose na região de Fray Bentos, próximas às margens do rio Uruguai, localizado na fronteira com a Argentina. Existe entre os Estados um tratado assinado em 1975, na cidade Uruguia de Salto, Estatuto do Rio Uruguai, ou Estatuto de 1975 que estabelece os procedimentos necessários para o uso racional da parte do rio que faz fronteira conjunta. A controvérsia se deu em virtude de o Uruguai ter tomado em decisão unilateral a implantação de fábricas de celulose, sem observar os procedimentos definidos no Estatuto, entre elas a notificação prévia a Argentina da autorização dada a empresa responsável pela instalação das fábricas, sendo que esta atitude viola preceitos estabelecidos no Estatuto de 1975. Em 04 de maio de 2006 a Argentina solicitou a instauração de processo contra o Uruguai por supostas violações ao Estatuto de 1975, em atenção aos artigos 1º e 7º, alegando também que essas usinas representavam uma ameaça ao rio e ao meio ambiente e provavelmente prejudicariam a qualidade da água e causariam danos transfronteiriços à Argentina.



Art. 1º — Las partes acuerdan el presente estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7º del Tratado de Límites en el Río Uruguay de 7 de abril de 1961, con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las partes.

Art. 7º — La parte que proyecte la construcción de nuevos canales, la modificación o alteración significativa de los ya existentes o la realización de cualesquiera otras obras de entidad suficiente para afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas, deberá comunicarlo a la Comisión, la cual determinará sumariamente, y en un plazo máximo de treinta días, si el proyecto puede producir perjuicio sensible a la otra parte.

A base legal para solicitar a intermediação da Corte Internacional está prevista no artigo 60 do Estatuto de 1975, que estabelece que qualquer controvérsia relativa à interpretação ou aplicação desse Estatuto que não seja resolvido de forma direta entre os envolvidos, poderá ser submetida por qualquer das partes à Corte Internacional.

Art. 60. — Toda controversia acerca de la interpretación o aplicación del tratado y del estatuto que no pudiere solucionarse por negociaciones directas, podrá ser sometida, por cualquiera de las partes, a la Corte Internacional de Justicia.

Em decorrência da reclamação feita pelo Estado Argentino o Uruguai entrou com uma reclamação junto ao Mercosul, dando início o mecanismo de solução de conflitos assim previsto no Protocolo de Olivos⁵⁰.

O pleito realizado pelo Uruguai era totalmente independente daquela que chegou à Corte Internacional. A reclamação do Uruguai se baseou no fato da omissão por parte da Argentina em não coibir a presença de habitantes e ambientalistas de Gualeguaychú, entre as cidade vizinhas de Paysandú, no Uruguai, e Colón, na Argentina, e de Fray Bentos, no Uruguai, e Gualeguaychú, na Argentina, segundo o Uruguai o Estado Argentino teria se omitido em liberar a circulação das vias para o tráfego de bens e serviços dentro do bloco, como forma de protesto pela instalação das usinas. A Argentina por sua vez defendia a tese que existiam outras vias de ligação entre os dois países, garantindo assim a compatibilidade com o ordenamento do Mercosul.

⁵⁰ HICKMANN, Marcos Homrich. **A Corte Internacional de Justiça e a interação do direito ambiental com a responsabilidade internacional nos casos Gabcíovo-Nagymaros (Hungria x Eslováquia) e Usinas de celulose (Argentina x Uruguai)**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 20.



Os argumentos do Estado Argentino junto a Corte era para que o Uruguai reconhecesse a violação do princípio do prior notification ao não informar a Comissão Administrativa do Rio Uruguai, - CARU – e nem ao Estado Argentino sobre as empresas de celulose⁵¹.

A decisão proferida em 2010, a corte decidiu que o Uruguai violou o dever processual de notificar, informar e negociar, portanto, violado também o princípio da prevenção. A Corte frisou que os Estados envolvidos deveriam manter a cooperação por meio do CARU e possibilitar que se desenvolva os meios necessários para promover a utilização equitativa do rio, protegendo o meio ambiente. O Uruguai, ao não informar a CARU dos trabalhos planejados antes da emissão das autorizações ambientais iniciais para cada uma das usinas e para o terminal portuário adjacente à usina de Orion (Botnia), não cumpriu a obrigação imposta pelo artigo 7º do Estatuto de 1975. A decisão da Corte se utilizou de diversos princípios norteadores do Direito Internacional Ambiental, tais como a da boa administração, boa-fé, prevenção, precaução, notificação e cooperação, reforçou que é “obrigação de todos os Estados não permitir conscientemente que seu território seja usado para atos contrários aos direitos de outros Estados”⁵². O tribunal estabeleceu que esta obrigação agora faz parte do corpus de direito internacional relativo ao meio ambiente⁵³. Portanto, observando o princípio do pacta sunt servanda, a Corte assim definiu que ambos os Estados têm o dever legal de cooperação, observando o Estatuto, através da Comissão Administrativa do Rio Uruguai, proporcionando uma utilização do rio de forma responsável, sustentável e proporcionando a proteção do meio ambiente.

3.5 CASO CANDIOTA

O referido caso teve origem a partir da denúncia do problema por parte de atores políticos e *stakeholders*⁵⁴ locais no Uruguai, que pressionaram o governo para que negociasse com o Brasil. De acordo com esses atores, existia uma situação de poluição transfronteiriça, que estava causando uma série de danos aos departamentos uruguaios de *Cerro Largo* e *Treinta y Tres*, na fronteira com o estado brasileiro do Rio Grande do Sul. Pontualmente, alegou-se que a chuva ácida que precipitava no noroeste uruguaio, diminuindo a produção agropecuária local, tinha como fonte a Usina Termelétrica Presidente Médici (UTPM), localizada em território gaúcho, mas muito próximo à fronteira com o Uruguai.

⁵¹ NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O Caso das papeleras na Corte Internacional de Justiça: o reconhecimento dos princípios de Direito Ambiental Internacional**, 2012. Disponível em < http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7649_7663.pdf> Acesso em 15 abr.2018.

⁵² (Corfu Channel (Reino Unido x Albânia), Merits, Judgement ICJ Reports 1949, p22), in O Brasil e o direito do mar no século XXI – Relatório aos tomadores de decisão do país. CEMBRA, E-book.

⁵³ (Opinião consultiva do TJI 1996 (I), p. 242, par. 29), in O Brasil e o direito do mar no século XXI – Relatório aos tomadores de decisão do país. CEMBRA, E-book.

⁵⁴ Stakeholder é qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou ser afetado pelas atividades e pelos objetivos da organização (FREEMAN; REED, 1983, p. 55), in O Brasil e o direito do mar no século XXI – Relatório aos tomadores de decisão do país. CEMBRA, E-book.



A partir da preocupação da população de Cerro Largo, no Uruguai, os governos dos dois países interessaram-se em resolver o problema de forma conjunta. Com esse objetivo, foi assinada a Ata de Jaguarão, que previa a realização de um monitoramento conjunto promovido por ambos os governos para determinar a existência de poluição e chuva ácida na região. Posteriormente, assinou-se um Tratado de Cooperação Ambiental Bilateral, denominado Declaração de Canela, estabelecendo princípios comuns em matéria de meio ambiente e desenvolvimento entre Brasil e Uruguai, voltado para o estudo de possível contaminação transfronteiriça, decorrente do complexo industrial de Candiota. Áreas da região foram estabelecidas para servirem de amostragem, onde organismos públicos participariam da investigação, e também órgãos municipais envolvidos na questão.

Os acordos assinados foram implementados a partir de 1992 pela Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luís Roessler do Estado do Rio Grande do Sul (FEPAM), órgão ambiental do Rio Grande do Sul, e pela Direção Nacional do Meio Ambiente no Uruguai (DINAMA). Participaram das reuniões e do processo representantes dos Ministérios das Relações Exteriores do Brasil e do Uruguai, bem como da Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE), empresa pública estadual e então proprietária da Usina de Candiota.

Os pontos acertados decorrentes dos acordos implementados a partir de 1992 de um programa de monitoramento atmosférico e de avaliação, a capacitação técnica de pessoal da (DINAMA) e da Intendência Municipal de Cerro Lago, realizada por técnicos da FEPAM, firmado convênio par instalação das estações de monitoramento sob supervisão da DINAMA.

3.6 CASO EQUADOR VS COLÔMBIA (PULVERIZAÇÃO DE HERBICIDA)

Esta controvérsia submetida à Corte Internacional de Justiça se dá em função da reclamação ajuizada pelo Equador de que o Estado da Colômbia estaria pulverizando herbicidas tóxicos próximo à zona de fronteira comum entre os dois países. Esta conduta, segundo o país estaria causando danos ao meio ambiente natural, às pessoas, além de causar danos às lavouras e aos animais locais.

O pedido de instauração de processo ocorreu no dia 31 de março de 2008, tendo o Equador sustentado que o ingresso do feito ocorreu após "esforços repetidos e sustentados para negociar o fim das fumigações", mas que "essas negociações não tiveram êxito". Foi invocado como base para a jurisdição da Corte, o Artigo XXXI do Pacto de Bogotá, de 30 de abril de 1948, do qual ambos os Estados eram signatários, que assim aduz:

Art. 31. De conformidade com o inciso 2º do artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, as altas partes contratantes declaram que reconhecem, com relação a qualquer outro Estado Americano, como obrigatória, *IPSO FACTO*, sem necessidade de nenhum convênio especial,



desde que esteja em vigor o presente tratado, a jurisdição da citada Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que surjam entre elas e que verssem sobre:

- a) a interpretação de um Tratado;
- b) qualquer questão do Direito Internacional;
- c) a existência de qualquer fato que, se comprovado, constitua violação de uma obrigação internacional; ou
- d) a natureza ou extensão da reparação a ser feita em virtude do desrespeito a uma obrigação internacional.

Também norteou o pedido do Equador o artigo 32 da Convenção das Nações Unidas de 1988 contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

Entre os pedidos constantes no memorial, volume I, o Equador busca uma declaração da corte de violações pela Colômbia de obrigações legais internacionais. Requer também uma ordem de abstenção pela Colômbia de repetir as ações ilegais outrora praticadas. Por fim, sustenta que uma declaração de ilegalidade e uma ordem de não repetição não seriam suficientes para corrigir os danos sofridos, sendo necessária reparação para tanto. Neste contexto, colaciona decisão do PCIJ no caso fábrica de Chorzów⁵⁵, “a reparação deve, na medida do possível, eliminar todas as conseqüências do ato ilegal e restabelecer a situação que, em todos os probabilidade, existissem se esse ato não tivesse sido cometido”.

Ao seu turno, em seu Contra-memorial⁵⁶, a Colômbia asseverou, dentre outros, que a substância utilizada no processo de fumigação, qual seja, Glifosato era incapaz de causar a maioria dos danos, em particular a seres humanos e animais, alegados pelo Equador. Neste contexto, corroborando, trouxe estudos realizados sob os auspícios da Agência Interamericana Comissão de Controle do Abuso de Drogas (CICAD), órgão da OEA com sede em Washington. Conforme o primeiro desses estudos⁵⁷:

The risk assessment concluded that glyphosate and Cosmo-Flux® as used in the eradication program in Colombia did not present a significant risk to human health. Estimated acute worst-case exposures in humans via all routes were less than doses of concern, even for chronic responses. In the entire cycle of coca and poppy production and eradication, human health risks associated with physical injury during clear-cutting and burning and the use of pesticides for protection of the illicit crops were judged to be more important than those from exposure to glyphosate. For the environment, risks from the use of

⁵⁵ CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, **case concerning the factory at Chorzów (Jurisdiction), sentença de 26 de jul. de 1927**, P.C.I.J. Series A, n. 9, p. 21, e Corte Permanente de Justiça Internacional, **case concerning the factory at Chorzów (Merits)**, julgamento de 13 de Set. de 1928, P.C.I.J. Series A, n. 17, p. 29.

⁵⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **case concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)**

⁵⁷ Anexo 116: CICAD, K.R. Solomon, A. Anadon, A.L. Cerdeira, J. Marshall & L-H. Sanin, “Avaliação da Saúde Ambiental e Humana de Programa de Pulverização Aérea para Controle de Coca e Papoila na Colômbia”, OEA, Washington, D.C., 31 de março de 2005, p. 11 (doravante denominada CICAD I).



*glyphosate and CosmoFlux® to terrestrial animals were judged to be small to negligible.*⁵⁸

Já o segundo conjunto de estudos (CICAD II)⁵⁹, publicado em 2009, concluiu que:

*Overall, the risks to sensitive wildlife and human health from the use of glyphosate in the control of coca (and poppy) production in Colombia are small to negligible, especially when compared to the risks to wildlife and humans that result from the entire process of the production of cocaine (and heroin) in Colombia.*⁶⁰

Em 24 de junho de 2010, a República do Equador manifestou o desejo de responder aos contra-memorais protocolados pela Colômbia. Ouvida à outra parte, e, considerando a necessidade de uma resposta pelo demandante e uma tréplica pelo demandado, o Tribunal Internacional de Justiça fixou os prazos de 31 de janeiro de 2011 para a resposta da República do Equador e 1 de dezembro de 2011 para a tréplica da República da Colômbia.

Em 13 de setembro de 2013 o processo foi encerrado por meio de carta protocolado pela República do Equador na secretaria do Tribunal, em 12 de setembro de 2013, por meio da qual informou que as partes chegaram a um acordo, firmado em 9 de setembro de 2013. Este acordo, dentre outros pontos, estabeleceu uma zona de exclusão, onde a Colômbia não mais realizaria operações de pulverização aérea, criou uma Comissão Mista para garantir que as operações de pulverização de herbicidas fora dessa zona não fossem levadas a efeito no Equador enquanto não fossem estabelecidos mecanismos para redução gradual ao longo da referida zona. Desta forma, o acordo estabeleceu parâmetros operacionais do programa de pulverização da Colômbia, e, estabeleceu trocas contínuas de informações entre os dois governos nesse sentido, além de estabelecer um mecanismo de solução de controvérsias.

3.7 CASO HUNGRIA VS ESLOVAQUIA

⁵⁸ Tradução do Autor: “No geral, os riscos para vida selvagem e saúde humana de o uso de glifosato no controle de coca (e papoula) produção na Colômbia são pequenas insignificante, especialmente quando em comparação com os riscos para a vida selvagem e humanos que resultam da todo o processo de produção de cocaína (e heroína) em Colômbia.”

⁵⁹ Anexo 131-A, CICAD II: K.R. Solomon, E.J.P. Marshall & G. Carrasquilla, “Saúde humana e riscos ambientais decorrentes do uso de Formulações de glifosato para controlar a produção de coca na Colômbia: Overview and Conclusions”, no Journal of Toxicology and Environmental Health, Parte A, 72: 914-920, 2009, p. 919. O conjunto de 9 artigos publicados em este periódico será denominado coletivamente CICAD II (Anexo 131, Anexo 131-A ao anexo 131-I).

⁶⁰ Tradução do Autor: “No geral, os riscos para vida selvagem e saúde humana de o uso de glifosato no controle de coca (e papoula) produção na Colômbia são pequenas insignificante, especialmente quando em comparação com os riscos para a vida selvagem e humanos que resultam da todo o processo de produção de cocaína (e heroína) em Clômbia.”



A controvérsia surge a respeito da execução de um Tratado firmado entre a Hungria e a República Socialista Tchecoslovaca. Cuida-se do Tratado de Budapeste que previa a construção da barragem de Gabčíkovo-Nagymaros, que tinha por objetivo o benefício mútuo dos dois países, prevendo incremento na geração de energia elétrica, através da instalação de hidrelétricas, controle de inundações e melhoria da navegabilidade no Rio Danúbio⁶¹.

Ocorre que, após críticas internas, o governo húngaro houve por bem suspender os trabalhos em Nagymaros, e, posteriormente em Dunakiliti, até que estudos de viabilidade técnica fossem concluídos. Estes estudos, segundo o governo daquele país, apontaram riscos graves para o ambiente e risco para o abastecimento de água em Budapeste. Diante disso, a Hungria resolveu, em 21.07.1989, suspender, e, posteriormente, em 27.10.1989, abandonar o Tratado.

Os dois países empreenderam negociações, tendo a Tchecoslováquia, negado as alegações feitas pela Hungria. Aquele país, neste ínterim, procurou soluções alternativas para o impasse. Em 23 de julho de 1991 o governo tchecoslovaco começou a construção do projeto Gabbcikovo, viabilizado pela solução provisória “Variante C”.

Sem acordo e insatisfeita, a Hungria houve por bem encerrar o Tratado de 1977, em 25 de maio de 1992. Em outubro do mesmo ano, a Tchecoslováquia iniciou os trabalhos para o fechamento do Rio Danúbio e sua barragem.

Em 2 de julho de 1993 os Estados da República da Hungria e da Republica da Eslovaquia ingressaram conjuntamente perante o Tribunal Internacional de Justiça, após firmarem um Acordo Especial, nos termos do art 40 do Estatuto da Corte, para que o Tribunal apreciasse os seguintes pontos: (a) se a República da Hungria tinha o direito de suspender e posteriormente abandonar, em 1989, os trabalhos do projeto Nagymaros e a parte do projeto Gabčíkovo pela qual o Tratado atribuiu responsabilidade à República da Hungria; (b) se a República Federal da República Tcheca e Eslovaca estava autorizada a proceder, em novembro de 1991, à “solução provisória” e a pôr em operação a partir de outubro de 1992 esse sistema (represamento do Danúbio no quilômetro do rio 1.851,7 no território da Checoslováquia e as consequências resultantes para o curso de água e navegação); e (c) Quais foram os efeitos jurídicos da notificação, em 19 de maio de 1992, do término do Tratado pela República da Hungria. Solicitou-se também à Corte que determinasse as consequências legais, incluindo os direitos e obrigações para as Partes, decorrentes de sua Sentença sobre as questões acima mencionadas⁶².

Ao tratar do caso, o Tribunal constatou que, em relação ao item “a”, a Hungria não tinha o direito de suspender e abandonar posteriormente sua parte nas obras do projeto da barragem, devendo cumprir o estabelecido no tratado de 1977. Ao tratar do item “b”, a corte estabeleceu que a Tchecoslováquia possuía o direito de iniciar a preparação provisória em 1991(Variante “C”), mas não de

⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Projeto Gabčíkovo-Nagymaros”(Hungria x Eslováquia), acórdão de 25.09.1997

⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Projeto Gabčíkovo-Nagymaros”(Hungria x Eslováquia), acórdão de 25.09.1997**. Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgment



colocá-la em operação em outubro de 1992. Ao analisar o item “C”, o Tribunal entendeu que a notificação de término do tratado de 1977, feito pela Hungria, em Maio de 1992, não o rescindiu legalmente. Por último, ademais, entendeu que a Eslováquia, como sucessora da Tchecoslováquia, teria se tornado parte do tratado.

Para os efeitos futuros, o Tribunal constatou que as partes deveriam negociar de boa fé e tomar as medidas necessárias para a consecução do Tratado. Além disso, salvo em acordo contrário, deveriam estabelecer um regime operacional conjunto para as barragens em conformidade com o estabelecido no Tratado de 1977. Por derradeiro, cada parte deveria compensar a outra pelos danos causados⁶².

Desta forma, a Corte Internacional se coloca de acordo que a convenção se tratava de *lex specialis*, firmada entre as partes, mas deixou assente que esta não poderia prevalecer frente a normas imperativas de direito internacional⁶³.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho foi possível conhecer como se deu a evolução histórica da responsabilização no âmbito do direito internacional ambiental, reafirmando sua natureza jurídica instrumental na solução de litígios internacionais envolvendo atos prejudiciais ao ambiente entre nações estrangeiras. A análise do tema na fonte jurisprudencial disponível e sob a ótica dos teóricos doutrinários permitiu verificar que, se inicialmente a responsabilidade internacional firmou-se a partir da culpa, portanto, no campo da responsabilidade subjetiva, agora caminha para sua exclusão, mesmo quando não se tratam de atividades de risco, isto é, para a responsabilidade objetiva.

A análise dos casos emblemáticos escolhidos a título de ilustração permitiu verificar que as decisões nos casos de responsabilização no direito internacional ambiental convergem para a consolidação do princípio da soberania territorial limitada, ou seja uma relativização da soberania dos Estados envolvidos em uma demanda no âmbito transfronteiriço, revelando a aplicabilidade das normas de direito de um Estado específico e das bases normativas do direito internacional.

Ademais, os casos aqui apresentados tiveram suas resoluções de três formas distintas: a arbitragem, o acordo, através de convenções e a jurisdição, nas demandas levadas a apreciação da Corte Internacional de Justiça. Desta forma, é perceptível também uma evolução na solução dos conflitos, buscando uma maior efetividade e celeridade no desfecho demanda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁶³ HICKMANN, Marcos Homrich. **A Corte Internacional de Justiça e a interação do direito ambiental com a responsabilidade internacional nos casos Gabcíkovo-Nagymaros (Hungria x Eslováquia) e Usinas de celulose (Argentina x Uruguai)**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p.77.



AGO, Roberto. Rencontres avec Anzilotti. In: European Journal of International Law. Florença, vol. 3, n. 1, 1992. p. 200-209. Traduzido para o português por Arno Dal Ri jr.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7 ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANZILOTTI, Dionisio. Scritti di Diritto Internazionale Pubblico. Tomo Primo. Padova: Cedam, 1956.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BECKER, Bertha. **Organização de um modelo sustentável para a Amazônia – a OTCA e o futuro da cooperação amazônica**. Fundação Alexandre Gusmão, FUNAG. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/>>. Acesso em: 04 de nov. de 2015.

BELTRÃO, Antônio F. G. **Curso de Direito Ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

BEYERLIN, Ulrich. et al. Garantir a conformidade com Acordos Ambientais Multilaterais: Um diálogo entre os profissionais e Academia (Martinus Nijhoff, 2006).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 02 de set. 1981, Seção 1.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Case concerning Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia). Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/138/17548.pdf>. Acesso em 02.08.2020.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Caso Fábricas de celulose no rio Uruguai (Argentina x Uruguai), Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/135>. Acesso em 05.08.2020

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Projeto Gabcíkovo-Nagymaros” (Hungria x Eslováquia), acórdão de 25.09.1997. Case concerning Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgment. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092-19970925-PRE-01-00-EN.pdf>. Acesso em 02.07.2020

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Projeto Gabcíkovo-Nagymaros” (Hungria x Eslováquia), acórdão de 25.09.1997. Case concerning Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgment. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/92/7377.pdf>. Acesso em 02.07.2020

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, Projeto Gabcíkovo-Nagymaros” (Hungria x Eslováquia), acórdão de 25.09.1997. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/92.2> Acesso em 02.07.2020

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUTIER, M. S. Introdução ao Direito Internacional Público. Uberaba, MG, 2011. Disponível em: <<http://murillogutier.com.br/wpcontent/uploads/2012/02/INTRODU%C3%87%C3%83OAO-DIREITO-INTERNACIONAL-MURILLO-SAPIA-GUTIER.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. de 2016.

HICKMANN, Marcos Homrich. **A Corte Internacional de Justiça e a interação do direito ambiental com a responsabilidade internacional nos casos Gabcíkovo-Nagymaros (Hungria x Eslováquia) e Usinas de celulose (Argentina x Uruguai)**. Dissertação



(Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

HUNTER, David; SALZMAN, James; ZAELKE, Durwood. **International Environmental Law and Policy**. 4 ed. New York: Foundation Press, 2011.

KEOHANE, Robert, **After Hegemony: Cooperation and Discord in the World Political Economy**. Princeton: Princeton University Press, 1984.

KISS, Alexandre. Direito Internacional do Ambiente. IN: Textos do Centro de Estudos Judiciários, Ambiente e Consumo. Tradução de Maria Gabriela de Bragança. v. I. 8. ed. Lisboa: DIRAMB, 1996.

KLAPHAKE, Axel; SCHEUMANN, Waltina. **The Convention on the Law of Nonnavigational**.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 12 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

NEVES, Bárbara Joy Dutra, **Dano ambiental transfronteiriço e relativização do conceito de soberania**. Dissertação (Graduação) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

NOSCHANG, Patrícia Grazziotin. **O Caso das papeleras na Corte Internacional de Justiça: o reconhecimento dos princípios de Direito Ambiental Internacional**. Disponível em http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/12/2012_12_7649_7663.pdf. Acesso em 15 abr.2018.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Direito Ambiental Internacional: o papel da soft law em sua efetivação**. Ijuí: Ed. da Unijuí, 2007.

PEREIRA, Luiz Cezar Ramos. **Ensaio sobre a responsabilidade internacional do Estado e suas consequências no direito internacional: (A saga da responsabilidade internacional do Estado)**. São Paulo: LTr, 2000.

PROTOCOLO de Emenda. Disponível em: <http://www.otca.org.br/br/intitucional/index.php?id=11>. Acesso em: 25 de jul. de 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis – teoria e prática do direito internacional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REIS, Alessandra de Medeiros Nogueira. **A Responsabilidade Internacional do Estado por Dano Ambiental**. 1 ed. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

REPORT OF INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS RECUEIL SENTENCES ARBITRALES, case Trail Smelter (United State, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941. Volume III pp. 1905-1982. Disponível em: https://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf&lang=O. Acesso em 12.08.2020.

RÓTULO, Daniel Henrique, **Negociação e implementação de acordos de poluição transfronteiriça: O caso Brasil – Uruguai, em relação à termelétrica de Candiota (RS)**. Tese (Doutorado) – Fundação Getúlio Vargas – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Rio de Janeiro, 2003.



SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental. As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2011.

UNITED NATIONS. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment of 1972**. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503> Acesso em: 28 de jul. de 2016.

UNITED NATIONS. **Rio Declaration on Environment and Development of 1992**. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=78&articleid=1163> Acesso em: 28 de jul. de 2016.

Uses of International Watercourses. Bonn (Alemanha): Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE), 2001. Parecer. Disponível em: <http://www.cepis.opsoms.org/bvsarg/i/fulltext/waterconvention/waterconvention.pdf>. Acesso em: 19 de jul. de 2016.

VIANNA, Guaraci de Campos. **Direito infanto-juvenil: teoria, prática e aspectos multidisciplinares**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2004.



8. O ATIVISMO JUDICIAL E A ATUAÇÃO DO STF NO COMBATE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO: ANÁLISE DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

Josyane Mansano¹

Fernanda Carolina Bander Maia Kotsifas²

RESUMO: O presente trabalho possui como tema o ativismo judicial e a insuficiência de ações governamentais para atender as necessidades da população, principalmente no que concerne à atuação legislativa. O objetivo é analisar o ativismo judicial, bem como a influência da Constituição Federal de 1988 para ensejar o seu surgimento, e discorrer sobre o ativismo verificando o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e no Mandado de Injunção nº 4733. O trabalho pretende trazer maiores informações, argumentos e difundir ideias relevantes para a resolução ou incremento do empasse existente acerca das competências atribuídas ao STF, como órgão protetor da Constituição Federal e interpretativo de suas premissas, de modo a invadir as esferas de atuação dos demais poderes. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, básica, qualitativa e explicativa que considera o ativismo crucial para a garantia das instituições democráticas, em consagração das funções atípicas do Poder Judiciário no funcionamento do Estado de Direito existente no país.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Jurisdição constitucional. LGBTQI+. Omissão legislativa. Racismo.

ABSTRACT: The theme of the work is judicial activism and the insufficiency of governmental actions to meet the needs of the population, especially with regard to legislative action. The objective is to analyze the judicial activism, as well as the influence of the Federal Constitution of 1988 to give rise to its emergence, and to discuss how it is verified in the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality for Omission nº 26/DF and in the Injunction Warrant nº 4733. The work intends to bring more information, arguments and disseminate relevant ideas for the resolution or increase of the existing gap regarding the competences attributed to the STF, as a protective organ of the Federal Constitution and interpretive of its premises, in order to invade the spheres of action of the other powers. It is a bibliographic, basic, qualitative and explanatory research that considers activism crucial for the guarantee of democratic institutions, in consecration of the atypical functions of the Judiciary in the functioning of the rule of law existing in the country.

KEYWORDS: Federal Constitution. Constitutional jurisdiction. LGBTQI+. Legislative omission. Racism.

¹ Doutoranda e mestre em Direito pela Universidade de Marília-UNIMAR. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil. Pós-graduada em Tecnologias aplicadas ao Ensino a Distância. Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito stricto sensu na UNICFV, presencial e EAD. Docente em Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil seccional do Paraná. Endereço eletrônico: prof_mansano@unifcv.edu.br.

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV). E-mail: fernandabander@hotmail.com



INTRODUÇÃO

O papel mais ativo e participante do STF em políticas públicas e na elaboração legislativa foi denominado de ativismo judicial, de maneira que o órgão jurisdicional vai além de suas funções para corrigir, implementar ou regulamentar determinado direito, fugindo da atividade jurisdicional em si, qual seja, a de solucionar conflitos de interesse relacionado a norma prevista no ordenamento jurídico.

A atuação inovadora da ordem jurídica pelo Poder Judiciário faz com que ele discipline e institua direitos sem que estejam contemplados em lei, como forma de antever a sua criação, em decorrência da demora da regulamentação do Poder incumbido para desempenhar tal atividade. A mora provoca prejuízos àqueles que seriam por ela contemplados, de modo que encontram-se lesados em sua dignidade e liberdade, sendo esta a principal causa do surgimento do ativismo judicial.

O estudo enfatizará a atuação interpretativa do STF frente às previsões constitucionais, sobretudo em decorrência da efetivação dos valores, princípios e direitos fundamentais, quando da omissão legisferante na elaboração de leis que se propõem a regulamentar o exercício de direitos reconhecidos constitucionalmente. À título exemplificativo, deseja-se estudar a participação do Supremo Tribunal Federal (STF) para assegurar a liberdade e a igualdade de homossexuais com a criminalização da homofobia, considerando-a espécie do crime de racismo.

O trabalho objetiva compreender o que vem a ser ativismo judicial, bem como a influência da Constituição Federal de 1988 para fomentar a sua ascensão, e discorrer sobre o ativismo judicial analisando o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e o Mandado de Injunção nº 4733.

A pesquisa torna-se necessária em decorrência do aumento da participação do STF na execução de competências próprias dos Poderes Executivo e Legislativo, reformulando, substituindo ou apresentando soluções frente à omissão dos referidos poderes, o que promove o desequilíbrio do princípio da separação dos poderes.

Assim, o trabalho se destina a contribuir com o debate existente na seara acadêmica e provocar efeitos no âmbito empírico, para fazer com que os direitos fundamentais possam ser observados e a população não seja prejudicada pela falta de atuação de órgãos, ao descumprirem com seus deveres constitucionais.



Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, básica, qualitativa e explicativa, que visa o estudo de artigos científicos, livros e trabalhos acadêmicos publicados recentemente sobre a temática, preferindo-se as obras cuja data de publicação se concentre a partir de 2010, nos idiomas português e inglês. A procura por artigos científicos se refere à consulta nas bases de dados Google Acadêmico e Portal de Periódicos CAPES/MEC, além de periódicos classificados com *qualis* existentes nas áreas de direito constitucional e direito processual civil, sendo que as expressões utilizadas para a pesquisa são “ativismo judicial”, “ativismo judicial e omissão legislativa”, “criminalização da homofobia” e “ativismo judicial e a criminalização da homofobia”.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são resultados de uma conquista histórica da humanidade, reconhecidos e positivados após períodos e circunstâncias discriminantes, guerras e massacres que marcaram o passado do ser humano. Diante disso, preferiu-se a consagração de referidos direitos para que as ofensas verificadas no passado não ocorressem novamente, seja por parte do Estado ou por qualquer indivíduo que possua poder econômico, político ou outro³.

Desta feita, os direitos fundamentais são ditames que possuem aplicação expansiva, devendo incidir nas relações entre os indivíduos, em sociedade, e destes para com o Estado, ou seja, possuem observância horizontal e vertical⁴. Os direitos fundamentais são situações jurídicas, estabelecidas no texto de uma norma de um país, de natureza objetiva e subjetiva, com o objetivo de possibilitar a existência de qualquer pessoa com dignidade, liberdade e igualdade a todas as pessoas de um território⁵.

Os direitos fundamentais “em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”⁶. Dessa forma, são situações jurídicas essenciais, sem as quais o ser humano não é capaz de subsistir minimamente, haja vista que proporcionam a existência do ser humano e o seu desenvolvimento físico, econômico, social e em outros aspectos de sua vida.

³ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 27, 2015, p. 147.

⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 36.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 179.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271.



Os direitos fundamentais são aqueles que disciplinam a forma de atuação econômica e política, os seus ditames basilares e constituintes, que irão pautar a persecução de uma sociedade. Ademais, atua como forma de limitação do poder do Estado, fornecendo uma série de garantias capazes de resguardar o mínimo da existência aos sujeitos, dos quais o Estado não pode privá-los⁷.

Quando se reconhece outras possibilidades de assegurar o mínimo para pessoas que não compartilhavam dos anseios das maiorias, ou seja, a população mais vulnerável, como crianças e adolescentes, idosos e deficientes, por exemplo, se possibilita inserção social e o reconhecimento de direitos consoante as particularidades reconhecidas por estes grupos⁸.

A Constituição Federal de 1988 promoveu uma reestruturação política e reorganização social, culminando em um regime democrático aperfeiçoado mediante a previsão de uma série de direitos e garantias fundamentais. O interesse da Constituição em uma nova abordagem ideológica pode ser identificada em seu próprio preâmbulo, ao declarar que o Estado Democrático de Direito instituído no país se destina a consagrar os direitos e garantias fundamentais, sociais e individuais, bem como “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁹.

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como uma Constituição cidadã, vez que elaborada a partir de ampla participação popular, abandonando os ideais defendidos e vividos durante o regime autoritário no país. Trata-se de uma Constituição que utiliza uma visão mais humanizada do direito, estabelecendo um rol atualizado de direitos fundamentais¹⁰.

Igualmente, no que se compreende pelas dimensões dos direitos fundamentais, apresenta-se as três primeiras, por haver maior uniformidade na doutrina a respeito de sua existência. Assim, a primeira dimensão abarca o direito à liberdade, de natureza civil e política, a ser exigida contra o Estado, em face de diversos governos absolutistas; a segunda geração contempla os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, promovidos pelo Estado

⁷ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 27, 2015, p. 149.

⁸ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 38.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2021, n. p.

¹⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, n. p.



Social; a terceira geração possui como propósito a proteção da espécie humana, razão pela qual preceitua os direitos ao desenvolvimento, paz, comunicação e ao meio ambiente¹¹.

A noção de direito fundamental e democracia estão interligadas, sendo que referidos fenômenos constituem as maiores descobertas políticas já realizadas pela humanidade, considerando representar os valores adotados pelo mundo ocidental. Assim, os direitos fundamentais constituem elementos de formação do Estado Democrático de Direito, como a igualdade, liberdade, dignidade e outros¹².

1.1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo também pode ser conhecido como um novo constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, sendo decorrência da implementação do Estado Democrático de Direito que se utiliza do direito constitucional para construir doutrinas e entendimentos em campos como filosofia, moral, política, justiça social e outros. Além disso, está no ínsito dessa doutrina a unificação entre o direito, como fonte legislativa, e o direito como produto da jurisprudência, abandonando totalmente as ideias positivistas¹³.

Esta concepção de Constituição é decorrente do pensamento de que as normas constitucionais devem surtir efeitos para todo o ordenamento jurídico, haja vista que o direito constitucional e os valores enraizados em suas normas passam a ser o norte para a aplicação das normas infraconstitucionais. Diante disso, a Constituição passa a ser o eixo da estrutura normativa, e se encontra em posição superior a todas as demais normas, cujas regras possuem imperatividade¹⁴.

Além disso, o movimento se utiliza abertamente de princípios para que sejam aplicados em casos concretos, ensejando a resolução do conflito unicamente com base nos cânones consagrados na Constituição Federal, ou utilizados para fortificar outro argumento ou texto

¹¹ ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 88. *Themis*, Fortaleza, v. 1, n. 2, 1998, p. 110.

¹² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008, p. 49.

¹³ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 63, abr./jun. 2008, p. 1.

¹⁴ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, jan./jun. 2012, p. 2-3.



legal, complementando a fundamentação. Portanto, usa da ponderação em conflito de princípios para resolver o impasse gerado em sua aplicação simultânea¹⁵.

Com o neoconstitucionalismo, houve maior procura pela concretização dos direitos fundamentais, fazendo com que muitas democracias se transformassem em estados constitucionais, com a possibilidade de uma série de controles de constitucionalidade, além da ampliação da jurisdição constitucional como um todo, e outras atuações ao tribunal encarregado de guardar e zelar pelo correto sentido e aplicação dada à Carta Magna.

Portanto, no neoconstitucionalismo, se concede maior efetividade aos direitos fundamentais, fazendo com que o Poder Judiciário atue mais ativamente na resolução dos conflitos, inclusive se valendo de atividades interpretativas, otimizando os significados e a aplicação dos dispositivos legais. Assim, a participação semântica da atividade judicial é uma das peculiaridades do neoconstitucionalismo, principalmente em decorrência da generalidade de inúmeras normas, o que vem acompanhada da impossibilidade do legislador conseguir regulamentar a integralidade dos comportamentos e relações sociais¹⁶.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Declaração dos Direitos da Virgínia, criada em 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, foram importantes marcos para o surgimento da teoria da separação dos poderes, sobretudo a última, que concedeu ao preceito uma ideia universal e essencial para a teoria constitucionalista¹⁷. Assim, o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, preceitua que uma sociedade, para ser considerada sob a égide de uma Constituição, deve garantir a separação dos poderes.

Assim, no século XVII, a concepção predominante era a de que não existiam liberdades, asseguração de direitos naturais, perseguição das funções essenciais do Estado e governos com participação e controle popular sem a separação dos poderes. Desta feita, a tripartição garante maior perseguição das noções de democracia, soberania popular e respeito aos direitos e

¹⁵ CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: no neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, jul./dez. 2010, p. 547.

¹⁶ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 82.

¹⁷ FERREIRA, Eber de Meira. *Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia*. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 17.



liberdades fundamentais, pois que o repartimento retira do exercício único de um só órgão todo o Poder, estabelece garantias, limites e freios da utilização de cada um deles¹⁸.

Dessa forma, ao invés de um governo absolutista, a soberania popular é dispersada em Poderes e estes constituem o alicerce de toda democracia e do constitucionalismo moderno. Referidos poderes devem se apresentar de forma independente e autônoma aos demais, contudo todos devem ser fiscalizados um pelo outro, a fim de que haja um equilíbrio na importância e desempenho de cada, evitando afrontas às liberdades individuais¹⁹.

Assim, a Constituição Federal busca impedir posicionamentos arbitrários e a transgressão dos direitos e garantias fundamentais, criando os três Poderes do Estado, sendo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como poderes independentes e harmônicos entre si, passando a dividir as diferentes funções a serem exercidas pelo Estado, com prerrogativas e imunidades para garantir um desempenho mais efetivo da atuação de cada um²⁰.

A CF estabelece funções para cada um dos três poderes, incumbindo-lhes com exclusividade, sendo estas conhecidas como funções típicas, e outras competências, similares aos que possuem os demais poderes (atípicas)²¹.

Isto posto, a função típica do Poder Legislativo pode ser entendida como legislar e fiscalizar, e, entre as funções atípicas, se encontram administrar, abarcando atividades internas, como provimento de cargos e promoções, por exemplo, e julgar, tal como ocorre com o julgamento do Presidente da República em crime de responsabilidade²².

Enquanto o Poder Executivo, por sua vez, desenvolve as funções de chefia de estado, chefia de governo e de administração, no que corresponde as suas funções típicas, e, igualmente, legisla e julga, em suas atividades atípicas, como, por exemplo, na edição de medidas provisórias (art. 62, CF) e julgamento de contencioso administrativo²³.

No que concerne ao Poder Judiciário, este exerce a função de julgar, nos momentos em que é instado a proporcionar a aplicação do sistema normativo ao caso concreto, resolvendo o

¹⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 4, maio, 2011, p. 7.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206.

²⁰ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 312.

²¹ NEGRELLY, Leonardo Araujo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático. *In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, Fortaleza, 2010. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza: CONPEDI, 2010, p. 1418.

²² BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 4, maio, 2011, p. 7.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.



conflito de interesses que lhe foi apresentado, em sua atuação típica, e igualmente exerce funções administrativas, como gerenciamento de seus servidores, e funções legiferantes, com a edição de regimentos e outros atos emitidos para disciplinar a suas atividades internamente, como para estabelecer a competência e funcionamento de sua estrutura²⁴.

Assim, o Direito Constitucional igualmente introduziu um sistema para que os poderes conseguissem se controlar mutuamente, conhecido como “freios e contrapesos”, como forma de garantir que cada qual atue em proveito do bem comum. O sistema possui como propósito fiscalizar a atuação dos demais Poderes, sobretudo no que compreende a efetivação dos direitos fundamentais.

3 O ATIVISMO JUDICIAL

Compreende-se que o ativismo judicial possui origens no direito estadunidense, provindo da complexidade que a Suprema Corte Americana possuía de interpretar a Constituição do país, haja vista ser sintética e abstrata. Desde as suas origens, a dificuldade em se aceitar o ativismo judicial reside em conseguir identificar as linhas que distinguem a interpretação do julgador e a atividade de criação de novas compreensões e entendimentos do texto legal, ainda que não esteja especificamente escrito no texto constitucional²⁵.

Neste sentido, a atuação mais ativa da Suprema Corte dos Estados Unidos ocorreu em julgados importantes, como *Marbury v. Madison*, em 1803, *Dred Scott v. Sanford*, em 1857, envolvendo a segregação racial, *West Coast v. Parrish*, em 1937, abrangendo assuntos como intervencionismo estatal, *Brown v. Board of Education*, no que corresponde a negros, *Miranda v. Arizona*, em 1966, em processos criminais, e *Richardson v. Frontiero*, em 1973, no que compreende aos direitos das mulheres, *Griswold v. Connecticut*, em 1965, quanto a direito de privacidade, *Roe v. Wade*, 1973, em interrupção de gestação, por exemplo²⁶.

Não se pode mais admitir que o julgador esteja restrito a proporcionar aquilo que o legislador transpassou nas diferentes regras criadas, de maneira que em época de pós-positivismo, as normas podem ser desvendadas e descobertas no que corresponde ao seu

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 177.

²⁵ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, abr. 2015, p. 2 e 4.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 26.



alcance, sentido e significado, por exemplo, no estudo do caso concreto, mediante atividade interpretativa²⁷.

Os órgãos judiciais passaram a se interrogar sobre a correta aplicação da lei e pela decisão mais condizente com a justiça do caso concreto, se importando com princípios e valores constitucionais. O ativismo demonstra um exercício expansionista das competências dos julgadores, realizando a exegese do texto constitucional, passando a regulamentar situações a partir de regras consagradas em sua redação²⁸.

O ativismo judicial ensejou fenômenos como a judicialização, na qual o Poder Judiciário passa a resolver assuntos que competem a outros Poderes, sobretudo o Executivo, ao ofertar políticas públicas e proporcionar outros impactos políticos e sociais na sociedade e na administração do Estado. Dessa forma, se ampliaram os poderes dos juízes, possibilitando uma nova forma de regulamentação e discurso no âmbito das aflições sociais²⁹.

O ativismo judicial pode ser compreendido como a performance dos órgãos judiciais nas democracias atuais, manifestando-se em decisões judiciais em decorrência da atividade expansionista dos juízes que assumem, principalmente, os tribunais de vértice. À vista disso, o magistrado abandona a atuação restritiva ao texto da lei para se importar com a aplicação dos valores que pautam a concretização das demais regras do sistema normativo³⁰.

Desta feita, um comportamento ativista do Poder Judiciário reúne diferentes posturas, entre elas a aplicação da Constituição em ocasiões que não estão previstas em outras fontes legais, a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, e a exigência de ações, ativas e omissivas, do Estado, sobretudo no que concerne às políticas públicas³¹.

A Constituição Federal de 1988 proporcionou mudanças profundas no Poder Judiciário, sobretudo para ampliar o acesso à jurisdição, a atuação do Ministério Público, assim como com a criação de ações processuais, como a ação civil pública. A democracia foi fortificada, ao

²⁷ NEGRELLY, Leonardo Araujo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático. *In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX*, Fortaleza, 2010. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: CONPEDI, 2010, p. 1423.

²⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, p. 104.

²⁹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, n. p.

³⁰ BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da política e ativismo judicial. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 2, n.2, 2012, p. 128.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, 2012, p. 26.



estabelecer, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito³².

O ativismo judicial é uma consequência do aumento da litigiosidade e da judicialização da política, causando o surgimento da atuação mais participativa do Poder Judiciário, passando a se manifestar sobre assuntos de grande repercussão social. A Constituição Federal de 1988 trouxe alguns elementos importantes que causaram maior autonomia aos órgãos jurisdicionais, entre eles uma série de direitos fundamentais e sociais (art. 5º, 6º e 7º); a atribuição de competências originárias do STF, como a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, *a*); arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, parágrafo único), mandado de injunção (art. 5º, LXXI), mandado de segurança (art. 5º, LXIX) e *habeas data* (art. 102, I, *d*); a ampliação dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103); e a Emenda Constitucional nº 45/2004, investindo o Poder Judiciário com mais influência, sobretudo o STF, como a instituição da súmula vinculante (art. 103-A) e a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º)³³.

Ademais, igualmente pode-se mencionar que a Constituição de 1988 foi elaborada com uma série de previsões construídas com cláusulas abertas, princípios e outras regras que concedem margem para interpretação. À vista disso, decorreram diferentes interpretações sobre os preceitos e garantias reconhecidas no texto constitucional, surgindo certa discricionariedade dos magistrados ao determinar o seu conteúdo³⁴.

O ativismo judicial se justifica na hipótese de efetivação insuficiente dos direitos fundamentais, principalmente na atenção de grupos vulneráveis³⁵. Assim, não reúne somente um lado negativo e prejudicial para a sociedade, uma vez que possibilita a consecução de diversos anseios sociais, consoante a atualização dos valores e o advento de diferentes assuntos que surgem sem que o Poder Legislativo consiga atender todas as solicitações populares, sendo este seu lado mais vantajoso³⁶.

³² ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, jan./abr. 2018, p. 135.

³³ ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, jan./abr. 2018, p. 135-136.

³⁴ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 66.

³⁵ ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **ARGUMENTA JOURNAL LAW**, Jacarezinho, n. 20, jan./jun. 2014, p. 40.

³⁶ BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 2, n. 2, jan./jun. 2012, p. 126.



No desenvolvimento desta atividade, surgem debates em torno da discricionariedade do julgador ao estudar e extrair os elementos da norma à situação fática da demanda, utilizando-se de convicções pessoais e elementos que não compõem o texto constitucional ou qualquer outra legislação infraconstitucional. Assim, o perigo da atuação mais ampla do juiz pode proporcionar juízos de conveniência e utilização de percepções ideológicas e outras subjetividades no caso concreto³⁷.

Um dos problemas que nascem com a discricionariedade é a procura, pelos julgadores, de argumentos, dispositivos legais, entendimentos dos tribunais e outras fontes do direito para justificar os resultados que se almejam com a prolação da decisão, os quais foram escolhidos consoante os seus critérios de ética, justiça e equidade³⁸. Desta forma, se escolhe o resultado que se pretende atingir com a decisão, e então procura-se elementos para embasar o resultado almejado.

Dessa maneira, conceitos mais severos de ativismo judicial apontam que o juiz ativista é aquele que julga conforme a sua vontade, e não a vontade da lei ou a do legislador, ou de acordo com os resultados que entender corretos ou melhores para o caso que lhe foi apresentado³⁹. Ademais, pode ser aquele que julga em conformidade com os seus princípios, valores e pensamentos, ou com base em outros critérios, como políticos, econômicos e sociais, distantes das regras expressas na lei⁴⁰.

Assim, à medida que se expõe que o ativismo judicial representa uma expansão ou o aumento dos poderes de julgamento, proporcionalmente invade as atribuições de outro poder⁴¹.

Ademais, o ativismo judicial recebe inúmeras críticas em torno de sua legitimidade democrática, obediência ao princípio da separação dos poderes e outras. Dessa forma, a falta de conferência e fiscalização da sociedade sobre a atuação extravagante dos juízes proporciona uma avaliação de que a aplicação da legislação é essencial para conferir validade e legalidade a referida atuação⁴².

³⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012, p. 51.

³⁸ FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 66.

³⁹ GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Belo Horizonte, ano. 3, n. 5, 2014, p. 3472.

⁴⁰ ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2018, p. 3289.

⁴¹ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 11, n. 2, 2016, p. 770.

⁴² GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Belo Horizonte, ano. 3, n. 5, 2014, p. 3473.



3.1 A INGERÊNCIA DO STF NA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E EM COMANDOS LEGAIS

A mora da produção legislativa para ensejar medidas de implementação dos direitos individuais e sociais consagrados na Constituição não tem sido mais tolerada no Brasil. Assim, o Poder Judiciário foi requisitado para atuar na correção do desempenho irregular do Poder Legislativo, de maneira a se posicionar em relação a diversas questões sem regulamentação ou com previsões que merecem novas abordagens e redações, como o aborto de feto anencéfalo, o reconhecimento de uniões homoafetivas, o início da execução da pena após decisão condenatória de segundo grau, e outras⁴³.

A atuação inovadora do Poder Judiciário faz com que discipline e institua direitos sem que estejam contemplados em lei, como forma de antever a sua criação, em decorrência da demora de regulamentação do Poder incumbido para desempenhar tal atividade⁴⁴. Essa mora provoca prejuízos àqueles que seriam por ela contemplados, de modo que encontram-se lesados em sua dignidade, igualdade, liberdade e integridade, sendo esta a principal causa do surgimento do ativismo judicial.

Dessa forma, entende-se que quanto maior é a atividade de atuação do Poder Legislativo, menor será a atuação interpretativa do Poder Judiciário, e proporcionalmente, também ocorre, de maneira que quanto maior a atividade desenvolvida pelo Poder Judiciário para a efetivação de direitos fundamentais, menor é a proatividade do Poder Legislativo⁴⁵.

3.2 O AUMENTO DA COMPETÊNCIA DO STF EM DECORRÊNCIA DA OMISSÃO LEGISLATIVA

A Constituição Federal de 1988 proporcionou novas formas de atuação do STF, ampliando e concedendo maior força e legitimidade ao trabalho de referido órgão jurisdicional, principalmente no que concerne ao estabelecimento do significado e real interpretação de normas constitucionais. A supremacia da Constituição exige a sua observância inclusive pelo

⁴³ PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008, p. 33-37.

⁴⁴ CESCO, Bruno Mota; SILVA, Laura de Oliveira Azevedo. A Criminalização da Homofobia pelo Supremo Tribunal Federal. **Revolução na Ciência**, Presidente Prudente, v. 5, n. 5, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7950>. Acesso em: 04 fev. 2021, p. 8.

⁴⁵ NOGUEIRA, Stephanye de Oliveira Sousa dos Santos Bessa. **A questão da criminalização penal homotransfóbica pelo Supremo Tribunal Federal**. 2019. 26 f. Artigo científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário FAMETRO, Curso de Direito, Fortaleza, 2019, p. 18.



Poder Legislativo quando da edição de normas infraconstitucionais, seja no conteúdo ou forma do ato elaborado, como, por exemplo, quando a Constituição determina a sua elaboração para promover o exercício completo de um direito e o legislador não a edita⁴⁶.

A palavra “injunção” possui origens do latim *injunctio*, que se refere a mandar, ordenar ou impor um determinado comportamento, da qual, necessariamente, deve ser expedido de quem possui autoridade para apresentar a ordem⁴⁷. Já a expressão “mandado” igualmente possui origem do latim, e serve para representar uma ordem expedida por autoridade com a finalidade de desempenhar determinada atividade

O mandato de injunção, previsto no art. 5º, LXXI da CF, trata-se de um remédio constitucional que deve ser movido quando o ordenamento jurídico não dispuser de norma que disciplina o exercício de determinado direito, de modo que referida ausência impossibilita o desempenho dos direitos e garantias assegurados pela Constituição, no que concerne à nacionalidade, soberania e cidadania, abrangendo, portanto, os direitos e liberdades constitucionais individuais, coletivos e sociais constantes no título II, capítulos I e II, da CF⁴⁸. Assim, se acaso a ausência de norma reguladora não inviabilizar o exercício de um direito, o mandato de injunção não pode ser apresentado. Referida ação foi regulamentada pela Lei nº 13.300/2016, trazendo a sua disciplina e procedimento.

Ao magistrado ainda compete, inicialmente, a comunicação ao legislador para fazer com que elabore a norma regulamentadora, conforme se extrai no art. 8º, I, da Lei nº 13.300/2016. À vista disso, o julgador passa a determinar que o Poder Legislativo cumpra com o seu papel de criador das leis vigentes no país, estabelecendo um período para que a legislação seja criada e, se a inércia ainda persistir, o Poder Judiciário irá regulamentar como ocorrerá o exercício do direito ou liberdade constitucional por seus titulares, os quais até então sofriam restrições ao seu aproveitamento⁴⁹.

O artigo 9º do referido diploma legal ainda explana que os efeitos da decisão apenas atingirão as partes envolvidas na demanda, até o período em que entre em vigência a norma

⁴⁶ ARANHA, Flora Augusta Varela. O controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro: considerações em torno da Lei do Mandado de Injunção. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, São Paulo, v. 107, maio/jun. 2018, p. 4.

⁴⁷ MALHEIRO, Emerson Penha; Benatto, Pedro Henrique Abreu. Mandado de injunção ambiental para a proteção de direitos fundamentais na sociedade da informação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 89, jan./mar. 2018, p. 2.

⁴⁸ MALHEIRO, Emerson Penha; Benatto, Pedro Henrique Abreu. Mandado de injunção ambiental para a proteção de direitos fundamentais na sociedade da informação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 89, jan./mar. 2018, p. 7.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mandado de injunção: considerações sobre a Lei 13.300/2016. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 273, nov. 2017, p. 13.



criada pelo Poder Legislativo, podendo se estender a casos similares quando necessários à prática do direito ora inviabilizado.

Ainda, no que corresponde a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) por omissão, trata-se de um mecanismo que surge para buscar resolver a omissão legislativa em elaborar uma norma que pretende proporcionar direitos e prerrogativas constitucionais, possuindo eficácia *erga omnes*⁵⁰.

Assim, de acordo com o art. 103, § 2º, da Constituição, uma vez verificada a omissão do órgão responsável por elaborar a norma para tornar efetiva a regra constitucional, a este será dada ciência para a sua produção, cabendo o prazo previsto na CF ou então, não havendo prazo determinado, um prazo razoável para sua elaboração.

Dessa forma, a ADI por omissão emite a comunicação para o órgão com a atribuição legal para a edição de norma que garanta o exercício de qualquer direito consagrado no texto constitucional, ao passo que no mandado de injunção, a comunicação e abertura de prazo é feita, e, se acaso o órgão não o cumprir, o magistrado irá disciplinar como ocorrerá o gozo do direito ou liberdade constitucional impossibilitada, a partir do caso concreto⁵¹.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

De acordo com o art. 1º do Código Penal, para que haja uma conduta tipificada como crime, é necessário que uma lei seja elaborada anteriormente criminalizando o comportamento. Este dispositivo é consequência da previsão constitucional que estabelece, no art. 5º, XXXIX, da CF, que para existir um crime ou uma pena é necessária lei anterior que a preveja⁵².

O crime de racismo encontra-se tipificado na Lei nº 7.716/1989, entretanto, não há previsão legal que passa a criminalizar a homofobia. Por homofobia compreende-se a aversão,

⁵⁰ SILVA, Tagore Trajano de Almeida Silva; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 10, ago. 2015, p. 10.

⁵¹ CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mandado de injunção: considerações sobre a Lei 13.300/2016. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 273, nov. 2017, p. 19-20.

⁵² BITTENCOURT, Ricardo Felipe Maciel. **A criminalização da homofobia**: uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, à luz do princípio da legalidade penal e seus desdobramentos. 2020. 107 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2020, p. 73.



rejeição, repugnância, ódio ao homossexual, contudo referidas ações não podem ficar isentas de reprimenda em decorrência da ausência de previsão normativa criminalizadora⁵³.

Ademais, consoante o *Grupo Gay da Bahia*, a cada 20 horas, um integrante do grupo LGBTQI+ é vítima de homicídio ou comete suicídio no país, sendo que o número de mortes da mencionada população no ano de 2016 ficou em 445 vítimas, em 2018 o número chegou a 420 mortes, e em 2019 o número continuou decaindo, com 329 mortes⁵⁴.

Tal situação se encontra ainda mais agravada pelo fato de que as Casas Legislativas do país não se preocupavam em criar dispositivos legais em guarida da integridade física e emocional, dignidade e autodeterminação de referidas pessoas, em contrariedade com os ideais constitucionais de direitos fundamentais estampados na Constituição Federal de 1988, em especial, formação de uma sociedade a partir dos preceitos de justiça e solidariedade (art. 3º, I).

Neste sentido, o art. 5º, XLI, da CF considera que a lei deve punir qualquer forma de discriminação ou ato que ameace o exercício dos direitos fundamentais consagrados, bem como o inciso XLII estabelece que o racismo é um crime inafiançável e não sujeito à prescrição, cabendo-lhe ao sujeito que praticar referida conduta a pena a ser cumprida no regime de reclusão.

Ainda, o art. 3º, IV, da CF consagra a proibição de qualquer ato de discriminação, envolvendo inclusive a decorrente de orientação sexual ou a identidade de gênero da pessoa.

Diante da lacuna na produção legislativa e do grande número de violência contra a população LGBTQI+ no Brasil, sendo vítimas de ameaças, lesões corporais, tortura, homicídio e outras formas de violência, o Supremo Tribunal Federal foi convidado a se manifestar sobre referido tema na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26, apresentada pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), e no Mandado de Injunção (MI) nº 4733, interposta pelo Partido Popular Socialista (PPS)⁵⁵.

As ações possuíam como pedidos, entre outros, a declaração da mora inconstitucional na criação legislativa para a tipificação da conduta de homofobia e transfobia, o estabelecimento

⁵³ BITTENCOURT, Ricardo Felipe Maciel. **A criminalização da homofobia:** uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, à luz do princípio da legalidade penal e seus desdobramentos. 2020. 107 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2020, p. 20.

⁵⁴ OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019:** Relatório do Grupo Gay da Bahia. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 15 fev. 2021, p. 40.

⁵⁵ LIMA, Scarlett Maria Araújo Marques de; LIMA, Francisco Meton Marques de Lima. A criminalização da homofobia pela via judicial: uma passagem pelas teorias positivistas e críticas. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 7, n. 1, jan./jun. 2020, p. 92.



de prazo para a elaboração legislativa pelo Congresso Nacional, e caso esta não seja feita no prazo, o próprio STF deve prever a conduta como uma infração penal. Ademais, sugeriu que o comportamento fosse estabelecido como uma extensão do crime de racismo⁵⁶.

O julgamento ocorreu em 13 de fevereiro de 2019, o qual possibilitou a manifestação oral dos autores dos processos, com participações da Procuradoria-Geral da República, Advocacia-Geral da União, Senado Federal e diferentes grupos, tanto a favor como em oposição à apreciação pelo STF do objeto das ações.

A criminalização da homofobia foi discutida diversas vezes pelo Poder Legislativo, a exemplo dos Projetos de Lei nº 3.770/2000, 4.242/2003, 5003/2001, 122/2006, este último de autoria da Deputada Federal Iara Bernadi, do Partido dos Trabalhadores, buscando tornar crime a discriminação e qualquer forma de preconceito em decorrência de gênero, identidade ou orientação sexual, o qual tramitou até 2015, ano de seu arquivamento pelo Senado Federal.

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 122/2006, a bancada evangélica criticava a aprovação do referido projeto, ao defender que causaria restrições à liberdade religiosa e concederia privilégios aos homossexuais. Assim, pode-se dizer que a neutralidade do Poder Legislativo para a guarida dos interesses deste grupo vulnerável é causada por parlamentares com ideais religiosos, apesar de referido comportamento ser contrário às necessidades da população brasileira e ao princípio da representatividade⁵⁷.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre o assunto na ADO nº 26, de 19 de dezembro de 2013, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e no MI nº 4733, de 10 de maio de 2012, com relator Ministro Edson Fachin, sendo apreciadas conjuntamente em 2019. Assim, oito dos onze ministros votaram pela criminalização da homofobia e transfobia mediante a sua equiparação ao crime de racismo.

No julgamento de referidas ações, o STF consignou que há omissão legislativa no país no que concerne à tipificação da conduta de homofobia e de atos que lesionam a vida, integridade física e psicológica e outras ameaças à existência em sociedade da população LGBTQI+⁵⁸.

⁵⁶ FRANÇA JUNIOR, Francisco de Assis de; AMORIM, Else Freire de Castro; SOUZA, Mirna Ludmila Lopes Castanha de. Violência lesbofóbica e interseccionalidade: reflexões críticas sobre a ideia de criminalização. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas**, Pelotas, v. 06, n. 1, out. 2020, p. 255.

⁵⁷ OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXIV, n. 79, jan./jul. 2020, p. 61.

⁵⁸ OLIVEIRA, Bárbara Pereira. **A criminalização da homofobia e da transfobia: o ativismo judicial como instrumento de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos à população LGBTQI+ no Brasil**. 2020. 26 f.



Ainda, o STF consignou que a ausência legislativa tratava-se de um jogo político, em que o legislador escolhia as questões e temas que deveriam receber guarida em seu mandato, segundo os anseios populares da maioria, efetivando apenas direitos de seu interesse⁵⁹.

Isto posto, as ações provocadas no STF almejam, antes de tudo, fazer com que os órgãos jurisdicionais se manifestem sobre o tema objeto de inércia legislativa, causadora de opressão e desrespeito a grupos vulneráveis.

Entre os entendimentos fixados no julgamento das ações apreciadas em conjunto, estabeleceu-se que até a elaboração de lei pelo Congresso Nacional, a concretização do art. 5º, XLI e XLII, da CF no que corresponde aos comportamentos que importem homofobia e transfobia, serão considerados como formas de racismo, razão pela qual se encaixam nos dispositivos primários de incriminação constantes na Lei nº 7.716/1989 (Lei de Racismo), e homicídio doloso, com incidência da circunstância qualificadora de motivo torpe, segundo o art. 121, § 2º, I, parte final, do CP.

Por meio deste entendimento, o STF assumiu que houve inação inconstitucional dos órgãos legislativos na previsão de medidas para concretizar os direitos previstos na Constituição, uma vez que a mesma possui mais de três décadas, tempo mais do que suficiente para as Casas Legislativas criarem providências contra a onda de violência e discriminação em face da população LGBTQI+ no país⁶⁰.

Neste sentido, o racismo deve ser interpretado em sua concepção social, por meio da qual não se resume a questões concernentes a fenótipos e biológicos, mas sim uma maneira de demonstração de poder, enraizada na sociedade por razões históricas e culturais, da onde torna-se o fundamento para perpetuação da desigualdade e controle político, originando a repressão social, negação da diversidade e diferenças⁶¹.

O crime de racismo manifestado na Lei nº 7.716/1989 tipifica qualquer forma de discriminação e preconceito materializado em razão de raça, cor de pele, etnia, procedência de outros países e religiosa (art. 1º), de maneira que com o recente julgamento pelo STF a orientação sexual também passa a estar inserida nas formas de preconceito ensejadores do

Artigo científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília (Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Bacharelado em Direito, Brasília, 2020, p. 12.

⁵⁹ SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandra Gustavo Melo Franco. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 203.

⁶⁰ SENTONE, Andressa Tanferri; GIACOIA, Gilberto. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. **Revista Videre**, v. 12, n. 24, maio/ago. 2020, p. 28.

⁶¹ RODRIGUES, Priscila Duarte. **Os novos parâmetros do sistema Judiciário e a criminalização da homofobia e transfobia**: uma análise a partir do pensamento habermasiano. 2019. 36 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNIFACIG, Manhuaçu, 2019, p. 25.



racismo, ainda que não ocorra mudança na previsão legal⁶². Assim, a homofobia passa a ser sancionada com a pena que varia de 1 a 5 anos, de acordo com os diferentes dispositivos que compõem a legislação e a gravidade do crime praticado, podendo estar sujeita às penas de multa e prestação de serviços à comunidade.

Ao posicionamento extraído da apreciação do tema pelo STF recai efeito vinculante e possui aplicação *erga omnes*, enquanto não houver manifestação legislativa a respeito⁶³. Neste sentido, o Congresso Nacional deve elaborar lei que criminalize as ações de homofobia e transfobia, podendo compartilhar o entendimento manifestado no julgamento da ADI 26 e do MI 4733, ou seja, seu enquadramento como crime de racismo ou criar outra forma de tipificação. Contudo, o STF não estabeleceu prazo para a edição da lei pelo Congresso Nacional, apesar de até lá ser utilizado o entendimento por ele consagrado⁶⁴.

4.1 A CRIAÇÃO DE NOVA CONDUTA ILÍCITA POR PRECEDENTE JUDICIAL E O ATIVISMO

A análise do tema pelo STF levantou diferentes discussões no que corresponde à legalidade de referida atuação, sobretudo a respeito de normas que estabelecem a separação dos poderes, o princípio da legalidade e diversos princípios aplicados na seara do Direito Penal, entre eles a analogia *in malam partem*.

Entretanto, uma atuação mais incisiva, no âmbito do desempenho do Poder Legislativo, não significa ofensa à separação dos poderes ou aos demais princípios ressaltados, haja vista que procedeu a interpretação conforme a Constituição, e, portanto, atuou dentro de suas atribuições⁶⁵. Assim, se utilizou de ferramentas contempladas pela mesma para garantir a usufruição de direitos que não estavam sendo oportunizados a uma população que não poderia mais sofrer violência e discriminação.

Ainda, não há transgressão ao princípio da legalidade e da separação dos poderes ao considerar a interpretação conforme a Constituição uma atividade hermenêutica, a ser

⁶² SILVEIRA, Davi. A criminalização da LGBTfobia. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano, 6, n. 3, 2020, p. 606.

⁶³ SENTONE, Andressa Tanferri; GIACOIA, Gilberto. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. **Revista Videre**, v. 12, n. 24, maio/ago. 2020, p. 31.

⁶⁴ OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXIV, n. 79, jan./jul. 2020, p. 60.

⁶⁵ SILVEIRA, Davi. A criminalização da LGBTfobia. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano, 6, n. 3, 2020, p. 614.



desempenhada como uma forma de se possibilitar a incidência dos ditames constitucionais a todas as realidades previstas, não podendo esta tarefa ser confundida com as atividades de criação de normas, assemelhando-se com as funções do Poder Legislativo⁶⁶.

Consoante o art. 5º, XXXIX, da CF é necessária a existência de lei prévia à prática do ato para a criminalização de uma conduta, e esta somente pode ocorrer em um ato emanado pelo Poder Legislativo. Entretanto, ao estabelecer um comportamento como uma das formas de manifestação do crime de racismo, o STF estaria expandindo o rol enunciado pela lei para configurar essa prática. Referida atuação do STF se deu em ADI por omissão e em mandado de injunção, dentro das novas atuações deste tribunal concedidas pela STF⁶⁷.

Ademais, igualmente pode-se argumentar a respeito do argumento existente de que o STF estaria criminalizando um novo comportamento, ou seja, tornando ilícita uma maneira de ação que até então, por mais bárbara, violenta e humilhante, era permitida, ou ainda, pode-se apresentar que o tribunal procedeu a uma analogia *in malam partem*, haja vista utilizar a conduta configuradora do crime de racismo à violência e discriminação praticada contra pessoas LGBTQI+⁶⁸.

Assim, em decorrência do princípio da legalidade, o princípio da reserva legal estabelece que apenas possa haver crimes e a criação de penas a partir de previsão legal, e ainda, igualmente seria inconstitucional a utilização de analogias para instituir crimes e penas⁶⁹.

Apesar da existência de princípios que impõem a reserva legal e a vedação de analogias dentro da seara penal, a postura do STF em criminalizar a homofobia e a transfobia deriva da hermenêutica constitucional e demais princípios aos quais o órgão está fadado a implementar, de maneira que os direitos fundamentais não devem ser excluídos ou inaplicados pela falta da disciplina em lei elaborada pelos órgãos legislativos⁷⁰.

⁶⁶ SILVA, Jadarlene Vanessa Machado da. A criminalização da homotransfobia como forma de proteção à dignidade humana. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v. 7, n. 19, ago. 2020, p. 473.

⁶⁷ SILVA, Renan Cassiano. **Criminalização da homotransfobia pelo STF**: limites da resposta penal para gerar reconhecimento. 2020. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, Departamento de Direito, São Cristóvão, 2020, p. 50.

⁶⁸ OLIVEIRA, Bárbara Pereira. **A criminalização da homofobia e da transfobia**: o ativismo judicial como instrumento de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos à população LGBTQI+ no Brasil. 2020. 26 f. Artigo científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília (Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Bacharelado em Direito, Brasília, 2020, p. 90.

⁶⁹ TEBAR, Natália Bougues Corbalan. Breve considerações sobre o sistema democrático e a ADO nº 26. **Revolução na Ciência**, Presidente Prudente, v. 15, n. 15, p. 1-20, 2019.

⁷⁰ OLIVEIRA, Bárbara Pereira. **A criminalização da homofobia e da transfobia**: o ativismo judicial como instrumento de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos à população LGBTQI+ no Brasil. 2020. 26 f. Artigo científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília (Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Bacharelado em Direito, Brasília, 2020, p. 21.



Neste sentido, “a norma contida no art. 5º, §1º da CF/88 sustenta um dever geral, por parte dos órgãos estatais, de máxima eficácia e efetividade no sentido de que o direito fundamental não poderá ficar à mercê da vontade dos Poderes Públicos”⁷¹. Dessa forma, a ampliação das competências do STF com a CF de 1988 está pautada na efetiva concretização das normas constitucionais, ainda que envolva questões não refletidas pelo legislador ordinário.

Referido entendimento foi prolatado considerando-se que a dignidade, liberdade, isonomia e a vedação a qualquer forma de discriminação são valores constitucionais que norteiam todo o sistema normativo, os quais se caracterizam por ser essenciais para a subsistência de qualquer indivíduo, razão pela qual não poderiam ser negados pela insuficiência do legislador em consagrá-los às minorias e mais vulneráveis⁷².

Neste sentido, a busca pela igualdade de tratamento entre as formas de discriminação, estando todas coimadas no crime de racismo, se extrai mais apropriadamente na transcrição abaixo:

Diante dessa constatação, o racismo não poderia ter outra dimensão diferente de uma construção social de discriminação negativa a grupos ditos como inferiores ou que não se encaixam no perfil cultural construído durante séculos e enraizado na mente das pessoas. [...] Os judeus e a comunidade LGBT, por exemplo, podem ser considerados raças do ponto de vista social e, diante desse fato, sofreram com atos de preconceito dos mais vis e que, em muitos casos, beiram a discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais. Não criminalizar essas condutas com o mesmo rigor do que a criminalização do racismo seria o mesmo que entender que há, na ordem jurídica constitucional brasileira, hierarquia de opressões. Na prática, seria possível considerar que a discriminação contra determinada pessoa LGBT ‘valeria’ menos que uma pessoa negra. A igualdade de proteção penal a esses grupos estaria violada por interesses e pensamentos de congressistas insensíveis ao dilema que essa expressiva parcela da população brasileira sofre todos os dias⁷³.

Apesar de o tribunal não seguir o procedimento da ADI por omissão, porque não estabeleceu um prazo certo para o Congresso Nacional elaborar a lei, tampouco possibilitou a

⁷¹ SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandra Gustavo Melo Franco. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 2, maio/ago. 2015, p. 203.

⁷² ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta**, Jacarezinho, n. 20, 2014, p. 40.

⁷³ SOUSA, Gabriel Rodrigo de; MELO, Luiz Carlos Figueira de. O mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro: análise crítica da equiparação da homofobia ao crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 123, jan./fev. 2021, p. 4.



comunicação primeira ao Poder Legislativo, possibilitando um lastro temporal para a edição da norma, e, em sua reiterada omissão, passar então a regulamentar a conduta⁷⁴.

O ativismo manifestado pelo STF, apesar de não obedecer a regulamentos importantes no sistema jurídico, seja de cunho procedimental das ações, atos legislativos ou de princípios basilares do Direito Penal, estabeleceu posicionamento imediato, no curso do julgamento da ação, criando uma nova tese a ser utilizada no julgamento de casos similares, cometidos posteriormente, criando assim um precedente judicial⁷⁵.

Atualmente, diferentes direitos necessitam ser judicializados para que recebam a proteção devida, diante da inércia de outros Poderes. Instados a se manifestar, a atividade judicante necessita fornecer uma resposta efetiva, resolvendo o conflito de interesses ou proferindo uma interpretação para normas constitucionais controversas⁷⁶.

Ainda, a expansão da competência do STF com a CF de 1988 buscou justamente uma forma de controle da atuação dos demais Poderes, na execução das atividades atípicas que lhe concernem, em decorrência da funcionalidade do regime democrático e, principalmente, da concreta realização dos direitos e garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

Desta feita, o ativismo judicial se manifesta como uma conduta do Poder Judiciário que vai além de simplesmente realizar a solução do caso concreto segundo o que se encontra estabelecido na legislação e em outras fontes normativas. Os juízes, assim, procuram determinar comportamentos e instituir interpretações que não estavam expressamente expostas na Constituição ou em outras leis infraconstitucionais.

Referido comportamento expansionista se originou no Brasil a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e o novo tratamento dos direitos fundamentais e valores nela registrados, bem como posicionamentos jusnaturalistas e a ampliação da jurisdição do STF, no que compreende ao controle de constitucionalidade e outras funções. Dessa forma, a

⁷⁴ GASTAL, Pedro Luís Guimarães. **Criminalização da homofobia e transfobia: proteção legislativa insuficiente**. 2020. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2020, p. 34.

⁷⁵ SILVEIRA, Davi. A criminalização da LGBTfobia. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano, 6, n. 3, 2020, p. 614.

⁷⁶ PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão**, Jurídicos e Financeiros, ano XI, v. XI, n. 40, jan./jun. 2020, p. 13.



Constituição passou a ser o centro do ordenamento jurídico e os princípios do Estado Democrático de Direito passaram a ser refletidos na aplicação de qualquer norma jurídica.

O ativismo judicial se destaca diante da inefetividade da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, de modo que as carências na atuação de referidos órgãos são refletidos na sociedade, com a insuficiência de programas, políticas públicas e leis para suprir todas as demandas sociais. Como forma de impelir o Estado a promover o exercício de seus serviços, o Poder Judiciário assume a tarefa de determinar comportamentos, planos, atitudes e determinar a edição de leis por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Sobre a criminalização da homofobia e transfobia, o STF regulou no julgamento das ações ajuizadas um entendimento, ainda que competiria, primariamente, a comunicação e abertura de prazo para o Congresso Nacional elaborar tal lei. O STF entendeu pela aplicação da conduta típica de racismo para reprimir preconceitos, discriminação, violência física e psicológica e outras ofensas à população LGBTQI+.

Entende-se que o princípio da reserva legal promove segurança jurídica e orienta que comportamentos somente podem ser tipificados por lei anterior, a fim de evitar leis posteriores criminalizantes e retroativas. Entretanto, a utilização da conduta descrita como racismo para fazer com que autores de atos homofóbicos não saiam impunes ocorreu devido à aplicação de princípios e valores basilares da ordem constitucional, como a dignidade, integridade e liberdade, em prol de uma sociedade livre, justa, solidária e sem discriminação.

Assim, entende-se que o ativismo judicial, para a aplicação de preceitos fundamentais e basilares a todo regime democrático, é essencial para se possibilitar maior efetividade dos mesmos, os quais não podem ficar à mercê da disposição dos membros dos demais Poderes. Referido papel é crucial para a garantia das instituições democráticas, em consagração das funções atípicas do Poder Judiciário no funcionamento do Estado de Direito existente no país.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015.

ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **ARGUMENTA JOURNAL LAW**, Jacarezinho, n. 20, p. 33-45, jan./jun. 2014.



ARANHA, Flora Augusta Varela. O controle da omissão inconstitucional no direito brasileiro: considerações em torno da Lei do Mandado de Injunção. **Revista de Direito Constitucional Internacional**, São Paulo, v. 107, p. 15 – 34, maio/jun. 2018.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; BRASIL, Clarissa. Delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 3279-3297, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 05 fev. 2021.

BICCA, Carolina Scherer. Judicialização da política e ativismo judicial. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 2, n.2, p. 121-139, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Ricardo Felipe Maciel. **A criminalização da homofobia: uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, à luz do princípio da legalidade penal e seus desdobramentos**. 2020. 107 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos Poderes na Constituição Brasileira. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 4, p. 35-50 maio, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mandado de injunção: considerações sobre a Lei 13.300/2016. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 273, p. 287-322, nov. 2017.

CESCO, Bruno Mota; SILVA, Laura de Oliveira Azevedo. A Criminalização da Homofobia pelo Supremo Tribunal Federal. **Revolução na Ciência**, Presidente Prudente, v. 5, n. 5, p. 1-17, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7950>. Acesso em: 04 fev. 2021.



CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Direito Constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. Ativismo judicial: no neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 6, p. 546-571, jul./dez. 2010.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia**. 2014. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

FRANÇA JUNIOR, Francisco de Assis de; AMORIM, Else Freire de Castro; SOUZA, Mirna Ludmila Lopes Castanha de. Violência lesbofóbica e interseccionalidade: reflexões críticas sobre a ideia de criminalização. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas**, Pelotas, v. 06, n. 1, p. 245-286, out. 2020.

GASTAL, Pedro Luís Guimarães. **Criminalização da homofobia e transfobia: proteção legislativa insuficiente**. 2020. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Brasília, 2020.

GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Belo Horizonte, ano. 3, n. 5, p. 3463-3490, 2014.

LIMA, Scarlett Maria Araújo Marques de; LIMA, Francisco Meton Marques de Lima. A criminalização da homofobia pela via judicial: uma passagem pelas teorias positivistas e críticas. **Arquivo Jurídico**, Teresina, v. 7, n. 1, p. 91-109, jan./jun. 2020.

MALHEIRO, Emerson Penha; BENATTO, Pedro Henrique Abreu. Mandado de injunção ambiental para a proteção de direitos fundamentais na sociedade da informação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 89, p. 289-309, jan./mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 63, p. 64-80, abr./jun. 2008.

NEGRELLY, Leonardo Araujo. O ativismo judicial e seus limites frente ao Estado Democrático. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, Fortaleza, 2010. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: CONPEDI, 2010, p. 1415-1426.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 146-171, 2015.



NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 1295-1343, jan./mar. 2011.

NOGUEIRA, Stephanye de Oliveira Sousa dos Santos Bessa. **A questão da criminalização penal homotransfóbica pelo Supremo Tribunal Federal**. 2019. 26 f. Artigo científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário FAMETRO, Curso de Direito, Fortaleza, 2019.

OLIVEIRA, Bárbara Pereira. **A criminalização da homofobia e da transfobia: o ativismo judicial como instrumento de reconhecimento e de proteção dos direitos humanos à população LGBTQI+ no Brasil**. 2020. 26 f. Artigo científico (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Brasília (Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Curso de Bacharelado em Direito, Brasília, 2020.

OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. **Revista CEJ**, Brasília, ano XXIV, n. 79, p. 55-63, jan./jul. 2020.

OLIVEIRA, José Marcelo Domingos de. **Mortes violentas de LGBT+ no Brasil – 2019: Relatório do Grupo Gay da Bahia**. Salvador: Editora Grupo Gay da Bahia, 2020. Disponível em: <https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, p. 13-44, p. 13-44, jul./dez. 2008.

PORTILHO, Grazielle Jordão; GONÇALVES, Jonas Rodrigo; CALDAS, Paulo Gustavo Barbosa. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na criminalização da homofobia e transfobia (ADO 26/DF). **Revista Processus de Estudos de Gestão**, Jurídicos e Financeiros, ano XI, v. XI, n. 40, p. 4-15, jan./jun. 2020.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 88. **Themis**, Fortaleza, v. 1, n. 2, p. 109-115, 1998.

RODRIGUES, Priscila Duarte. **Os novos parâmetros do sistema Judiciário e a criminalização da homofobia e transfobia: uma análise a partir do pensamento habermasiano**. 2019. 36 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário UNIFACIG, Manhuaçu, 2019.

SENTONE, Andressa Tanferri; GIACOIA, Gilberto. O ponto cego legislativo e a criminalização da homofobia. **Revista Videre**, Dourados, v. 12, n. 24, p. 26-51, maio/ago. 2020.

SILVA, Diogo Bacha e; BAHIA, Alexandra Gustavo Melo Franco. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 2, p. 177-207, maio/ago. 2015.



SILVA, Jadarlene Vanessa Machado da. A criminalização da homotransfobia como forma de proteção à dignidade humana. **Revista Humanidades e Inovação**, Palmas, v. 7, n. 19, p. 429-439, ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Renan Cassiano. **Criminalização da homotransfobia pelo STF: limites da resposta penal para gerar reconhecimento**. 2020. 53 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, Departamento de Direito, São Cristóvão, 2020.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida Silva; LANGERHORST, Victor Vendramini. Eficácia concretista das decisões do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 10, p. 273-307, ago. 2015.

SILVEIRA, Davi. A criminalização da LGBTfobia. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano, 6, n. 3.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 29, p. 161 – 185, jan./jun. 2012.

SOUSA, Gabriel Rodrigo de; MELO, Luiz Carlos Figueira de. O mandado de injunção no ordenamento jurídico brasileiro: análise crítica da equiparação da homofobia ao crime de racismo pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 123, p. 29-53, jan./fev. 2021.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEBAR, Natália Bougues Corbalan. Breve considerações sobre o sistema democrático e a ADO nº 26. **Revolução na Ciência**, Presidente Prudente, v. 15, n. 15, p. 1-20, 2019.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan./jun. 2012.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O ativismo judicial na débacle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 11, n. 2.



9. FLEXIBILIZAÇÃO DO PORTE DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL

Ian Frederico Foltran ¹

Rose Borin ²

RESUMO: Presente trabalho tem como objetivo abordar a flexibilização do porte de armas de fogo: (in)segurança jurídica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Por meio de três capítulos trata-se o conceito de arma de fogo e a distinção entre os institutos do porte e da posse da arma de fogo; a evolução histórica da legislação brasileira a respeito do tema; a Lei n. 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento); o instituto da flexibilização do porte de arma de fogo; e analisa dados favoráveis e contrários ao armamento do cidadão segundo estatísticas, posicionamentos de doutrinadores e, claro, segundo a lei. Tem como objetivo, portanto, trazer as consequências jurídicas, políticas e sociais de uma possível flexibilização do porte de arma de fogo à luz dos princípios que regem o nosso ordenamento jurídico. Traz que, a legalidade da questão deve ser analisada pela hermenêutica voltada à questão social da segurança pública.

PALAVRAS-CHAVE: Arma de Fogo. Armamento. Cidadão. Flexibilização. Segurança.

ABSTRACT: This paper deals with the aim of addressing the flexibility in the possession of firearms: (in) legal security in the light of the Brazilian legal system. Three chapters deal with the concept of a firearm and the distinction between the institutes of possession and possession of the firearm; the historical evolution of Brazilian legislation on the subject; Law no. 10,826 / 03 (Disarmament Statute); the institute for making firearms more flexible; and analyzes data favorable and contrary to the armament of the citizen according to statistics, positions of indoctrinators and, of course, according to the law. It aims, therefore, to bring the legal, political and social consequences of a possible easing of the possession of a firearm in the light of the principles that govern our legal system. It brings that, the legality of the question must be analyzed by the hermeneutics focused on the social question of public security.

KEYWORDS: Fire gun. Armament. Citizen. Flexibilization. Safety.

¹Graduando em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV). Endereço eletrônico: ian77foltran@hotmail.com.

²Pós-Doutora em Direito Processual no Sistema Italo-Germano e Latino-Americano na *Università Degli Studi Di Messina* - Itália. Doutora em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos, linha de pesquisa Acesso à Justiça e Concretização de Direitos na ITE Bauru/SP Centro Universitário de Bauru. Possui Especialização em Direito Civil (Sucessões e Família) e Processo Civil, pelo Centro Universitário de Maringá (2003). Especialização em Direito do Estado - Constitucional, pela Universidade Estadual de Londrina (2004). Mestrado em Ciências Jurídicas- Direitos da Personalidade na Tutela Privada e Constitucional, pelo Centro Universitário de Maringá (2008). Professora de Pós Graduação na Escola da Magistratura de Paraná, na UNIPAR - Universidade Paranaense. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Militar na UNIFCV – Centro Universitário de Maringá. Advogada. Autora de livros, capítulos de livros e diversos artigos científicos. Membro do Corpo Editorial da Revista Internacional Consinter de Direito e Livro Direito e Justiça do Consinter e do Conselho Editorial Juruá Ltda. Parecerista Ad Hoc: UFU/MG, Unijuí/RS, Univem/SP, Conpedi. Membro da Escola de Professores da ABDCONST. Membro da Comissão Estadual de Direito Militar da OAB/Pr. Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/Maringá/Pr. Editora Chefe da Quid: Revista Essência Jurídica UniFCV.



INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentada aborda o conceito e análise do instituto do porte de arma de fogo, atualmente considerado crime pela Lei 10.826/2003, o Estatuto do Desarmamento. Através de dados e opiniões diversas, discorre-se sobre a eficácia da restrição quanto ao porte de armas numa sociedade como a brasileira. Também se analisa a possibilidade de flexibilização do porte de armas diante da legislação vigente e suas possíveis consequências jurídicas e sociais.

A crítica sobre a ineficácia da Lei 10.826/2003, em argumentação construída com base em dados e estatísticas oficiais. Trata-se também do direito constitucional à segurança pública garantido a todo cidadão, mas que infelizmente não é efetivo. Além de ser levantada a proposta do armamento como meio de garantir a legítima defesa do cidadão, tendo em vista a preservação do direito fundamental à segurança.

Objetivo geral presente pesquisa científica é trazer as consequências jurídicas, políticas e sociais de uma possível flexibilização do porte de arma de fogo à luz dos princípios que regem o nosso ordenamento jurídico e a legalidade da questão deve ser analisada pela hermenêutica voltada à questão social da segurança pública.

Justifica-se que o trabalho apresentado possui informações de grande relevância, que foram levantadas por meio de pesquisas e textos, colaborando, ainda, que de maneira modesta para informar e apresentar conteúdo ao leitor, acerca de um tema de grande relevância social, com o intuito de se buscar mais conhecimento a respeito do porte de arma de fogo por civis.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, legislativa, e principalmente, trabalhos científicos sobre do tema.

1. O PORTE DE ARMAS DE FOGO

O ordenamento jurídico brasileiro divide as armas de fogo em duas categorias: as armas de fogo de uso restrito e as armas de fogo de uso permitido. Todavia, toda arma de fogo tem seu uso restringido pela lei, sendo que as de uso “restrito” possuem restrições maiores, uma vez que são armas de maior potência e calibre, e seu uso seria restrito ao Estado e suas forças



policiais e militares³. Enquadram-se também na categoria das restritas as armas automáticas, que realizam mais de um disparo por vez.

Lado outro, as armas de uso permitido são as de repetição ou semiautomáticas e, neste ponto, salienta-se, por oportuno, que o que se leva em consideração para considerar uma arma como permitida é a energia do disparo. As armas de fogo de uso restrito são definidas pelo art. 15 §2 do Decreto n. 10.030/2019⁴, e as de uso permitido por seu art. 15.

Também é de extrema importância diferenciar o instituto do porte e da posse da arma de fogo. Para o Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826/03⁵, a posse de arma de fogo consiste em tê-la no interior de sua residência, enquanto o porte é ter o direito de estar com ela em qualquer lugar⁶.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

De acordo com o artigo 6º, da Lei 10.826/03, no Brasil o porte é reservado para os oficiais das forças armadas, policiais, integrantes do Poder Judiciário, forças de Segurança Nacional, entre outras autoridades estatais, sendo que os civis na grande maioria das vezes conseguem tirar apenas a posse, ou seja, conseguem apenas ter num determinado local, sem o direito de se deslocar com ela⁷.

³ REIMER, Jorge Felipe. **Estatuto do Desarmamento, controle da circulação e utilização de armas de fogo e seus efeitos na ocorrência de Crimes Violentos**. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://jorgereimer.wordpress.com/2009/12/02/monografia-de-jorge-felipe-reimer-graduacao-em-direito-puc-campinas/>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

⁴ BRASIL Decreto nº 10.830, de 30 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10030.htm#art6. Acesso em: 07 de abril de 2021.

⁵ BRASIL Decreto nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

⁶ QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

⁷ COLHADO, Junyor Gomes; BUZZETTI, Rodrigo Carrion. **Análise sobre a posse e o porte de armas de uso permitido à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2018.



1.1 O ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A Lei n. 10.826/03, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento, foi promulgada em 22 de dezembro de 2003. Fruto do Projeto de Lei nº 292, proposto pelo Senador Gerson Camata, a lei foi um meio que os legisladores encontraram para que o enrijecer as leis da posse, porte e comércio de armas de fogo, objetivando a contenção dos crescentes índices de violência no país⁸.

O Estatuto previa trinta e sete artigos, porém, apenas nove foram imediatamente sancionados, os demais dependiam de regulamentação e só foram efetivados por meio do Decreto nº 5.123 de 2004⁹. Ademais, o artigo 35 não pôde entrar em vigor imediatamente, uma vez que dependia de aprovação popular mediante referendo, que só veio a acontecer em outubro de 2005.

O Estatuto concentrou os precedentes legais já existentes no código anterior (Lei 9.437/97¹⁰) e impôs mais severidade às penas já estabelecidas, acrescentando mais tipicidades de crimes de arma de fogo, que antes eram considerados delitos menores. O Art. 2º do Estatuto do Desarmamento aponta as competências do Sistema Nacional de Armas (SINARM):

Art. 2o Ao Sinarm compete: I – identificar as características e a propriedade de armas de fogo, mediante cadastro; II – cadastrar as armas de fogo produzidas, importadas e vendidas no País; III – cadastrar as autorizações de porte de arma de fogo e as renovações expedidas pela Polícia Federal; IV – cadastrar as transferências de propriedade, extravio, furto, roubo e outras ocorrências suscetíveis de alterar os dados cadastrais, inclusive as decorrentes de fechamento de empresas de segurança privada e de transporte de valores; V – identificar as modificações que alterem as características ou o funcionamento de arma de fogo; VI – integrar no cadastro os acervos policiais já existentes; VII – cadastrar as apreensões de armas de fogo, inclusive as vinculadas a procedimentos policiais e judiciais; VIII – cadastrar os armeiros em atividade no País, bem como conceder licença para exercer a atividade; IX – cadastrar mediante registro os produtores, atacadistas, varejistas, exportadores e importadores autorizados de armas de fogo, acessórios e munições; X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante; XI – informar às Secretarias de Segurança Pública dos Estados e do Distrito Federal

⁸ REIMER, Jorge Felipe. **Estatuto do Desarmamento, controle da circulação e utilização de armas de fogo e seus efeitos na ocorrência de Crimes Violentos**. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://jorgereimer.wordpress.com/2009/12/02/monografia-de-jorge-felipe-reimer-graduacao-em-direito-puc-campinas/>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

⁹ BRASIL **Decreto nº 5.123, de 1 de julho de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

¹⁰ BRASIL **Decreto nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19437.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.



os registros e autorizações de porte de armas de fogo nos respectivos territórios, bem como manter o cadastro atualizado para consulta. Parágrafo único. As disposições deste artigo não alcançam as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, bem como as demais que constem dos seus registros próprios¹¹.

Explica Paulo Alves Franco que o Estatuto não só agravou as penalidades, como criou um leque de crimes com armas de fogo, os tipos penais praticados com armas de fogo estavam resumidos em um só que era o artigo 10 dessa lei, o único que falava sobre crime no código anterior¹².

Referente à legalidade do porte de armas, o estatuto, em seu art. 6º, apenas restabelece o que já estava previsto no art. 144, da CF¹³, autorizando o seu porte apenas os que exerciam dever de polícia; integrantes das Forças Armadas; guardas municipais, prisionais e portuárias; agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência; agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; empresas de segurança privada e de transporte de valores; Magistrados e membros do Ministério Público¹⁴.

A lei preocupou-se em limitar o porte de armas somente a Segurança Nacional, a determinados agentes públicos e às empresas de segurança privada na tentativa de diminuir o índice de criminalidade e inibir os crimes cometidos por meio de armas de fogo, retirando-as da posse do cidadão comum. Ela também dificultou ainda mais a emissão do registro de posse de arma, devido às grandes exigências que tornam quase impossível, o direito do cidadão ao porte de arma, conforme define o artigo 4º:

Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I - comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei. § 1º O SINARM expedirá autorização de compra de arma de fogo após atendidos os requisitos anteriormente estabelecidos, em nome do requerente e para a arma indicada, sendo intransferível esta autorização. § 2º A aquisição de

¹¹ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

¹² FRANCO, Paulo Alves. **Porte de Armas: aquisição, posse e porte; obtenção, posse e porte ilegais; estatuto do desarmamento**. Campinas: Servanda, 2012.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

¹⁴ FACCIOILLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2010.



munição somente poderá ser feita no calibre correspondente à arma registrada e na quantidade estabelecida no regulamento desta Lei¹⁵.

O artigo 28 da lei ainda altera a previsão da Lei 9.437/97¹⁶, vedando a compra de arma de fogo por menores de 25 (vinte e cinco) anos. Observa-se que essa definição de idade, difere das faixas etárias da responsabilidade civil, criminal ou eleitoral, as quais variam entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um anos), o que dá entender que o legislador considera que indivíduos menores de vinte e cinco anos não são capazes de possuir uma arma de fogo, mas são capazes de votar, decidindo o futuro do país, como também de conquistar um cargo de prefeito municipal ou deputado federal¹⁷.

Em 2005, o governo promoveu um referendo popular sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições.

O plebiscito é uma medida de participação popular que antecede um ato legislativo ou administrativo, devendo a população, por meio de voto, aprovar ou negar sobre a matéria tratada. Já o referendo é a consulta após o ato, devendo o povo aceitar ou rejeitar¹⁸.

O resultado deste referendo foi um índice nacional de 63,94% dos votos contrários ao desarmamento da população e 36,06% a favor. Todavia, destaca-se que, em alguns estados, como o Rio Grande do Sul, 86,83% da população optou pelo direito de possuir armas de fogo¹⁹.

2. A INEFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Tendo como principal objetivo a diminuição da criminalidade e principalmente a redução de homicídios causados com a utilização de arma de fogo, a Lei Nº 10.826, de 22 de

¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

¹⁶ BRASIL Decreto nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19437.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

¹⁷ GIRÃO, Marcos. **Estatuto do Desarmamento Esquemático**. Estratégia Concursos. Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2018/10/22172330/X.-Estatuto-Desarmamento-Esquemático.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

¹⁸ INÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel; ANASTACIA, Fátima. **Democracia e Referendo no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG. 2006.

¹⁹ GLOBO. **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>. Acesso em: 10 de abril de 2021.



dezembro de 2003, vide Estatuto do Desarmamento, se mostrou falha ao conter os índices de violência desde a sua promulgação²⁰.

Maria Helena Diniz, em sua obra “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada”, entende que a eficácia de uma norma é:

A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que produziria ao seu sucesso²¹.

No entanto, no caso do Estatuto do Desarmamento não foi isso que se verificou, uma vez que o quantitativo total de homicídios praticados no Brasil nos sete anos antes do estatuto foi de 319.412, dos quais 211.562 com arma de fogo, o que resulta numa participação deste meio em 66,23% dos assassinatos²².

Já nos sete anos posteriores, foram mortas no país 346.611 pessoas, 245.496 das quais com armas de fogo, ou 70,83% do total. Objetivamente, portanto, constata-se que, após a vigência do Estatuto do Desarmamento, os crimes de morte praticados com armas de fogo no Brasil tiveram, em relação ao total de assassinatos, um aumento de 4,60 pontos percentuais, ou 6,95%²³.

Em 2016, o Brasil foi o país que apresentou o maior número de mortes por arma de fogo no mundo, segundo dados da Pesquisa Global de Mortalidade por Armas de Fogo (Global Mortality from firearms, 1990 - 2016)²⁴. Em 2017, o percentual de assassinatos com uso de arma de fogo atingiu o maior patamar já registrado no país e chegou a 72,4% dos homicídios. Ao todo foram 47.510 pessoas assassinadas por arma de fogo neste ano, o maior número registrado na história dos dados de homicídios brasileiros²⁵.

²⁰ QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2016.

²² QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

²³ GLOBO. Jornal. **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

²⁴ GLOBO. Jornal. **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

²⁵ GLOBO. Jornal. **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>. Acesso em: 10 de abril de 2021.



Ressalta-se que comprar, e manter, uma arma de fogo legalmente no Brasil é uma opção cara e difícil de conseguir, sendo assim, quem se dispõe a fazê-lo passa por um longo processo e, inclusive, recebe treinamento para manusear e guardar uma arma de fogo, portanto, sabe muito bem para que serve a arma. Quem a compra com responsabilidade, a mantém com responsabilidade, pois sabe das consequências penais decorrentes do seu mau uso²⁶.

A maioria das armas obtidas pela criminalidade no País são feitas utilizando armamento ilegal, ou seja, falha do atual Estatuto do Desarmamento, que proibiu o uso da arma de fogo, mas foi ineficaz em combater a proliferação das armas de fogo ilegais que circulam nas ruas do país. O que mostra a tamanha ineficiência do Estado brasileiro em controlar as armas ilegais, sendo ineficazes as restrições impostas nos meios de produção e comercialização da arma de fogo, o que não ajuda na manutenção da segurança pública²⁷.

De acordo com dados levantados pela a ONG Viva Rio e o Ministério da Justiça no ano de 2010, quase metade das armas que circulam no Brasil é ilegal - 7,6 milhões de um total de 16 milhões de armas²⁸

Deste modo, se o governo não tem condições de assegurar à sociedade que todos os criminosos não utilizarão armas de fogo no cometimento de crimes, não é lícito impedir aos cidadãos o exercício do direito de defesa. O governo é apenas preposto do povo e não o contrário. As armas que o governo tem pertencem ao povo. É o povo que dá às Forças Armadas e à polícia as armas com que devem defendê-lo e proteger a Pátria. O povo é o mandante, o governo é o mandatário²⁹.

O governo não tem o direito de tirar do povo às mesmas armas que o povo lhe deu. Trata-se da teoria do mandato, velha como o direito romano, que vale tanto para o direito privado quanto para o direito público. Enquanto um agente público tiver legitimidade para ter e portar armas, o cidadão comum também a terá. Desarmar as vítimas é apenas dar mais segurança aos facínoras³⁰.

Extremamente divergente é o debate acerca do direito ao porte de arma como garantia fundamental, onde reside a discussão a respeito das armas como garantia de proteção do indivíduo, e a sua influência nas taxas de violência em território brasileiro. Os críticos ao

²⁶ MENEZES, Alex F. S. **Do direito do cidadão em possuir e portar armas**. LumenJuris, Rio de Janeiro: 2014.

²⁷ MENEZES, Alex F. S. **Do direito do cidadão em possuir e portar armas**. LumenJuris, Rio de Janeiro: 2014.

²⁸ MENEZES, Alex F. S. **Do direito do cidadão em possuir e portar armas**. LumenJuris, Rio de Janeiro: 2014.

²⁹ QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015

³⁰ COLHADO, Junyor Gomes; BUZETTI, Rodrigo Carrion. **Análise sobre a posse e o porte de armas de uso permitido à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2018.



desarmamento afirmam que os dados de homicídios no Brasil não diminuíram com o estatuto. Além disso, afirmam que faltam pontos objetivos para determinar o que seria a “efetiva necessidade” de ter uma arma³¹.

A Campanha do Desarmamento é ineficaz porque tira as armas dos cidadãos, mas não dos criminosos, deixando a maior parte da população indefesa, ressaltando ser impossível a segurança pública estar em todos os lugares e ao mesmo tempo. Contudo, ressalta-se, por oportuno, que para portar uma arma é de extrema importância a comprovação dos bons antecedentes criminais, e principalmente da capacidade psicológica do indivíduo, que deve demonstrar o equilíbrio mental para lidar com estresse diário e situações indesejadas, como, por exemplo, em casos de acidentes de trânsito.

Cabe salientar que no Brasil, apenas 8% dos homicídios são solucionados, ou seja, 90% dos homicídios ficam impunes, razão pela qual o Estatuto do Desarmamento não trouxe nenhum reflexo impactante na diminuição da criminalidade ou na redução de sua letalidade³².

Assim, a questão principal é a reforma das instituições que combatem a criminalidade, equipando as polícias, investindo no setor de inteligência, no estudo dos fatores criminológicos da sociedade (criminologia), reforçar o controle das armas apreendidas, uma vez que o Estatuto do Desarmamento se provou ineficaz no combate e na redução da criminalidade, servindo apenas para desarmar os civis, mas não operando mudanças significativas nos setores criminais da sociedade, especialmente as organizações criminosas que, regra geral, não se importam com proibições legais³³.

O Caráter discricionário do Estatuto do Desarmamento é, na verdade, seu maior problema, porque trata a concessão da licença de propriedade de armas de fogo como um privilégio ao cidadão, e não como um direito, o que deveria ser de fato³⁴.

³¹ GLOBO. Jornal. **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas.** Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>. Acesso em: 10 de abril de 2021

³² GIRÃO, Marcos. **Estatuto do Desarmamento Esquematizado.** Estratégia Concursos. Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2018/10/22172330/X.-Estatuto-Desarmamento-Esquematizado.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

³³ REIMER, Jorge Felipe. **Estatuto do Desarmamento, controle da circulação e utilização de armas de fogo e seus efeitos na ocorrência de Crimes Violentos.** Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://jorgereimer.wordpress.com/2009/12/02/monografia-de-jorge-felipe-reimer-graduacao-em-direito-puc-campinas/>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

³⁴ QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento.** São Paulo: Vide Editorial, 2015



2.1 INSTRUMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA DO CIDADÃO

Uma vez sendo notória a falha do Estado brasileiro em garantir a segurança individual e pública de seus cidadãos, mister se faz o exercício a prerrogativa inerente a cada indivíduo da autodefesa. Com vista a garantir a defesa de seus próprios direitos fundamentais, como também o de terceiros; sempre que não houver a devida tutela protetiva do estado.

Sobre o tema, Cleber Masson discorre:

O instituto da legítima defesa é inerente à condição humana. Acompanha o homem desde o seu nascimento, subsistindo durante toda a sua vida, por lhe ser natural o comportamento de defesa quando injustamente agredido por outra pessoa. Em razão da sua compreensão como direito natural, a legítima defesa sempre foi aceita por praticamente todos os sistemas jurídicos, ainda que muitas vezes não prevista expressamente em lei, constituindo-se, dentre todas, na causa de exclusão da ilicitude mais remota ao longo da história das civilizações. De fato, o Estado avocou para si a função jurisdicional, proibindo as pessoas de exercerem a autotutela, impedindo-as de fazerem justiça pelas próprias mãos. Seus agentes não podem, contudo, estar presentes simultaneamente em todos os lugares, razão pela qual o Estado autoriza os indivíduos a defenderem direitos em sua ausência, pois não seria correto deles exigir a instantânea submissão a um ato injusto para, somente depois, buscar a reparação do dano perante o Poder Judiciário³⁵.

Para que haja segurança pública, primeiro deve existir a segurança individual de cada cidadão. A razão de ser do Estado é a segurança da comunidade, que é condição da segurança individual. A segurança individual dos indivíduos decorre da segurança da comunidade, sendo dois aspectos de um mesmo quadro, os quais são no fundo inseparáveis. Não haverá segurança da comunidade se inexistir segurança individual e vice-versa³⁶.

E de acordo com o art. 301 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração³⁷.

³⁵ MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 197.

³⁶ MENEZES, Alex F. S. **Do direito do cidadão em possuir e portar armas**. LumenJuris, Rio de Janeiro: 2014.

³⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso: 12 de abril de 2021.



Isto é, a lei permite a qualquer um do povo exercer o direito/dever de repelir qualquer um que esteja praticando uma ilicitude. No mundo jurídico a ação do indivíduo que se enquadra como autodefesa, trata-se de uma excludente de ilicitude, o que é o caso da famosa “legítima defesa”. É essencial destacar que a defesa do indivíduo está dentro da lei, e a atitude do criminoso em atacar é que infringe a lei, abrindo o espaço para o cidadão repelir injusta agressão, consoante permissivo previsto no artigo 23, inciso II, do Código Penal Brasileiro.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito³⁸.

Sobre a legítima defesa e seus aspectos, também discorre de forma clara e objetiva, Fernando Capez:

A legítima defesa é causa de exclusão de ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa³⁹.

Todavia, ressalta-se, que ao repelir injusta agressão, o indivíduo deve usar de meios moderados para a sua contenção. Isto significa que o uso da arma de fogo somente é permitido nos casos em que realmente haja necessidade do seu uso. Ademais, a arma de fogo é o principal instrumento quando se fala em autodefesa, uma vez que é o único artefato potencialmente eficaz em repelir ameaça física iminente ou resguardar direito próprio ou alheio.

O direito à autodefesa é pilar de uma sociedade livre e democrática. No Brasil, os criminosos continuam a ter acesso livre às armas de fogo e os civis ficam à mercê deles. Como o Estado não é onisciente e não garante a segurança pública de maneira efetiva, o cidadão que quiser proteger-se de maneira individual, deveria ter liberado acesso aos meios para tanto, ainda que seja por uma arma de fogo⁴⁰.

No mesmo sentido, discorre Guilherme de Souza Nucci ao abordar a legítima defesa:

³⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 12 de abril de 2020.

³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁴⁰ GIRÃO, Marcos. **Estatuto do Desarmamento Esquemático**. Estratégia Concursos. Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2018/10/22172330/X.-Estatuto-Desarmamento-Esquemático.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2021.



Valendo-se da legítima defesa, o indivíduo consegue repelir as agressões a direito seu ou de outrem, substituindo a atuação da sociedade ou do Estado, que não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo, através dos seus agentes. A ordem jurídica precisa ser mantida, cabendo ao particular assegurá-la de modo eficiente e dinâmico⁴¹.

De acordo com pesquisas feitas nos presídios americanos, os agressores responderam que se tivessem conhecimento de que as vítimas estariam armadas não praticariam a ação criminosa. No contexto brasileiro, muitos roubos praticados com simulacros poderiam ser evitados se os agressores soubessem que suas vítimas poderiam portar uma arma de verdade⁴².

Bene Barbosa e Flávio Quintella ao abordarem o tema, discorrem que uma vez que o Estado não consegue garantir a efetiva segurança dos cidadãos, não pode impedir os cidadãos em buscar sua própria defesa, senão vejamos:

Diante da falência do Estado em proteger o cidadão, a única alternativa que lhe resta é buscar sua própria defesa, mesmo que isso signifique aborrecimentos burocráticos, taxas monetárias altíssimas e muito tempo gasto em cada uma das etapas para a obtenção de uma licença⁴³.

O Estado Brasileiro não presta uma efetiva segurança pública e não se responsabiliza civilmente pelos crimes cometidos contra o indivíduo, por exemplo, quando um cidadão para seu carro em via pública e o veículo é furtado, não pode processar o Estado pedindo indenização, quando um cidadão é morto, não cabe ação contra o Estado por ausência de segurança pública.

Até mesmo quando o crime é praticado por um fugitivo da justiça, que está sob a tutela do Poder Público, não cabe indenização contra o Estado, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 130.764⁴⁴ e do RE nº. 107.025⁴⁵, sendo que

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁴² MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em: 08 de abril de 2021.

⁴³ QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.

⁴⁴ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Responsabilidade civil do Estado por Crime praticado por fugitivo**. São Paulo: 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-26/direito-civil-atual-responsabilidade-civil-estado-crime-praticado-fugitivo-parte>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

⁴⁵ REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Responsabilidade civil do Estado por Crime praticado por fugitivo**. São Paulo: 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-26/direito-civil-atual-responsabilidade-civil-estado-crime-praticado-fugitivo-parte>. Acesso em: 07 de abril de 2021.



neste último, o fugitivo da justiça cometeu o crime de latrocínio. Assim, se a segurança pública não é efetivamente prestada, o acesso a segurança individual não pode ser esvaziado, vedando-se o acesso as armas de fogo, sob pena de violação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal⁴⁶.

Desarmar a população é deixá-la vulnerável contra ataques ilegítimos de indivíduos mal-intencionados. Não pode o estado privar o cidadão do seu direito a segurança. A autodefesa dos cidadãos é a resposta de uma sociedade brasileira cansada de estar à mercê dos bandidos, e mais cansada ainda de não ter uma segurança pública que efetivamente a proteja da criminalidade.

Bene Barbosa e Flávio Quintela concluem esse pensamento:

Não bastasse toda a histeria com que a mídia e as organizações não governamentais se posicionam contra as armas, há ainda o fato de que todos os programas desarmamentistas já implementados no Brasil ou em qualquer outro lugar do mundo utilizam o mesmo modo de operação e a mesma lógica (ou melhor dizendo, falta de lógica): desarmar os cidadãos de bem para evitar que sejam cometidos crimes com armas de fogo. Ora, se já chegamos à conclusão de que são as pessoas que matam – são elas que decidem quando e contra quem vão usar suas armas – não há nada mais idiota do que privar justamente as pessoas de bem deste recurso tão valioso à preservação da vida. Afinal de contas, ao pedir que as pessoas entreguem suas armas, o governo certamente não receberá a adesão dos bandidos e criminosos, dos assaltantes e homicidas, dos membros de gangues e grupos de extermínio, dos integrantes do PCC e do Comando Vermelho, dos sequestradores e estupradores, ou seja, de nenhum daqueles que são os principais responsáveis pelas mortes violentas nas cidades brasileiras⁴⁷.

Assim, se um cidadão não se sentir confortável em ter uma arma em casa, não precisa comprar uma, mas deve ser assegurado àqueles que desejam ter este instrumento de defesa o direito de poder comprar uma arma de fogo sem tanta burocracia e ter sua posse e porte desembaraçados.

⁴⁶ REIMER, Jorge Felipe. **Estatuto do Desarmamento, controle da circulação e utilização de armas de fogo e seus efeitos na ocorrência de Crimes Violentos**. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://jorgereimer.wordpress.com/2009/12/02/monografia-de-jorge-felipe-reimer-graduacao-em-direito-puc-campinas/>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

⁴⁷ QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento**. São Paulo: Vide Editorial, 2015.



3. LEGALIDADE E EFICÁCIA DO ARMAMENTO CIVIL

É notória a relevância de um tema como “armamento de civil”, dentro de uma sociedade marcada pela violência como a do Brasil. Há sérias dúvidas quanto aos efeitos do armamento civil e sua possível relação com um aumento de confrontos lesivos e letais em situações do cotidiano, bem como uma possível facilitação do acesso a armas pelos criminosos, uma vez que estas estariam em maior circulação na posse da população civil.

Ao mesmo tempo, questiona-se, se a flexibilização do acesso às armas poderia resultar na redução dos índices criminais, já que os criminosos teriam mais receio de praticarem seus delitos com cidadãos armados nas ruas; como defendem os armamentistas⁴⁸. Portanto, vários fatores devem ser analisados nesse debate. Um dos argumentos utilizados contra a liberação das armas à população é a respeito do grande número de homicídios que marca as estatísticas criminais brasileiras. E com mais armas em circulação, maiores serão tais índices, gerando uma verdadeira carnificina na sociedade brasileira.

Neste sentido contrário ao armamento do cidadão, Daniel Ricardo de Castro Cerqueira e João Manuel Pinho de Mello apresentam os seguintes argumentos:

[...] i) o indivíduo que possui uma arma de fogo fica encorajado a dar respostas violentas para a solução de conflitos interpessoais; ii) o possuidor de armas fica com poder para coagir; iii) do ponto de vista do criminoso, a posse da arma de fogo faz aumentar a produtividade e diminuir o risco de o perpetrador cometer crimes; e iv) o aumento da facilidade e do acesso às armas significa diminuição do custo da arma pelo criminoso no mercado ilegal⁴⁹.

Salienta-se o fato de que o armamento da sociedade não afetaria o comércio ilegal de armas de fogo, pelo contrário, e viabilizaria esse comércio, pois acarretaria a redução dos valores das armas no “mercado negro”. E um fuzil que custa hoje aproximadamente 30 mil reais no comércio ilegal, com a flexibilização das regras sobre o porte e comércio de armas, seu valor seria reduzido pela metade⁵⁰. O fato é, que, se atualmente, na vigência do Estatuto do

⁴⁸ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manuel Pinho de. **Menos Armas, 34 Menos Crimes**. IPEA. Texto para Discussão nº 1721, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf> Acesso em: 20 abril 2021.

⁴⁹ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manuel Pinho de. **Menos Armas, 34 Menos Crimes**. IPEA. Texto para Discussão nº 1721, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf> Acesso em: 20 abril 2021.

⁵⁰ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manuel Pinho de. **Menos Armas, 34 Menos Crimes**. IPEA. Texto para Discussão nº 1721, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf> Acesso em: 20 abril 2021.



Desarmamento, o Brasil apresenta uma enorme deficiência no controle de armas, imagine com a flexibilização do porte de armas e um maior comércio armamentista.

Outro fato a ser analisado, é o de que muitos civis não possuirão capacidade técnica e psicológica de gerirem uma arma, mesmo com os atestados de capacidade psicológica e treinamentos que serão necessários. E, portanto, ao tentarem resistir a uma abordagem de um criminoso, num roubo, por exemplo, venham a se ferir e a serem mortos, aumentando ainda mais a taxa de letalidade do nosso país e ainda ensejando ao infrator a possibilidade de subtração de mais uma arma de fogo e munição⁵¹.

Todavia, desde os primórdios, as armas de fogo são, sobretudo, instrumentos de ataque e não de defesa, o que, ao menos em tese, traria mais riscos aos cidadãos armados. Outro importante fato a ser analisado são os suicídios. Em uma sociedade cada vez mais debilitada mentalmente e emocionalmente, fatores favoráveis ao cometimento do suicídio, como uma maior facilidade a se ter uma arma, devem ser questionados⁵².

Há também a questão relacionada aos acidentes domésticos com armas de fogo, os quais, conseqüentemente, aumentaram com o maior número de armas em casa, isso é, claramente, inevitável. Segundo o Jornal Folha de São Paulo⁵³, a cada três dias, em média, uma criança entra em um hospital no Brasil em decorrência de um acidente doméstico com arma de fogo. Entre 2015 e 2018 foram 518 internações na faixa etária até 14 anos por essa causa, mostram dados compilados pelo Ministério da Saúde⁵⁴.

Quanto maior o número de armas de fogo maior o risco para sociedade tanto de acidentes homicídios e suicídios, com o aumento de 1% na proliferação de armas de fogo a taxa de homicídios pode aumentar em 2% em regiões urbanas. Do total de mortes em 2015, 71,9% foram assassinadas com armas de fogo totalizando 41.817 pessoas⁵⁵.

⁵¹ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manuel Pinho de. **Menos Armas, 34 Menos Crimes**. IPEA. Texto para Discussão nº 1721, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf> Acesso em: 20 abril 2021.

⁵² LOYOLA FILHO, César Laboissiere. **Estatuto do desarmamento: novas possibilidades de flexibilização na concessão da posse de arma de fogo a civis para garantia ao direito de defesa**. 2018. 62 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de ciências jurídicas e sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12468>. Acesso em: 20 abril 2021.

⁵³ PINHO, Angela. **A cada 3 dias uma criança é internada após acidente doméstico com arma**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/a-cada-3-dias-uma-crianca-e-internada-apos-acidente-domestico-com-arma.shtml>. Acesso em: 20 abril 2021.

⁵⁴ PINHO, Angela. **A cada 3 dias uma criança é internada após acidente doméstico com arma**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/a-cada-3-dias-uma-crianca-e-internada-apos-acidente-domestico-com-arma.shtml>. Acesso em: 20 abril 2021.

⁵⁵ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manuel Pinho de. **Menos Armas, 34 Menos Crimes**. IPEA. Texto para Discussão nº 1721, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf> Acesso em: 20 abril 2021.



Além do aumento do número de suicídios, crimes banais ocasionados por brigas entre vizinhos, parentes e amigos, discussões entre casais, por brigas de trânsito, política e futebol; com a arma de fogo mais acessível, poderão vir a ser mais frequentes e letais do que já são. É comprovado como o grau de civilidade e desenvolvimento de um país está diretamente ligado às suas estatísticas criminais. E, infelizmente, a sociedade brasileira, como um geral, ainda é marcada por atos violentos, desrespeitosos e imprudentes, por grande parcela de sua população. Portanto, em um país onde valores éticos e morais não são bem desenvolvidos, é no mínimo temerário o armamento da sociedade.

CONCLUSÃO

Conclui-se, sobretudo, que o presente tema é, extremamente, complexo e que é preciso analisar cada caso para tomar a decisão mais coerente, pois, além dos benefícios que a população pode garantir, como a proteção e segurança, tem-se o lado ruim que é a entrega de armas para pessoas descapacitada de manuseá-las.

Outrossim, é que não se pode garantir que o índice de criminalidade do país irá diminuir, na veracidade dos fatos é provável que o número de mortes e acidentes com armas de fogo possam aumentar.

Conclui-se que o responsável em garantir a segurança pública e individual de todos é o Estado, problema tão complexo como o da violência prescinde mais do que edições de normas proibitivas de certas condutas, ou de majoração de penas cominadas, exigindo-se esforços não somente dos que lidam com o saber jurídico, pois, a violência, certamente requer mais do que nunca, um combate sistêmico e multissetorial; sobretudo numa sociedade complexa e desigual como ocorre no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso: 12 de abril de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

BRASIL **Decreto nº 5,123, de 1 de julho de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

BRASIL **Decreto nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19437.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

BRASIL **Decreto nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm. Acesso em: 07 de abril de 2021.

BRASIL **Decreto nº 10.830, de 30 de setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10030.htm#art6. Acesso em: 07 de abril de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro; MELLO, João Manuel Pinho de. **Menos Armas, 34 Menos Crimes**. IPEA. Texto para Discussão nº 1721, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2927/1/TD_1721.pdf. Acesso em: 20 abril 2021.

COLHADO, Junyor Gomes; BUZETTI, Rodrigo Carrion. **Análise sobre a posse e o porte de armas de uso permitido à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva. 2016.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo**. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FRANCO, Paulo Alves. **Porte de Armas: aquisição, posse e porte; obtenção, posse e porte ilegais; estatuto do desarmamento**. Campinas: Servanda, 2012.

GIRÃO, Marcos. **Estatuto do Desarmamento Esquemático**. Estratégia Concursos. Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2018/10/22172330/X.-Estatuto-Desarmamento-Esquemático.pdf>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

GLOBO. Jornal. **Em 2005, 63% dos brasileiros votam em referendo a favor do comércio de armas**. Disponível em: <https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/em-2005-63-dos-brasileiros-votam-em-referendo-favor-do-comercio-de-armas-17786376>. Acesso em: 10 de abril de 2021.

INÁCIO, Magna; NOVAIS, Raquel; ANASTACIA, Fátima. **Democracia e Referendo no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG. 2006.



LOYOLA FILHO, César Laboissiere. **Estatuto do desarmamento: novas possibilidades de flexibilização na concessão da posse de arma de fogo a civis para garantia ao direito de defesa.** 2018. 62 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de ciências jurídicas e sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12468>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Issac Sabbá. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044. Acesso em: 08 de abril de 2021.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 197.

MENEZES, Alex F. S. **Do direito do cidadão em possuir e portar armas.** LumenJuris, Rio de Janeiro: 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REIMER, Jorge Felipe. **Estatuto do Desarmamento, controle da circulação e utilização de armas de fogo e seus efeitos na ocorrência de Crimes Violentos.** Pontifícia Universidade Católica de Campinas. São Paulo: 2009. Disponível em: <https://jorgereimer.wordpress.com/2009/12/02/monografia-de-jorge-felipe-reimer-graduacao-em-direito-puc-campinas/>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

REINIG, Guilherme Henrique Lima. **Responsabilidade civil do Estado por Crime praticado por fugitivo.** São Paulo: 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-26/direito-civil-atual-responsabilidade-civil-estado-crime-praticado-fugitivo-parte>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

PINHO, Angela. **A cada 3 dias uma criança é internada após acidente doméstico com arma.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/02/a-cada-3-dias-uma-crianca-e-internada-apos-acidente-domestico-com-arma.shtml>. Acesso em: 20 abril 2021.

QUINTELA, Flávio; BARBOSA, Bene. **Mentiram para mim sobre o desarmamento.** São Paulo: Vide Editorial, 2015.



10. COMENTÁRIOS ACERCA DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO – INCONSTITUCIONALIDADE E INCONVENCIONALIDADE DA LEI 13.467/2017

*Matheus Souto*¹
*Ronnie Eric*²
*Maxielle Cristine*³
*Poliana Zarochinski*⁴
*Josyane Mansano*⁵

RESUMO: O presente artigo é um dispositivo que une conceitos, teses, fundamentos, filosofias, de diversos locais e contextos, assim como tem por objetivo iniciar uma reflexão, de cunho político, social, jurídico e dialético sobre a lei 13.467/17, ao tratar da gratuidade de Justiça, cuidou de ofender um dos princípios mais relevantes do Estado Democrático de Direito, qual seja, o Direito de Acesso à Justiça, o que restou comprovado até mesmo na quantidade de ações recebidas pela Justiça do Trabalho, que caiu assustadoramente para em torno de 30%.

PALAVRAS-CHAVE: direito; gratuidade; inconstitucionalidade; acesso à justiça.

ABSTRACT: This article is a device that unites concepts, theses, fundamentals, philosophies, from various places and contexts, as well as aims to initiate a reflection, of a political, social, legal and dialectical nature on law 13.467/17, when dealing with the gratuity of Justice, took care to offend one of the most relevant principles of the Democratic State of Law, namely, the Right of Access to Justice, which was proven even in the amount of actions received by the Labor Justice, which fell frighteningly to around 30%.

KEYWORDS: right; gratuity; unconstitutionality; access to justice.

¹ Graduando em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV).

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV).

³ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV).

⁴ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Cidade Verde (UniFCV).

⁵ Doutora e mestre em Direito pela Universidade de Marília-UNIMAR. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil. Pós-graduanda em Tecnologias aplicadas ao Ensino a Distância. Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito stricto sensu na UNICFV, presencial e EAD. Docente em Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil seccional do Paraná. Endereço eletrônico: prof_mansano@unifcv.edu.br



INTRODUÇÃO

A lei 13.467/17, ao tratar da gratuidade de Justiça, cuidou de ofender um dos princípios mais relevantes do Estado Democrático de Direito, qual seja, o Direito de Acesso à Justiça, o que restou comprovado até mesmo na quantidade de ações recebidas pela Justiça do Trabalho, que caiu assustadoramente para em torno de 30%.

Muito se engana quem acredita que a queda no número de ações se deu em decorrência do aumento da qualidade dos contratos de trabalho ou até mesmo em virtude de uma suposta consciência dos empregadores em pagar acertadamente os direitos de seus empregados, até porque, o curto espaço de tempo entre a aprovação da nova legislação não nos permite fazer tal conclusão.

Sendo assim, é certo que a alteração legislativa trazida pela lei 13.467/17 teve o intuito de disseminar o medo nos empregados de todo o país e impedir o acesso ao Poder Judiciário Trabalhista, isso em razão da consequência em caso de improcedência de seus pedidos.

O objetivo geral é analisar, a contrassenso, uma legislação que nasce justificada na hipossuficiência do trabalhador infere a ele tratamento mais gravoso do que aos litigantes da Justiça Comum, valendo-se ressaltar, até mesmo que não há nenhum elemento capaz de justificar o tratamento distinto aos litigantes, pois não há diferença entre o hipossuficiente econômico da Justiça Comum e dos demais ramos do direito, em relação ao litigante da Justiça do Trabalho, que por diversas vezes é até mais pobre que o jurisdicionado das demais áreas do direito.

Dito isso o objetivo específico é demonstrar como o magistrado aplica a gratuidade da justiça na seara trabalhista, uma vez que se tratam de pessoas necessitadas e pobres na acepção jurídica do termo, não há fundamento que permita que o litigante da esfera cível ou federal tenha uma gratuidade de justiça integral (envolvendo custas, honorários de sucumbência e honorários periciais) enquanto que a gratuidade de justiça na esfera trabalhista seja parcial, permitindo o pagamento de honorários sucumbenciais e periciais.

A pesquisa será desenvolvida teoricamente, buscando na doutrina pátria elementos caracterizadores e informativos que direcionem os estudos e baseiem a formação do texto. A pesquisa será exploratória e explicativa, tendo como procedimento a abordagem direta às bibliografias, para fazer cuidadoso exame do conteúdo jurídico dos temas suscitados.



1. DO DIREITO AO BENEFÍCIO

A Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em 11/11/2017, inseriu o parágrafo 4º no artigo 790 da CLT para estabelecer que o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”. O empregado, em audiência, declarou pessoalmente sua condição de hipossuficiência, aceita pelo juízo de primeiro grau para garantir o direito.

Para início do estudo necessário demonstrarmos a ilegalidade, e até mesmo a inconstitucionalidade da lei 13.467/17 no tocante à Gratuidade de Justiça, posto que colide frontalmente com a lei federal, a Constituição da República de 1988 e até mesmo com Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, como se demonstrará a seguir.

Da inconstitucionalidade dos artigos 790-B e 791-A, § 4º, ambos da CLT. Os referidos artigos trazidos com a redação da lei 13.467/17 possibilitam que o jurisdicionado, mesmo que beneficiário da Justiça Gratuita, seja condenado ao pagamento dos honorários advocatícios e periciais, como também possibilita a penhora do crédito conseguido em outro processo para pagamento dos valores supramencionados.

É válido mencionar que não se sustenta a alegação de que anteriormente existiam diversos pedidos improcedentes que eram formulados equivocadamente e muito menos que isso ensejaria em algum prejuízo para as empresas, posto que eventuais excessos eram resolvidos no curso do processo, seja pela produção das provas necessárias, do senso de justiça do próprio juízo, ou até mesmo por ocasião da fase de liquidação de sentença.

Por outro lado, não se pode permitir, de forma alguma, que as ameaças e lesões a direitos sejam permitidas e perpetuadas pelo medo e/ou impossibilidade de acionar o Poder Judiciário, sob pena de se criar um ramo obsoleto do direito que seja incapaz de alcançar sua finalidade, posto que a Justiça do Trabalho deixou um legado de justiça e de relevante serviço prestado à sociedade, o que não pode ser invertido em razão de uma reforma trabalhista prejudicial ao trabalhador.

É válido mencionar, ainda, que o fim desta Justiça Especializada, que muito já foi anunciado, pode estar associado a uma suposta legitimação conferida pela queda no número de ações, pois em curto ou médio espaço de tempo, com a diminuição das ações não será possível justificar a necessidade de se manter uma justiça especializada que não processa e julga os mesmos números de ações anteriormente propostas e historicamente relevantes.



Segundo Luiz Roan Neves Koury e Carolina Silva Silvino Assunção⁶:

Se isso ocorrer, o Brasil retroagirá por décadas na história mundial, sendo oportuno destacar que a rapidez com que a tramitação dos processos se dá na Justiça do Trabalho traduz o exato reconhecimento de que cumpre com rigor o princípio da eficiência. Tamanho é o absurdo das alterações legislativas trazidas que alguns países do mundo, como o Reino Unido, um dos ícones da economia capitalista, possui uma Justiça do Trabalho especializada, na qual a hipossuficiência econômica do trabalhador é presumida e em razão disso, a gratuidade de justiça lhe é garantida.

Preliminarmente, é necessário ressaltar que o poder jurisdicional é um poder-dever do Estado Democrático de Direito, razão pela qual o acesso à justiça é elemento imprescindível ao Ordenamento Jurídico.

Sendo assim, se a Gratuidade de Justiça integral é uma garantia individual daquele que se encontra em estado de necessidade, a qual não pode ser revogada nem mesmo por Emenda Constitucional e, sendo a Constituição da República a norma soberana no Estado Democrático de Direito, por qual motivo, seria permitido à uma Lei infraconstitucional a limitação de um direito que não pode ser fracionado, diminuído, extinto ou retirado?

É exatamente o que faz a lei 13.467/17 com a redação dos artigos 790B e 791-A, §4º da CLT, entregar ao jurisdicionado uma gratuidade de justiça parcial! Isto é, que não engloba honorários advocatícios sucumbenciais e nem mesmo honorários periciais, ainda que o litigante seja reconhecidamente necessitado e até mesmo pobre na acepção jurídica do termo.

2. PAGAMENTOS DE HONORÁRIOS PERICIAIS

Mais um aspecto importante modificado pela Lei 13.467 de 2017 diz respeito ao pagamento de honorários periciais. As perícias são um meio de prova importante e muito comum em processos trabalhistas. A remuneração dos peritos é na forma de honorários.

⁶ KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. A gratuidade da justiça no processo do trabalho: reflexões à luz do CPC e da Lei n. 13.467/17. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 29-48, nov. 2017.



A Reforma incluiu na CLT o artigo 790-B, estabelecendo que, mesmo que seja beneficiária da Justiça gratuita, a parte que perde no pedido referente à perícia deve pagar os honorários periciais.

EMENTA.DIREITO DO TRABALHO. HONORÁRIOS PERICIAIS. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. Sendo a reclamante beneficiária da gratuidade da justiça, devem os honorários periciais, serem atualizados na forma do art. 1º da Lei n. 6.899/81 e OJ-198 da SDI-I/TST, bem como serem pagos pela União (Súmula 457 do TST). Recurso Ordinário da autora ao qual se nega provimento.⁷

Assim, suponha que um indivíduo processa seu empregador por adicional de periculosidade, que não recebeu, e por danos morais por humilhação no ambiente de trabalho. No processo, o juiz reconhece o direito aos danos morais, mas não o direito a adicional de periculosidade.

Nesse exemplo, o trabalhador perdeu no pedido referente à perícia (mesmo que tenha vencido em outro pedido). Portanto, é ele quem vai pagar os honorários do perito, mesmo que tenha recebido o benefício da Justiça gratuita.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. HONORÁRIOS PERICIAIS. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. PREQUESTIONAMENTO. 1. Somente merecem acolhimento os embargos declaratórios quando verificada alguma das hipóteses do art. 1.022 do CPC, sendo o caso de rejeitá-los quando inexistir qualquer dos defeitos elencados. 2. Faz jus à gratuidade da justiça a pessoa, natural ou jurídica, que comprovar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais (súmula 25 do TJGO). 3. Nos termos do art. 95 do Código de Processo Civil, 'cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes'. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS.⁸

⁷ TRT-2 10005160820185020061 SP, Relator: CARLOS ROBERTO HUSEK, 17ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 10/10/2019).

⁸ TJ-GO - AI: 03686155720208090000 GOIÂNIA, Relator: Des(a). CARLOS HIPOLITO ESCHER, Data de Julgamento: 15/03/2021, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 15/03/2021



De igual modo, parece nos basilar que ante a gratuidade deferida tanto à parte reclamante, como parte reclamada na reclamatória trabalhista, a questão dos honorários periciais, sejam eles médicos, contábeis, outros condizentes para o deslinde da causa, deverão os mesmos ser arcados pela União.

3. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Nos processos trabalhistas, quando uma parte é vencida, ela deve pagar honorários de sucumbência; são honorários pagos ao advogado da parte que venceu.

A Reforma Trabalhista estabeleceu que, se a parte vencida for beneficiária da Justiça gratuita, esse pagamento ficará em condição suspensiva.

Assim, o credor dos honorários – isto é, o advogado da parte vencedora – tem dois anos após a sentença do processo se tornar definitiva para demonstrar que o devedor não está mais em situação de insuficiência de recursos. Terminado esse prazo, o devedor não pode mais ser cobrado pelos honorários de sucumbência.

A Justiça gratuita, como vimos neste artigo, é o benefício que isenta a pessoa do pagamento de custas do processo. Assim, para todos os que não podem ter acesso a esse benefício, é importante entender como é feito o pagamento de custas em processos trabalhistas.

Para começar, o cálculo das custas é feito de acordo com os artigos 789 e 789-A da CLT – que, a propósito, também foram trazidos pela Reforma Trabalhista.

No artigo 789, trata-se das custas de processos de conhecimento, aqueles em que o juiz decide sobre uma questão.

No artigo 789-A trata-se das custas de processos de execução, aqueles em que uma sentença é executada.

Segundo Carlos Alberto Riskalla Filho⁹,

Um critério objetivo, qual seja, o do recebimento de um salário ínfimo. Já na segunda hipótese estavam contemplados aqueles indivíduos que, ainda que auferissem salário superior ao dobro do mínimo legal, declarassem, nos termos da Lei, que não possuíam condições de litigar em Juízo arcando com as respectivas custas, partindo-se,

⁹ RISKALLA FILHO, Carlos Alberto. **Custas, emolumentos e a justiça gratuita no direito do trabalho**. Mega Jurídico, 26 jul. 2018, p. 56.



portanto, da presunção de boa-fé dos declarantes, sem exigência de outros requisitos.

Com a promulgação da lei 13.467/17 o regramento acima foi drasticamente alterado, gerando diversos questionamentos na ordem jurídica acerca da validade e constitucionalidade das mudanças, inclusive alcançando o Supremo Tribunal Federal por intermédio da ADIn 5.766.

Em matéria de justiça gratuita, a reforma inseriu quatro principais mudanças na CLT, por intermédio dos artigos 790, §§ 3º e 4º; 790-B; 791-A, §§ 3º e 4º; e 899, § 10, conforme acompanha a redação:

Artigo 790, § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A primeira alteração, sendo este o objeto central da presente análise, reside no artigo 790, § 3º, da CLT, que ampliou o acesso ao benefício da justiça gratuita, ao estabelecer que fará jus aquele que receber salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, valor que em 2020 corresponde a R\$ 2.440,42, haja vista que o teto, de acordo com o artigo 2º da portaria 3.659, publicada pelo Diário Oficial da União em 11/2/20, está atualmente em R\$ 6.101,06.3

Pode-se dizer que essa mudança ampliou o acesso ao Poder Judiciário, pois, antes da lei 13.467/17, conforme antiga redação do § 3º, fazia jus aos benefícios a pessoa física que auferisse salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, o que atualmente significaria o valor de até R\$ 2.090,00, também conforme o artigo 2º da portaria 3.659, que estabeleceu o novo salário mínimo nacional em R\$ 1.045,00 para o exercício de 2020.

A segunda mudança foi ocasionada pela criação do § 4º do artigo 790 da CLT, despertando, neste particular, muitas indagações acerca de sua interpretação, bem como reflexões sobre a sua constitucionalidade.

Não é demais rememorar que antes da Reforma, a segunda hipótese de concessão do benefício da gratuidade de justiça estava atrelada ao fato de, ainda que o indivíduo auferisse salário superior ao dobro do mínimo legal, requeresse os benefícios por intermédio de declaração assinada, sob as penas da lei, alegando sua condição de hipossuficiência, a qual não o permitia postular em Juízo arcando com as respectivas custas sem o prejuízo de seu próprio



sustento e/ou de sua família. Referida declaração gozava da chamada presunção iuris tantum de veracidade, expressamente reconhecida pela súmula 463, item I, do TST.

Segundo José Cairo Júnior¹⁰, ocorre que o § 4º do artigo 790 da CLT, introduzido pela lei 13.467/17, aduz que o benefício da justiça gratuita será concedido àquele que comprovar a condição de hipossuficiência alegada, caso aufera salário superior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, não bastando, portanto, a simples declaração.

Além disso, não é demais frisar outra mudança significativa que diz respeito à concessão do benefício de ofício pelo magistrado. Anteriormente à Reforma, poderia o julgador conceder de ofício as benesses da justiça gratuita a quem recebesse até o dobro do salário-mínimo legal, e também àqueles que auferissem renda superior, desde que o cotejo dos autos demonstrasse a necessidade do deferimento.

Após a Reforma Trabalhista, no entanto, existe previsão legal (artigo 790, § 3º) somente para deferimento da justiça gratuita de ofício para aqueles que recebam salário de até 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, estando vedada, portanto, a concessão para casos diversos desta hipótese.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Conforme entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 269 da SDI-1 do Colendo TST, o benefício da gratuidade, na justiça do trabalho, pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja formulado no prazo alusivo ao recurso. Assim, uma vez preenchidos os requisitos do artigo 790, § 3º da CLT, é de ser provido o agravo de instrumento, a fim de que seja processado o recurso trancado.¹¹

Diante das principais mudanças acima elencadas, iniciaram-se ponderações acerca da constitucionalidade dos dispositivos implementados pela Reforma Trabalhista que criaram novos requisitos para a concessão da gratuidade de justiça, principalmente em relação à necessidade de comprovação da condição de hipossuficiência quando analisada à luz do princípio do acesso à justiça.

¹⁰ JÚNIOR, José Cairo. **Direito Processual do Trabalho**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador. JusPodivm, 2018.

¹¹ TRT-1 - AIRO: 01005973620195010073 RJ, Relator: LEONARDO DA SILVEIRA PACHECO, Data de Julgamento: 18/06/2021, Sexta Turma, Data de Publicação: 02/07/2021



Neste cenário, a Procuradoria Geral da República ajuizou, em agosto de 2017, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.766, questionando a validade do dispositivo que estabelece a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios pela parte sucumbente, ainda que beneficiário da justiça gratuita, bem como do que estabelece o pagamento de custas processuais pelo beneficiário que faltar injustificadamente à audiência. A ação foi distribuída com relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, em 28 de agosto de 2017.¹²

Verifica-se que o objetivo da reforma trabalhista foi não de gerar desproporcionalidade nas regras aplicadas quanto a sucumbência também em face do reclamante trabalhador, vencido, uma vez que a limitação tem como objetivo restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho.

O que se verifica é que no passado ocorria uma sobreutilização do Judiciário, o que por sua vez, levava, à piora dos serviços prestados pela Justiça e prejudica os próprios empregados, dado que a morosidade incentiva os maus empregadores a faltarem com suas obrigações, buscando acordos favoráveis no futuro.

Isso porque segundo Ministro Barroso do STF: "O Estado tem o poder e dever de administrar o nível de litigância para que permaneça em níveis razoáveis".

Par se ter por base no relatado, em relatório do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2015 sobre a temática, há dados apontando para a excessiva litigiosidade existente no âmbito trabalhista, a título exemplificativo, que no ano de 2015 a Justiça Especializada do Trabalho conseguiu encerrar 5 (cinco) milhões de demandas processuais até então em trâmite, sendo que no mesmo ano foram ajuizadas 4 (quatro) milhões de novas ações¹³.

Em linhas gerais, tem-se que o sistema processual trabalhista, da forma como prevalecia até a entrada em vigor da lei 13.467/17, incentivava o "demandismo", razão pela qual a nova legislação pretendeu criar algum tipo de ônus, modesto como seja, para desincentivar a litigiosidade fútil, me parece uma providência legítima para o legislador.

E ainda segundo dado do CNJ, no ano de 2016, o Brasil gastou com o seu sistema Judiciário, 1,4% do PIB, sendo 20% desta quantia apenas com a Justiça do Trabalho.¹⁴

Percebe-se nesses números que na Justiça do Trabalho, quem paga a fatia mais larga desse custo não são os litigantes, é a sociedade.

¹² BERNANDES, Simone Soares; SCALÉRCIO, Marcos; LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Reforma Trabalhista – Teses interpretativas. 1. ed. Salvador. JusPodivm, 2018, p. 10.

¹³ CNJ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://cnj.gov.br>. Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

¹⁴ CNJ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://cnj.gov.br>. Acesso em 12 de fevereiro de 2021



Analisando as disposições legais que tratam sobre o pagamento de honorários periciais e advocatícios de sucumbência pelo beneficiário da justiça gratuita, prevê ainda a legislação que a obrigação ficará sob condição suspensiva nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que os estabeleceu, e o adimplemento somente será necessário se comprovada a inexistência da condição de hipossuficiência do sucumbente.

Com efeito, o primeiro critério é de que o valor destinado ao pagamento de honorários advocatícios e periciais não pode ser superior a 30% do valor líquido recebido pelo beneficiário. O segundo consiste no fato de que só será possível utilizar-se de créditos recebidos em demandas processuais caso estes sejam superiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social que, em 2020, corresponde ao importe de R\$ 6.101,06, conforme portaria 3.659/20.

Por derradeiro, verifica-se que quanto a constitucionalidade do artigo 844, § 2º, da CLT, que estabelece que a ausência do reclamante em audiência importará no pagamento de custas processuais, ainda que beneficiário da gratuidade de justiça, exceto se comprovar dentro de quinze dias que a ausência se deu por motivo legalmente justificável, tem-se que essa regra coíbe que a máquina judiciária à seja utilizada a toa, em vão.

CONCLUSÃO

Do exposto, verifica-se que a análise da lei 13.467, de 13/7/17 **em desfavor do empregado quando beneficiário da gratuidade de justiça**, devendo-se aplicar, no tocante à Gratuidade de Justiça na esfera trabalhista, o disposto nos artigos 98 e seguintes do Código de Processo Civil, determinando-se a Gratuidade de Justiça integral aos litigantes da Justiça do Trabalho, tal como asseverado no art. 5º, LXXIV da Carta Política de 1988.

Devendo prevalecer para o benefício da Justiça gratuita, seus direitos, eis que um recurso importante do Direito brasileiro para assegurar um acesso mais amplo da população ao Judiciário.

Quem não preenche os requisitos para ter acesso a esse benefício precisa estar ainda mais bem informado sobre como são calculadas e pagas as custas de um processo.

REFERÊNCIAS



BERNANDES, Simone Soares; SCALÉRCIO, Marcos; LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. **Reforma Trabalhista – Teses interpretativas**. 1. ed. Salvador. JusPodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 31/05/2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 31/05/2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 22 abr. 2021.

JÚNIOR, José Cairo. **Direito do Trabalho**. 15. ed. rev. atual. e ampl. Salvador. JusPodivm, 2018.

JÚNIOR, José Cairo. **Direito Processual do Trabalho**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador. JusPodivm, 2018.

MARTINS, Antero Arantes e PEDREIRA, Christina de Almeida. **Reflexões sobre a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Scortecci, 2017.

RISKALLA FILHO, Carlos Alberto. **Custas, emolumentos e a justiça gratuita no direito do trabalho**. Mega Jurídico, 26 jul. 2018.

KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino. **A gratuidade da justiça no processo do trabalho**: reflexões à luz do CPC e da Lei n. 13.467/17. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 29-48, nov. 2017.



11. PAGAMENTOS POR SERVIÇOS AMBIENTAIS RENOVANDO OS MÉTODOS DE PRESERVAÇÃO

*Lucas Santana Marques¹
Fabiana Tamaoki²*

RESUMO: O estudo busca discutir a dificuldade em seguir as normas ambientais, e como o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) pode aumentar a eficácia dos métodos de preservação ambiental, buscando integrar economia e desenvolvimento com a preservação do meio ambiente.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Normas de Preservação. Dificuldades em preservar. Ineficácia das normas. Pagamento por Serviços Ambientais.

ABSTRACT: The study seeks to discuss the difficulty in following environmental standards, and how Payment for Environmental Services (PES) can increase the effectiveness of environmental preservation methods, seeking to integrate economics and development with the preservation of the environment.

Keywords: Environmental Law. Preservation Standards. Difficulties in preserving. Ineffectiveness of standards. Payment for Environmental Services.

INTRODUÇÃO

Sabe-se da imensa dificuldade que nosso país tem em controlar os efeitos prejudiciais ao meio ambiente. E buscando a proteção dos recursos naturais, foram construídas jurisdições sobre o assunto, o direito ambiental foi evoluindo com discussões sobre a preservação. O direito ambiental foi implementado na Constituição Federal, criaram-se políticas públicas e o Código Florestal. Mas infelizmente vimos uma eficácia limitada.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: Lucassmarques10@hotmail.com

² Advogada. Pós Doutora pela Università degli Studi di Messina (Itália). Doutora e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE) e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Docente no curso de Direito do Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente (SP). Membro da Comissão Nacional das Mulheres Agraristas da UBAU (União Brasileira dos Agraristas Universitários) e da UBAA (União Brasileira da Advocacia Ambiental). Presidente da Comissão de Agronegócios e de Relações Agrárias da 29ª Subseção da OAB/SP. Autora de diversos artigos, obras e de capítulos de obras jurídicas.



O Pagamento por Serviços Ambientais demonstrou-se uma ótima política pública, que busca incentivar aquele que usa dos recursos ambientais a preservar e conservar.

Assunto que tem desenvolvido leis, buscando revolucionar os meios de produção, criando um mercado ecossistêmico, atribuindo um novo princípio, o do Produtor-Recebedor.

Se as perspectivas forem atendidas, o produtor poderá cursar um novo caminho junto a preservação, tendo a capacidade de lucrar com as Áreas de Preservação Permanente (APP) e a Reserva Legal (RL).

A nova Lei 14.119/21, tem trazido esperança para ambientalistas e reflete uma evolução na preservação.

Cabe registrar que a metodologia utilizada consiste na pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa.

1 O DIREITO AMBIENTAL E SUAS PROBLEMÁTICAS

O Direito Ambiental, como qualquer outro direito, busca analisar questões de direitos e obrigações, no caso específico a respeito do nosso meio ambiente. Esse meio que pela importância que apresenta precisou de proteção e também de regulamentação para a utilização dos bens nele presentes.

Ao entender e discutir sobre algumas problemáticas, jurisprudências foram sendo ajustadas para melhor atender a cada caso. O homem não poderia ficar proibido de usar ou viver no meio ambiente, a interação adequada é o que se busca.

Com o passar dos anos a legislação foi se formulando até se chegar a um ponto justo, que busca um melhor entendimento sobre o meio ambiente e das formas para utiliza-lo. Ainda não se chegou no resultado perfeito, mas é de suma importância entender o porquê de se proteger esse bem.

1.1 A PROTEÇÃO DO BEM AMBIENTAL

O meio ambiente é um bem de importância mundial que deve ser protegido como todo bem que se preze. A matéria jurídica ambiental teria a função de assegurar a conservação do meio ambiente.



Os recursos ambientais representam uma qualidade futura de vida, além de um valor inestimado para o país que o possui, um exemplo disso é a cobiça que países estrangeiros tem na Floresta Amazônica.

Compreendendo o papel qualitativo que o meio ambiente tem para a população, são necessárias normas para sua proteção, pois em um mundo de grandes produções, altas populações, crescentes cidades, a deterioração ambiental é um efeito constante. O que não significa que o progresso deve deixar de existir.

Os usos dos recursos ambientais existem desde o começo dos tempos, e ainda fazem parte da nossa economia. A água, a terra, as matas, possuem grande importância social, econômica e política. Seria quase impossível imaginar um Brasil sem a natureza.

Mas para que essa característica importante do Brasil se mantenha é preciso preservar tanto a fauna quanto a flora, o meio ambiente em geral deve ser cuidado.

Assim dizendo:

Meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida em quaisquer de seus aspectos. A construção teórica da natureza como recurso é o seu reconhecimento como base material da vida em sociedade. Como demonstrado por Thoreau, todo o conflito sobre os bens naturais é um conflito sobre o papel que a eles atribuímos para a nossa vida. Conflito entre o mero utilitarismo e o desfrute das belezas cênicas que muitas vezes serve como descanso para a alma³.

O surgimento do Direito Ambiental como disciplina jurídica nos mostra que as relações entre a sociedade e o meio ambiente vem se modificando de forma acelerada. Constata-se o meio ambiente como direito fundamental, pois representa o futuro das gerações, a vida e a dignidade da pessoa humana.

Sabe-se que o meio ambiente rodeia os seres vivos e a proteção que é devida está mais ligada ao natural, o que ainda não foi modificado ou totalmente modificado pelo homem.

Utiliza-se o Direito ambiental como instrumento de intervenção na realidade. Existem direitos fundamentais a serem cuidados, como o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, todos influenciadas pelo meio ambiente, compreendendo o porquê da proteção jurídica.

³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.



O Direito ambiental vem para delimitar o que vai ser protegido e assegurado, normatizando os princípios que o regem. É um direito sistematizador, que faz a ligação da legislação, da doutrina e da jurisprudência referentes aos elementos que integram o meio ambiente. Procurando sempre se interligar com as outras áreas de ação, ele não só estaria normatizando sobre as águas, florestas, atmosfera, a intenção é a proteção do meio ambiente no todo, utilizando de instrumentos jurídicos de preservação, reparação, monitoramento e participação.

Como define, precisamente, Paulo Affonso Leme Machado

O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o meio ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direito Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa da identidade de instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação⁴.

Existem diversas interpretações sobre o Direito Ambiental, uma delas fala sobre a visão econômica e social que o meio ambiente tem, servindo de meio regulamentador de exploração⁵. Imagina-se no Brasil, que possui uma vastidão em florestas, as madeiras que ali se encontram possuem um valor alto, gerando cobiça sobre elas. Para que homem possa explorar esses recursos é necessário o controle, e é aí que entra o Direito Ambiental, delimitando a exploração.

Anteriormente no Brasil, existiam políticas de desmatamento. Não havia uma preocupação maior por parte do Estado sobre o meio ambiente, isso é algo relativamente recente. A partir do momento que você era dono de uma propriedade, poderia fazer o que bem entender.

Em épocas passadas, existia um grande incentivo do governo para povoar as terras do Mato Grosso e era muito mais barato comprar terras por lá, só que, para começar a cultivar era necessário fazer a derrubada das matas.

⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª edição, revista, ampliada e atualizada, de acordo com as Leis 12.651, de 25.5.2012 e 12.727, de 17.10.2012 e com o Decreto 7.830, de 17.10.2012. pag. 148-149. São Paulo – SP. M ALHEIROS ED ITO RES LTDA. 2005.

⁵ MENDES, Nathalia. Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – Lei nº 6938/81. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://nathymendes.jusbrasil.com.br/noticias/321528492/politica-nacional-do-meio-ambiente-pnma-lei-n-6938-81>. Acesso em: 20/03/2021



O próprio governo de início não entendia a importância do meio ambiente, na época da ditadura houve grande incentivo para povoar a floresta amazônica, o lema era “integrar para não entregar”.

Junto com a ocupação e o desenvolvimento da região veio também a destruição do bioma. Existem estimativas que na década de 1970⁶, as derrubadas tenham atingido 14 milhões de hectares.

As discussões sobre a exploração Amazônica começaram a mudar na década de 1980. Um importante líder sindicalista era Chico Mendes, e com seu assassinato, em 1988, começou um divisor de águas na história da Amazônia. Foi a partir de sua morte que o governo brasileiro passou a sofrer pressões, inclusive internacionais, a respeito de suas políticas para com a Amazônia⁷.

Com essa evolução e constates discussões, princípios norteadores foram surgindo. Se tratava de uma ciência nova. A Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo, trouxe o assunto sobre o Princípio do desenvolvimento sustentável. Outras conferências surgiram, princípios foram expostos como forma de normativa para garantir a proteção ambiental⁸.

O Princípio da Dignidade da pessoa humana, pois todo ser humano tem direito a uma vida digna. E sem a biodiversidade, não se tem garantias de uma vida digna.

O Princípio do Desenvolvimento, pois o meio ambiente está ligado ao desenvolvimento econômico, os investimentos a longo prazo mostram seus efeitos futuros. Nesse particular, é bem significativo o chamado Relatório Brundtland, do qual destaco a seguinte passagem:

Mas isto não basta. A administração do meio ambiente e a manutenção do desenvolvimento impõem sérios problemas a todos os países. Meio ambiente e desenvolvimento não constituem desafios separados; estão inevitavelmente interligados. O desenvolvimento não se mantém se a base de recursos ambientais se deteriora; o meio ambiente não pode ser protegido se o crescimento não leva em conta as consequências da destruição ambiental. Esses problemas não podem ser tratados separadamente por

⁶ PEIXOTO, Fabrícia. Linha do tempo: Entenda como ocorreu a ocupação da Amazônia. Introdução. BBC Brasil em Brasília, 2009. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090722_amazonia_timeline_fbd. 23/03/2021. Pag.1, introdução.

⁷ PEIXOTO, Fabrícia. Linha do tempo: Entenda como ocorreu a ocupação da Amazônia. Anos 1980: O ambientalismo de Chico Mendes. BBC Brasil em Brasília, 2009. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090722_amazonia_timeline_fbd. 23/03/2021.

⁸ PEIXOTO, Fabrícia. Linha do tempo: Entenda como ocorreu a ocupação da Amazônia. Anos 1970: O perigo do desmatamento. BBC Brasil em Brasília, 2009. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090722_amazonia_timeline_fbd. 23/03/2021.



instituições e políticas fragmentadas. Eles fazem parte de um sistema complexo de causa e efeito

Dentre outros princípios que foram surgindo e sendo seguidos, um teve destaque: Princípio do Poluidor Pagador. Esse princípio tomou forma em nosso país. Por sermos positivistas, a maioria das normas tem caráter punitivo. A pessoa que poluiu deverá arcar com os prejuízos causados.

Basicamente as normas seguiram essa linha de pensamento. O objetivo é tirar o ônus da responsabilidade sobre o uso de subsídios ambientais e direcioná-lo para aquele que faz o uso do recurso ambiental.

O que não significa ser uma fonte eficiente de controle, posteriormente tratar-se-á dessa linha normativa que se solidificou nas legislações ambientais do no Brasil.

O Direito do meio ambiente progrediu juntamente com as normas da Constituição Federal, e conseqüentemente teve demonstrada importância compondo a Constituição, que é a principal fonte formal do Direito Ambiental.

A Constituição Federal de 1988⁹ foi diferente de todas as outras em relação a forma de se tratar o meio ambiente. Sendo notável na defesa dos direitos e garantias individuais e no reconhecimento de nova gama de direitos, dentro os quais se destaca o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tratando em diversos artigos as obrigações da sociedade e do Estado Brasileiro com o meio ambiente.

Mas deve-se colocar em ênfase que a Constituição brasileira não deixou de tratar o meio ambiente como fonte econômica. A proteção ambiental não a fez intocável. O legislador constituinte fez um mecanismo mediante as tensões daqueles que usufruem os recursos ambientais, buscando o uso sustentável.

A tratativa sobre um meio ambiente equilibrado, saudável e sustentável, juntamente com termos da geografia, mineralogia e ecologia, formaram um direito fundamental. Passando a constituir parte interpretativa da nossa constituição, exponencialmente no Art. 225 da CF¹⁰.

⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88. Título VIII, Da Ordem Social. Capítulo VI, Do Meio Ambiente. Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.03.2021/art_225_.asp

¹⁰ CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88. Título VIII, Da Ordem Social. Capítulo VI, Do Meio Ambiente. Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.03.2021/art_225_.asp



Que diz:

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.

É nítida a importância desse artigo para a proteção ambiental, nele é concretizada a norma como um elemento de intersecção entre os direitos econômicos e individuais. Destacando a palavra “Todos”, pois relacionaria desde natos a estrangeiros residentes em nosso país. Esse artigo ainda possui parágrafos e incisos que asseguram a efetividade desse direito.

A legislação brasileira não parou por aí, quando se refere aos direitos ambientais. A Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938¹¹, foi recepcionada pela Constituição de 1988, caracterizando-se como norma geral sobre proteção ambiental.

Essa Política trata do desenvolvimento sustentável, demonstrando a atualidade da norma e sua adequação a sociedade atual. Por meio dela é possível materializar os efeitos da norma, aproximando-se mais ao meio ambiente e buscando trazer um equilíbrio no seu uso.

De acordo com o artigo 4º, I da Lei 6.938/81¹², a política Nacional do Meio Ambiente visará “à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico¹³”.

A Lei 6.938/81¹⁴ tem um papel de destaque ao informar as competências administrativas dessa política. União, Distrito Federal, Estados e Municípios se apoderam do assunto, se adequando no meio em que vivem. Como a terra brasileira é vasta, nada mais lógico do que dar

¹¹ Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em 15 fev. 2013.

¹² Artigo 4 da Lei nº 6.938 de 31 de Agosto de 1981. Artigo 4 da Lei nº 6.938 de 31 de Agosto de 1981 Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Ver legislação completa. Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; III - ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais; IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

¹³ Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em 15 fev. 2013.

¹⁴ Artigo 4 da Lei nº 6.938 de 31 de Agosto de 1981

Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.



a liberdade para normatizar sobre determinados assuntos específicos de cada região. Cabe ao poder local dispor sobre a Política Ambiental que vai exercer.

A Política Nacional de Meio Ambiente deve exercer sua função, que é fundamentalmente a proteção do meio ambiente sem deixar de lado o desenvolvimento socioeconômico. Para que aconteça e siga na linha da preservação, é utilizado O Sistema Nacional De Meio Ambiente, visando assegurar mecanismos capazes e eficientes de implementar a política nacional de meio ambiente.

A eficácia das políticas empregadas vai se dar com o tempo, e caso não haja evolução nos projetos, devem ser repensadas as propostas empregadas. A inspiração do local adequado estaria ligada a uma conservação eficiente, preservação e desenvolvimento sustentável. Esse é o símbolo de uma boa política. Tudo isso aprofundaria as questões ambientalistas, aproximando Direito ambiental formal a sua utilização prática.

E sobre essa prática, deve-se trazer à tona a verdadeira legislação que se segue quando fala-se de preservação das nossas florestas.

Para positivar a proteção foi criado o código florestal, encaminhando os direitos e deveres sobre o uso das florestas. O uso das matérias florestais foi aumentando com a demanda econômica, a floresta começou a sofrer riscos com o seu uso. Os países que praticamente devastaram as suas matas, serviram de exemplo sobre o assunto. A falta de uma floresta saudável, prejudica muito a vida, não só a de animais da região, mas de toda população no entorno.

A proteção da vegetação nativa garante a continuidade das espécies locais, que dão andamento no ciclo da vida natural. A água que ali se encontra é exorbitantemente importante, água é sinônimo de vida, é praticamente impossível viver sem água.

A ciência teve papel fundamental para a criação de proteções, por meio dela é que foi possível evidenciar as problemáticas da destruição do meio ambiente, implicadas pelo desenvolvimento econômico.

Nesse sentido:

A flora e, sobretudo, as florestas assumem funções ambientais altamente relevantes, como a manutenção da diversidade genética (biodiversidade), a regeneração do solo (reciclagem de nutrientes), a proteção de zonas situadas rio abaixo (mencionem-se, por exemplo, as matas ciliares), a manutenção do ciclo hidrológico (via evapotranspiração a Floresta contribui para a manutenção da umidade do ar, além de permitir uma maior percolação das águas pluviais no solo, abastecendo o lençol freático e recarregando os aquíferos), o amortecimento de Autuações climáticas (contribuindo para o equilíbrio da temperatura no planeta), o armazenamento de carbono, além de



serem consideradas fator econômico essencial (utilização racional da madeira e, ainda que secundariamente, ecoturismo)¹⁵.

No Brasil, existe uma densa complexidade ecológica e de riqueza genética que reveste os ecossistemas florestais, atrelados à pressão sobre eles exercida pela sociedade atual. E diretamente por esses motivos que se exige um arcabouço jurídico de proteção ambiental, além de toda uma sistemática administrativa eficiente.

Na Constituição de 1934¹⁶, refletia muito sobre o liberalismo econômico. Foi pioneira ao falar sobre a função social da propriedade, dando visibilidade a questões nunca antes comentadas.

Em 1937, implementou-se na Constituição normas que regiam sobre a proteção ambiental, de uma forma rasa, mas já era um começo. O estudo jurídico sobre não terminou por aí, a comunidade internacional manteve-se sempre atenta a essas questões e foi muito influente para dar seriedade ao assunto¹⁷.

A data de 15 de setembro de 1965, foi um marco, pois nesse dia se concretizou um código que acenava para os Direitos ambientais, o primeiro código florestal brasileiro. Instituiu uma série de avanços como, por exemplo, a possibilidade de instituição de áreas ambientais a serem protegidas, como áreas de Preservação Permanente e Reservas Legais¹⁸.

A evolução jurídica foi progressiva, a Constituição de 1988 foi a que mais se inclinou nos assuntos ambientais, tendo um importante Artigo normatizado, o Art. 225, assunto já comentado anteriormente nesse tópico.

¹⁵ THOMÉ, Romeu. Manual De Direito Ambiental. – 5º. Ed. – Salvador. 2015. Pag. 307. Em 24/03/2021

¹⁶ JUNIOR, José Cardoso. A Constituição Brasileira De 1988 Revistada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais Das Políticas Públicas Nas Áreas Econômica e Social.. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea 2009. Brasília. Volume 1. Fascículo 10. Pag. 10 – 18. Março, 2021.

¹⁷ ÂMBITO JURÍDICO. O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea. Ambito Jurídico, em 1 de março de 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-direito-ambiental-nas-constituicoes-do-brasil-um-breve-relato-de-sua-construcao-historica-e-a-tese-do-artigo-225-cf-88-como-clausula-petrea/>. Trecho “A Constituição de 1937 ampliou aumentou o leque da competência legislativa, para questões como água, energia, hidroelétrica, floresta, caça, pesca, riquezas de subsolo, bens de domínio federal.”

¹⁸ ÂMBITO JURÍDICO. O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea. Ambito Jurídico, em 1 de março de 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-direito-ambiental-nas-constituicoes-do-brasil-um-breve-relato-de-sua-construcao-historica-e-a-tese-do-artigo-225-cf-88-como-clausula-petrea/>. Trecho “Foi editada a Lei 7471, de 15 de setembro de 1965, a referida lei foi na verdade uma nova versão do Código Florestal de 1934; tal código ampliava as políticas de proteção e conservação da flora, e ainda, estabelecia a proteção das áreas de preservação permanente.”



Por fim, quanto ao surgimento desse Código, criou-se em 2012, após intensos debates travados, o surgimento da Lei 12.651/2012, denominado por alguns na época como Novo Código Florestal.

Código que possui diferentes princípios na sua essência, se tornando o principal meio normatizado ao falarmos de preservação ambiental. Diferente de legislações anteriores, busca a observância sobre a implementação do desenvolvimento sustentável tendo em vista a proteção e o uso das florestas e demais formas de vegetação.

As normas desse código firmam o compromisso do País com a preservação da flora, da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e com a integridade do sistema climático. Preocupa-se também com as zonas rurais, a importância que tem para a produção e desenvolvimento ecologicamente sustentável.

Possui normas de ênfase e que demonstra uma obrigatoriedade de todos os donos de terra, as APP (Área de Preservação Permanente) e RL (Reserva Legal). O legislador, com toda certeza, direcionou projetos mais aprofundados nesse assunto, dando a impressão de só tratar sobre.

Um bom entendimento sobre:

Áreas de Preservação Permanente – APP, estão definidas nos termos do Código Florestal (lei nº 4.771/1965) que foi revisado pela Medida Provisória nº 2.166/2001. APP são áreas protegidas, cobertas ou não de vegetação nativa, com a função ambiental de preservar recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

As Reservas Legais - RL, definidas pela mesma lei e medida provisória, são áreas localizadas no interior da propriedade ou de posse rural, excetuadas as áreas de preservação permanente, necessária ao uso sustentável dos recursos naturais, à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção de fauna e flora nativas. (Áreas de Preservação Permanente (APP) e Reservas Legais (RL))¹⁹.

O dono da propriedade é obrigado a preservar esses locais, não havendo indenização para cumprir seu dever, a terra pode ser sua, mas ele não tem o direito de desmata-la e possui o dever de preservá-la.

A partir do momento que é delimitada a APP, não pode haver mudanças em sua forma. Existem situações em que seu uso está autorizado, mas é atribuído a poucos casos pelo código florestal. No geral, aquele que resolve “tocar” naquela área, vai sofrer consequências punitivas,

¹⁹ PortalEducação;2021;https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/biologia/areas-de-preservacao-permanente-appereservaslegaisrl/19385).



normalmente as sanções vem por meio de multa, mas pode haver circunstâncias que levem a privação da liberdade.

O mesmo se segue para a Reserva Legal, para ela as porcentagens a ser reservada para a floresta nativa são no mínimo geral de 20%.

Mas muito se discute sobre a efetividade dessas normas, pois falam de uma flexibilização histórica das leis ambientais, como a possibilidade de compensação para áreas que não possuem a porcentagem adequada.

Existe um entrave entre o produtor e os regimentos de preservação. Muitas críticas existem dos dois lados, alguns defendem a flexibilização de normas e outros preferem que seja enrijecida, mas ao final, qual seria a verdadeira função de tais possibilidades? Seria possível preservar e lucrar? Vê-se um Código parcial entre a parte ambiental e econômica?

O Brasil possui ainda 66,3% da vegetação nativa, dados disponibilizados pela EMBRAPA TERRITORIAL, apresentando que em preservação na soma total da vegetação nativa: florestal, savânica e campestre. Sendo um exemplo comparado a outros países, a Europa possui 0,2% das florestas nativas, e o que vemos recentemente são críticas de países que nunca se importaram com seu bioma. No Brasil, conseguimos integrar exploração e produção com conservação e preservação, o produtor rural sempre esteve ligado a essas circunstâncias. A problemática está na forma como se incentiva a se fazer mais pelo nosso Meio Ambiente.

Segundo o deputado Aldo Rebelo²⁰, relator do projeto na Câmara, a atual exigência de RL coloca na ilegalidade mais de 90% das propriedades existentes no Brasil. Demonstrando falhas no sistema de preservação, mesmo com a quantia significativa de vegetação nativa.

1.2 DIFICULDADES NA PRESERVAÇÃO

Nossas leis ambientais seguem um padrão positivista, onde normalmente o incentivo que se tem para cumprir as normas é a punição por não as seguir, acarretando uma visão errada sobre a preservação.

É fato, as normas ambientais vêm aumentando, cada vez mais novos assuntos vão surgindo e com isso ocorreram novas interpretações jurídicas, mas não significa que elas vêm

²⁰ EM DISCUSSÃO. 90% das propriedades rurais na ilegalidade. EM DISCUSSÃO. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/codigo-florestal/reserva-legal-protecao-necessaria-ou-intromissao-do-estado/90-das-propriedades-rurais-na-ilegalidade.aspx>. Em: 05/03/2021



sendo respeitadas. Aqueles que deveriam seguir não o fazem, pois não acreditam naquilo que está sendo posto.

Aconteceu uma mudança histórica totalmente radical no que se refere as normas ambientais. Nem sempre existiam cuidados com nossa biodiversidade, as leis só foram surgir com pressões futuras, mas antes disso, o desmatamento era questão de evolução. Imagine um povo que sempre utilizou da terra, nunca teve conhecimento sobre preservação e suas consequências, ter que começar a reservar áreas só para garantir a floresta nativa, não podendo tomar lucro de nada que ali estava.

Isso fez com que, a maioria das comunidades, tanto agrícola quanto industriais, buscassem formas de burlar a lei apresentada, não havia significado naquilo, “estou preservando, fazendo minha parte, e não recebo nada em troca?!”, esse deve ter sido o maior questionamento. Essa falta de comprometimento com as normas, talvez tenha se dado pela forma em que se iniciaram as normas de preservação. O princípio que mais fez jus, ao que me parece, de início, foi o do Poluidor Pagador. Agora, imagine um país que teve diversas políticas governamentais influenciando o desmatamento, como a política de “Integrar para não entregar”, ter que seguir normativas que restringiam algumas possibilidades econômicas na sua propriedade.

Uma mudança cultural dessa não acontece de uma hora para a outra. Sabemos da importância que a economia tem para influenciar qualquer assunto, e como não interligar a economia com a preservação? Se houvesse uma instigação a usar o meio ambiente preservado em nosso benefício, com toda certeza existiria um olhar diferente para as leis ambientais.

O produtor, o empresário, o cidadão comum, deve saber como utilizar o meio ambiente sem destruí-lo, e como crescer junto as florestas. Tem grande destaque nesse assunto a PSA, que vai-se dar mais ênfase posteriormente.

Os tempos mudaram e já é comprovada as consequências de uma devastação ambiental. Atualmente vive-se grandes secas, extinção de espécies, grande exploração de madeira, que após ser retirada virará pastagem, e de uma forma mais arriscada, a poluição das águas. As águas que são sinônimo da vida, usada na irrigação, na indústria e nas atividades cotidianas dos seres vivos.

Mesmo considerando o Brasil o país que melhor atende as normas ambientais e que possui a maior segurança jurídica sobre essas questões, tem nítida a ineficácia da lei. O objetivo não é apenas restringir ações, mas também aliar a produção com preservação.



O produtor também sofre com tudo isso, ele que tanto fez pela nossa terra e que sempre buscou a renda da sua família, se sente injustiçado e desvalorizado. Por outro lado, num paralelo de realidade, vê-se intensas críticas à atual flexibilização de algumas leis ambientais.

Nas propriedades rurais, vê-se conflitos sobre a área de APP, é inquestionável a importância que a água e seu entorno tem, mas imagine a dificuldade do produtor que seguia uma norma que regulamentava uma distância menor da APP, ter que se afastar mais e deixar todo um espaço já desmatado sem uso algum. E se fosse dado um incentivo para usar positivamente esse espaço que sobra?

As leis brasileiras são muito boas e abrangentes, o problema está na administração, às vezes quer-se mudar a lei, porque o jeito que ela está sendo executada/ministrada é errada. Mas aí surge outra problemática, a burocratização das leis brasileiras, não escapando da legislação ambiental. Isso existe porque o Brasil é um país burocrata, as pessoas são tratadas como desonestas, rodeadas de burocracia sempre rediscutindo e implementando leis, mas em alguns pontos existe a dificuldade de agir em assuntos que se impulsionariam com incentivos de iniciativa própria, vindo do produtor, empresário ou mesmo por qualquer um que se interesse. Sendo assim, qualquer um que possua o interesse de agir para evoluir na preservação, se não houvesse tantas restrições, conseguiria impor melhor suas ideias.

Como discutido em uma das lives no YouTube, no Canal Futuro Florestal, Dra. ZeZé Zakia²¹, engenheira florestal, talvez no tempo que as leis ganharam efetividade, a visualização sobre as normas foi diferente. Imagine no surgimento do movimento ambientalista, que surge no século passado, coincidindo com o êxodo rural, as pessoas estavam começando a sair do campo para ganhar suas vidas na cidade, a urbanização era crescente, ocorreu no Brasil um movimento ambientalista incrivelmente urbano. Aqueles que estavam nos grandes centros e lutavam pelo meio ambiente, talvez buscando a rigorosidade e uma floresta intocável, não deram total atenção aos que viviam em propriedades no interior de seus estados.

Analisando assim, pode-se imaginar uma guerra decretada contra aqueles que atingem o meio ambiente. E nessa guerra, muitas vezes o produtor que mal conhece sobre algumas leis,

²¹ Live: A legislação ambiental e suas aplicações para o produtor rural. “Em comemoração ao Dia Internacional das Florestas (21/03) e ao Dia Mundial da Água (22/03), fizemos essa LIVE para falar sobre “A legislação ambiental e suas implicações para o produtor rural”. Nessa Live os diretores da Futuro Florestal, Eduardo Ciriello e Valeria Ciriello, ambos engenheiros agrônomos e mestres em Ciências florestais, assim como Rodrigo Ciriello, receberam a Dra. Zezé Zakia, engenheira florestal, mestre em Recursos Naturais e doutora em Ciências da Engenharia Ambiental. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Ep_R9AdYDRY&t=2247s. em: 20/04/2021.



é condenado por suas ações, sendo comparado a grandes empresas que destroem o meio ambiente.

Mas deve-se destacar que nem tudo se trata de impasse, existem casos em que se observa alianças entre aqueles que utilizam os recursos ambientais e aqueles que os protegem.

Com o Código Florestal, conseguimos visualizar novos métodos de integração entre produção e preservação.

Um bom exemplo, o PRA (Programa de Regularização Ambiental). A nova lei ambiental cria obrigações para o Estado, na lei anterior a obrigação era só do proprietário rural, agora o proprietário pode criar o projeto e fazê-lo com a sua regularização.

Já que o proprietário rural tem que regularizar as áreas de preservação permanente, é uma ótima proposta, que ele possa fazer de uma forma que o agrade e atenda às necessidades do meio em que vive.

A Dra. Zezé Zakia diz em uma live no Youtube²², no canal Futuro Florestal, sobre “As leis Ambientais e suas Implicações ao Produtor Rural”, que o Brasil não precisa mais desmatar para lucrar com o agronegócio, “as contas já foram feitas”, o que é preciso é renovar as pastagens degradadas e usar o que se tem.

E não é só o Agro que pode mudar sua realidade sustentável, as grandes indústrias também, recentemente a Coca-Cola vem desenvolvendo formas para reutilizar água e diminuir o consumo, o que já é um grande passo de representatividade. Outras formas sustentáveis de produção estão sendo apresentadas como avanço.

Ademais, outro excelente exemplo é a integração lavoura-pecuária-floresta (ILPF). Trata-se a ILPF de:

[...] uma estratégia de produção que integra sistemas de produção agrícola, pecuário e florestal, em dimensão espacial e/ou temporal, buscando potencializar os componentes do agroecossistema para a sustentabilidade da unidade de produção (empresa rural), contemplando a sua adequação ambiental, a valorização do homem e do capital natural e a viabilidade econômica do sistema de produção.

²² Live: A legislação ambiental e suas aplicações para o produtor rural. “Em comemoração ao Dia Internacional das Florestas (21/03) e ao Dia Mundial da Água (22/03), fizemos essa LIVE para falar sobre “A legislação ambiental e suas implicações para o produtor rural”. Nessa Live os diretores da Futuro Florestal, Eduardo Ciriello e Valeria Ciriello, ambos engenheiros agrônomos e mestres em Ciências florestais, assim como Rodrigo Ciriello, receberam a Dra. Zezé Zakia, engenheira florestal, mestre em Recursos Naturais e doutora em Ciências da Engenharia Ambiental. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Ep_R9AdYDRY&t=2247s. em: 20/04/2021.



Também tem-se o PSA (Pagamento por Serviços Ambientais), que tem se mostrado um avanço no incentivo para a preservação, dando uma nova visão sobre a busca da conservação. É importante lembrarmos que, para o cumprimento das leis ambientais o Poder Público utiliza-se de uma série de instrumentos, como regularização, a ferrenha fiscalização e o controle de atividade potencialmente prejudiciais ao meio ambiente. Deve-se dar ênfase, contudo, à crescente utilização, em todo o mundo, de mecanismos complementares, como os mecanismos econômicos de proteção ambiental. O Poder Público deve atribuir valor econômico ao bem ambiental preservado.

Internacionalmente, tem-se visto alguns exemplos da funcionalidade desse mecanismo. Na Suíça, o morador dos Alpes tem isenção tributária com a finalidade de conservar o cartão postal do país. Em Nova Iorque, os camponeses dos arredores recebem por preservarem as nascentes, um grande exemplo que pode-se utilizar nos nossos grandes centros, pois dessa forma, gasta-se para buscar a preservação de uma boa fonte de água e não com a reutilização de águas sujas²³.

Há uma inegável economia nesse plano, tendo em vista que os custos para a preservação ambiental são menores do que o custo de reparação do ambiente degradado. Dessa forma, práticas ambientalmente sustentáveis são implementadas à medida em que seus idealizadores são compensados economicamente²⁴.

No Brasil, esse revolucionário mecanismo vem sendo implementado, conhecido como Pagamento por Serviços Ambientais, instrumento econômico de incentivo aos proprietários de terras, na tentativa de estimulá-los a implementar práticas sustentáveis. Os proprietários de áreas ambientais são recompensados economicamente por manter a floresta em pé e preservar a qualidade dos recursos naturais²⁵.

O PSA merece mais atenção, poderia ser a forma de contornar conflitos sobre a preservação, minimizando ou até mesmo anulando, com a abrangência da PSA. Devendo realocar gastos nas políticas de pagamento por preservar.

²³ FOLETO, E. Maria. Perspectivas do pagamento por serviços ambientais e exemplos de caso no Brasil. REA – Revista de estudos ambientais. (online). v.13, n. 1, p. 6-17, jan./jun. 2011. REA – REVISTA DE ESTUDOS AMBIENTAIS, 2011. Pag. 11 – 12. Em: 04/2021.

²⁴ FOLETO, E. Maria. Perspectivas do pagamento por serviços ambientais e exemplos de caso no Brasil. REA – Revista de estudos ambientais. (online). v.13, n. 1, p. 6-17, jan./jun. 2011. REA – REVISTA DE ESTUDOS AMBIENTAIS, 2011. Pag. 11 – 12. Em: 04/2021.

²⁵ BIODIVERSIDADE E TERRITÓRIO. Programa estadual de pagamento por serviços ambientais. BIODIVERSIDADE E TERRITÓRIO. Disponível em: <http://www.inea.rj.gov.br/biodiversidade-territorio/pagamento-servicos-ambientais-psa/>. 03/05/2021



É uma forma mais eficaz de preservação, usando números de forma realista. O dinheiro gasto preservando pode ser considerado uma economia se comparado com os gastos que existem para reutilizar áreas devastadas.

A função da PSA é tornar a preservação mais realista, trazer vantagens para aquele que faz a sua parte e não recebe nada em troca.

Se o sistema utilizado, mesmo punindo somente aquele que utiliza do bem ambiental, não vem surtindo o efeito desejado, talvez seja hora de mudar a narrativa e trazer a preservação como uma nova vantagem para aquele que utiliza o meio ambiente e não apenas uma difícil obrigação.

2 PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS

O mundo é testemunha de uma considerável valorização da importância do meio ambiente, proporcionando mudanças nas ações governamentais e nos agentes econômicos. Vários instrumentos de preservação estão sendo testados e com grau variável de sucesso. De maneira geral, essas formas são divididas em dois tipos: instrumentos reguladores e instrumentos econômicos.

No Brasil, verifica-se o uso significativo dos instrumentos reguladores, não tendo o resultado esperado, os índices de desmatamento só vêm aumentando. Está-se acompanhando uma mudança, vem ganhando força os instrumentos econômicos, por meio de incentivos ecossistêmicos há uma tentativa de mudar a realidade da preservação. Com o mercado ganhando força e com a ajuda financeira pode-se melhorar o patamar da proteção ambiental, compensando bem mais como política pública.

Sabe-se dos interesses externos sobre os recursos naturais da nossa nação, muitas vezes esses países se demonstram preocupados com nossas políticas de preservação, mas não podemos nos enganar com esse “papinho”. Com toda essa riqueza, pode-se transformar a preservação em um novo mercado.

Como primeira linha de ação o Código Florestal adere mecanismos que vinham sendo utilizados em países estrangeiros e de forma pequena em nosso país. O objetivo é incentivar proprietários ou possuidores de imóveis ricos em recursos naturais a protegê-los, definimos esse mecanismo como PSA, pagamento por serviços ambientais. Como bem exposto aqui:

Serão beneficiadas com o pagamento ou outra forma de incentivo monetário ou não, aquelas atividades que conservem e melhorem a qualidade dos recursos naturais com



um, ou mais de um, dos seguintes serviços ambientais:

- a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono;
- b) a conservação da beleza cênica natural;
- c) a conservação da biodiversidade;
- d) a conservação das águas e dos serviços hídricos;
- e) a regulação do clima;
- f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico;
- g) a conservação e o melhoramento do solo;
- h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;

Com o intuito criar um mercado de serviços ambientais, e desta forma beneficiar o maior número de interessados, o programa relativo a serviços ambientais deverá integrar os sistemas em âmbito nacional e estadual²⁶.

Através do Pagamento por Serviços Ambientais, pode-se fazer uma discussão muito pouco explorada pelo Direito Ambiental. Essa interface entre serviços ambientais e direito, através da figura da PSA, permite fazermos uma análise, não apenas como um instrumento preventivo para a proteção do meio ambiente, mas sim como um instrumento promocional à proteção ambiental.

Normalmente, por conta da nossa cultura positivista da construção legislativa, faz-se a nossa proteção jurídica basicamente com o combate ao ilícito. No Direito Ambiental também o verificamos, tutelamos o meio ambiente com multas, sanções e reprimimos o erro. O que se vê é uma proteção pela repressão.

Ao se falar de serviços ambientais internalizando no direito por meio do pagamento por serviços ambientais, abrimos margem para discutir o outro lado da moeda, será que o direito não é capaz de alcançar o objetivo por meio de instrumentos promocionais e preventivos? Aqui entra o PSA, onde ao invés de proteger a nascente punindo, pode-se proteger com promoções ao preservador ambiental. Criando assim um novo princípio, o do

“Protetor Recebedor”, como contra face do princípio Poluidor Pagador. Aquele que polui deve pagar e aquele que preserva deve receber.

2.1 DEFINIÇÃO DE PSA

É uma iniciativa criada com o objetivo de recompensar pessoas físicas ou jurídicas que praticam a conservação/preservação ambiental. O PSA existe para pessoas que buscam a

²⁶ THOMÉ, Romeu. **Manual De Direito Ambiental**. – 5°. Ed. – Salvador. 2015, p. 343.



preservação, conciliando elas com a produção. A iniciativa promove o reconhecimento ambiental, social e econômico.

Pode-se citar como exemplo um pequeno produtor de leite, que possui uma nascente atrás de sua chácara, lá ele se mantém com 20 vacas, e para garantir o alimento delas, o produtor assoreia a nascente. Com o PSA, garantimos a preservação da nascente, dando uma ajuda em dinheiro para o produtor não utilizar daquela área, podendo utilizar o dinheiro em outras atividades produtivas. O recurso do PSA também serve para a restauração de áreas já desmatadas. Como no exemplo citado, o incentivo viria para o produtor deixar de desmatar, garantindo a saúde da nascente que continuaria fluindo, aumentando fluxo de água, podendo vir a alimentar um córrego ou lagoa, o que demonstra a importância desse ciclo. O diferencial desse serviço é a remuneração do produtor rural, incentivando o não desmatamento e mesmo assim, garantindo a obtenção de lucros.

Numa definição mais teórica, considera-se o PSA como um instrumento baseado no mercado para financiamento da conservação que considera os princípios do usuário-pagador e do provedor-recebido, se obtendo o seguinte raciocínio: Aquele que preserva o meio ambiente com seus serviços, deve receber por isso, e aquele que usa dos serviços ambientais, deve pagar por ele, exemplo é o que vê-se projetado no estado de Nova York. Anteriormente NY, sofria com o abastecimento de água, havia poluição e contaminação. Para melhorar a situação um excelente projeto foi feito, a água começou a ser buscada de grandes lagos no entorno das cidades, mas para mantê-la limpa foi necessário proteger os mananciais.

O *Memorandum of Agreement* (MOA) de 1997 representou um marco na gestão hídrica do estado. O documento representou uma mudança na preservação hídrica, o estado começou a incentivar aqueles que preservavam. Os fazendeiros foram nomeados “guardiões da água” e passaram a receber pelos serviços ambientais prestados. As pessoas que se comprometem com esses serviços são chamadas de Provedores de Serviços Ambientais, isso porque adotam práticas de manutenção de serviços ambientais dentro de um projeto ou programa de PSA. Essa Política Pública Ambiental provoca mudanças de atividades e comportamentos, gerando melhores resultados na preservação do meio ambiente.

Recentemente foi sancionada a Lei nº 14.119/21²⁷ que regulamenta o pagamento por serviços ambientais e que demonstra a evolução do assunto.

²⁷ Lei nº 14.119, de 13 de Janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm>. Acesso em 15 fev. 2013.



2.2 UTILIZAÇÃO DO PSA

Para existir o PSA, primeiro deve haver uma boa conscientização sobre o assunto, ocorrer a disseminação da ideia entre produtores e fazer sentido para eles. Para que ela se implemente de forma eficaz exemplos devem ser dados, grandes empresas podem ser incentivadas e pequenos projetos regionais podem demonstrar o sucesso dessa política.

Aquele que se interessar em ganhar com a PSA, deve encontrar um mercado favorável. Vai existir aqueles que gostariam de receber pelos serviços, outros vão pagar por aquilo, também pode existir aqueles que utilizaram do lucro para a preservação.

De início, aquele que recorrer a essa política, deve demonstrar o seu interesse em dar continuidade.

Um importante mercado que pode ser explorado é o de recursos hídricos. O tratamento de água em Nova Iorque, já se utiliza do PSA²⁸. Eles usam um sistema de preservação antecipada, fazendo um pagamento por serviços ambientais com as comunidades que estão próximas as fontes de água. O objetivo é pagar para adotar medidas que assegurem que a água chegue limpa na cidade sem poluição. Garantem ser bem mais barato preservar a fonte do que pagar por sistemas de tratamento.

No geral os provedores de serviços ambientais necessitam de um mercado ativo. Com a regulamentação dos meios, existindo uma espécie de identificação para quem pratica o PSA, pode-se aderir valor aos seus produtos. Exemplo: A venda da carne de Gado que foi criado em pastagem com o uso integrado de floresta. Esse produtor além de fazer o plantio de floresta nativa, consegue garantir pastagem aos seus animais, devendo ganhar pelo seu produto vendido (carne do boi). Com a qualificação de seu produto, uma opção que as embalagens pudessem vir com selos que comprovam os bons meios de produtividade, podendo também se ausentar de alguma espécie de tributo, por se utilizar do PSA em sua produção²⁹.

As indústrias também podem utilizar disso como investimento, não influenciando diretamente no seu produto, mas encaminhando produtores a aderirem o PSA.

²⁸ FOLETO, E. Maria. Perspectivas do pagamento por serviços ambientais e exemplos de caso no Brasil. REA – Revista de estudos ambientais. (online). v.13, n. 1, p. 6-17, jan./jun. 2011. REA – REVISTA DE ESTUDOS AMBIENTAIS, 2011. Pag. 11 – 12. Em: 04/2021.

²⁹ Vídeo: CANAL: PACTO EM DEFESA DAS CABECEIRAS DO PANTANAL. O que é PSA – Pagamento por Serviços Ambientais – Vídeo na íntegra – 14' 57". “O que são os Pagamentos por Serviços Ambientais? Tire suas dúvidas aqui, na série de vídeos produzida pelo Pacto em Defesa das Cabeceiras do Pantanal, em parceria com o WWF-Brasil e a Escola aberta do 3º setor.” Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=m_bujEjJrPk



Existem muitos recursos destinados ao meio ambiente, muitas das vezes os maiores gastos são dados para a restauração do meio, com o PSA e o seu desenvolvimento pode-se utilizar valores para outros recursos.

Como esta é uma política de incentivo, dúvidas pairam sobre os recursos do PSA. No geral esses Fundos de Preservação, que podem ser de um fundo específico de PSA, de um fundo ambiental, de recursos hídricos ou de um fundo de mudanças climáticas. Os fundos podem ser pessoas jurídicas ou simplesmente existirem como contas correntes ligadas a alguma instituição. Eles devem ser criados com a capacidade de receber recursos financeiros, tanto de origem pública quanto privada. Um exemplo são os fundos públicos destinados ao meio ambiente, como o fundo estadual ou municipal. Os recursos para compor esses fundos viriam de impostos, empréstimos ou doações de instituições.

É fundamentalmente importante os Mercados de ativos ambientais, com a comercialização de serviços ecossistêmicos bem definidos e lastreados em ativos originados a partir de projetos e programas certificados. Dentre outras infinitudes de fontes de recurso tem-se: recursos advindos da exploração mineral, taxas de controle e fiscalização ambiental, recursos do fundo social, doações de pessoas físicas e recursos decorrentes do não cumprimento de metas de redução estabelecidos por políticas de estado.

Muitos exemplos de sucesso vêm surgindo no mundo todo, utilizando o sistema de PSA. A Costa Rica foi pioneira no desenvolvimento do PSA, existindo um reconhecimento financeiro por parte do Estado aos proprietários de bosques e plantações florestais. Como se vê a seguir:

In Costa Rica, the concept of payment for environmental services (PES) is based on the principle that owners of forests and forest plantations should receive financial compensation for the provision of services that these ecosystems provide to Costa Rica's society in particular and the community international in general.³⁰

No Brasil, o enfoque principal está sobre o Crédito de Carbono e a gestão dos recursos hídricos. De início, o desenvolvimento dos projetos hídricos de PSA devem ganhar abrangência em todo o Brasil, pois será uma ótima forma de evoluirmos junto a essa política. No município de Extrema (MG), por exemplo, se utiliza de recursos do fundo Municipal do meio Ambiente

³⁰ Na Costa Rica, o conceito de pagamento por serviços ambientais (PSA) é baseado no princípio de que os proprietários de florestas e plantações florestais devem receber compensação financeira pela prestação de serviços que esses ecossistemas prestam para a sociedade da Costa Rica em particular e da comunidade internacional em geral.



para incentivar os produtores rurais que se dispõem a fazerem a adequação ambiental em suas propriedades.³¹

Muitas coisas ainda devem ser feitas, mas pelo menos possuímos esperança quanto a novos sistemas que aumentem a eficácia da preservação, nos resta trabalhar para a sanção de novas normas que ajudem na evolução.

O incentivo deve se demonstrar eficaz para todos, a discussão sobre o assunto tem de ser aventada nos nossos meios políticos. O governo em geral tem dificuldades em preservar, tratativas como essas podem incentivar todas as partes que envolvem o meio ambiente e se bem desenvolvida trazer um caminho a ser seguido.

Exemplos vem sendo demonstrados tanto no Brasil quanto no exterior, agora deve ser dada maior atenção a PSA, encaminhando nosso país para fazer a transformação de gastos com preservação ao invés de restauração.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto nesse artigo, nota-se que a evolução do direito ambiental está apenas começando. Existem novas soluções surgindo para procurar maior eficácia nos programas contra a devastação ambiental, um exemplo retratado foi o PSA, que surge como um novo método para tratar as questões de preservação.

O Brasil é símbolo de riqueza, cabe a nós sabermos usá-la da melhor forma. Não é preciso mais desmatar, precisa-se aprender utilizar os recursos que se tem.

Os recursos naturais demonstram valor, o mercado da preservação só tende a aumentar, as políticas mundiais incentivam esse aumento. Num futuro próximo, espera-se que a sociedade aprenda a valorizar produtos que usem ou incentivem a preservação.

O PSA é uma forma de incentivo a quem cumpre a lei, um instrumento de conservação que vem sendo cada vez mais utilizado devido aos bons resultados já conquistados. Possui funções de caráter social, no sentido de ampliação da renda de produtores familiares, que podem muito bem se adequar a essa política. A maior contribuição do PSA é a transformação de

³¹ CONSERVADOR DAS ÁGUAS. “O Projeto foi concebido em 2005 através da Lei municipal nº 2.100 com o objetivo de manter a qualidade dos mananciais de Extrema e promover a adequação ambiental das propriedades rurais. Ele prioriza uma ação mais preventiva do que corretiva. O entendimento é que o mecanismo de comando e controle não pode ser o único instrumento de gestão ambiental das propriedades rurais. Sozinho, ele não garante o aumento da cobertura florestal ou a preservação dos mananciais.” Disponível em: <https://www.extrema.mg.gov.br/conservadordasaguas/o-projeto/>. Em: 05/05/2021



práticas desvantajosas âmbito privado, mas desejadas socialmente, em vantagens individuais aos produtores, incentivando a sua adoção e, encaminhando a conservação ambiental.

No Brasil ainda não há um padrão de PSA, cada estado ou município, pode desenvolver seu projeto e colocar em pauta, para a prática ainda não existe uma forma recomendável de serem feitos. Pensando assim, é importante que haja uma legislação nacional sobre o PSA, para que os desenvolvedores do projeto, sejam estados ou municípios, se sintam estimulados a desenvolver projetos mais duradouros, pois com o auxílio da União, traria solidez aos projetos, garantindo que a ideia esteja amparada do começo ao fim. Devendo também dar a devida importância aos projetos municipais, que atendendo de maneira mais profunda, as necessidades de serviços ambientais da região especificada. A ligação de projetos regionais é uma forma de ampliar o sucesso do que esta sendo tratado.

O PSA pode se tornar um grande meio preventivo de preservação, e perfeitamente adequada ao Brasil, que ainda possui uma imensidão a ser conservada. Por meio do Psa, é possível manejar custos para manter serviços ecossistêmicos correndo normalmente, ao invés de bancar projetos de reabilitação ambiental. A grande função na questão dos serviços ambientais, não está voltada a projetos somente a serviço do meio ambiente, mas sim de prevenção ao serviço que já ocorre desde os primórdios, os ecossistêmicos.

Existe uma alta capacidade de fluir economicamente e socialmente, readequando propriedades e garantindo o suporte daqueles que o fazem, possibilitando empregos diretos e indiretos, além de ser uma forma de minimizar conflitos ambientais.

A limitação desse projeto está na liberdade que ele apresenta e como valorar cada situação. Para mantermos como uma lei nacional deve haver adequações, nem tudo que vale para um pode valer para o outro, o tratamento não é igual a todos os produtores e aqueles que contribuem de maneira diferente recebem pagamentos diferentes.

As limitações do PSA seriam o possível conflito de competências, além da dificuldade de controlar todas as propriedades. A burocracia e a inflexibilização de pagamentos também trariam dificuldades.

Conclui-se, então, que assim como qualquer outra política ambiental já apresentada, o PSA traz pontos de fácil solução e com ótimos benefícios, como outros pontos de maior dificuldade e grandes entraves para adequação. A intenção do PSA não é limitar o que vai ser feito como serviço ambiental, mas sim impulsionar para que se chegue no equilíbrio econômico e socioambiental.



REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado / Frederico Augusto Di Trindade Amado**. – 5.ª ed. –Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. – 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

ANTUNES, Pedro Paulo. Pagamento por Serviços Ambientais: O Projeto Produtor de Água na Bacia Hidrográfica do Rio Camboriú Como Instrumento de Conservação Ambiental no Município de Camboriú, SC. Itajaí, 2014. 162 p. Trabalho de Conclusão. Universidade do Vale Do Itajaí.

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

CONSULTOR Jurídico. Documento eletrônico. Disponível em. <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/direito-agronegocio-pagamento-servicos-ambientais-aspectos-tributarios>>. 21 de fevereiro de 2020.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FOLETO, Eliane Maria. LEITE, Michele Benetti. **Perspectivas do Pagamento por Serviços Ambientais e Exemplos de Caso no Brasil**. Santa Maria – RS, 2011. 17 p. Revista de Estudos Ambientais (online).

FRANCO, José Gustavo de Oliveira. **Aspectos Prático-jurídicos da Implantação de um Sistema de Pagamentos por Serviços Ambientais com Base em Estudo de Caso**. Revista Direito Ambiental e Sociedade. Santa Catarina, v. 2, n. 1, 2012 .

JODAS, Natália. PORTA NOVA, Rogerio Silva. **Pagamento por serviços ambientais (PSA) e Agroecologia: uma abordagem crítica à agricultura moderna**. Revista do Direito Público. Londrina, v.9, n.3, p.129-152, set./dez.2014. DOI: 10.5433/1980-511X.2014v9n3p129.

LAVRATTI, Paula. TEJEIRO, Guilherme. **Direito e Mudanças Climáticas, Pagamentos por Serviços Ambientais Experiências Locais e Latino-Americanas**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2014; (Direito e Mudanças Climáticas; 7) .



Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm>. Acesso em 15 fev. 2013.

Lei nº 14.119, de 13 de Janeiro de 2021. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm>. Acesso em 15 fev. 2013.

LOPES, Juliana Chermont Pessoa. **Os Pagamentos Por Serviços Ambientais e a Cota De Reserva Ambiental no Código Florestal de 2012.** Rio De Janeiro, 2017. 77 p. Pontifícia Universidade Católica Do Rio De Janeiro.

PACTO em Defesa das Cabeceiras do Pantanal. Documento eletrônico, Disponível em: <http://pactopelopantanal.org.br/2020/01/10/pacto-pelo-pantanal-lanca-serie-de-videos-sobre-pagamento-por-servico-ambiental-psa/> . 10 de Janeiro de 2020.

PAPP, Leonardo. **Direito e Pagamento por Serviços Ambientais: Fundamentos Teóricos, Elementos Técnicos e Experiências Práticas.** Jaraguá Do Sul: (S.N), 2019.

PIVA, Rui Carvalho. **Bem Ambiental.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

THOMÉ, Romeu. **Manual De Direito Ambiental.** – 5°. Ed. – Salvador. 2015

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 21a edição, revista, ampliada e atualizada, de acordo com as Leis 12.651, de 25.5.2012 e 12.727, de 17.10.2012 e com o Decreto 7.830, de 17.10.2012. pag. 148-149. São Paulo – SP. M ALHEIROS ED ITO RES LTDA. 2005.

MENDES, Nathalia. Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – Lei nº 6938/81. JusBrasil, 2016.

: Entenda como ocorreu a ocupação da Amazônia. Introdução. BBC Brasil em Brasília Disponível em: <https://nathymendes.jusbrasil.com.br/noticias/321528492/politica-nacional-do-meio-ambiente-pnma-lei-n-6938-81>. Acesso em: 20/03/2021

PEIXOTO, Fabrícia. Linha do tempo, 2009. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2009/07/090722_amazonia_timeline_fbdt. 23/03/2021. Pag.1, introdução.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88. Título VIII, Da Ordem Social. Capítulo VI, Do Meio Ambiente. Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_15.03.2021/art_225_.asp



EM DISCUSSÃO. Disponível em:
<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/codigo-florestal/reserva-legal-protecao-necessaria-ou-intromissao-do-estado/90-das-propriedades-rurais-na-ilegalidade.aspx>. Em: 05/03/2021

BIODIVERSIDADE E TERRITÓRIO. Programa estadual de pagamento por serviços ambientais. BIODIVERSIDADE E TERRITÓRIO. Disponível em:
<http://www.inea.rj.gov.br/biodiversidade-territorio/pagamento-servicos-ambientais-psa/>.
03/05/2021

Live: A legislação ambiental e suas aplicações para o produtor rural. “Em comemoração ao Dia Internacional das Florestas (21/03) e ao Dia Mundial da Água (22/03), fizemos essa LIVE para falar sobre “A legislação ambiental e suas implicações para o produtor rural”. Nessa Live os diretores da Futuro Florestal, Eduardo Ciriello e Valeria Ciriello, ambos engenheiros agrônomos e mestres em Ciências florestais, assim como Rodrigo Ciriello, receberam a Dra. Zezé Zakia, engenheira florestal, mestre em Recursos Naturais e doutora em Ciências da Engenharia Ambiental. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=Ep_R9AdYDRY&t=2247s. em: 20/04/2021.

Vídeo: CANAL: PACTO EM DEFESA DAS CABECEIRAS DO PANTANAL. O que é PSA – Pagamento por Serviços Ambientais – Vídeo na íntegra – 14`57”. Disponível em:
https://www.youtube.com/watch?v=m_bujEjJrPk.



12. O DIREITO BRASILEIRO E INTERNACIONAL NO CUIDADO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

João Gustavo Procópio Ferreira Neto¹
Rose Borin²

RESUMO: Este trabalho foi conduzido por meio de pesquisa qualitativa, bibliográfica e documental, e teve como questionamento base a análise do modo com o qual o direito em sua totalidade garante o cuidado e direitos infantis, o qual pouco se versa e discute-se. O objetivo geral desse trabalho foi analisar como a jurisprudência antiga e atual dirigem-se e qualificam se em colocar em prática as garantias processuais em que se destinam às crianças e adolescentes, não apenas sobre direitos e deveres, mas o modo psicológico em que se são tratadas as crianças amparadas por eles. Neste sentido, o presente artigo nos permite entender todo o avanço social do direito infantil, assim como o modo com o qual a jurisprudência brasileira e mundial auxilia na condução de crianças e adolescentes que se necessitam de seus amparos e garantias. A metodologia utilizada consiste na pesquisa bibliográfica, doutrinária e legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Infantil; Estatuto da Criança e Adolescente; Convenção do Direito da Criança.

ABSTRACT: This work was conducted through qualitative, bibliographic and documentary research, and was based on the analysis of the way in which the right in its entirety guarantees care and children's rights, which is little discussed and discussed. The general objective of this work was to analyze how the old and current jurisprudence address and qualify to put into practice the procedural guarantees in which they are intended for children and adolescents, not only on rights and duties, but the psychological way in which children are treated are treated by them. In this way, this article allows us to understand all the social advances of child law, as well as the way in which Brazilian and global jurisprudence assists in the conduct of children and adolescents who need their support and guarantees. The methodology used consists of doctrinal, and legislative bibliographic research.

¹ Bacharelado em Direito, pelo Centro Universitário Cidade Verde, Maringá, Paraná.

² Pós-Doutora em Direito Processual no Sistema Italo-Germano e Latino-Americano na *Università Degli Studi Di Messina* - Itália. Doutora em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos, linha de pesquisa Acesso à Justiça e Concretização de Direitos na ITE Bauru/SP Centro Universitário de Bauru. Possui Especialização em Direito Civil (Sucessões e Família) e Processo Civil, pelo Centro Universitário de Maringá (2003). Especialização em Direito do Estado - Constitucional, pela Universidade Estadual de Londrina (2004). Mestrado em Ciências Jurídicas- Direitos da Personalidade na Tutela Privada e Constitucional, pelo Centro Universitário de Maringá (2008). Professora de Pós Graduação na Escola da Magistratura de Paraná, na UNIPAR - Universidade Paranaense. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Militar na UNIFCV – Centro Universitário de Maringá. Advogada. Autora de livros, capítulos de livros e diversos artigos científicos. Membro do Corpo Editorial da Revista Internacional Consinter de Direito e Livro Direito e Justiça do Consinter e do Conselho Editorial Juruá Ltda. Parecerista Ad Hoc: UFU/MG, Unijuí/RS, Univem/SP, Conpedi. Membro da Escola de Professores da ABDCONST. Membro da Comissão Estadual de Direito Militar da OAB/Pr. Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/Maringá/Pr. Editora Geral da Quid: Revista Essência Jurídica UniFCV.



KEYWORDS: Keyword; Keyword; Keyword. Child Law; Child and Teenager Statute; Convention on the Rights of the Child.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é realizar a abordagem o tema proposto apartir da conceituação e origem histórica, assim como trata-lo sob o aspecto nacional e internacional. Para isso, no primeiro capítulo se encontra a temática de como o direito brasileiro e internacional são responsáveis pela criança e pelo adolescente, de modo entrega um direito garantido às partes a quem o interessa e que se faz por direito. Além disso, abordar-se-á como as Nações Unidas e a Convenção dos Direitos das Crianças que versa sobre esses direitos são garantidos.

No segundo capítulo, será analisado os direitos fundamentais que são garantidos às crianças e aos adolescentes, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.o 8.069, de 13 de julho de 1990, a qual apresenta o tema dividido por títulos. Abordar-se-á, ainda, acerca dos atos infracionais, direitos individuais e garantias processuais, discorrendo sobre como o direito atua em momentos em que crianças e adolescentes são, de alguma maneira, parte de um delito infracional, seja como vítima, testemunha ou culpado.

Na terceira parte do artigo, discorrer-se-á sobre a trajetória dos direitos da criança e do adolescente, e, como o direito brasileiro e internacional através do tempo, se transformou e se desdobrou para realizar a garantia dos direitos individuais dessa parte da sociedade, visto que, são nichos que necessitam de modo integral, em certos momentos, do auxílio jurisdicional, que são tratados no decorrer deste artigo.

No capítulo quarto, versar-se-á sobre: a adoção - as espécies de famílias, quem pode e quem não pode realizar o desejo da adoção, assim como, a perda do poder familiar e seu procedimento (em que hipóteses isso pode acontecer e um exemplo prático e real de um caso concreto).

Por fim, no quinto capítulo, discorrer-se-á sobre o artigo 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, demonstrando a sua flexibilização procedimental a respeito dos entendimentos pelo qual os magistrados tem a seu respeito, assim como um entendimento mais detalhado sobre o mesmo.



1. COMO O DIREITO BRASILEIRO E INTERNACIONAL SÃO RESPONSÁVEIS PELA CRIANÇA E ADOLESCENTE

No Código Civil de 1916, a parte apenas poderia adotar caso não se houvesse nenhum filho, e tendo um efeito por meio de uma escritura pública, e o ato de adoção poderia ocorrer tanto para maiores quanto para menores. Também é importante se frisar que o parentesco apenas ocorria entre o adotante e o adotado, não se aderindo para os demais do vínculo familiar. Foi apenas com edição do Código de Menores em 1979 que este parentesco fora estendido para a família do adotante, tendo os nomes dos seus ascendentes constando no registro do adotado, mesmo caso não existisse o consentimento dos mesmos.

No artigo 227, parágrafo 6o, da Constituição Federal³, designou direitos e deveres iguais entre filhos havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, tendo estes os mesmos direitos e qualificações, sendo proibido que haja quaisquer discriminações relativas ao viés da filiação.

Há de se perceber e saber, que durante os passar dos anos, os direitos dos adotados e dos adotantes foram sofrendo diferentes mutações, para se adequar as necessidades e momentos que estão em constantes mudanças, mutações que oportunamente serão tratadas no transcorrer do trabalho

Quando se trata do modo evolutivo da tutela da criança no direito internacional, se percebe que foi um assunto que for a comentado ao longo dos séculos, com isso, durante muito tempo ela não tinha nenhum direito, a não ser a subordinação do referente ao poder familiar⁴.

O instrumento internacional de lei que abrange o direito das crianças é a Convenção dos Direitos das Crianças (*Convention on the Rights of The Child*)⁵, adotado pelas Nações Unidas em novembro de 1989, e, em setembro de 1990 virou lei, um grande marco para as Nações Unidas. Além disso, trata-se do documento mais bem aceito de toda a história universal,

³ Artigo 227, parágrafo sexto, da Constituição Federal. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (...) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

⁴ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito internacional dos direitos humanos da criança e do adolescente e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 446.

⁵ HUMAN RIGHTS, UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child., monitoring children rights. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>. Acesso em 03 de junho de 2021



ratificado por 196 países - inclusive o Brasil - sendo os Estados Unidos, é o único que não realizou a ratificação da Convenção⁶

O CRC, *Committee of the Rights of the Child*, ou uma tradução livre para o português, Comitê dos Direitos da Criança, é formado por 18 *experts* que verificam a implementação da Convenção dos Direitos da Criança. Este comitê se reúne por três vezes ao ano, na cidade de Gênova⁷.

A mencionada Convenção consiste em 54 artigos, o qual 41 se referem a questões substantivas, e as outras 13 são questões processuais. Então, é de grande importância os direitos internacionais que afetam as crianças e os adolescentes, o qual une todos os nichos deste viés do direito. Em termos, este contém alguns princípios fundamentais que regem todo este instrumento, sendo estes: o princípio da sobrevivência, desenvolvimento e proteção da criança, o princípio da igualdade e não discriminação entre todas as crianças e a importância da participação infantil⁸.

Então, estes princípios são os significados de quais são os requerimentos que o direito internacional da criança necessita. Conforme Jacqueline Bhabha, “A convenção foi extremamente ratificada, ou seja, adotada pelas estatísticas de membros das Nações Unidas. Na verdade, mais do que qualquer outra lei internacional⁹”. Desse modo, esta ratificação cria um padrão usado por todo o globo sobre quais são os tratamentos e respeito que são direitos das crianças e que elas devem receber, com isso, se faz necessário que exista uma linha de pensamento comum sobre como lidar e atuar sobre o direito infantil.

Por fim, é preciso entender que, segundo Flavia Piovesan, os impactos que os tratados internacionais têm sob a ordem jurídica brasileira, podem ser três, que são eles: poderá este se coincidir com os direitos que são assegurados na Constituição, ampliar, integrar ou até mesmo complementar o direito já constitucionalmente previsto, ou, contrariar um preceito já existente no direito¹⁰.

⁶ UNICEF, **Convenção sobre os Direitos da Criança**. <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. acesso em 24/05/2021.

⁷ HUMAN RIGHTS, UNITED NATIONS. **Committee on the Rights of the Child, monitoring children rights**.

⁸ Jacqueline Bhabha, professora em HARVARDX. **Child Protection: Children's Rights in Theory and Practice. Curso realizado em 2021, de fevereiro a maio**.

⁹ “The convention was extremely widely ratified, that is, adopted by the member status of the United Nations. In fact, more than any other piece of international law”. Trad. do autor. Jacqueline Bhabha, professora em HARVARDX. **Child Protection: Children's Rights in Theory and Practice**.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24-25



2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O ECA previu os direitos fundamentais da criança e do adolescente no artigo 7º ao 69. São eles, o direito à vida e a saúde, direito a liberdade, ao respeito e à dignidade, direito à convivência familiar e comunitária, direito à educação à cultura, ao esporte e ao lazer e por fim, o direito à profissionalização e à proteção do trabalho.

É assegurado à criança e ao adolescente o direito à vida e saúde protegidos, por meio de uma política social pública que possibilite um nascimento e um desenvolvimentos saudáveis, e harmoniosos. Ademais, a criança e o adolescente com deficiência, deverão ser atendidos, não havendo nenhum tipo de segregação ou discriminação, sobre as suas necessidades que se correlatam a sua saúde e sobre a habilitação e a reabilitação.

O Sistema Único de Saúde, promove uma prevenção ao cuidado sobre a saúde bucal das crianças e das gestantes, em sua integralidade em todas as linhas de cuidados a que se referem a esse público e setor. Vale ressaltar que o cuidado odontológico para a criança se baseará em uma função protetiva e educativa, até mesmo antes da criança nascer, instruindo a mãe com aconselho pré-natal, e logo após em seu sexto e décimo segundo ano de vida, ocorrendo a orientação sobre a saúde bucal infantil.

Se incumbe ao Poder Público que ele forneça a quem necessitar, de modo gratuito, órteses, próteses, medicamentos para as crianças e adolescentes, em que se relatam ao tratamento, se baseando na vertente de cuidado em que se voltam às suas necessidades em que se referem e necessitam.

Ademais, toda criança e adolescente tem o direito da criação e educação em meio da sua família natural, em que se possibilite que seja assegurado o direito de se ter uma convivência familiar em um ambiente em que se seja livre para que se garanta o seu Desenvolvimento em sua totalidade como cidadão (LEI 13.257/16). É importante e necessário que haja direitos igualitários entre o pai e a mãe, ou responsáveis, se for o caso, realizando o compartilhamento de em relação a educação e ao cuidado, sendo importante que se haja o direito de transmissão de sua cultura e crença.¹¹

A criança, conforme o artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal, que fora determinada pela Emenda Constitucional 20, de 15 de novembro de 1998, deixou a regra de que é proibida de trabalhar em período noturno, assim como o trabalho insalubre e perigoso para os menores

¹¹ RESUMÃO JUÍDICO. **Resumo jurídico** por Ana Claudia Silva e Rodrigo Arnoni. 2019,



de 16 anos, apenas tendo uma exceção para o jovem aprendiz, o qual inicia a sua jornada de trabalho a partir dos seus 14 anos. Pouco tempo atrás, em 1999, a Organização Internacional do Trabalho, a OIT, realizou a adoção sobre a Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, sendo exigida a proibição e a eliminação de qualquer forma de trabalho que possa, de alguma maneira, prejudicar a moral, saúde ou a segurança das crianças¹².

Um dos pontos mais importantes para a definição de um caráter e perfil da criança e adolescente, ocorrendo um pleno desenvolvimento da pessoa, é a educação, assim como um acesso ao esporte e ao lazer e à cultura. Em suas premissas e diretrizes, se versa sobre diversos direitos quanto a este tema, como o direito de haver um respeito vindo de seus educadores, em que se haja uma igualdade na permanência e no acesso à escola, assim como o acesso à instituição de escola pública gratuita e próxima de sua residência atual. O Estado também assegura diversos direitos e amparos no que diz sobre a educação da população infantil e adolescente do país, que se versam desde o acesso ao ensino fundamental gratuito e obrigatório, mesmo que os mesmos não tiveram o acesso à idade correta que se designa cada série; até mesmo ao ensino regular no período noturno, auxiliando assim o adolescente que trabalha e está impossibilitado de estudar no diurno, que é o mais convencional. Além de que, referente à competência dos entes públicos, a responsabilidade entre eles é solidária, sendo que lhes cabe a organização dos seus sistemas de ensino em regime de colaboração. Os municípios, em modo prioritário devem atuar no ensino fundamental e na educação infantil, ao viés de que aos Estados se cabem a responsabilidade sobre o ensino fundamental e o médio, e, a União tem como responsabilidade a organização do sistema federal de ensino, assim como deve exercer a função redistributiva e supletiva.¹³

Desse modo, as crianças e os adolescentes necessitam de diversos estímulos na sua formação: emocionais, sociais, culturais, motores, educativos, entre outros. Ou seja, a cultura estimula o pensamento de maneira diversa sobre a educação formal. O esporte, tem o viés de desenvolver diversas habilidades motoras, além de socializar o indivíduo para o convívio pessoal. O lazer envolve o entretenimento, item importante sobre o desenvolvimento e saúde dos indivíduos. Isso cabe aos municípios, com o auxílio dos Estados e da União de se estimular diversos recursos e espaço para que sejam realizadas as programações culturais esportivas e de

¹² UNICEF. **História dos direitos das crianças**. <https://www.unicef.org/brazil/historia-dosdireitos-da-crianca>.

¹³ GALUPE LAGOS, Leonardo Bas. **Direito à educação Infantil e Sindicabilidade**. Revista de **Direito Constitucional e Internacional**, Vol. 107/2018, p. 281 -296.



lazer, em que se voltam para a infância e a juventude, conforme se pode encontrar no artigo 59 do ECA.

Seguindo este viés, se verifica que o ensino público em seu acesso gratuito é um direito subjetivo, deste modo, “o não oferecimento pelo poder público ou, inda, o oferecimento irregular, importa da responsabilização da autoridade competente”.¹⁴

2.1 ATOS INFRACIONAIS, DIREITOS INDIVIDUAIS E GARANTIAS PROCESSUAIS

Assim como qualquer outra fase da vida, adolescentes e crianças praticam atos infracionais, e não seria diferente sobre haver um capítulo em Lei sobre o tema. A fim de deixar claro, o ato infracional se considera a conduta que se é descrita como crime ou uma contravenção penal. Assunto este, que se é encontrado na Lei 8069/1990, desde o artigo 103 ao 128.

Quando a criança se encontra no sistema judiciário - seja como vítima, testemunha, ou sobre matéria administrativa ou civil- ela segue um caminho especial que se trilha perpendicularmente com a Convenção da União das Nações Unidas sobre o Direito da criança e outros acordos internacionais e regras¹⁵.

Se entende como crianças em conflito e violação da lei, aquelas que tiveram contato com o sistema de justiça criminal, pelo motivo de que cometeram algum delito ou mesmo se suspeitam que o cometeram. Existe a idade mínima que fora estipulada pelo Estado sobre a responsabilidade criminal, desse modo, crianças abaixo dessa idade não podem ser formalmente culpados por uma ofensa ou até mesmo passarem por procedimentos criminais, mesmo se eles a cometeram.¹⁶

A liberdade de nenhum adolescente será privada, a não ser em casos em que é verificado o flagrante ou mesmo por uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária a qual se é competente, conforme se versa o artigo 106 e 110, de mesma Lei. Ademais, se é assegurada ao adolescente algumas garantias, sendo elas a defesa técnica por meio de um advogado, o direito de se ser escutado pessoalmente pela autoridade em que se compete, que se seja formal e pleno o conhecimento da sua atribuição perante seu ato infracional, mediante uma citação, além ao acesso sobre a justiça gratuita integral aos que se necessitarem, mediante texto de Lei.

¹⁴ Franciele Kuhl, professora do CEISC. **Curso preparatório da CEISC para fases da OAB.**

¹⁵ UNICEF. United Nations Children's Fund, Achieving Justice for Children: Review of innovative data initiatives around the world, UNICEF, Nova Iorque, 2020.

¹⁶ Celine Aptel, Nações Unidas. **COLUMBIAX. Protecting Children in Humnitarian Settings.**



É certo que se deve haver medidas perante os atos praticados pelos adolescentes, conforme artigo 112, Lei 8.069/1990, que se dividem em sete tópicos, sendo eles: obrigação para que seja reparado o dano que fora causado, uma prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida, a advertência sobre a ação praticada, que se seja interno em um estabelecimento educacional, até mesmo que seja realizada a inserção em um regime de semiliberdade, e, finalizado, qualquer uma das subdivisões do artigo 101, I ao VI, de mesma Lei.

Entrando mais fundo nesta diretriz das medidas socioeducativas, deve-se ser entendida que a advertência se consiste como uma admoestação verbal, esta a qual será reduzida até um termo e recolhendo a assinatura. Sobre obrigação de se reparar, em caso de dano material, a autoridade competente pode decidir que o adolescente restitua a coisa, que compense o prejuízo que causou e até mesmo que seja realizado o ressarcimento do dano causado. Assim como o citado anteriormente, pode ser que ocorra de o adolescente prestar serviços à comunidade, de modo gratuito e de interesse geral, por um período que não se exceda a seis meses, por meio de entidades assistenciais. Agora, a liberdade assistida será adotada sempre que houver a afiguração sobre a medida para que se seja correta, com o objetivo de que se auxilie, acompanhe e oriente o adolescente praticante. Para que se finalize, existe a internação, que constitui uma medida em que se priva da liberdade, e que se sujeita aos princípios sobre a brevidade, respeito e excepcionalidade sobre a peculiaridade do adolescente que está em seu desenvolvimento.

3. TRAJETÓRIA DO ECA E O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

No viés da juridicidade, a história do direito da criança e do adolescente é relativamente antiga. No ano de 1726, se iniciou o que foi chamado de “Roda dos Expostos” ou “Roda dos Rejeitados, que seria um compartimento com forma de cilindro, para a qual fosse colocada ali, na parede, a criança abandonada, pratica esta que fora regulamentada por lei e se considerava como a forma master referente à assistência infantil.

É, também, interessante se versar que na Constituição Imperial de 1824, não havia nenhuma referência à criança e ao adolescente, a não ser pela regência sobre a menoridade do imperador. Assim, ocorreu na Constituição de 1891 também de não versar sobre o direito infantil, mas foi nesse momento em que se evidenciou o cenário socioeconômico, em que se



fortaleceu as diferentes classes sociais, e se criou uma demanda de que se versasse sobre a contenção de populações economicamente vulneráveis¹⁷.

Em 1890, o Código Criminal da República tinha como consideração da teoria do discernimento, deste modo, as crianças que tinham a idade de 9 a 14 anos passavam por uma avaliação psicológica, sofrendo penas de acordo com seu laudo de discernimento. E, foi apenas no ano de 1927, que o primeiro Código de Menores, extinguiu a roda acima citada. Com isso, as crianças de até 14 anos “delinquentes” sofriam o encaminhamento com destino à escola da preservação, que nada mais era do que “uma versão abrandada do reformatório”, conforme cita Franciele Kuhl; já, os de 14 a 17 anos eram encaminhados ao reformatório em si.

E, no ano de 1990, que o Brasil assinou a Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, que se define como um tratado com aprovação da ONU com o objetivo de que se assegurem os direitos infantis em todo o mundo.

O estatuto da criança e do adolescente, Lei 8.069/90, adota uma doutrina de proteção integral, que seria o compilado de deveres que são atribuídos à família, à comunidade e à sociedade, referente sobre a garantia dos vários direitos fundamentais referente à criança e ao adolescente.

Anteriormente, existia a vigência do Código de Menores, o qual adotava uma doutrina da Situação Irregular, esta, onde o Poder Público priorizava o bem estar da sociedade, restringindo a relação do convívio do menor em sua situação irregular e os direcionavam à FEBEM (Fundação do Bem Estar do Menor);

4. ADOÇÃO E SEUS VIES

A adoção se define como o ato jurídico em que uma pessoa passa a ter laços familiares com outra, não se decorrendo de natureza. Se entende que o intuito da adoção deve ser estudado na vertente do interesse da criança e do adolescente, e não na dos interesses do adotante.¹⁸

Se considera poder familiar o direito, dever e/ou função dos responsáveis ou mais, sobre os deveres patrimoniais e pessoais que se relacionam ao seu filho que não é emancipado, o qual se necessita que seja realizado na consonância do viés do princípio do melhor interesse¹⁹. Assim como tudo, claro, existem deveres que são impostos, seja para qualquer tipo de

¹⁷ ZAPANTER, MAÍRA. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁸ DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos Cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

¹⁹ ZAPANTER, MAÍRA. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



família, que são os de sustento, educação e guarda, o qual são imprescindíveis para a modalidade da criança ou adolescente.

4.1 ESPÉCIES DE FAMÍLIA

Existem três espécies de família, as que são natural, que é a comunidade formada entre os pais e seus filhos, as substitutas, que se subdivide em guarda, tutela e adoção, ou seja, é a família que aderiu o direito de pai e mãe sobre outra pessoa, conforme regras especificadas em lei; a ampliada, que é a família em que não fica “presa” apenas entre pais e filhos, pois se estende a outras pessoas mais próximas, que se adere o sentimento e vínculo de afetividade e afinidade por meio de algum lado, sendo o da criança ou do responsável.

Seguindo uma linha de pensamento, a adoção é um ato jurídico de modo voluntário, que depende da vontade de outrem, no qual a parte cria um vínculo de filiação socioafetivo, tendo este um caráter irrevogável.

A adoção é vedada por meio de procuração, sendo apenas ocorrida por via judicial, o qual se precisam ser observados os interesses da parte adotante. Existem diversos requisitos para que ocorra a adoção, como apenas os maiores de 18 anos poderem adotar, que ocorra a manifestação da criança e que haja o consentimento do adolescente que tiver idade maior do que 12 anos de idade, e haver motivos legítimos para tal desejo, a idoneidade e o desejo da filiação, entre vários outros que devem ser respeitados.

Assim como os requisitos para adoção, existem pessoas que não podem adotar, que são, segundo o artigo 42, § 1, do eca, os irmãos ou ascendentes, e, de acordo com o art. 44, o tutor ou criador, enquanto não haja a conta de sua administração e conseguir saldar o seu alcance.

Porém, é importante se observar que o STJ, de modo excepcional, realizou a admissão de uma adoção de neto por meio de seus avós, se guiando sobre a particularidade do caso o qual fora analisado, em que a mãe das crianças havia sido adotada pelos avós aos oito anos, após sofrer abusos sexuais e já estar grávida do adotado; Ali, os avós já realizavam as funções paternas e maternas desde em que houve o seu nascimento, além de existir a filiação socioafetiva, pois o adotado reconhece os adotantes como seus pais, e tratar a sua mãe biológica como sendo a sua irmã mais velha, e haver um consentimento de ambas as partes para que haja



a adoção, além de não existir quaisquer interesses econômicos para que houvesse a pretensão sobre a adoção²⁰.

Ademais, se faz necessário que com a adoção conjunta, o casamento ou uma união estável entre os adotantes, sendo comprovada a estabilidade da família, conforme Art 42, §2. É interessante deixar claro que os divorciados que forem por meio judicial, separados, e seus excompanheiros podem realizar a adoção em conjunto, tendo como necessidade a concordância e o regime que será trabalhado pelas duas partes para a realização das visitas, sendo necessário que

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

[...]

§ 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.

4. 2 SUSPENSÃO OU PERDA DO PODER FAMILIAR: O SEU PROCEDIMENTO

Os prazos tratados pelo ECA sofrem contagens por meio de dias corridos, mesmo que se aplique os prazos presentes no Código de Processo Penal, o qual se utiliza da contagem por meio de dias úteis. De acordo com o que se encontra no HC 475.610-DF, o qual firma o entendimento do Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por meio de uma unanimidade, com julgamento na data de 26/03/2019, DJe 03/04/2019, se tratando de que “a previsão expressa no ECA da contagem dos prazos nos ritos nela regulados em dias corridos impede a aplicação subsidiária do art. 2019 CPC/2015, que prevê o cálculo em dias úteis” sendo verificada assim, a interpretação por meio de critérios sendo de especialidade, cronologia ou hierarquia.²¹

O artigo 1635 do Código Civil elenca os momentos em que se são extinguidos o poder familiar, assim como o seu artigo subsequente, o 1638, que versa tópicos sobre causas que acarretam a perda, por meio de ato judicial, do poder familiar sendo o pai ou a mãe que

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

²⁰ Conforme se verifica no REsp 1.448.969-SC, Rel. Min. Moura Ribeiro, o qual fora julgado na data de 21/10/2014.

²¹ Franciele Kuhl, professora do CEISC. **Curso preparatório da CEISC para fases da OAB.**



- I - castigar imoderadamente o filho;
- II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção

É por meio de qualquer pessoa, como um membro do círculo da família, ou pelo Ministério Público que se dá início ao procedimento da perda ou da suspensão do poder familiar. Ao se receber a petição inicial deverá o juiz realizar a determinação da citação do requerido para que ocorra a apresentação de uma resposta escrita, com o prazo de dez dias, conforme artigo 158, sendo indicado as provas a serem produzidas e que ocorra o oferecimento do rol de testemunhas. Ademais, versa o artigo 159 sobre o requerido necessitar ser constituído de advogado, e se isso não possa ser feito, será necessário o requerimento em cartório a nomeação de um advogado dativo. A sentença que ocasionar a suspensão ou perda do poder familiar será averbada no âmbito do registro de nascimento da criança.

O procedimento para que ocorra a colocação da criança ou do adolescente em uma família substituta é instaurado por meio de uma petição inicial por qualquer pessoa que se tiver interesse. Por meio do que se versa no artigo 167 ECA, poderá conter o pedido de guarda provisória e nos de adoção o requerimento para que se haja a determinação do estágio de convivência.

Deste modo, e conforme entendido, por meio da gravidade das instigações referentes às práticas em que se vão ao contrário à lei ou à moral, é admitida que se haja a suspensão do poder familiar, desde em que o representante do Ministério Público seja ouvido. E essa suspensão pode ser mantida até o definitivo julgamento do mérito da causa, se utilizando da tutela provisória de urgência²².

5. ARTIGO 153 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A SUA FLEXIBILIZAÇÃO PROCESIMENTAL

De primeira instância, se é necessário entender sobre quais as flexibilizações processuais que, por meio do artigo 153 da Lei no 8.069/90, em seu parágrafo único, a atuação ex officio do juiz por meio de oitavas do Ministério Público.²³ Conforme podemos o encontrar abaixo,

²² DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos Cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

²³ DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos Cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.



Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica para o fim de afastamento da criança ou do adolescente de sua família de origem e em outros procedimentos necessariamente contenciosos.

Para Candido Rangel Dinamarco, a expressão latina *ex officio* pode se definir como:

Essa locução designa os atos que o juiz realiza espontaneamente, por força do seu próprio ofício judicial sem pedidos ou qualquer provocação das partes²⁴

As providências necessárias que se versam no artigo 153 da citada lei, se refere a tutelar a respeito dos interesses da criança e adolescente, sendo necessário que, este, esteja em evidência como o fundamento do procedimento ao qual se é citado. Desse modo, é solicitado ao magistrado que ele obtenha um conhecimento maior às regras frias legais, fazendo com que se exista uma flexibilização processual ao caso em que se versa sobre a criança.

Essa flexibilização ao qual se trata neste capítulo, requer do juiz que se exista uma postura mais calma e cautelosa do juiz e aumentando a sua responsabilidade, em outras palavras, deverá ser permanecido integralmente as garantias constitucionais processuais. Dessa maneira, o ECA -Estatuto da Criança e do Adolescente se faz necessário haver a atuação obrigatória de um representante do Ministério Público.²⁵

Ainda neste mesmo tema, a atuação *ex officio* se separam em dois grandes vies: a atuação *ex officio* em procedimentos da jurisdição voluntaria e na jurisdição contenciosa. Esses dois grandes temas serão brevemente trabalhados e decorridos neste mesmo parágrafo.

A atuação *ex officio* em procedimentos da jurisdição voluntária, e seus apoiadores, usam como argumento o artigo 190 e o 191, assim como o parágrafo único do 723 do Código de Processo Civil, que versa a respeito da não obrigatoriedade do juiz em se observar critério de legalidade estrita, sendo aceito que o mesmo possa adotar a cada caso em que cuidar, a maneira mais conveniente e oportuna.

²⁴ DINAMARCO, CANDIDO RANGEL. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo, Malheiros, 2009. Pg 326 – 327;

²⁵ DI MAURO, Renata Giovanoni. **Procedimentos Cíveis no Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.



CONCLUSÃO

O objetivo desse artigo de conclusão de curso foi analisar o modo com o qual o mundo - por meio de suas próprias jurisprudências e Convenções -, em especial o Brasil, se baseando no Estatuto da Criança e do Adolescente e outros – atuam no seguimento do direito infantil e do adolescentes, e entender de uma maneira mais fácil, quais são os direitos dessa parte da população.

Para isso, abordamos a evolução histórica do direito da criança e do adolescente, passando pelo CDC e demais meios que visam a garantia e deveres que os são assegurados, assim como, maneiras as quais o direito internacional afeta na jurisprudência brasileira.

Deste modo, se mostra a importância sobre se versar a respeito do tema,

REFERÊNCIAS

COLUMBIAX. Protecting Children in Humnitarian Settings. Curso iniciado em 20/maio/2021, pelo sistema online da University of Columbia.

CEISC. Curso preparatório da CEISC para fases da OAB. Iniciado em março/2021.

DI MAURO, Renata Giovanoni. Procedimentos Civis no Estatuto da Criança e Adolescente. 2ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

DINAMARCO, CANDIDO RANGEL. Vocabulário do Processo Civil. São Paulo, Malheiros, 2009.

AUTORES DIVERSOS. A proteção integral e o melhor interesse da criança no contexto das relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor | vol. 122/2019 | p. 89 - 111 | Mar - Abr / 2019 | DTR\2019\27492. Acessado em 05/junho/2021.

GALUPE LAGOS, Leonardo Bas. Direito à educação Infantil e Sindicabilidade. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Vol. 107/2018, p. 281 -296. Acesso em 04/06/2021.

HARWARDX. Child Protection: Children's Rights in Theory and Practice. Curso iniciado em 26/março/2021, pelo sistema online da Harward University.

HUMAN RIGHTS, UNITED NATIONS. Commettee on the Rights of the Child., monitoring children rights.
<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>. Acesso em 03 de junho de 2021.



PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 24-25

RESUMÃO JURÍDICO. Resumo jurídico por Ana Claudia Silva e Rodrigo Arnoni. 2019.

RIDEL, EDITORA. Vade Mecum - acadêmico de direito. 30ª edição, 2021;

UNICEF, Convenção sobre os Direitos da Criança.
<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 20 de maio de 2021.

UNICEF. United Nations Children's Fund, Achieving Justice for Children: Review of innovative data initiatives around the world, UNICEF, Nova Iorque, 2020.

UNICEF. História dos direitos das crianças. <https://www.unicef.org/brazil/historia-dosdireitos-da-crianca>. Acesso em 03 de junho de 2021.

ZAPANTER, MAÍRA. Direito da criança e do adolescente. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



13. ANÁLISE DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR E A DIFICULDADE NO ACESSO PELA MULHER À LAQUEADURA TUBÁRIA

Brenda Bezerra Medeiros¹
Flavia Regina Porto de Azevedo²

RESUMO: A presente pesquisa busca debater alguns pontos controversos da lei de planejamento familiar (Lei n. 9.263/96), bem como sua real aplicação no plano fático. Através de uma pesquisa descritiva de abordagem qualitativa, com procedimento *ex-post-facto* e pesquisa bibliográfica, serão realizadas comparações com diversos dispositivos constitucionais e legais, buscando-se demonstrar que, ainda que o mínimo exigido por lei não seja obedecido, essa por si só já é uma afronta aos direitos personalíssimos garantidos pela constituição e por pactos internacionais. Através de pesquisas e depoimentos, foi possível verificar que ao buscar exercer seus direitos reprodutivos, que já são cerceados pela lei em vigência, as mulheres costumam encontrar dificuldades extras que não são verificadas quando os homens buscam exercer seus direitos correlatos. Além das inconstitucionalidades, a lei de planejamento familiar vai de encontro a tratados internacionais de direitos humanos e direitos reprodutivos dos quais o Brasil é signatário.

PALAVRAS-CHAVE: Laqueadura tubária. Esterilização voluntária. Lei de planejamento familiar. Lei nº 9263/96. Direitos reprodutivos.

ABSTRACT: The present research seeks to bring to light some controversial points of the family planning law (Law n. 9.263/96), as well as its real application in the factual plan. Through a descriptive research with a qualitative approach, with *ex-post-facto* procedure and bibliographical research, comparisons will be made with several constitutional and legal clauses, pursuing the disclosure that, even if the minimum required by law is not obeyed, the law on its own is an affront to the personality rights guaranteed by the constitution and international pacts. Through research and testimonies, it was possible to verify that when seeking to exercise their reproductive rights, which are already restricted by the law in force, women often encounter extra difficulties that are not verified when men seek to exercise their related rights. In addition to the unconstitutionality, the planned parenthood law goes against international human rights and reproductive rights treaties to which Brazil is a signatory country.

KEYWORDS: Tubal ligation. Voluntary sterilization. Family planning law. Law nº 9263/96. Reproductive rights.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. E-mail: brenda_bbm_12@hotmail.com.

² Professora do curso de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM; Mestre em Educação pelo PPGE/UFAM; Especialista em Direito Penal e Processual FD/UFAM; Chefe de Departamento de Direito Privado FD/UFAM; E-mail: profflavia.ufam@gmail.com.



INTRODUÇÃO

Muitas mulheres que procuram formas contraceptivas permanentes enfrentam uma grande dificuldade em ver respeitados os seus direitos de escolha. Apesar de existir lei regulando o assunto (Lei n. 9.263/96 de 12 de janeiro de 1996), frequentemente ela é ignorada pelos médicos, em grande parte devido à interpretação do art. 10, inciso I, que coloca como requisitos básicos que a mulher tenha vinte e cinco anos ou dois filhos vivos.

Os problemas éticos e morais do ponto de vista da equipe médica influenciam bastante na tomada de decisão quanto a realização do procedimento. Conforme assevera o art. 10, §4º, da supracitada lei, “a esterilização cirúrgica como método contraceptivo somente será executada através da laqueadura tubária, vasectomia ou de outro método cientificamente aceito, sendo vedada através da histerectomia e ooforectomia”.

A laqueadura tubária é um procedimento de difícil reversão, e tal justificativa é utilizada pelos médicos para negar a realização do procedimento em várias pacientes, tendo em vista que podem vir a se arrepender futuramente por não ter tido filhos, ou mesmo os tendo, por querer ter filhos de novos parceiros. Tal decisão deveria caber aos médicos? O papel deles e da equipe multidisciplinar não deveria ser apenas apresentar as informações, riscos e consequências do procedimento, e a decisão final caber à mulher? Afinal, essa é a função atribuída a eles nos termos da lei de planejamento familiar. O que os leva a agir como se suas opiniões devessem ser ouvidas e respeitadas, mas não as das mulheres que procuram exercer seus direitos reprodutivos? Por que a mesma resistência não é imposta aos homens que buscam a vasectomia?

Não bastassem as dificuldades enfrentadas no plano concreto com as recorrentes recusas das equipes médicas, a própria lei que regula o tema é eivada de dispositivos polêmicos. Se ainda hoje vivemos em um país patriarcal, vinte e três anos atrás, quando a mesma foi redigida, o senso de propriedade sobre o corpo da mulher era ainda mais preponderante. Já está na hora de atualizar a lei, e é o que também pensa a Senadora Ione Guimarães, que em 2018 propôs o Projeto de Lei nº 406, modificando diversos artigos da Lei nº 9.263/96 que há anos vêm sendo alvo de debates quanto a suas disparidades frente diversos princípios e garantias constitucionais. O que dizem tais dispositivos e como podem ser atualizados de forma a respeitar os direitos conferidos constitucionalmente às mulheres?



1. A ESTERILIZAÇÃO COMO MÉTODO CONTRACEPTIVO AO REDOR DO MUNDO

De acordo com pesquisa bibliográfica realizada por Yamamoto³, o primeiro relato de esterilização tubária ocorreu em 1880 na cidade de Toledo, Ohio, Estados Unidos que foi realizada durante uma cesária (apud PETERSON, 2008). A primeira vasectomia, de acordo com Glina e col. (apud, 1986), foi realizada em cães em 1823; em humanos, apenas em 1897, com objetivo de curar a hipertrofia prostática. A partir de 1899, sugeriu-se que a vasectomia fosse utilizada para esterilizar criminosos de modo que não pudessem transmitir seus defeitos genéticos à sua prole, já que naquela época o cometimento de crimes era associado a traços genéticos.

Cunha⁴ explicam que a laqueadura tubária, “por envolver aspectos políticos, éticos, religiosos, demográficos e sociais, é tema polêmico e emergente desde a primeira intervenção sobre a tuba uterina com intuito contraceptivo”. As esterilizações em geral sofreram muitas críticas e permaneceram limitadas até a década de 60. No entanto, a partir de 1970 começou a ganhar popularidade e se espalhar pelo mundo. No Brasil, porém, “a controvérsia entre os favoráveis ao controle da natalidade e os contrários a essa política, aliada à ausência da mulher nas discussões relacionadas ao planejamento familiar, retardou a participação do Estado na elaboração de políticas públicas”.

Devido à ausência de regulação institucional, por muitos anos no Brasil a esterilização voluntária foi praticada clandestinamente, já que era interpretada, juridicamente, como ofensa criminal de acordo com o já revogado art. 29, §2, III do Código Penal⁵, que dizia: “qualquer lesão corporal de natureza grave, resultando em debilidade permanente de membro, sentido ou função do corpo é considerada como crime”, pois a esterilização resultava na perda ou incapacidade da função reprodutiva, e sua prática resultava na penalidade de um a oito anos de

³ YAMAMOTO, Sergio. **A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263. 2011.** Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 13.

⁴ CUNHA, Antônio; WANDERLEY, Miriam; GARRAFA, Volnei. *Fatores associados ao futuro reprodutivo de mulheres desejosas de gestação após ligadura tubária.* **Revista Brasileira Ginecol. Obstet.**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 5, p. 230-234, maio 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032007000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 231.

⁵ BRASIL. **Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940.



reclusão, de acordo com Berquó e Cavenaghi⁶. Além desse dispositivo, o Código de Ética Médica⁷ proibiu a esterilização voluntária até 1988.

Dessa forma, a esterilização não era permitida no sistema público, não havendo, assim, autorização para pagamento das cirurgias de laqueadura tubária. No entanto, a prática era bastante comum no setor privado, e “é de notório e amplo conhecimento que várias cirurgias eram de fato realizadas durante partos por cesariana”⁸ quando não era durante o parto, boa quantidade era registrada como procedimentos médicos diversos. Assim, ainda que clandestinamente, a esterilização por laqueadura tubária tornou-se o método anticoncepcional mais utilizado entre as mulheres, chegando a 52% dentre todos os meios disponíveis segundo a Pesquisa Nacional sobre Demografia e Saúde (PNDS) de 1996. A pílula anticoncepcional ficou em segundo lugar, com meros 27%.

Ainda nos dias de hoje esterilização cirúrgica voluntária é o método contraceptivo mais utilizado no mundo, com diferenças significativas entre países de alta renda e de média/baixa renda. Segundo a última Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde⁹, de 2006, o método anticoncepcional mais utilizado é a esterilização feminina, correspondente a 29% dos casos, ultrapassando o uso da pílula anticoncepcional que ficou em 21%. Em 2017, foram realizadas 67.525 laqueaduras, e, em 2018, 67.056 procedimentos¹⁰. Em pesquisa realizada por Berquó¹¹, ao perguntar de mulheres esterilizadas se aconselhariam outra mulher a fazer esterilização, 65% das já laqueadas disseram que sim, 40% pela justificativa da dificuldade financeira que é criar diversos filhos, 37% pela segurança do método, e 18% por não prejudicar a saúde como o faz a pílula. Tais dados demonstram a preferência do público feminino através dos anos à

⁶ BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. **Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 19, supl. 2, p. S441-S453, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2003000800025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 442.

⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.154, de 13 de abril de 1984**. Código de Ética Médica. Brasília, 1984.

⁸ BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. **Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 19, supl. 2, p. S441-S453, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2003000800025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 442.

⁹ BRASIL. Ministério Da Saúde. **Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS-2006**. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://bvms.saude.gov.br/bvs/pnds/>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

¹⁰ YAMAMOTO, Sergio. **Desencontros entre direitos e desejo da mulher e a decisão da equipe médica na prática da esterilização cirúrgica. 2017**. Tese (Doutorado em Saúde, Ciclos de Vida e Sociedade) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 5.

¹¹ BERQUÓ, Elza. **Brasil, um Caso Exemplar** - anticoncepção e parto cirúrgicos - à espera de uma ação exemplar. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 366, jan. 1993. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16069>>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 374.



laqueadura, método considerado mais seguro frente aos diversos efeitos colaterais da pílula, entre eles a trombose – que pode levar à morte.

No Brasil, entretanto, apenas em 1997 foi editada a Portaria nº 144¹² que estabeleceu regras para a realização da esterilização cirúrgica através do Sistema Único de Saúde, regulamentando os parágrafos referentes à esterilização previstos na Lei 9.263/96¹³, que por sua vez trata do planejamento familiar e veio para regular o §7º do art. 226 da Constituição Federal¹⁴. Para Alvarenga e Schor (1998 apud YAMAMOTO, 2017)¹⁵, tal lei foi considerada um avanço para os direitos reprodutivos, uma vez que garantia aos cidadãos o direito de controle de fecundidade de forma segura, com o apoio do estado por meio do SUS.

Conforme diz Madaleno¹⁶, “é apenas do casal a decisão de ter filhos e quantos filhos desejarão ter, sem nenhuma limitação à natalidade, ao contrário de outras nações, como a China, que restringia a um filho por casal”. Sequer a existência de alguma deficiência afeta a plena capacidade civil da pessoa, que tem, garantido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁷, o direito de exercer direitos sexuais reprodutivos, de decidir sobre o número de filhos, ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar e a conservar sua fertilidade (sendo vedada a esterilização compulsória).

2. (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 9.263/96 E SEUS REFLEXOS

Apesar do art. 10, I da Lei de Planejamento Familiar especificar claramente que mulheres maiores de vinte e cinco anos de idade ou com pelo menos dois filhos vivos podem submeter-se ao procedimento de esterilização voluntária através do Sistema Único de Saúde - SUS, médicos insistem em criar outras condições inexistentes ou simplesmente se negam consecutivamente a realizar o procedimento, inclusive na rede particular. Relatos são frequentes de mulheres que, ao completarem a idade mínima e procurarem realizar o procedimento

¹² BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 144, de 20 de novembro de 1997**. Brasília, 1997.

¹³ Id. Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996. **Lei de Planejamento Familiar**. Brasília: Senado Federal, 1996.

¹⁴ Id. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 226, §7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

¹⁵ YAMAMOTO, Sérgio. **Desencontros entre direitos e desejo da mulher e a decisão da equipe médica na prática da esterilização cirúrgica**. 2017. Tese (Doutorado em Saúde, Ciclos de Vida e Sociedade) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 14.

¹⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 252.

¹⁷ BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília: Senado Federal, 2015.



garantido por lei, enfrentam diversas recusas principalmente pelo fato de ainda não terem filhos, sem nenhum outro embasamento.

Ainda em casos quando a mulher já cumpre o requisito etário e possui um filho, sofre negativas, como é o caso da esteticista paulista Amanda Gonçalves Costa¹⁸, vinte e oito anos. Ao procurar na rede particular um médico que realizasse o procedimento, o mesmo lhe disse “que não poderia fazer a laqueadura, que teria de gerar outro filho para conseguir, e que é lei”. Conta que já foi em outros médicos e todos dizem que precisa ter dois filhos. Acabou por desistir do procedimento. Ora, a lei exige que o interessado no processo de esterilização voluntária possua vinte e cinco anos ou dois filhos vivos, deixando claro com o uso da conjunção alternativa que são requisitos a serem considerados isoladamente, e não em conjunto.

O não cumprimento de regulação e a falta de uma punição para a recusa em cumprir a lei resulta no absurdo de, conforme relata a funcionária pública Gabriela Dias¹⁹, ter de procurar trinta e nove médicos até encontrar um que realizasse o procedimento, dentre profissionais do SUS, do convênio e da rede particular. A mesma relata que teve de ouvir dos médicos que poderia pagar qualquer valor que não a operariam. Outros a “chamaram de maluca, mandaram ir para a igreja porque estava doente. Já disseram que estava interpretando a lei de forma errada e que precisava cumprir [cumulativamente] o requisito de ter dois filhos”.

Outro caso alarmante por parte do comportamento dos médicos, segundo vários relatos, é que eles mentem flagrantemente quanto ao direito à esterilização feminina voluntária. Segundo Naíse Domingues²⁰, de vinte e oito anos, três filhos, ao procurar o posto de saúde para encaminhamento à realização da laqueadura, fora informada durante o pré-natal de seu terceiro filho que “não poderia fazer porque essa cirurgia estava proibida por lei há dois anos”. Ainda relata que teve seus três filhos por cesárea, de forma que teme passar pelo processo novamente e não resistir ao parto, ou ainda de correr o risco de engravidar uma quarta vez. Desabafa que

¹⁸ DOMINGUES, Naíse. **Por que é tão difícil fazer uma laqueadura nas redes pública e particular de saúde? Mulheres e médicos debatem.** O Globo. Caderno Sociedade. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/por-que-tao-dificil-fazer-uma-laqueadura-nas-redes-publica-particular-de-saude-mulheres-medicos-debatem>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

¹⁹ DOMINGUES, Naíse. **Por que é tão difícil fazer uma laqueadura nas redes pública e particular de saúde? Mulheres e médicos debatem.** O Globo. Caderno Sociedade. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/por-que-tao-dificil-fazer-uma-laqueadura-nas-redes-publica-particular-de-saude-mulheres-medicos-debatem>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

²⁰ DOMINGUES, Naíse. **Por que é tão difícil fazer uma laqueadura nas redes pública e particular de saúde? Mulheres e médicos debatem.** O Globo. Caderno Sociedade. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/por-que-tao-dificil-fazer-uma-laqueadura-nas-redes-publica-particular-de-saude-mulheres-medicos-debatem>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.



não desejava ter um terceiro filho, e que acabou por desenvolver depressão pós-parto na última gravidez.

Além desse requerimento que gera incessantes desentendimentos entre médicos e pacientes, ainda é necessária, segundo o §5º do art. 10²¹, a autorização do marido. Apesar da lei impor tal requerimento apenas na vigência de sociedade conjugal, existem relatos de casos em que o médico exige autorização do pai dos filhos, mesmo que a mulher já não esteja se relacionando com o mesmo²². Esse é um dos requisitos não existentes em lei que os médicos inventam para negar à mulher o acesso a sua autonomia reprodutiva. Em pleno século XXI a legislação e o comportamento dos agentes de saúde ainda refletem a propriedade patriarcal sobre o corpo da mulher, impedindo-a de tomar decisões sobre sua saúde reprodutiva sozinha, como se seu parceiro fosse dono de seu corpo, e só ele pudesse decidir sobre o que é permitido fazer com ele.

Passadas todas essas atribuições, a lei²³ impõe ainda um período de mínimo de sessenta dias (que costuma se prolongar por mais de um ano) entre a manifestação de vontade e a realização do ato cirúrgico, durante o qual “será propiciado à pessoa interessada [...] aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce”²⁴. Para conseguir realizar o procedimento, a mulher passa por diversas e insistentes negativas, pondo em posição mais elevada o possível desejo de um futuro parceiro em ter filhos do que o da própria mulher, entre outros argumentos usados nesse período para tentar dissuadi-la de realizar o procedimento. Tal ato é uma afronta direta ao direito de planejamento familiar previsto na Constituição em seu Art. 226, §7º, que diz:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, **vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.** (grifado)

²¹ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996. Lei de Planejamento Familiar. Brasília: Senado Federal, 1996.

²² DOMINGUES, Naíse. **Por que é tão difícil fazer uma laqueadura nas redes pública e particular de saúde? Mulheres e médicos debatem.** O Globo. Caderno Sociedade. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/por-que-tao-dificil-fazer-uma-laqueadura-nas-redes-publica-particular-de-saude-mulheres-medicos-debatem>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

²³ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996. Lei de Planejamento Familiar. Brasília: Senado Federal, 1996.

²⁴ Art. 10, I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce.



Na prática, contudo, a coerção é a via de regra. Caso que ilustra bem o sentimento de impotência ao qual a lei dá margem para ocorrer aconteceu com a vendedora Karina Viana²⁵, de trinta e dois anos, que, aos vinte e três, já era mãe de três filhos. Conta ela que passou por uma consulta e disse para o médico que tinha três filhos, e não queria outros. “Ele disse que, pela minha idade, não faria o procedimento em mim nem me encaminharia para outro médico. Eu insisti e ele afirmou que eu iria querer ser mãe novamente”. Um tempo depois, Karina se separou e decidiu tentar realizar o procedimento novamente, no entanto, ouviu outra negativa: não poderia fazer o procedimento porque se casaria novamente e se arrependeria. Após a segunda tentativa frustrada, conta que uma pílula do dia seguinte não funcionou e ela veio a engravidar uma quarta vez. Sentiu-se impotente e que não tinha escolha. Após o ocorrido, tentou pela terceira vez realizar a esterilização e pediu ao médico “que, depois de ser mãe pela quarta vez, eu pudesse fazer a laqueadura. Ele me disse que não faria e que seria melhor que meu marido fizesse a vasectomia porque, olha só, eu poderia me arrepender”.

Uma mulher solteira, jovem, mãe de três filhos, vê negado seu desejo de exercer seus direitos reprodutivos. A lei requer dois filhos vivos, ainda assim foi negado o procedimento. Como se o comportamento dos dois primeiros médicos já não fosse questionável o suficiente, ela ainda continuou tendo sua vontade desconsiderada pelo terceiro médico, na situação já com quatro filhos, pois ele “achava” que Karina poderia vir a se arrepender. Conforme os diversos relatos é possível perceber um padrão no desrespeito à autonomia das mulheres que buscam realizar o procedimento de laqueadura tubária. O golpe final na desmoralização da mulher brasileira se deu com o argumento de que o marido é que deveria se submeter a esterilização através de vasectomia. No entanto, ao considerar apenas essa opção, as equipes médicas desconsideraram diversos outros cenários relevantes: a mulher pode vir a trocar ou deixar de ter um parceiro fixo; ainda que não troque, não seria o homem a sofrer preconceito em entrevistas de emprego por ter cinco filhos; não seria o homem que passaria pelo perigoso processo de gerar e dar à luz a uma quinta criança indesejada; não seria o homem a ter maior parcela de responsabilidade, imposta socialmente, de cuidar e velar pelas cinco crianças; por fim, a grande chance de não ser o pai a ficar com a guarda dos cinco filhos em uma eventual separação. No entanto, a vontade da mulher costumeiramente é desrespeitada e inferiorizada frente a vontade do parceiro que sequer estava em busca do procedimento.

²⁵ DOMINGUES, Naíse. **Por que é tão difícil fazer uma laqueadura nas redes pública e particular de saúde? Mulheres e médicos debatem.** O Globo. Caderno Sociedade. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/por-que-tao-dificil-fazer-uma-laqueadura-nas-redes-publica-particular-de-saude-mulheres-medicos-debatem>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.



Maria Helena Diniz²⁶ atenta para o fato de ser objetivo do planejamento familiar, de acordo com o artigo 2º da Lei de Planejamento Familiar, “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou casal”. No entanto, essa Lei se mostra eivada de imposições que ferem a dignidade da pessoa humana²⁷ e o direito de liberdade²⁸, bem como o art. 226, §7º²⁹, que veda qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas em relação à autonomia das pessoas quanto ao planejamento familiar.

A dignidade da pessoa humana quanto à capacidade reprodutiva da mulher foi concretizada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 54, no sentido de que é “inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade”; a liberdade é um princípio e um direito, devendo a lei ter razoabilidade e optar pelos meios menos gravosos³⁰ O artigo 10, inciso I da lei 9.263/96 diz:

Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato **cirúrgico**, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, **visando desencorajar a esterilização precoce**. (grifado)

O período entre a manifestação de vontade e a realização da cirurgia deve, segundo a lei, ser utilizado para desencorajar a esterilização, principalmente nos casos de pessoas mais jovens (a partir de vinte e cinco anos), quando as chances de arrependimento são maiores. No entanto, tal imposição é uma afronta à obrigação estatal de construir uma sociedade livre, objetivo fundamental da República sacramentado no art. 3º, I, da Constituição. O Estado “deve se abster de impor padrões de conduta em situações nas quais a autodeterminação das pessoas

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 138.

²⁷ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 1º, inciso III.

²⁸ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; Art. 3º, inciso I: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

²⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. Art. 226, §7º: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³⁰ COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito**. ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-violta-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.



não cause danos a outrem, como a limitação da prole”³¹. Segundo pesquisa realizada por Berquó e Cavenaghi³², após um seguimento de aproximadamente seis meses, apenas 25,8% das mulheres que demandaram esterilização tiveram sucesso; dentre os homens, 31,0% conseguiram a vasectomia. As variações ocorrem principalmente nos sessenta dias iniciais. No primeiro mês, a probabilidade de homens e mulheres se esterilizarem é exatamente a mesma, enquanto que, no segundo, as mulheres não conseguem nenhuma esterilização, mas os homens começam a conseguir a vasectomia. Este fato pode estar ilustrando que a lei não tem sido estritamente seguida para todos os usuários e que não se aplica tão estritamente aos homens como para as mulheres. Seguindo no mesmo artigo, dizem o inciso II e §1º:

Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, **testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos**. § 1º É condição para que se realize a esterilização **o registro de expressa manifestação da vontade em documento escrito e firmado**, após a informação a respeito dos riscos da cirurgia, possíveis efeitos colaterais, dificuldades de sua reversão e opções de contracepção reversíveis existentes. (grifado)

A exigência de documento escrito nos dois dispositivos supracitados é dissonante ao ordenamento jurídico superior. O inciso II³³ põe em segundo plano a saúde e segurança da mulher para priorizar uma burocratização na intenção de dificultar seu acesso ao procedimento. Tendo em vista que o risco pode vir a ocorrer durante uma cirurgia de emergência, situação que não é extraordinária, deverá a paciente esperar na mesa de operação que a equipe médica redija e assine um relatório explicando o porquê de ser necessário o procedimento? Já condição imposta pelo §1º impõe outro obstáculo desnecessário a pessoas analfabetas ou com baixa escolaridade. Tal formalidade não é exigida para a realização de outras cirurgias, de modo que viola o mencionado artigo 226, parágrafo 7º da Constituição, conforme expõe Coutinho³⁴.

³¹ COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito**. ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-violta-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

³² BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. **Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 19, supl. 2, p. S441-S453, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2003000800025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 446.

³³ BRASIL. **Lei de Planejamento Familiar**. Art. 10, inciso II: Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos.

³⁴ COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito**. ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-violta-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.



Prosseguindo para uma das situações mais cruéis previstas na lei, diz o §2º do art. 10: “é vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores”. Tal dispositivo torna obrigatória, em muitos casos, a realização de duas cirurgias: a cesariana do parto ou aborto e posteriormente a laqueadura das trompas, sem o menor embasamento ou justificção para tal exigência, que é extremamente prejudicial à saúde de qualquer pessoa. Ela implica passar duas vezes pela internação, mesa de cirurgia, pós-cirúrgico, impõe à mulher risco dobrado de contrair infecções hospitalares, ofendendo diretamente a sua dignidade, além de “forçar a lactante a abandonar o acompanhamento do bebê e acarreta maiores custos para os serviços de saúde” segundo a senadora Ione Guimarães. Seguem depoimentos³⁵:

Tenho dois filhos, partos cesariana, 34 anos, estou grávida e queria aproveitar o parto e fazer a laqueadura. Acho um absurdo nessas circunstâncias ter que fazer outra cirurgia para fazer a laqueadura.

“Eu conversei com vários médicos, todos do SUS, e eles nem cogitaram a possibilidade de fazer, a resposta foi: 'Não é mais permitido fazer a laqueadura junto com a cesárea'. Tenho 40 anos e dois filhos... mesmo assim, não fazem! Se quiser, terei que me submeter a outra cirurgia daqui 1 ano!

Eu estou revoltada, tenho um filho de 10 anos, outra filha de 6 anos, e agora tô [sic] grávida de 23 semana. Minha médica disse que não vai fazer minha ligadura junto com cesária, sendo que tenho um agravante, minha filha teve má formação na coluna, hoje é cadeirante e, por sorte de Deus, esse bebê que espero veio normal. Meu primeiro filho foi parto normal, a segunda, cesariana. Queria fazer logo a ligadura, tenho medo de engravidar novamente e meu filho vir com má formação. Aí pergunto, cadê o planejamento? Que nada, eu não sou masoquista de ir para cirurgia para ter bebê e depois voltar para fazer ligadura depois de 60 dias, sendo que tive 9 meses para pensar no assunto. Desculpe pelo meu desabafo, mas isso é chato não ter direito sobre meu próprio corpo.

Tais depoimentos mostram como o §2º, nos termos de Coutinho³⁶, “trata a mulher como absolutamente incapaz, pois nos períodos de parto e de aborto a lei impede sua vontade de produzir efeitos. Essa desconsideração da capacidade da mulher, ainda que transitória, avilta-a como ser humano”. Conforme Yamamoto³⁷, o dispositivo tem suscitado análise de inconstitucionalidade por parte de vários juristas, que entendem que tal legislação, ao exigir

³⁵ COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito.** ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-viola-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

³⁶ COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito.** ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-viola-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

³⁷ YAMAMOTO, Sergio. **A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263.** 2011. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 30.



que a mulher se submeta a um segundo procedimento invasivo e cruel, realizado no mínimo 42 dias após o parto, importa ofensa aos princípios constitucionais da liberdade e do livre planejamento familiar, “acarretando instabilidade ao sistema jurídico, na medida em que retira da mulher a possibilidade de escolher o seu próprio destino, mas ferindo o regime estatal de tutela à dignidade humana”.

Em continuação, diz o §5º da Lei de Planejamento Familiar que “na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges”. Como explica muito bem Coutinho³⁸, “sujeitar o corpo de uma pessoa à vontade de outra implica reduzir o ser humano à condição de semovente”. Tal exigência é tão absurda, antiquada e patriarcal, que é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097 de 2014, ainda em tramitação, na qual a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) alega:

Ao disciplinar a matéria, o legislador procurou evitar a esterilização precoce. Contudo, mesmo que indiretamente, acabou também por desestimular tal prática, o que vai de encontro ao preceito constitucional (artigo 226, parágrafo 7º, da CF) e aos tratados internacionais que tratam de direitos humanos.

Reportando ao preceito da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, inscrito no caput do artigo 5º da CF, a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, e nela insere-se a autonomia corporal.

Condicionar a realização de cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada, sendo uma ingerência indevida do Estado sobre o livre exercício do direito ao planejamento reprodutivo. Tal tese é corroborada pelo artigo 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que inclui entre os atos de violência sexual contra a mulher o impedimento de usar qualquer método contraceptivo.

Segundo manifestação da Procuradoria-Geral da República em 2015:

ART. 10, §5º, DA LEI 9.263/1996. REGULAMENTAÇÃO DO ART. 226, §7º, DA CONSTITUIÇÃO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA. NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO EXPRESSO DO CÔNJUGE OU COMPANHEIRO (A). IMPOSIÇÃO AO ESTADO DE MEDIDAS PROTETIVAS E NÃO RESTRITIVAS DA VONTADE E AUTODETERMINAÇÃO DOS CIDADÃOS.

2. Viola o princípio da dignidade do ser humano e o direito à liberdade e à autonomia privada a exigência de consentimento de cônjuge ou companheiro (a) como condição para esterilização voluntária de pessoa maior e capaz.

3. O Estado de Direito encontra seu alicerce mais robusto no princípio da dignidade do ser humano, sustentáculo de todos os direitos fundamentais. O direito à dignidade fundamenta a proteção à família e o planejamento familiar

³⁸ COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito.** ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-violencia-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.



(art. 226, § 7º, da Constituição da República). Esterilização voluntária por decisão individual não é incompatível com planejamento familiar.

4. No Estado de Direito não cabe, sob pena de desfigurar-se seu centro de identidade, impor restrições à autodeterminação pessoal, em seu aspecto mais essencial, que é a liberdade de dispor do próprio corpo.

5. A Constituição impõe ao Estado a promoção de mecanismos que possibilitem êxito das escolhas dos cidadãos, tanto no sentido da reprodução, quanto no da esterilização, segundo a parte final do art. 226, § 7º.

O entendimento da PGR é o aplicado em outros países, como Reino Unido, Nova Zelândia e Canadá, cujas leis não exigem o consentimento do cônjuge para a esterilização cirúrgica³⁹. Apesar de ser exigida de ambos os cônjuges, a restrição é mais gravosa para as mulheres, pois elas que engravidam, elas que por imposição social possuem maior responsabilidade sobre os filhos, e que sofrem mais discriminações no trabalho devido aos mesmos ou pela simples possibilidade de virem a engravidar.

3. O DESRESPEITO À VONTADE DAS MULHERES E SEUS REFLEXOS

Tudo isso comina numa dificuldade descomida no acesso ao procedimento. Há médicos, no entanto, que defendem tais dificuldades, pois dizem que as chances de as mulheres virem a se arrepender são altas, gerando um custo à saúde pública, pois o método contraceptivo de esterilização cirúrgica feminina voluntária mais utilizado, a laqueadura das trompas, é de difícil reversão. Berquó e Cavenaghi⁴⁰ realizaram uma pesquisa junto a diretores de hospital e de ambulatórios quanto à adequação dos critérios exigidos pela Lei 9.263/96 para a realização da esterilização voluntária. Para diretores de hospital, o critério da idade mínima foi considerado o mais inadequado com 71% das manifestações, seguido do número mínimo de filhos nascidos vivos, com 46%. Segundo eles, as pessoas deveriam ser mais velhas ou terem tido mais filhos. A carência de sessenta dias entre a demanda e seu atendimento foi considerada, por outro lado, como muito longa, principalmente para os diretores de ambulatórios que votaram nesse critério como o mais inadequado, com 42% das manifestações. A objeção aos vinte e cinco anos como idade mínima ficou em segundo lugar com 34%.

³⁹ COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito.** ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-viola-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

⁴⁰ BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. **Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária.** Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 19, supl. 2, p. S441-S453, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2003000800025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 447.



Segundo revisão sistemática realizada por Curtis⁴¹, analisando dezenove artigos internacionais sobre o arrependimento após a laqueadura tubária, constatou-se que mulheres submetidas ao procedimento contraceptivo permanente antes dos trinta anos tinham duas vezes mais chances de arrepender-se frente a mulheres que realizaram o procedimento após os trinta anos; três a dezoito vezes mais chances de requererem informações quanto à reversibilidade; e oito vezes mais chances de manifestarem interesse em submeter-se à fertilização *in vitro*. Também chegaram à conclusão de que existia uma relação inversa entre o arrependimento e a idade da mulher no momento de realização do procedimento de esterilização.

No Brasil, fora realizada uma pesquisa com o mesmo tema por Cunha⁴², envolvendo noventa e seis pacientes que se submeteram ao procedimento de esterilização voluntária e posteriormente manifestaram desejo de nova gestação, as quais foram acompanhadas entre 1996 e 2004. Ficou constatado que a média da idade dessas mulheres na época de realização do procedimento de ligação das trompas era de vinte e cinco anos, sendo que 55,1% tinham menos de vinte e cinco anos, 46,9% tinham três ou mais filhos, e dez tinham apenas um filho. As causas mais comuns para a indicação da laqueadura tubária foram: desejo de contracepção (48%), problemas financeiros (25,5%), e problemas conjugais (15,3%). As principais razões para tentativa de nova gravidez foram: novo matrimônio/parceiro (80,6%), ter outro filho com o mesmo parceiro (8,2%), e morte de um filho (6,1%). O tempo decorrido até o arrependimento informado pela maioria das mulheres foi entre dois e quatro anos; a procura pela reversão, no intervalo de seis a dez anos. Para 83,6% da amostra, faltou informação a respeito da laqueadura e dificuldades da reversão. Em vinte pacientes foi realizada recanalização tubária e, das dez mulheres que ficaram grávidas, seis tiveram filhos a termo. Para oito pacientes foi indicada fertilização *in vitro*, e, destas, quatro mulheres ficaram grávidas e duas conceberam recém-nascidos a termo. Com esses resultados, chegou-se à conclusão de que a esterilização voluntária em mulheres jovens, vulneráveis e não informadas a respeito do caráter definitivo do método poderia vir a aumentar a demanda em serviços de reprodução assistida e comprometer o futuro reprodutivo, uma vez que apenas uma minoria dessas pacientes alcança seus objetivos.

No entanto, a própria pesquisa mostra que 83,6% das entrevistadas arrependeram-se por causa da falta de informação. Se o trabalho da equipe multidisciplinar fosse exercido com mais

⁴¹ YAMAMOTO, Sergio. **A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263. 2011.** Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 17.

⁴² YAMAMOTO, Sergio. **A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263. 2011.** Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 18.



eficiência, poderiam ter sido evitados esses procedimentos e arrependimentos. Carvalho e col.⁴³ realizaram uma pesquisa onde mil e doze mulheres laqueadas foram perguntadas se, caso tivessem a mesma idade que tinham quando fizeram a laqueadura, voltariam a fazê-la. Destas, cento e nove referiram que não voltariam a fazer a laqueadura, o que representa uma proporção de arrependimento de 10,8%. Desta forma, porque algumas mulheres se arrependem, cabe aos médicos se recusarem a realizar o procedimento em todas as mulheres? Segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) nº 1.931 (2009), não. Os artigos 15 e 24 vedam:

Art.15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapêutica.

Art.24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Dizem ainda Pereira e col.⁴⁴ que, ao recusarem-se a realizar o procedimento em mulheres amparadas pela lei, as quais cumprem todos os requisitos, tais médicos não levam em consideração o futuro da criança que pode ser gerada, nem mesmo o da mulher que por não aceitar a gestação, poderá cometer um aborto ou até mesmo um infanticídio. As consequências da imperícia legal podem se estender sobre a vida da criança pois, tendo sua gestação não aceita pela mãe, o infante poderá crescer em um ambiente de traumas emocionais e físicos que afetarão o seu desenvolvimento social.

Voltando à pesquisa de Berquó e Cavenaghi⁴⁵, os motivos mais alegados por mulheres e homens para não terem sido esterilizados após seis meses de espera referem-se às dificuldades encontradas no SUS, apontadas por 54,8% das mulheres e 41,7% dos homens. Ressalte-se que 8,1% das mulheres engravidaram durante o período, um dos pontos criticados da Lei 9.263/96 por exigir um intervalo mínimo de sessenta dias entre a manifestação de vontade e a realização do procedimento.

⁴³ CARVALHO, Luiz; CECATTI, José; OSIS, Maria; SOUSA, Maria. Número ideal de filhos e arrependimento pós-laqueadura. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 52, n. 5, p. 293-297, Oct. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000500013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 294.

⁴⁴ PEREIRA, Marina; SOBREIRA, Pollyana; SILVA, Tatiana. **Laqueadura versus a emoção do parto: mulheres que lutam por direitos reprodutivos e a lei federal nº9263/96**. XXXI Congresso Alas Uruguay, 2017. Disponível em: <http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/8126_tatiana_mareto_silva_tatiana.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 12.

⁴⁵ BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. **Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária**. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, supl. 2, p. S441-S453, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2003000800025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019, p. 448.



As duas principais dificuldades alegadas pelas mulheres incluem difícil acesso para solicitação e ausência de médicos, sendo estas correspondentes a 76,4% das dificuldades alegadas. As outras incluem: má vontade; burocracia do SUS, que acarreta longo tempo de espera; o SUS não respeitar critério de idade ou número de filhos vivos; ser solteira; não ter quem assine; médico alegar arrependimento; médico do SUS cobrar extra pela cirurgia; e médico não recomendar por motivo “médico” (pressão alta). As razões para desistência apresentadas pelas mulheres foram: medo de arrependimento; decisão por colocar DIU; ser jovem, início da menopausa; marido não assina o consentimento; acidente durante a espera; e fazer em hospital particular.

As duas principais dificuldades alegadas pelos homens que não conseguiram a vasectomia pelo SUS foram as burocracias do SUS, longas filas, etc. e SUS não respeitar o critério de idade ou número de filhos vivos, sendo estas correspondentes a 80,0% das dificuldades alegadas. As outras dificuldades incluem: médico alega arrependimento; SUS não faz de graça; médico não recomenda por problemas de saúde (colesterol elevado); e cirurgia ser suspensa no período. Dentre as razões que levaram os homens a desistir da vasectomia, destacam-se: arrependimento; mulher fez laqueadura; mulher usar outro método; era jovem; perdeu a data marcada; problemas de saúde; e idade elevada.

As mulheres carregam maior responsabilidade quanto aos métodos anticoncepcionais e ainda assim são as que enfrentam maior resistência ao procurarem exercer seus direitos reprodutivos.

4. DIREITOS REPRODUTIVOS E OS DIREITOS HUMANOS

Um dos primeiros tratados internacionais a abordar amplamente os direitos da mulher como direitos humanos foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, que entrou em vigor no Brasil apenas em 2002 com a promulgação do Decreto nº 4.377/02. Essa convenção, também conhecida como CEDAW (sigla em inglês), busca promover a igualdade de gêneros bem como reprimir todas as formas de discriminação contra a mulher. Um dos pontos trazidos pelo tratado em relação aos direitos civis e de família é que, de acordo com seu artigo 16⁴⁶, cabe às mulheres em situação de

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. 1979. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2020, p. 24.



igualdade com os homens decidir a quantidade de filhos que irão ter bem com o intervalo entre eles.

O Brasil também foi um dos 179 países a aderirem ao Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento do Cairo, criado em 1994, que inovou no campo dos Direitos Humanos ao reconhecer a saúde, os direitos reprodutivos, a contracepção, a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres como elementos fundamentais para o planejamento e desenvolvimento populacional.

Conforme o princípio 8 deste programa⁴⁷, todos têm o direito de gozar do mais alto nível possível de padrão de saúde física e mental. Os Estados devem tomar todas as medidas apropriadas para garantir, com base na igualdade entre homens e mulheres, acesso universal aos serviços de saúde, incluindo os relativos à reprodução, planejamento familiar e saúde sexual. Programas de saúde reprodutiva devem prover a mais ampla gama de serviços sem qualquer forma de coerção. Todos os casais e indivíduos possuem o direito básico de decidir livremente e responsabilmente o número e tempo entre seus filhos sem interferência estatal, e de ter a informação, educação e meios para tal. Diz ainda o item 7.2 que:

A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que deem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio.

Assim, conforme expõem Pereira e Silva⁴⁸, verifica-se que a convenção buscou garantir que os Estados vejam os direitos reprodutivos e sexuais como inerentes ao ser humano, de forma a que não devem interferir coercitivamente em seu exercício. Ao contrário, devem proporcionar

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. 1994. Disponível em <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2020, p. 27.

⁴⁸ PEREIRA, Thiago; SILVA, Matheus. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto legal**. Brasília: Vestnik, 2015, p. 39.



condições para que tais direitos possam ser gozados de forma autônoma a fim de garantir o bem estar físico, social e mental da população.

Mas não são apenas direitos humanos reprodutivos e sexuais que são violados pela Lei de Planejamento Familiar nº 9.263/96. A importante Convenção Americana de Direitos Humanos – também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica – é um documento escrito em 1969 baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, esta de 1949, que influenciou bastante a Constituição Federal de 1988, apesar de só ter sido ratificada pelo Brasil em 1992 com a promulgação do Decreto nº 678/92⁴⁹.

Uma rápida leitura dos artigos iniciais da Constituição Federal de 1988 evidencia como os legisladores abraçaram as causas defendidas pelo Pacto de San José, principalmente quando o inciso III do artigo 1º explicita a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional, e ainda a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais⁵⁰.

Diz o artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos que “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”, e ainda que “2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”. O artigo 5 adiciona que “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Ora, conforme visto anteriormente, a legislação que regular o planejamento familiar é cheia de dispositivos que dificultam ou mesmo impedem que a mulher exerça autonomia sobre o próprio corpo de forma independente, sendo desencorajada pela equipe médica, exigida a autorização de terceiros, impondo intervenções cirúrgicas desnecessárias ao proibir que a esterilização seja feita durante os períodos de parto ou aborto. Isso quando consegue encontrar algum médico que aceite realizar o procedimento.

Em um país onde, segundo dados do IBGE divulgados em 2017⁵¹, 11,6 milhões de famílias são compostas por mulheres que assumem sozinhas a responsabilidade de criar seus filhos; onde mulheres que trabalham fora dedicam 18,1 horas semanais às tarefas domésticas,

⁴⁹ HOLANDA, Gabriela; ÁVILA, Flávia. **A importância do Pacto de San José da Costa Rica para a proteção das famílias brasileiras**. Revista de Direito de Família e Sucessão. V. 3, nº 1. Brasília: 2017, p. 75.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1998. Art. 4º, inciso II: A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos.

⁵¹ FERNANDES, Marcella. **7 números da realidade das mulheres que criam filhos sozinhas no Brasil**. Caderno Mulheres, Huffpost Brasil. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/09/18/7-numeros-da-realidade-das-mulheres-que-criam-filhos-sozinhas-no-brasil_a_23531388/>. Acesso em: 10 de julho de 2020.



e as desempregadas 23,2 horas, frente a 10,3 horas dedicadas por homens empregados e 12 horas por desempregados; onde, conforme pesquisa pelo DIEESE⁵² – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos –, o salário mínimo em 2020 deveria ser R\$ 4.595,60 para atender as necessidades vitais básicas conforme consta no artigo 7º, IV da Constituição (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte), forçar mulheres a terem filhos pois seus desejos de buscar um método contraceptivo permanente são desrespeitados é violar diretamente seus direitos fundamentais à dignidade e à integridade física, psíquica e moral. Consoante afirma Dworkin⁵³:

Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja [...] não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não têm condições financeiras de manter os filhos.

Como se pode depreender desta observação bastante pertinente e dos dados expostos, a intromissão do Estado na vida reprodutiva das mulheres condena não apenas muitas delas, mas também sua prole, a uma vida extirpada dos direitos básicos garantidos pelo art. 6º da Constituição – como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a proteção à infância, entre outros –, tendo em vista que as mães ficam impossibilitadas de prover para seus descendentes e o Estado frequentemente não cumpre com seu dever de prestar assistência social e garantir o mínimo para que a população viva, ao invés de apenas sobreviver.

CONCLUSÃO

O objetivo central da presente pesquisa foi fazer uma análise da lei brasileira de planejamento familiar – lei nº 9.263/96 –, mais especificamente como ela afeta os direitos da mulher no acesso à laqueadura tubária, e demonstrar se esta lei obedece aos princípios de direitos humanos constitucionais e internacionais.

⁵² DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos** - Salário mínimo nominal e necessário. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

⁵³ PEREIRA, Thiago; SILVA, Matheus. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto legal**. Brasília: Vestnik, 2015, p. 37.



Deste modo, foi feita uma dissecação dos pontos mais polêmicos da lei, que foram comparados a outros artigos da constituição bem como a tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, de forma a averiguar se os direitos fundamentais e princípios que regem a atuação do Estado no planejamento familiar foram devidamente seguidos e respeitados.

Após esta análise, verificaram-se diversas infringências a direitos constitucionais, como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à dignidade e à autonomia no planejamento familiar. Não somente, também se verificaram infringências a tratados internacionais que seguem a mesma linha dos direitos garantidos na Constituição e ainda adicionam: os direitos à liberdade sexual e à saúde reprodutiva.

Desta forma, chega-se à conclusão de que a lei de planejamento familiar, datada de 12 de janeiro de 1996, precisa urgentemente de uma reforma. Após essa reforma, será preciso observar e garantir que o Estado cumpra com sua obrigação de prestar os serviços impostos por lei, mas sem ultrapassar seu papel, de forma a evitar interferências ilegais na vida dos particulares.

REFERÊNCIAS

BERQUÓ, Elza. **Brasil, um Caso Exemplar** - anticoncepção e parto cirúrgicos - à espera de uma ação exemplar. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 1, n. 2, p. 366, jan. 1993. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16069>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. **Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 19, supl. 2, p. S441-S453, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2003000800025&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL.. *Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996*. Lei de Planejamento Familiar. Brasília: Senado Federal, 1996.



BRASIL. Ministério da Saúde. **Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher** – PNDS-2006. Brasília, 2009. Disponível em: <<https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/pnds/>>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL.. Ministério da Saúde. **Portaria nº 144, de 20 de novembro de 1997**. Brasília, 1997.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 406/2018**. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134300>>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

CARVALHO, Luiz; CECATTI, José; OSIS, Maria; SOUSA, Maria. **Número ideal de filhos e arrependimento pós-laqueadura**. Rev. Assoc. Med. Bras., São Paulo, v. 52, n. 5, p. 293-297, Oct. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000500013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 1.154, de 13 de abril de 1984**. Código de Ética Médica. Brasília, 1984.

COUTINHO, Simone. **Lei do planejamento familiar viola a liberdade como princípio e como direito**. ConJur – Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-29/simone-coutinho-lei-planejamento-familiar-viola-liberdade>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

CUNHA, Antônio; WANDERLEY, Miriam; GARRAFA, Volnei. Fatores associados ao futuro reprodutivo de mulheres desejosas de gestação após ligadura tubária. **Revista Brasileira Ginecol. Obstet.**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 5, p. 230-234, maio 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032007000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos - Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMINGUES, Naíse. **Por que é tão difícil fazer uma laqueadura nas redes pública e particular de saúde? Mulheres e médicos debatem**. O Globo. Caderno Sociedade. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/por-que-tao-dificil-fazer-uma-laqueadura-nas-redes-publica-particular-de-saude-mulheres-medicos-debatem>>. Acesso em: 6 de maio de 2019.

FERNANDES, Marcella. **7 números da realidade das mulheres que criam filhos sozinhas no Brasil**. Caderno Mulheres, Huffpost Brasil. Disponível em: <https://www.huffpostbrasil.com/2018/09/18/7-numeros-da-realidade-das-mulheres-que-criam-filhos-sozinhas-no-brasil_a_23531388/>. Acesso em: 10 de julho de 2020.



FONSECA, João. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC – Universidade Estadual do Ceará, 2002. Apostila.

GERHARDT, Tatiana; SILVEIRA, Denise. **Métodos de pesquisa**. Coordenado pela Universidade Aberta do Brasil – UAB/UFRGS e pelo Curso de Graduação Tecnológica – Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento Rural da SEAD/UFRGS. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

HOLANDA, Gabriela; ÁVILA, Flávia. A importância do Pacto de San José da Costa Rica para a proteção das famílias brasileiras. **Revista de Direito de Família e Sucessão**. V. 3, nº 1. Brasília: 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf>. Acesso em: 05 de julho de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento**. UNFPA, 2019. Disponível em <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2020.

PEREIRA, Marina; SOBREIRA, Pollyana; SILVA, Tatiana. **Laqueadura versus a emoção do parto: mulheres que lutam por direitos reprodutivos e a lei federal nº9263/96**. XXXI Congresso Alas Uruguay, 2017. Disponível em: <http://alas2017.easyplanners.info/opc/tl/8126_tatiana_mareto_silva_tatiana.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

PEREIRA, Thiago; SILVA, Matheus. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a autonomia da mulher frente à ampliação das hipóteses de aborto legal**. Brasília: Vestnik, 2015.

VOLKEIS, Felícia. **TCC passo a passo: a metodologia**. Textuar. Disponível em: <<http://www.revisaoetraducao.com.br/tcc-passo-a-passo-a-metodologia/>>. Acesso em: 8 de maio de 2019.

YAMAMOTO, Sergio. **A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263**. 2011. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

YAMAMOTO, Sergio. **Desencontros entre direitos e desejo da mulher e a decisão da equipe médica na prática da esterilização cirúrgica**. 2017. Tese (Doutorado em Saúde, Ciclos de Vida e Sociedade) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.